

# De civielrechtelijke beoordeling van fraude-verwijten

Bas van Zelst & Jan Leliveld<sup>1</sup>

Tegen strafrechtelijke normen in het strafrecht wordt anders aangekeken dan in het civiele recht. Wanneer strafrechtelijke normen in een civiele context moeten worden beoordeeld ontstaat een *fuzzyness* die leidt tot onduidelijkheid, aanleiding geeft tot opportunistisch procederen en die meer algemeen onwenselijk is. De twee belangrijke scharnierpunten zijn de openbare orde enerzijds en de bewijslastverdeling en -weging anderzijds. De strafrechtelijke en civielrechtelijke normen blijken in de praktijk niet altijd makkelijk te verenigen. Dat leidt tot uitdagingen in de toepassing ervan. De rechtspraak heeft behoefte aan nadere duiding van hoe om te gaan met die problematiek. Daarbij moeten overwegingen van systeemcoherentie en rechtsstatelijkheid, rechtspolitiek en maatschappelijk belang op een genuanceerde manier worden gewogen. Met dit artikel wordt voor die discussie een aanzet geven.

## 1. Inleiding

De inzet van fraude-verwijten<sup>2</sup> in de civiele context is een actueel onderwerp. In het bijzonder in internationaal verband heeft het al langer de aandacht. Dat heeft geleid tot een stroom aan conventies,<sup>3</sup> seminars, podcasts,<sup>4</sup> literatuur<sup>5</sup> en ook rechtspraak.<sup>6</sup> Het kernprobleem dat daarin opkomt, is dat het straf- en het civiele recht weliswaar theoretisch te onderscheiden rechtsgebieden zijn,<sup>7</sup> maar in de praktijk nog wel eens samenkomen en/of botsen. Met name als het gaat om aantijgingen van financieel-economische delicten in een civiel geschil, kan dat aanleiding geven tot rechtsonzekerheid, opportunistisch geprocedeer en tot een meer algemeen onwenselijk schisma tussen (de toepassing van) strafrechtelijke en civielrechtelijke normen.

Buiten bijdragen over vragen van bewijsrecht<sup>8</sup> is de Nederlandse literatuur over de interactie tussen strafrechtelijke en civielrechtelijke normen beperkt.<sup>9</sup> Dit artikel is een aanzet in deze leemte te voorzien. Het draagt een inleidend karakter omdat het onderwerp vele dimensies kent. Die kunnen niet in één artikel worden afgedekt. Bovendien is de materie fundamenteel en daardoor soms wat abstract van aard. Wij proberen – ook ten behoeve van de leesbaarheid – onze analyse wat meer reliëf te geven door verwijzing naar rechterlijke uitspraken. Die dienen vooral ter illustratie van het brede palet aan feitencomplexen waarin de besproken problematiek zich kan voordoen.

In par. 2 bespreken wij eerst twee scharnierpunten waarlangs de beoordeling van strafrechtelijke normen in de civiele context plaatsheeft. Dat zijn de openbare orde enerzijds en de bewijslastverdeling en -weging anderzijds. Uit die analyse blijkt dat strafrechtelijke en civielrechtelijke normen in de praktijk niet altijd makkelijk te verenigen zijn. Dat leidt tot uitdagingen in de toepassing ervan. Tegen die achtergrond schetsen wij in par. 3 de rol van de civiele geschiloplosser bij het beoordelen van strafrechtelijke verwijten. We brengen deze analyses samen in par. 4. Daar introduceren wij drie gezichtspunten die suggereren dat een meer geïntegreerde toepassing van strafrechtelijke en civiele leerstukken is aan te raden. We sluiten af met een korte conclusie (in par. 5).

## 2. De meest relevante scharnierpunten

### 2.1. Inleiding

De hierboven genoemde internationale bijdragen zien in de kern op de wijze waarop het civiele recht kan helpen fraude, corruptie en/of witwassen te adresseren en te bestrijden.<sup>10</sup> Dat manifesteert zich doorgaans in een discussie over de vraag of een gesteld strafrechtelijk verwijt in de weg staat aan erkenning van ingeroepen civielrechtelijke gevolgen. In die discussie speelt de openbare orde doorgaans een belangrijke rol. Dit kan allereerst aan de orde zijn in een (zuiver) Nederlandse procedure. Denk bij-

# Een kort onderzoek op rechtspraak.nl leert dat het aantal civiele zaken – niet zijnde wrakings- of arbeidszaken – waarin fraude aan de orde wordt gesteld, in de afgelopen tien jaar een stijgende lijn vertoont

voorbeeld aan een gesteld onder invloed van fraude tot stand gekomen overeenkomst, waarvan voor de rechter of in arbitrage nakoming respectievelijk de nietigheid wordt ingeroepen. Dat lijkt steeds vaker te gebeuren. Een kort onderzoek op rechtspraak.nl leert dat het aantal civiele zaken – niet zijnde wrakings- of arbeidszaken – waarin fraude aan de orde wordt gesteld, in de afgelopen tien jaar een stijgende lijn vertoont. Van 153 in 2011 tot 222 in 2016 en 312 in 2021.<sup>11</sup>

De openbare orde kan daarnaast in het geding zijn bij de (verzochte) import van buitenlandsrechtelijke producten in de Nederlandse rechtsorde. Denk daarbij aan de toepassing van artikelen 985-994 en 431(2) Rv (ten aanzien van de tenuitvoerlegging van beslissingen),<sup>12</sup> artikelen 1064/1065 en 1075/1076 Rv (vernietiging van arbitrale vonnissen respectievelijk tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen) of artikel 10:6 BW (dat de toepassing uitsluit van met de openbare orde onverenigbaar vreemd recht). De openbare orde opereert in dit soort kwesties als een 'sluis' die voor de Nederlandse rechtsorde onaanvaardbare uitwassen keert.<sup>13</sup> Wij onderzoeken de beoordeling van de interactie van civiel(proces)

rechtelijke en strafrechtelijke vragen in het kader van de openbare orde, in par. 2.2 hierna.

Waar civielrechtelijke gevolgen worden ingeroepen spelen onherroepelijk vragen van bewijsrecht. En juist op dat gebied zijn strafrechtelijke en civielrechtelijke standaarden onvergelijkbaar. Het maakt, zoals wij in par. 2.3 illustreren, wezenlijk verschil of een strafrechtelijke of een civielrechtelijke bewijsnorm wordt toegepast. We sluiten af met een korte conclusie (par. 2.4).

## 2.2. Fraude verwijten en de openbare orde

Op grond van artikel 3:40(1) BW is nietig een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde. Ook strijd met een dwingende wetbepaling leidt tot nietigheid, maar slechts tot vernietigbaarheid indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van een der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling (artikel 3:40(2) BW).<sup>14</sup>

'Openbare orde', 'goede zeden' en 'dwingende wetbepalingen' zijn Nederlands-rechtelijke concepten.<sup>15</sup> Financieel-economische delicten onder niet-Nederlands recht leiden niet direct tot nietigheid op de voet van artikel

### Auteurs

1. Prof. mr. B. van Zelst is hoogleraar Dispute Resolution & Arbitration aan Maastricht University. Hij is advocaat bij Van Doorne N.V. in Amsterdam. Mr. J. Leiveld is ook advocaat bij Van Doorne N.V. in Amsterdam en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Den Haag.

