

commentaar op	Hoge Raad 06-06-2017, ECLI:NL:HR:2017:1017
datum	14-09-2017
auteur	J.H.J. Verbaan

Hoge Raad 06-06-2017, ECLI:NL:HR:2017:1017

Vidgen II: een 'unfair trial' gerechtvaardigd? Annotatie bij Hoge Raad 6 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1017, SR 2017-0253.

Aan onderhavige beslissing op een beroep in cassatie ging het nodige vooraf. De zaak kwam terug van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) nadat de zaak al eerder aan de Hoge Raad was voorgelegd, waar destijds geen aanleiding werd gezien de klachten van de verdediging in cassatie te honoreren. Het EHRM zag in de behandeling van de zaak wel een schending van het recht op een eerlijk proces (ECLI:CE:ECHR:2012:0710JUD002935306), meer in het bijzonder het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 lid 1 en lid 3 aanhef en onder d van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM).

De zaak was, zoals gezegd, daarvoor al bij de Hoge Raad in behandeling geweest (ECLI:NL:HR:2006:AV1633). Destijds had de verdediging bij de Hoge Raad geklaagd dat het hof de verklaringen van de medeverdachte onterecht voor het bewijs had gebezigd, omdat de verdediging onvoldoende in de gelegenheid was gesteld de getuige in enig stadium van het geding te kunnen beoordelen. De Hoge Raad overwoog destijds dat bij de beoordeling als kader gold dat het gebruik voor het bewijs van een ambtsedig proces-verbaal, inhoudende een niet ter terechtzitting afgelegde de verdachte belastende verklaring, niet zonder meer ongeoorloofd en in het bijzonder niet onverenigbaar met artikel 6 lid 1 en lid 3 aanhef en onder d EVRM is. Er is volgens het EHRM van dergelijke onverenigbaarheid in ieder geval geen sprake indien de verdediging in enig stadium van het geding, hetzij op het onderzoek ter terechtzitting, hetzij daarvoor, de gelegenheid heeft gehad om de persoon die de verklaringen heeft afgelegd als getuige te (doen) ondervragen om op die wijze zijn betrouwbaarheid te toetsen en aan te vechten. De Hoge Raad overwoog dat de enkele omstandigheid dat de voor de rechter opgeroepen en verschenen getuige aldaar weigert te verklaren, niet meebrengt dat inbreuk wordt gemaakt op het door artikel 6 lid 3 aanhef en onder d EVRM gewaarborgde recht (met een verwijzing naar HR 1 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:AB7528, NJ 1994/427). De Hoge Raad oordeelde dat het hof, in aanmerking genomen dat medeverdachte als getuige was opgeroepen en gehoord op het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep en in aanmerking genomen dat de verdediging de gelegenheid had gehad om over die getuige, diens eerder afgelegde verklaringen en hetgeen hij op het onderzoek ter terechtzitting had verklaard, naar voren te brengen wat zij noodzakelijk oordeelde, de bij de politie afgelegde verklaring van de medeverdachte, voor het bewijs kon gebruiken. De Hoge Raad merkte daarbij op dat hij de verdere overwegingen van het hof, te weten dat die verklaring voldoende steun vindt in andere bewijsmiddelen, beschouwt als overweging ten overvloede, waarmee het hof kennelijk tevens heeft willen uitdrukken dat en waarom de tot het bewijs gebezigde verklaringen van die medeverdachte als voldoende betrouwbaar werden geacht.

De verdediging liet het niet zitten bij het oordeel van de Hoge Raad en wendde zich tot het Hof in Straatsburg. Het EHRM benadert de zaak in een ander licht. Het constateert ten eerste dat het bewijs op grond waarvan Vidgen is veroordeeld mede omvat de verklaring van M., afgelegd ten overstaan van een Duitse opsporingsambtenaar. Met een beroep op het *nemo-tenetur* beginsel, weigerde diezelfde M. om zich omtrent zijn verklaringen door de verdediging te laten ondervragen. Het EHRM oordeelt dat het Nederland, met het oog op hetgeen in de zaak *Doorson tegen Nederland* (ECLI:CE:ECHR:1996:0326JUD002052492) is bepaald, niet kon worden verweten dat zij M. in de gelegenheid hebben gesteld om van zijn rechten gebruik te maken. Vervolgens overweegt het EHRM dat als tweede dient te worden vastgesteld of de verklaringen van M. in beslissende of doorslaggevende mate ten grondslag lagen aan de bewezenverklaring. Het Straatsburgs Hof overweegt dat door de verdachte nooit is betwist dat het voornemen bestond om motoren naar Australië te exporteren, hetgeen op zichzelf een legale activiteit is. De verdachte stelt zich op het standpunt dat hij onbekend was met de plannen, van zijn latere medeverdachten, om de motoren te gebruiken voor de smokkel van xtc en dat zijn betrokkenheid bij het strafbare feit uitsluitend steun vond in de verklaring van M.