### Noten

2. Het begrip 'fraude-verwijten' is in die zin weinig specifiek, dat het Nederlands strafrecht geen algemene fraudebepaling kent. Zie daarover uitgebreider par. 2.2. van deze bijdrage.  
3. UN Convention against corruption, Zie ook het handboek: [unodc.org/pdf/crime/corruption/corruption\\_intl\\_legal\\_instruments\\_%20nov03.pdf](https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/corruption_intl_legal_instruments_%20nov03.pdf).  
4. [legaltree.nl/podcast-fraude-en-corruptie-in-het-kader-van-arbitrage/](https://legaltree.nl/podcast-fraude-en-corruptie-in-het-kader-van-arbitrage/); podcasts. [apple.com/us/podcast/corrupt-justice/id1537919053](https://apple.com/us/podcast/corrupt-justice/id1537919053).  
5. Het onderwerp heeft met name in internationale arbitrage reeds lange tijd aandacht. Een overzicht geeft E. Gaillard, 'The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration', *Arbitration International*, vol. 35, iss. 1, maart 2019, p. 1-19. Zeker zo interessant, en genuanceerder, is het blog op de website van *The American Review of International Arbitration*: [blogs2.law.columbia.edu/aria/columbia-arbitration-day-2021-allegations-of-corruption-in-international-arbitration-key-issues/](https://blogs2.law.columbia.edu/aria/columbia-arbitration-day-2021-allegations-of-corruption-in-international-arbitration-key-issues/). Zie voorts – in de context van investeringsarbitrage maar fundamenteel – Aloysius P. Llamzon, 'Corruption in International Investment Arbitration', Oxford: OUP 2014.  
6. Wij bespreken deze hieronder.  
7. Wellicht het meest bekende voorbeeld van de samenloop van straf- en civiel recht is het hieronder nader besproken art. 161 Rv, op grond waarvan onherroepelijke strafrechtelijke beslissingen bindende bewijskracht hebben in een (Nederlandse) civiele procedure. Andersom is er de – voor dit artikel minder relevante – mogelijkheid van het voegen van een civiele (schadevergoedings)vordering in het strafproces.  
8. Zie bijvoorbeeld: *Asser Procesrecht/ Asser 3 2017/257* e.v.; R. H. de Bock, 'Tussen waarheid en onzekerheid' (BPP nr. XI) 2011, par. 5.4 in het bijzonder, maar ook – ter illustratie – de annotatie van Van Erven,

getiteld 'Een OJ'tje: oftewel hoe een strafrechtelijke vrijspraak niet aan civielrechtelijke aansprakelijkheid in de weg hoeft te staan', onder Hof Amsterdam 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3291 (AR 2018-0357).  
9. Wel is er het wat oudere proefschrift van H.A. Demeersseman; *De autonomie van het materiële strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1985. Zie voorts de recente bijdrage van Buisman aan de afscheidsbundel van Groenhuijsen; Sanne Buisman, 'De strafbaarstelling van privaatrechtelijke normen, De wederzijdse relatie tussen het strafrecht en het privaatrecht op materieel niveau', in: T. Kooijmans, J.W. Ouwerkerk e.a. (red.), *Op zoek naar evenwicht 2021*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.  
10. Zie *supra* noot 5.  
11. Over onderzoek gebaseerd op publicaties op rechtspraak.nl valt veel te zeggen, met name dat de beschikbare dataset incompleet is. Immers, slechts 4% van de in Nederland gewezen beslissingen wordt gepubliceerd. Daarbij past overigens de nuance dat een groot deel van de gewezen verstek- en kantonzaken niet wordt gepubliceerd. Deze zullen doorgaans voor

wetenschappelijke doeleinden inhoudelijk ook minder interessant zijn. Terughoudendheid in het trekken van conclusies blijft echter geboden. Zie meer algemeen terughoudend over de waarde van empirisch onderzoek voor rechtswetenschap: Eric Tjong Tjin Tai & Paul Verbruggen, 'Onderzoeksmethoden in de rechtswetenschap', *NJB 2022/2*, afl. 1.  
12. Waaromtrent het *Gazprombank-arrest* uit 2014 de leidende rechtspraak is. Zie: HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2838, *NJ 2015/478*, m.nt. Th.M. de Boer.  
13. Door Van der Wiel, onder verwijzing naar Asser/Vonken, treffend zo verwoord. Zie: B.T.M. van der Wiel, 'De openbare orde in de internationale procespraktijk', in: R.S. Meijer et al. (red.), *Accompli: Liber Amicorum voor prof. mr. dr. M.E. Koppelman-Laforce*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 313-332.  
14. In algemene zin: Asser/*Sieburgh 6-III* (2018)/303 e.v.  
15. H.J. van Kooten, 'Het begrip "wetsbepaling"', *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 7.2 respectievelijk 6.3.

getiteld 'Een OJ'tje: oftewel hoe een strafrechtelijke vrijspraak niet aan civielrechtelijke aansprakelijkheid in de weg hoeft te staan', onder Hof Amsterdam 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3291 (AR 2018-0357).  
9. Wel is er het wat oudere proefschrift van H.A. Demeersseman; *De autonomie van het materiële strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1985. Zie voorts de recente bijdrage van Buisman aan de afscheidsbundel van Groenhuijsen; Sanne Buisman, 'De strafbaarstelling van privaatrechtelijke normen, De wederzijdse relatie tussen het strafrecht en het privaatrecht op materieel niveau', in: T. Kooijmans, J.W. Ouwerkerk e.a. (red.), *Op zoek naar evenwicht 2021*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.  
10. Zie *supra* noot 5.  
11. Over onderzoek gebaseerd op publicaties op rechtspraak.nl valt veel te zeggen, met name dat de beschikbare dataset incompleet is. Immers, slechts 4% van de in Nederland gewezen beslissingen wordt gepubliceerd. Daarbij past overigens de nuance dat een groot deel van de gewezen verstek- en kantonzaken niet wordt gepubliceerd. Deze zullen doorgaans voor



© Shutterstock

3:40(2) BW. Wel kan zo'n delict naar vreemd recht een schending inhouden van de Nederlandse openbare orde en/of goede zeden.<sup>15</sup> Dan kan de rechtshandeling in kwestie langs de band van artikel 3:40(1) BW nietig zijn.

Strafbare feiten kunnen leiden tot civielrechtelijke nietigheid van een rechtshandeling. In dit kader is het van belang dat Nederland geen algemene fraudebepaling kent. Dit is deels omdat het begrip 'fraude' zich niet eenvoudig laat afbakenen. Wij gebruiken het begrip, omdat er in de civiele context doorgaans een breder palet aan in het Wetboek van Strafrecht (Sr) uitgewerkte financieel-economische delicten mee wordt bedoeld. Te denken valt aan zaken als valsheid in geschrifte, omkoping, oplichting, en verduistering, en daarmee samenhangend: witwassen. Witwassen en andere verwijten die verband houden met het verhullen van de met de illegale handelingen verkregen inkomsten bouwen veelal voort op deze gronddelicten. Voor het strafrechtelijk beoordelen van handelen en nalaten zal naar deze specifieke – in Sr uitgewerkte – verwijten gekeken moeten worden.

De strafrechter zal telkens op grondslag van de tenlastelegging toetsen of de verschillende bestanddelen van de verweten gedragingen wettig en overtuigend bewezen zijn. Voor het strafrecht is daarbij evident dat delictomschrijvingen niet vaag of onduidelijk mogen zijn.<sup>16</sup> Het gebrek aan een overkoepelend strafrechtelijk fraudebegrip maakt evenwel dat de invulling van de term fraude in bijvoorbeeld het civiele recht nogal eens kan verschillen van de specifieke strafrechtelijke delictomschrijving en soms met weinig oog voor nuance als een containerbegrip wordt gebruikt.<sup>17</sup> Ook het corruptiebegrup is in Nederland

in diverse strafbare feiten uitgewerkt, maar als zodanig niet in de wet benoemd als strafbaar feit.<sup>18</sup>

Hoewel discussie kan bestaan over de vraag of, en in welke mate de openbare orde van artikel 3:40 BW afwijkt van die van artikel 1065 lid 1 aanhef en onder e Rv,<sup>19</sup> biedt recente (arbitragerechtelijke) jurisprudentie interessante voorbeelden van hoe – ook in grensoverschrijdend verband – een (te) ruime interpretatie van strafrechtelijke begrippen in de civielrechtelijke context, kan leiden tot discussie. Wij wijzen allereerst op de kwestie *Bariven/Wells*. Het ging daarin om een overeenkomst inzake de verkoop en levering door Wells aan een dochtervennootschap (Bariven) van de Venezolaanse staatsoliemaatschappij (PDVSA) van motoren voor de aandrijving van een boorinstallatie. Die overeenkomst was volgens Bariven tot stand gekomen onder invloed van corruptie. Het scheidsgerecht zag daarvoor onvoldoende bewijs. Wel concludeerde het scheidsgerecht dat *als* de overeenkomsten tot stand zouden zijn gekomen onder invloed van corruptie, die overeenkomsten *ab initio* nietig zouden zijn geweest.<sup>20</sup>

Het hof vernietigt het arbitraal vonnis. Hij oordeelt dat de *'sterke aanwijzingen van corruptie, in combinatie met het ontbreken van enige inhoudelijke verklaring van Wells voor de ongerijmdheden, voldoende bewijs [is] dat de Koopovereenkomst onder invloed van corruptie tot stand is gekomen'*.<sup>21</sup> Deze *'sterke aanwijzingen'* bestaan onder meer in de veroordeling – door de Amerikaanse strafrechter, ná het wijzen van het arbitraal vonnis – van twee (voormalig) werknemers van Bariven vanwege hun rol in wat het hof *'corrupte praktijken'* noemt. Het kwartje valt bij de

Hoge Raad voor Wells feitelijk alsnog de goede kant op in het licht van de vaststelling, *obiter*, door het scheidsrecht dat – nu de motoren geleverd zijn – nietigheid van de overeenkomsten zou hebben betekend dat Bariven de aandrijfmotoren aan Wells moest terugleveren, of bij gebreke daarvan, de economische waarde van de aandrijfmotoren aan Wells zou hebben moeten vergoeden.<sup>22</sup> Deze economische waarde wordt door het scheidsrecht, aldus in een overweging ten overvloede, gesteld op de koopprijs waarvan Wells betaling verzocht.

Een ander voorbeeld is de kwestie *India/Devas*. Die zaak draaide om de vernietiging van een vonnis in een investeringsarbitrage. Na het eindvonnis in de arbitrage, stelt de Republiek India een strafrechtelijk onderzoek in naar de vermeend onrechtmatige achtergrond van de investering door investeerder Devas. De rechtbank oordeelt dat de betreffende strafklacht '(...) *pas rechtsgevolgen voor het Devas Contract kan hebben op het moment dat deze leidt tot een (onherroepelijke) strafrechtelijke veroordeling. De enkele omstandigheid dat een Strafklacht is ingediend heeft nog geen rechtsgevolg*'.<sup>23</sup> Het hof bekrachtigt dat vonnis, overwegende dat '[o]ok als de Strafklacht nog aanhangig is, kan op grond daarvan niet aangewonnen worden dat [de overeenkomst in kwestie] onder invloed van strafbare feiten tot stand is gekomen', en dat '[z]olang de Indiase rechter geen toestemming heeft verleend om de in de Strafklacht vermelde klachten op te nemen in een officiële tenlastelegging, kan er zelfs niet van worden uitgegaan dat deze klachten *prima facie* gegronnd zijn'.<sup>24</sup> Interessant is dat de civiele rechter sterk leunt op (het nog niet finaal zijn van) het oordeel van de strafrechter.

Tot slot is noemenswaard het recente arrest in de *Yukos-saga*.<sup>25</sup> De Hoge Raad verwijst daarmee de (vernietigings)zaak terug naar het Hof Amsterdam voor de beoordeling van de stellingen van de Russische Federatie met betrekking tot beweerdelijk door de investeerder gepleegd bedrog.<sup>26</sup> Een belangrijk verschil met *Bariven* en *Devas* is dat het hier zou gaan om bedrog dat *in de arbitrage* is gepleegd. Tegelijk kan deze terugverwijzing ook worden gelezen als illustratie van de – overigens niet onbegrijpelijk-

ke – worsteling van de civiele rechter met de betekenis van door het strafrecht ingekleurde feiten in de civiele praktijk.

### 2.3. Bewijs van financieel-economische delicten

Zoals uit het voorgaande ook volgt, is het *bewijs* van het gestelde strafbare feit in civiele geschillen een essentieel scharnierpunt. In de internationale arbitrage-literatuur bestaat discussie over wat dat betekent in gevallen waarin (mogelijk) strafbare feiten aan de orde zijn. Waar Born – daarin overigens gevolgd door het *Bariven*-scheidsrecht – meent dat ook te dien aanzien geldt '(...) *the general rule of actori incumbit probatio: each party bears the burden of proving the facts relied on in support of its case*',<sup>27</sup> is ook betoogd dat een lichtere bewijslast geldt in internationale zaken waarin corruptie mogelijk een rol speelt. Onder deze zogeheten *red flags-doctrine*<sup>28</sup> worden – met het oog op de moeilijke bewijsbaarheid van economische delicten als fraude, omkoping of corruptie – sterke aanwijzingen voldoende geacht voor het aannemen daarvan. Zie ook de *Bariven*-zaak, waarin het hof sprak van '*sterke aanwijzingen van corruptie, in combinatie met het ontbreken van enige inhoudelijke verklaring* (...)'.<sup>29</sup>

Hier dient de centrale vraag zich aan of een civielrechtelijke 'verbind de puntjes'-benadering ten aanzien van gesteld strafbaar handelen te verenigen is met de eisen die het strafrecht stelt aan het bewijs. Zeker wanneer de civielrechtelijke openbare orde moet worden gezien als een eenduidig, uniform begrip,<sup>30</sup> is het de vraag of de feitelijke vaststelling in *civilibus* van strafbare feiten

## Is een civielrechtelijke 'verbind de puntjes'-benadering ten aanzien van gesteld strafbaar handelen te verenigen met de eisen die het strafrecht stelt aan het bewijs?

16. Art. 1 Wetboek van Strafrecht omvat dit zogenoemde *lex certa*-beginsel.

17. R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman, M.J.J.P. Luchtman & B. van der Vorm, 'Algemeen hoofdstuk', in: *Bijzonder Strafrecht, Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Pompe Reeks, tweede druk, Den Haag: Boom 2019.

18. In andere jurisdicties kan dat overigens anders zijn. Ons springt het in de *common law* onderkende onderscheid tussen *civil* en *criminal fraud* in het oog. Daarover inleidend: Jonathan Fisher, 'Chapter 26: Fraud in civil and criminal law', in: Barry Rider (ed.), *Research Handbook on International Financial Crime*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited 2015. Deze problematiek gaat het bestek van dit stuk te buiten. Niet-temin geeft het inzicht in hoe strafrechtelijke

systemen in zijn algemeen – en de omgang daarin met financieel-economische problematiek – wezenlijk kunnen/kan verschillen.