Het EHRM oordeelt dat van de bewijsmiddelen die het hof heeft gebezigd voor de bewezenverklaring van Vidgens betrokkenheid bij het strafbare feit slechts vier daadwerkelijk de verdachte noemen. De eerste twee daarvan, de verklaringen van M. afgelegd bij de Duitse politie, brengen Vidgen rechtstreeks in verband met de xtc-smokkel. De andere verklaringen betreffen die van een getuige uit Australië die omschrijft welke zakelijke handelingen Vidgen aldaar verrichtte en de verklaring van Vidgen, zoals afgelegd in hoger beroep, waaruit volgt dat hij een van de medeverdachten slechts heeft ontmoet. De overige zeventien bewijsmiddelen hebben betrekking op verschillende individuen waaronder de reeds genoemde M., een medeverdachte en de vader van de verdachte, die de motoren gebruikten voor de smokkel naar Australië. Die bewijsmiddelen maken echter geen melding van Vidgen zelf. Het EHRM komt daarom tot het oordeel dat de verklaringen van M. afgelegd tegenover de Duitse politie 'uitsluitend' en dus ook in beslissende mate als bewijs hebben bijgedragen aan de veroordeling van Vidgen.

Het EHRM vervolgt zijn oordeel met de overweging dat, ondanks dat, zoals ook door de Nederlandse autoriteiten gesteld, voldoende inspanningen zijn geleverd om de verdachte in de gelegenheid te stellen M. te kunnen ondervragen, diens volhardende houding om niet te antwoorden op de hem gestelde vragen, de ondervraging 'de facto' zinloos maakte en dat daardoor de beperkingen die de verdediging had in het voeren van de verdediging onvoldoende zijn gecompenseerd om te kunnen spreken van een eerlijk proces.

De zaak is teruggewezen naar Nederland en door de Hoge Raad in een herzieningszaak (ECLI:NL:HR:2013:CA1782) verwezen naar het Hof 's-Hertogenbosch om daar nogmaals te worden behandeld. Daar werd de bewuste getuige door de raadsheer-commissaris in het bijzijn van de raadsman van de verdachte en in afwezigheid van de advocaat-generaal ondervraagd. Gedurende de ondervraging kon de bewuste getuige zich niet meer op zijn verschoningsrecht beroepen en de verdediging heeft de mogelijkheid gehad de getuige te ondervragen en te observeren. Gedurende de ondervraging heeft de getuige op veel vragen van de verdediging geantwoord dat hij zich niets kon herinneren. Het Bossche hof achtte na deze ondervragingsmogelijkheid van de getuige, kort gezegd, de verklaring die de betrokkene eerder tegenover de politie afgelegd, bruikbaar voor het bewijs, omdat de verdediging nu het ondervragingsrecht zoals bedoeld in artikel 6 lid 3 onder b EVRM heeft kunnen uitoefenen (ECLI:NL:GHSHE:2015:4354). Aan de Hoge Raad de taak om te beoordelen of die bevinding houdbaar is in cassatie.

De beoordeling van de Hoge Raad begint in dit geval met het aanhalen van jurisprudentie van het EHRM van latere datum dan het tijdstip van de beoordeling van Vidgen die betrekking heeft op artikel 6 lid 3 aanhef en onder d EVRM, te weten *Schatschatschwill tegen Duitsland* (ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410) en *Pichugin tegen Rusland* (ECLI:CE:ECHR:2017:0606JUD003895807) en overweegt dat op grond van genoemde bepaling de verdediging het recht heeft op een behoorlijke en effectieve mogelijkheid om getuigen in enig stadium van het geding daadwerkelijk te (doen) ondervragen. Of in het concrete geval zo een ondervragingsmogelijkheid bestaat, is mede afhankelijk van de omstandigheden waaronder en de wijze waarop de ondervraging van de getuige plaatsvindt.

Die omstandigheden kleurt de Hoge Raad vervolgens nader in door te overwegen dat in het algemeen geldt dat de verdediging een zodanige mogelijkheid tot het (doen) stellen van vragen aan de getuige moet worden geboden dat zij daarmee in staat is de oprechtheid en de geloofwaardigheid van een door de getuige afgelegde verklaring te toetsen en aan te vechten, waarbij onder meer betekenis wordt toegekend aan het bestaan en toepassen van wettelijke voorschriften en procedures die beogen te bevorderen dat de getuige de gestelde vragen (naar waarheid) beantwoordt.

De Hoge Raad overweegt vervolgens dat de enkele omstandigheid dat een getuige de aan hem gestelde vragen niet (volledig) beantwoordt omdat hij onvoldoende concrete herinneringen heeft aan wat hij met betrekking tot wat aan de verdachte is ten laste gelegd, heeft waargenomen of ondervonden, niet meebrengt dat een effectieve en behoorlijke ondervragingsmogelijkheid heeft ontbroken (vgl. ECLI:NL:HR:2016:679). Zo'n situatie kan voor de selectie en waardering van het bewijsmateriaal en daarop gerichte verweren, in het bijzonder ten aanzien van de eerder in het vooronderzoek afgelegde verklaring(en) wel relevant zijn. De Hoge Raad overweegt vervolgens niet expliciet dat een behoorlijke en effectieve mogelijkheid tot ondervraging ontbreekt in de situatie dat de getuige zich van het geven van een getuigenis of van het beantwoorden van bepaalde vragen verschoont en de getuige dientengevolge weigert antwoord te geven op de vragen die de verdediging hem stelt of doet stellen (vgl. ECLI:NL:HR:2013:BX5539).