19. Zie ook: B.T.M. van der Wiel, 'Maten van openbare orde', *MvV* 2021, nr. 10, p. 323-334.

20. Vervolgens stikt het scheidsrecht zijn oordeel dubbel met de vaststelling dat – nu de motoren geleverd zijn – nietigheid van de overeenkomsten zou hebben betekend dat Bariven de aandrijfmotoren aan Wells zou hebben moeten teruggeven, of bij gebreke daarvan, de economische waarde van de aandrijfmotoren aan Wells zou hebben moeten vergoeden. Deze waarde stelt het scheidsrecht gelijk aan de koopprijs.

21. Hof Den Haag 22 oktober 2019,

ECLI:NL:GHDHA:2019:2677, *JBPr* 2020/48, m.nt van G.J. Meijer en P.E.

Ernste, r.o. 5.12.

22. HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1171, onder 3.1.5, waar de Hoge Raad vaststelt dat '(...) *de overwegingen van het scheidsrecht met betrekking tot de onverschuldigde betaling als grondslag voor de verplichting van Bariven om het door Wells gevorderde bedrag van USD 11.732.456,14 te betalen, een grond betreft die het dictum zelfstandig draagt*'.

23. Rb Den Haag 14 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:15532, r.o. 4.66.

24. Hof Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:180, r.o. 5.36.

25. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645.

26. Onder randnr. 5.1.19 en voorgaande.

27. G. Born, *International Commercial Arbitration* (derde druk), ch. 15, januari

2021, p. 2487/2488.

28. Zie bijvoorbeeld: V. Khvalei, 'Using Red Flags to Prevent Arbitration from Becoming a Safe Harbour for Contracts that Disguise Corruption', Special ICC Supplement: Tackling Corruption in Arbitration (ICC, 2013); en Sayne, A. Gillies & A. Watkins, 'Twelve Red Flags: Corruption Risks in the Award of Extractive Sector Licenses and Contracts', (Natural Resource Governance Institute)', april 2017. Er is nog veel meer geschreven.

Een bespreking daarvan gaat het bestek van deze bijdrage te buiten.

29. Par. 2.3 hierboven.

30. Zoals recent betoogd door Van der Wiel, *supra* noot 19.

kan plaatsvinden op basis van (veel) lagere bewijsstandaarden dan die van toepassing zijn voor de rechter die voor die vaststellingen is aangesteld: de strafrechter. Die rechter past (veel) strengere normen toe dan de civiele geschiloplosser, zowel voor wat betreft het bewijs als materieelrechtelijk.

De vaststelling van een strafbaar feit vereist immers dat is voldaan aan *alle* bestanddelen van de delictsomschrijving voor bijvoorbeeld bedrog, omkoping, oplichting of witwassen. Voor het vervuld zijn daarvan geldt bovendien – in elk geval naar Nederlands recht – een hoge bewijsdrempel. Op grond van ‘wettig en overtuigend bewijs’ moet *buiten redelijke twijfel* zijn dat het betreffende delict is gepleegd.<sup>31</sup> Wat dit wettig bewijs omvat, volgt uit de voorschriften die de bewijswaarde regelen van bewijsmiddelen.<sup>32</sup> Het strafrechtelijk bewijsstelsel is bepaald steviger dan de vrije bewijsleer die voor de civiele rechter geldt.<sup>33</sup> Die stevige benadering sluit ook aan bij de regeling van artikel 161 Rv. Op grond daarvan leveren strafrechtelijke vonnissen dwingend

## Het strafrechtelijk bewijsstelsel is bepaald steviger dan de vrije bewijsleer die voor de civiele rechter geldt

bewijs op van daarin bewezen verklaarde feiten. Dit echter – zie ook *India/Devas* – alleen voor zover dat vonnis op tegenspraak is gewezen en in kracht van gewijsde is gegaan. Een veel lichtere civielrechtelijke route lijkt daar niet goed bij te passen. Dit temeer bij verwijten als ‘fraude’ en ‘corruptie’, die niet zijn verankerd in het (Nederlands) strafrecht.

### 2.4 Tussenconclusie

Uit voornoemde voorbeelden blijkt dat de civiele rechter en arbiters bij de toepassing van civiel (materieel- en proces)recht gebruik maken van meer algemene fraude- en corruptiebegrippen. Dit kan als gevolg hebben, dat verdergaande invulling van die begrippen plaatsvindt dan binnen het strafrecht mogelijk is. Daarmee zou een strafrechtelijk niet-verwijtbare gedraging kennelijk in het civiele recht wel als verwijtbaar kunnen worden aangemerkt. Die conclusie nodigt uit tot een nadere beschouwing over hoe de dogmatiek denkt over de rol die de civielrechtelijke geschiloplosser speelt bij de toetsing van strafrechtelijke verwijten.

## 3. De rol van de civielrechtelijke geschiloplosser bij strafrechtelijke verwijten

### 3.1 Inleiding

Uit het voorgaande volgt dat strafrechtelijke en civielrechtelijke normen – afhankelijk van de context waarin zij worden toegepast – niet altijd makkelijk samen te bren-

gen zijn. Dat geeft aanleiding nader te onderzoeken welke ruimte de civielrechtelijke geschiloplosser heeft wanneer vermeende strafrechtelijke vergripen ten grondslag worden gelegd aan een civiele vordering of een civiel verweer. Dat doen we in deze par. 3.

Die analyse begint bij de betekenis van de onschuldpresumptie en fundamentele normen van civiel procesrecht. Wij bespreken dit in par. 3.2. In par. 3.3 gaan wij in op de rol van strafrechtelijke beslissingen in civiele procedures. We sluiten af met een korte conclusie (par. 3.4).

### 3.2 De onschuldpresumptie in de civiele procedure

Artikel 6 lid 1 EVRM bepaalt, kort gezegd, dat eenieder bij de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen recht heeft op een *‘eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld’*. Dat klinkt eenvoudig, maar is het onderwerp van een complexe en zich steeds verder ontwikkelende jurisprudentie.<sup>34</sup> Die valt buiten het bestek van deze bijdrage.

Deze bijdrage ziet veeleer op het schuren van het strafrecht en het civiele recht als het gaat om fraudeverwijten. Daarin staat de precieze strafrechtelijke benadering tegenover een algemene civielrechtelijke benadering als het om de invulling van specifieke fraudeverwijten gaat. Dit geldt ook voor de in het strafrecht geldende wettelijke bewijsregels tegenover de vrije bewijsleer. Tot slot – en daar gaat deze paragraaf over – is er het belangrijke strafrechtelijke beginsel van de onschuldpresumptie.

De onschuldpresumptie is dé hoeksteen, of toch ten minste een fundamenteel beginsel, van strafrecht. Het volgt uit artikel 6(2) EVRM, dat zijn pendant kent in artikel 27 Sv. In de zaak *Urat/Turkije* oordeelde het EHRM dat *‘(...) the presumption of innocence may be infringed not only in the context of a criminal trial, but also in separate civil, disciplinary or other proceedings that are conducted simultaneously with the criminal proceedings’*.<sup>35</sup> Hoewel dat niet uitsluit dat een civiele en een strafrechtelijke procedure parallel worden gevoerd,<sup>36</sup> kan *‘(...) any official statement that calls into question the person’s presumed or established innocence (...)’*<sup>37</sup> in strijd komen met de onschuldpresumptie. Anders gezegd: de onschuldpresumptie speelt ook in civiele kwesties een rol.

Dat geldt echter niet *per se* voor de bewijsrechtelijke standaarden die artikel 6(2) EVRM stelt. Het is volgens het EHRM toegestaan dat in civiele procedures een lichtere bewijsstandaard wordt toegepast. Die toepassing mag de onschuldpresumptie echter niet ‘theoretisch en illusoir’ maken.<sup>38</sup> Immers, *‘(...) the purpose of the right to be presumed innocent until proven guilty is not only to guarantee the fairness of the criminal trial from undue influences but also to protect a person’s reputation from unjustified brandings of guilt’*.<sup>39</sup> Onder deze Europese rechtspraak zal niet snel sprake zijn van een schending van grondrechten wanneer de civiele geschiloplosser een lichtere standaard aanlegt voor bewijs van (een aantijging van) een strafbaar feit dan de strafrechter doet of zou doen. Dat is slechts aan de orde wanneer de – aan een strafrechtelijke veroordeling voorafgaande – civiele

analyse zou leiden tot een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van artikel 8 EVRM.

De civiele geschiloplosser is echter wel gehouden *civielrechtelijke* beginselen van een behoorlijke procesvoering toe te passen. Dat betekent onder meer dat de civiele geschiloplosser ervoor moet zorgen dat de (civiele) procedure zo is ingericht dat recht wordt gedaan aan beginselen van een behoorlijke procesorde. Dat betekent dat de partij die van een strafbaar feit wordt beticht, in de gelegenheid moet worden gesteld daarop te reageren.<sup>40</sup> Ook mag van de partij die de strafrechtelijke aantijgingen naar voren brengt worden verwacht dat deze worden gesubstantieerd en dat daarvoor zoveel mogelijk bewijs wordt aangedragen. Zie in dat kader met name (het in arbitrage eveneens van toepassing zijnde)<sup>41</sup> artikel 21 Rv, maar ook de artikelen 85 en 111 Rv.<sup>42</sup> De expertise en ervaring van de partij die de aantijging van strafrechtelijk verwijtbaar handelen naar voren brengt, is onzes inziens van belang in de toepassing van die bepalingen. Anders gezegd: een aantijging door de buurman is van een andere orde dan een aantijging door een staatsbedrijf. Tot slot geeft de rechtspraak van de Hoge Raad geen aanleiding (feitelijk) de bewijslast ter zake van de gestelde strafbare feiten neer te leggen bij de partij waartegen de betreffende aantijgingen zijn gericht.<sup>43</sup> Ook toepassing van de in artikel 21 Rv opgenomen mogelijkheid te doen wat 'geraden' voorkomt is niet zomaar aan de orde. Daarvoor is slechts ruimte wanneer er aanleiding bestaat te denken dat een partij nalaat de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren.<sup>44</sup> De enkele aantijging dat sprake is (geweest) van strafbaar handelen, is onvoldoende voor het *triggeren* van enig vermoeden dat feiten (en onderliggend bewijs) worden achtergehouden.

### 3.3 Strafrechtelijke beslissingen in een (Nederlandse) civielrechtelijke procedure

Artikel 161 Rv bepaalt dat een in kracht van gewijsde

gegaan, op tegenspraak gewezen, vonnis/arrest waarbij de Nederlandse strafrechter bewezen heeft verklaard dat iemand een strafbaar feit gepleegd heeft, in een civiele procedure dwingend bewijs oplevert van dat feit. De civiele rechter dient uit te gaan van dat feit, behoudens te leveren tegenbewijs door gedaagde. De dwingende bewijskracht heeft evenwel alleen betrekking op de bewezenverklarde *feiten* in het strafrechtelijk vonnis. De civielrechtelijke gevolgen zijn daarmee niet gegeven. Anders gezegd: vaststelling van een (strafbaar) feit door de strafrechter, betekent niet dat bijvoorbeeld automatisch sprake is van een onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) of van strijd met de openbare orde. Het dwingend bewijs van een strafrechtelijk vonnis zal er wel voor zorgen dat het bewijs voor een onrechtmatige daad eenvoudiger is, in het geval tegenbewijs niet geloofwaardig is.<sup>45</sup>

De dwingende bewijskracht geldt alleen voor veroorzakende vonnissen/arresten. Het oordeel van de strafrechter

## De civiele rechter maakt een eigen afweging op basis van het in de civiele procedure vastgestelde feitencomplex

ter dat bijvoorbeeld een beroep op noodweer slaagt wordt niet door artikel 161 Rv bestreken. Dat oordeel maakt immers geen deel uit van de bewezenverklaring.<sup>46</sup> Ook een strafrechtelijke vrijspraak heeft in een civiele procedure geen dwingende bewijskracht. De civiele rechter maakt een eigen afweging op basis van het in de civiele procedure vastgestelde feitencomplex. Dat kan anders en/

31. Art. 338 Sv.

32. Art. 339 Sv e.v.

33. Art. 152 Rv. Dat geldt in het bijzonder in arbitrage, waarin – op grond van artikel 1039 Rv – '[d]e bewijsvoering, de toelaatbaarheid van de bewijsmiddelen, de bewijslastverdeling en de waardering van het bewijs (...)' ter vrije bepaling van het scheidsrecht staan, tenzij partijen anders zijn overeengekomen. Zie algemeen: Snijders, *Nederlands Arbitragerecht* 2018, p. 318 e.v. Zie voorts: Dirk Knottenbelt & Thomas Stouten, 'Bewijs van corruptie in arbitrage en de toetsing door de vernietigingsrechter', in: R.S. Meijer et al. (red.), *Accompli: Liber Amicorum voor prof. mr. dr. M.E. Koppenol-Laforce*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 97-112.

34. De toepasselijkheid van art. 6 (1) EVRM in arbitrage is een complex leerstuk. Zie daarover: W.D.H. Asser, 'Beginselen van een *faire arbitrale rechtspleging*', TvA

2013/40. Hoewel Assers bijdrage dateert van vóór de invoering van het nieuwe arbitragerecht (in 2015), is zijn analyse ook voor het huidige recht een centraal ijkpunt, niet in de laatste plaats omdat de bijdrage van Asser reeds anticipeerde op het nieuwe recht. Zie voorts: M.W. Knigge & P.L.F. Ribbers, 'Arbitrage, afstand van recht en artikel 6 EVRM', *TvA* 2017/20, met verwijzingen in voetnoot 24.

35. EHRM 27 november 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1127JUD005356109 (*Urat/Turkije*), r.o. 42. Waarover: *European Human Rights Cases*, 20(3): *EHRC* 2019/50.

36. EHRM 27 november 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1127JUD005356109 (*Urat/Turkije*), r.o. 53.

37. *Ibid.*, r.o. 52.

38. EHRM 12 juli 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0712JUD002542409 (*Allen/United Kingdom*), r.o. 94.

39. EHRM 28 maart 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0328JUD004502807 (*Kemal Coşkun/Turkije*), r.o. 44.

40. Art. 19 Rv respectievelijk art. 1036(2) Rv voor arbitrage.

41. HR 25 maart 2011, *NJ* 2012/627 met een nuancerende noot van H.J. Snijders.

42. Zie voor bespreking – tegen de achtergrond van risico's van *framing* – van de geldende civielprocesrechtelijke kaders: B. van Zelst, 'De kracht (en het gevaar) van cognitive illusions in het civielrechtelijk debat', *NJB* 2021/1225.