De Hoge Raad oordeelt dat het oordeel van het hof dat de omstandigheid dat betrokkene 'op veel van de vragen heeft geantwoord dat hij zich niets meer daarover kan herinneren', er niet aan afdoet dat betrokkene als beëdigde getuige in aanwezigheid van de verdediging is gehoord en dat de verdediging daarbij een behoorlijke en effectieve gelegenheid heeft gekregen om vragen te stellen, en dat 'ook de omstandigheid dat deze getuige eerst na 15 jaar door de verdediging kon worden bevestigd' geen inbreuk meebrengt op het ondervragingsrecht van de verdediging, niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk is. Daarbij kan de Hoge Raad onder meer leunen op de overwegingen van het Bossche hof dat de omstandigheid dat betrokkene op veel van de vragen heeft geantwoord dat hij zich niets meer daarover kan herinneren en het feit dat deze getuige eerst na vijftien jaar door de verdediging kon worden bevestigd, op zich geen inbreuk meebrengt op het ondervragingsrecht van de verdediging. Het hof achtte inherent aan getuigenverklaringen dat door tijdsverloop de herinnering afzwakt, maar, stelde dat het enkele tijdsverloop nog niet meebrengt dat geen inhoudelijke antwoorden op vragen hadden kunnen komen. Ook de vaststelling van het hof dat niet gebleken is dat de getuige weigerachtig is geweest op vragen te antwoorden en de verdediging de gelegenheid heeft gehad om de getuige te confronteren met zijn eigen eerder in het kader van deze strafzaak afgelegde verklaringen en dat de getuige niet op deze verklaringen is teruggekomen, speelt daarin een rol.

Wel acht de Hoge Raad het oordeel van het hof om de straf niet verder te verminderen dan reeds is gebeurd in het arrest van de Hoge Raad, niet zonder meer begrijpelijk. De Hoge Raad vindt in de omstandigheden van het geval aanleiding om op eigen initiatief de straf te verminderen met zes maanden.

Gelet op de overwegingen van de Hoge Raad en de latere jurisprudentie van het Hof in Straatsburg valt op de uitspraak van de Hoge Raad in deze zaak juridisch niets aan te merken. Juridisch gesproken lijkt aan de formele eisen te zijn voldaan die, zowel uit de Europese als nationale rechtspraak voortvloeiend, aan het gebruik van de getuigenverklaring voor het bewijs worden gesteld. Nu daar aan voldaan is kan de Hoge Raad ook tot het oordeel komen dat het oordeel van het hof, gelet op diens overwegingen

omtrent het verhoor van de getuige, juridisch houdbaar is.

Die juridische benadering is anderzijds ook net waar de schoen, gelet op het eerder oordeel van het Hof in Straatsburg, wringt. De Hoge Raad keurde in de behandeling van de zaak voor de uitspraak van het EHRM het gebruik van de verklaring van M. al goed met een verwijzing naar het arrest *Grenzen Getuigenbewijs*. Het EHRM benaderde de zaak juist vanuit de gebezigde bewijsmiddelen en concludeerde dat van alle gebezigde bewijsmiddelen slechts de verklaring van M. uitsluitend of in beslissende mate aan de bewezenverklaring van het Vidgen ten laste gelegde feit heeft bijgedragen. Die vaststelling van het EHRM lijkt ook een materiële vaststelling met betrekking tot het voorhanden zijnde bewijs. De veroordeling steunt dus volgens het Hof in Straatsburg met name op de gewraakte getuigenverklaring.

De rechter is vrij in de selectie en waardering van het bewijs en het EHRM zal niet snel treden in de beoordeling door de rechter. Nu door het (doen) ondervragen van de getuige aan de formele eisen die worden gesteld aan het gebruik van de getuigenverklaring voor het bewijs, is voldaan, staat juridisch gezien niets meer aan het gebruik daarvan in de weg. Zij het dat de vaststellingen van het EHRM over het aandeel van de verklaring in de bewezenverklaring nog steeds gelden en dat eventuele twijfel daaromtrent door de houding en opstelling van de getuige in het verhoor door de raadsheer-commissaris in afwezigheid van de advocaat-generaal, materieel gezien niet is weggenomen. Aan het oordeel van de Hoge Raad valt in die zin niets af te dingen. De formele barrière is weggenomen en daarmee is de uitspraak gelegitimeerd. Toch blijft er een wat wrange smaak hangen. Juist omdat de getuigenverklaring volgens het EHRM als bewijs in beslissende mate van belang is voor de bewezenverklaring, lijkt de gebrekkige beantwoording van de vragen door de getuige een onbevredigend tintje aan het gebruik daarvan voor de bewezenverklaring te geven.