43. Waarover onder meer: A. Hammerstein, R.H. de Bock & W.D.H. Asser, *Modernisering burgerlijk bewijsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 11; Asser *Procesrecht/ Asser 3* 2017/75; De Bock 2011, p. 72.

44. C.J.A. Seinen, 'De gevolgtrekking die hij geraden acht. Sancties op schending van de waarheidsplicht', *TCR* 2014/3, p. 84 e.v.

Recente: Redouan El Gamali & Eric Tjong

Tjin Tai, 'Waarheidsplicht en bewijslastverdeling', *TCR* 2019, p. 57 e.v.

45. In zijn dissertatie uit 2014 onderzoekt Van Loon in welke verhoudingen rechters zijn gebonden aan eerdere (ook feitelijke) vaststellingen door de bestuursrechter.

Hoewel deze problematiek niet direct relevant is voor onze analyse, is het interessant vast te stellen dat verschillende rechters hier verschillend mee omgaan. Een belangrijke reden daarvoor is dat verschillende eisen die verschillende rechters stellen aan het bewijs. Ook Van Loon lijkt een meer eenvormige benadering te bepleiten, waarin een centrale rol is weggelegd voor de rol van de 'meest gereede rechter'. Zie, uitgebreid: O. van Loon, *Binding van rechters aan elkaars uitspraken in bestuursrechtelijk perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 402 e.v. in het bijzonder.

46. HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760.

## Ook een niet in kracht van gewijsde gegaan vonnis van de Nederlandse strafrechter, waarbij bewezen is verklaard dat iemand een strafbaar feit heeft begaan, heeft vrije bewijskracht

of uitgebreider zijn dan het aan de strafrechter bekende bewijsmateriaal.<sup>47</sup> Bij dit onderscheid is enerzijds relevant dat pas sprake kan zijn van een veroordeling, als het bewijs wettig en overtuigend is (artikel 338 Sv). Een vrijspraak betekent in beginsel niets meer of minder dan dat de rechter tot het oordeel is gekomen, dat het bewijs voor het verweten strafbare feit niet wettig en overtuigend geleverd is. De in civiele zaken geldende vrije bewijsleer brengt evenwel onder meer mee, dat de rechter vrij is in de waardering van het bewijs, tenzij de wet anders bepaalt (artikel 152 lid 1 Rv).

Tamelijk recent oordeelde de Hoge Raad over de vraag hoe een vrijspraak zich verhoudt tot een recht op (civiele) schadevergoeding.<sup>48</sup> In zijn uitvoerige conclusie gaat P-G Bleichrodt onder meer in op enerzijds de taakverdeling tussen de strafrechter en de burgerlijke rechter en anderzijds op de besproken rechtspraak van het EHRM inzake artikel 6 lid 2 EVRM, met betrekking tot het onschuldbeginsel. De Hoge Raad overwoog, dat – gelet ook op de onschuldpresumptie – wanneer de motivering van een uitspraak van de strafrechter ‘(...) *inhoudt dat de onschuld van de gewezen verdachte is gebleken, dan wel dat uit de stukken betreffende de niet met een bewezenverklaring geëindigde strafzaak de onschuld van de verdachte is gebleken*’, de burgerlijke rechter niet mag ‘(...) *treden in een (nader) onderzoek naar de gedragingen van de verdachte in verband met het strafbare feit waarop de verdenking betrekking had*’.<sup>49</sup>

In een geval waarin de verdachte onherroepelijk is vrijgesproken, mag de civiele rechter uitsluitend nagaan of de vrijspraak, blijkens de motivering daarvan, inhoudt dat de onschuld van de gewezen verdachte is gebleken, dan wel dat uit de stukken betreffende de niet met een bewezenverklaring geëindigde strafzaak de onschuld van de verdachte is gebleken. De burgerlijke rechter mag daarbij niet treden in een (nader) onderzoek naar de gedragingen van de verdachte in verband met het strafbare feit waarop de verdenking betrekking had. Indien de vordering tot schadevergoeding wordt afgewezen, dient de burgerlijke rechter zich ertoe te beperken tot uitdrukking te brengen dat uit de uitspraak van de strafrechter, of anderszins uit de stukken betreffende de niet met een bewezenverklaring geëindigde strafzaak, niet blijkt van de onschuld van de gewezen verdachte en het – achteraf bezien – ongefundeerd zijn van de verdenking waarop het optreden van politie of justitie berustte. Volgens de Hoge Raad staat artikel 6 lid 2 EVRM er niet aan in de weg dat de stelplicht en de bewijslast in de civiele zaak op de gewezen verdachte rusten. Van de gewezen verdachte die zich beroept op het gebleken onschuldscriterium, mag door de rechter echter uitsluitend worden verlangd (i) dat hij/zij voldoende gespecificeerd stelt dat uit de uitspraak van de strafrechter dan wel de overige stukken betreffende de niet met een bewezenverklaring

geëindigde strafzaak blijkt van zijn/haar onschuld en (ii) dat hij/zij de desbetreffende stukken uit de strafzaak in het geding brengt. In een geval waarin de strafzaak is geëindigd op een andere wijze dan met een vrijspraak, heeft de burgerlijke rechter die moet beoordelen of een verplichting tot schadevergoeding bestaat, meer ruimte voor een eigen beoordeling ten aanzien van de vraag of van de onschuld van de gewezen verdachte is gebleken.

Ook een niet in kracht van gewijsde gegaan vonnis van de Nederlandse strafrechter, waarbij bewezen is verklaard dat iemand een strafbaar feit heeft begaan, heeft vrije bewijskracht. De civiele rechter is vrij in de waardering van de bewijskracht van een dergelijk vonnis. Wel werpt een dergelijke uitspraak vaak zijn schaduw vooruit. De civiele rechter kan zonder schending van een rechtsregel in beginsel op grond van een strafvonnis bewezen achten dat de misdrijven zijn gepleegd. Indien hoger beroep is ingesteld tegen het strafvonnis mag dit evenwel niet buiten beschouwing worden gelaten bij de motivering van de civiele uitspraak.<sup>50</sup>

De situatie wordt in de praktijk complexer als er geen strafrechtelijk oordeel is, maar het oordeel aan het Openbaar Ministerie is gelaten, bijvoorbeeld door het opleggen van een strafbeschikking of tot het afdoen met een beleidssepot. In het laatste geval kan zelfs sprake zijn van een situatie waarin het Openbaar Ministerie meent dat er formeel wel een strafbaar feit is te construeren, maar dat partijen ‘*hun conflict beter onderling gerechtelijk kunnen uitvechten*’.<sup>51</sup>

Ook als er ook nog geen vervolgingsbeslissing is genomen, komt aan de ‘opbrengsten’ van het strafrechtelijk onderzoek vrije bewijskracht toe. Dit geldt bijvoorbeeld voor het proces-verbaal van een politieambtenaar, waarin een verklaring wordt weergegeven. Voor de civiele procedure zit de argumentatieve waarde in de inhoud van de verklaringen.<sup>52</sup> In laatstgenoemde situatie doet zich regelmatig de situatie voor, dat een civiele partij aangeeft, dat hij in zijn proceshandelingen wordt beperkt omdat zijn handelingen mogelijk op enigerlei wijze belastend zouden kunnen zijn.

Ten aanzien van de situatie dat nog geen vervolgingsbeslissing is genomen en/of er nog geen strafrechtelijke procedure is, is tevens relevant of de civiele rechter die procedure wel zou moeten doorkruisen. Andersom is in het strafrecht ten aanzien van de positie van benadeelde partijen bepaald, dat de rechter de vordering van de benadeelde partij (geheel of gedeeltelijk) niet-ontvankelijk verklaart als de behandeling naar het oordeel van de rechtbank een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert. De benadeelde partij zal zich dan (voor het niet-ontvankelijke deel) tot de civiele rechter moeten wenden.<sup>53</sup> In het strafrecht is aldus voorzien in de situatie dat civiele onderwerpen een onevenredig beslag leggen op de

strafrechter. Een dergelijke bepaling kennen wij niet in het civiele recht.

## 4. Synthese

### 4.1 Inleiding

Uit het voorgaande volgt dat een veroordelend oordeel van de strafrechter leidend is in civiele geschillen. Omgekeerd is een vrijspraak vaak – maar niet *per se* – richtinggevend. Een met die vrijspraak strijdig andersluidend civiel oordeel vraagt om een zorgvuldige motivering. Dat is onzes inziens begrijpelijk. Immers, het al dan niet vastgesteld zijn van een strafrechtelijk vergrijp heeft voor de (rechts)persoon in kwestie grote gevolgen. Daarvan afwijken vergt een zorgvuldige en goed onderbouwde afwijging. Daartoe is de strafrechter in het bijzonder geëquipeerd. Hij beschikt – ondersteund door het OM – over een uitgebreid instrumentarium om te onderzoeken of het gestelde strafbaar feit daadwerkelijk is gepleegd.

Deze centrale plaats van het strafrechtelijk oordeel in de civiele procedure, lijkt over het algemeen moeilijk verenigbaar met de hierboven beschreven civiele praktijk waarin met strafrechtelijke begrippen vrij lijkt te worden omgegaan. Daar past een genuanceerdere benadering. Daartoe voeren wij in deze paragraaf het volgende aan. Ten eerste is coherentie en rechtszekerheid in de relatie tussen het strafrecht en het civiele recht gewenst (par. 4.2). Ten tweede dient de onschuldpresumptie geen leghuls te worden, omdat verstrekende civielrechtelijke consequenties zich al hebben gematerialiseerd voordat het strafrechtelijk oordeel is geveld (par. 4.3). Ten derde, en verband houdend met de eerste twee argumenten, dient een opportunistische inzet van strafrechtelijke verwijten te worden voorkomen (par. 4.4).

### 4.2 Systeemcoherentie is gewenst

In een civiele procedure geldt een substantieel lichtere toets voor de beoordeling van een strafbaar feit dan in een strafrechtelijke. De civiele rechter weegt het bewijs. De last tot het leveren daarvan kan op de schouders van de beschuldigde komen te liggen, al is het maar langs de

band van de verplichting voldoende gemotiveerd te betwisten. Voor de strafrechter is de situatie heel anders: hij moet vaststellen of het – door het OM aan te voeren – bewijs wettig en overtuigend is.

Ook materieelrechtelijk kan het begrip van financieel-economische delicten in civiele procedures wezenlijk verschillen van de strafrechtelijke interpretatie. Zoals besproken toetst de strafrechter of voldaan is aan in de wet omschreven delictsbestanddelen. In de civiele praktijk is de omgang met die wettelijke basis veel vrijer, in die zin dat ook aantijgingen van fraude en/of corruptie aanleiding kunnen geven tot het oordeel dat een overeenkomst nietig is of dat een aantijging onvoldoende is weersproken. Met name dat laatste is problematisch, want hoe je te verweren tegen een aantijging waarvan onduidelijk is wat die precies inhoudt? Dat is geen semantische discussie. Immers, de partij die een aantijging van fraude en/of corruptie doet, heeft mogelijk zelf niet scherp welke *feitelijke* handelingen tot die fraude of corruptie zouden moeten optellen.

Een interessante illustratie daarvan biedt de recente beslissing van de Parijse *cour d'appel* in de kwestie *Santullo/Gabon*.<sup>54</sup> In deze zaak vernietigde het Parijse hof een arbitraal vonnis in een investeringsarbitrage op de grond dat de betreffende investering door corruptie was verkregen. Hij liet daartoe bewijs toe dat door de Republiek Gabon te laat in de arbitrale procedure was gepresenteerd. Ander in de vernietigingsprocedure opgevoerd bewijs – dat was verkregen door marteling en andere inhumane behandeling – liet de *cour d'appel* buiten beschouwing. Niettemin oordeelde het hof dat het overige bewijs voldoende indicaties van corruptie bood om te voldoen aan de vereisten om aan te nemen dat het arbitraal vonnis in strijd was met de Franse openbare orde.

Hoewel naar Frans recht, illustreert deze uitspraak hoe verschillende materieelrechtelijke en bewijsrechtelijke vragen van civielrechtelijke respectievelijk strafrechtelijke aard door elkaar kunnen lopen. Zo acht het Parijse hof de late bewijslevering door Gabon toelaatbaar. Daartoe overweegt het dat het bewijs niet eerder beschikbaar was, maar ook dat het bewijs 'nuttig en nodig' (*utile et néces-*

## De centrale plaats van het strafrechtelijk oordeel in de civiele procedure, lijkt over het algemeen moeilijk verenigbaar met de civiele praktijk waarin met strafrechtelijke begrippen vrij lijkt te worden omgegaan

47. Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2020,

ECLI:NL:GHSHE:2020:1371.

48. HR 25 september 2020,

ECLI:NL:HR:2020:1526, NJ 2021/36, m.nt.

S.D. Lindenbergh. Zie ook de uitvoerige

conclusie van P-G Bleichrodt,

(ECLI:NL:PHR:2020:619) Deze uitspraak

ziet op de specifieke situatie van een vorde-

ring tot civiele schadevergoeding na een

strafrechtelijke vrijspraak.

49. Ibid, r.o. 2.13. Annotator Lindenbergh

leidt daaruit af dat '(...) de burgerlijke rech-

ter dus [zal] moeten blijven werken met het

gebleken onschuld-criterium, waarbij de

rechtspraak van het EHRM de civiele rech-

ter dwingt tot een (heel) scherpe koers,

omdat zijn beslissing en de motivering

ervan niet op enigerlei wijze alsnog

beschuldigend mogen zijn'.

50. HR 12 december 2003,

ECLI:NL:HR:2003:AF7682.

51. om.nl/onderwerpen/beleidsregels/

aanwijzingen/executie/aanwijzing-sepot-

en-gebruik-sepotgronden-2020a013. Ver-

wezen is naar sepotcode 74.

52. HR 28 maart 2008,

ECLI:NL:HR:2008:BC2802.

53. Art. 361 lid 3 Sv.

54. Arrest van 5 april 2022, in de zaak met

nummer RG 20/03242 - N° Portalis

35L7-V-B7E-CBPRT (*la République Gabo-*

*naise/Société groupement Santullo sericom*

*Gabon*).



saire) is voor de beoordeling van de zaak. Dat zou zich naar Nederlands recht moeilijk verhouden met het beginsel dat bewijs tijdig wordt gepresenteerd.<sup>55</sup> Dat is zeker in arbitrage aan de orde. Het 'voor de borst houden' van de bewijsrechtelijke kaarten leidt er immers toe dat deze feiten aan de arbitrale oordeelsvorming worden onttrokken en strategisch gereserveerd voor de vernietigingsprocedure. Anderzijds lijkt het hof in de civiele vernietigingsprocedure meer strafrechtelijke noties toe te passen van de toelaatbaarheid van het bewijs. Vervolgens past het hof wel een aanzienlijk lichtere materieelrechtelijke toets toe voor het civielrechtelijk aannemen van corruptie. 'Un faisceau d'indices suffisamment graves' – een combinatie van voldoende zwaarwegende indicaties – is daarvoor in deze zaak voldoende. Die toets verhoudt zich moeilijk tot de geldende strafrechtelijke vereisten voor het aannemen van corruptie.

#### 4.3 *Strafrechtelijke bescherming moet geen lege huls worden*

Zeker ook vanwege de snellere doorlooptijden in civiele geschillen – waarin afronding van het onderzoek door het OM niet hoeft te worden afgewacht – kan de vrijere civielrechtelijke benadering van het strafrecht tot gevolg hebben dat het civielrechtelijk kalf al verdronken is als de strafrechter is toegekomen aan het dempen van de put. Anders gezegd: vanwege de lichtere toets kunnen – soms zeer verstrekkende – civielrechtelijke gevolgen al zijn ingetreden, voordat de strafrechter een oordeel heeft geveld. Dat is temeer problematisch wanneer het strafrechtelijk oordeel de betrokken persoon vervolgens exonereert voor precies die feiten die aanleiding gaven tot de *in civilibus* uitgesproken nietigheid/veroordeling. De gevolgen daarvan zijn dan mogelijk al lang en breed ingetreden en ook niet of nauwelijks meer terug te draaien. In elk geval moet daarvoor dan weer een separate procedure worden gevoerd. In de context van de hierboven beschreven casus *Santullo/Gabon*: was de heer Santullo vrijgesproken in tegen hem in Zwitserland lopende strafrechtelijke procedures, dan was het civielrechtelijk gevolg – het verlies van de investering in Gabon – wel blijvend verloren geweest.<sup>56</sup>

Dat alles is onwenselijk, allereerst met het oog op *lex certa*. Zoals besproken vereist het strafrecht een duidelijk afgebakende grens. Slechts wanneer overtuigend komt vast te staan dat die grens is overschreden, is strafrechtelijke sanctionering opportuun. Dat is geen uiting van juridische haarkloverij, maar een rechtsstatelijk uitgangspunt. Als zodanig is naleving van het *lex certa*-beginsel zelf te kenschetsen als een regel van openbare orde. Verdedigbaar is dat een al te losse civiele toepassing daarvan zelf-

standig strijd oplevert met – om de definitie van Sieburgh te gebruiken – 'de fundamentele beginselen die wezenlijke belangen van de samenleving betreffen en die vorm geven aan grondslagen waarop de ethische, juridische en economische orde van de samenleving steunt'.<sup>57</sup>

Iets vergelijkbaars geldt voor de onschuldpresumptie. Ook dat is een wezenskenmerk van ons strafrecht en als zodanig een uiting van een maatschappelijk breed gedragen vertrekpunt in de rechtspleging. Zo bezien, geeft de bovenbesproken (Europese) rechtspraak de civiele geschiloplosser erg veel ruimte door slechts te eisen dat een – aan een strafrechtelijke veroordeling voorafgaande – civiele analyse alleen niet mag leiden tot een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van artikel 8 EVRM. Toepassing van lichtere bewijsstandaarden acht het EHRM daaraan niet per definitie in de weg staan. Daarbij hebben wij de nodige bedenkingen. Immers, als verstrekkende civielrechtelijke gevolgen na een andersluidend strafrechtelijk oordeel niet kunnen worden teruggedraaid, dan komt de verplichting tot het (zonder tegenprestatie) ongedaan maken van een nietig verklaarde verbintenis dicht in de buurt van een onteigening. En dat is ingevolge het Protocol I bij het EVRM een onhoudbaar gevolg. Ook daarom is een nadere analyse van de coherentie van het model op zijn plaats. Het risico bestaat dat maatschappelijk fundamenteel geachte strafrechtelijke beschermingsmechanismen een lege huls worden.

#### 4.4 *Aantijgingen als strategisch instrument*

Een van ons schreef eerder hoe het vroeg in de civiele procedure *framen* van een zaak de uitkomst van die zaak sterk kan beïnvloeden.<sup>58</sup> Dat maakt het ventileren van aantijgingen van strafbare feiten – zonder daarvoor harde bewijzen aan te dragen onder het mom dat 'corruptie zich nu eenmaal moeilijk laat bewijzen' – een aanlokkelijk strategisch instrument. Deze problematiek is treffend beschreven door Wälde in zijn *separate opinion* – in feite een *dissent* zoals die in de *common law* jurisdicties vaker voorkomt<sup>59</sup> – in een investerings-arbitrage onder auspiciën van het *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID):

*'Insinuation without the readiness to come forward and have a substantiated allegation properly debated and tested before the tribunal is a poisonous way to conduct litigation. It has become more and more frequent in Investment arbitration as both claimants and defendants raise such hints, without being ready to submit them to a full and fair trial. Tribunals should*

**Als verstrekkende civielrechtelijke gevolgen na een andersluidend strafrechtelijk oordeel niet kunnen worden teruggedraaid, dan komt de verplichting tot het (zonder tegenprestatie) ongedaan maken van een nietig verklaarde verbintenis dicht in de buurt van een onteigening**

*actively discourage this tactic and ensure it plays no role, directly or indirectly, in their deliberation.*<sup>60</sup>

Anders gezegd: zelfs bij het ontbreken van ieder bewijs, zal de partij die het mikpunt is van strafrechtelijke verwijten, grote moeite hebben dat beeld te doorbreken en de civiele geschiloplosser ervan te overtuigen dat daarvan geen sprake is. Dat komt feitelijk neer op de omkering van de bewijslast. Ook deze maatschappelijke realiteit moet een plaats krijgen in de verdere discussie over de verhouding tussen strafrechtelijke en civielrechtelijke noties. Een feitelijke verplichting aan te tonen dat *niet* strafbaar is gehandeld, is onwenselijk.

<sup>55</sup>. Zie ook de noot van Meijer en Ernste onder het hierboven besproken *Bariven*-arrest van het Hof Den Haag, *JBPr* 2020/48.

<sup>56</sup>. Dit speelde in casu niet, nu de heer Santullo lopende de genoemde strafrechtelijke procedure overleed.

<sup>57</sup>. *Asser/Sieburgh* 6-III 2018/345.

## 5. Conclusie

In het voorgaande stelden wij vast dat tegen strafrechtelijke normen in het strafrecht anders wordt aangekeken dan in het civiele recht. Daardoor ontstaat een *fuzzyness* die leidt tot onduidelijkheid, aanleiding geeft tot opportunistisch procederen en die meer algemeen onwenselijk is. Wij menen dat de rechtspraak behoefte heeft aan nadere duiding van hoe om te gaan met die problematiek. Daarbij moeten overwegingen van systeemcoherentie en rechtsstatelijkheid, rechtspolitiek en maatschappelijk belang op een genuanceerde manier worden gewogen. Met het voorgaande willen wij voor die discussie een aanzet geven. •

<sup>58</sup>. Zie: B. van Zelst, *supra* noot 42.

(1 december 2005), par. 112-118, ICSID 6

<sup>59</sup>. Zie: B. van Zelst, 'Dissenting opinions in arbitration', *TvA* 2015/21.

januari 2006 (*Thunderbird/Mexico*).

<sup>60</sup>. Separate Opinion of Thomas Wälde