

ANNOTATIE

Verhoorsbijstand voorafgaand aan 15 december 2015.

mr. J.H.J. Verbaan

Annotatie bij Hoge Raad, 17-12-2019, ECLI:NL:HR:2019:1985 (SR-2019-0429)

De verdediging klaagt namens verdachte, ten aanzien van wie feitelijk leiding geven aan het opzettelijk een bij de belastingwet voorziene aangifte onjuist of onvolledig doen, terwijl het feit ertoe strekt dat te weinig belasting wordt geheven, begaan door een rechtspersoon, meermalen gepleegd, is bewezen verklaard, onder meer dat het hof – in strijd met het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM – de verklaringen die de verdachte op 18 en 19 oktober 2007 bij de FIOD heeft afgelegd zonder dat hij tijdens die verhoren werd bijgestaan door een raadsman, in zijn bewijsvoering heeft betrokken.

Het hof heeft het Salduz-verweer als volgt samengevat en verworpen.

De verdediging heeft bepleit dat de verklaringen van verdachte die op 17 oktober 2007 zijn afgelegd bij de FIOD moeten worden uitgesloten van het bewijs, omdat verdachte voorafgaand aan deze verhoren niet is geweest op zijn recht op rechtsbijstand. Nu het hof de verklaringen die verdachte op 17 oktober 2007 bij de FIOD heeft afgelegd niet zal bezigen tot het bewijs, behoeft het verweer geen bespreking. Voorts heeft de verdediging betoogd dat de, ná consultatie van een advocaat, afgelegde verklaringen van verdachte bij de FIOD tevens moeten worden uitgesloten van het bewijs, nu deze verklaringen voortbouwen op de verklaringen van 17 oktober 2007 en verdachte tijdens de verhoren op geen enkel moment is bijgestaan door een advocaat. In ECLI:NL:HR:2015:3608 en ECLI:NL:HR:2016:2018 heeft de Hoge Raad onder meer overwogen dat:

- met ingang van 1 maart 2016 toepassing zal worden gegeven aan de regel dat een verdachte het recht heeft op bijstand van een advocaat tijdens zijn verhoor door de politie;

- voornoemde regel betreffende rechtsbijstand niet met terugwerkende kracht geldt, maar alleen voor toekomstige gevallen, namelijk vanaf het wijzen van het arrest van 22 december 2015;

- bij wijze van overgangsrechtelijke regel in de periode van 22 december 2015 tot 1 maart 2016 aan het verzuim van verhoorbijstand niet het rechtsgevolg van bewijsuitsluiting wordt verbonden.

Gelet op voornoemde arresten van de Hoge Raad is het hof van oordeel dat er voor verdachte, ten tijde van zijn verhoren bij de FIOD, geen recht op verhoorbijstand bestond. Het hof overweegt voorts dat niet door de verdediging is gesteld dat verdachte om bijstand van een advocaat heeft gevraagd, maar die bijstand niet heeft gekregen. Het hof overweegt verder dat de latere verklaringen van verdachte (na 17 oktober 2007) niet rechtstreeks het gevolg zijn van de eerste twee verklaringen van verdachte (op 17 oktober 2007). Het stond verdachte immers vrij om – na raadpleging van zijn advocaat zoals is gebeurd – zijn proceshouding te wijzigen, bijvoorbeeld door zich tijdens zijn latere verhoren te beroepen op zijn zwijgrecht. Het verweer van de verdediging wordt daarom verworpen.

De Hoge Raad overweegt dat hij in ECLI:NL:HR:2015:3608, r.o. 6.3, heeft beslist dat hij voortaan – dus vanaf die datum – ervan uitgaat dat een aangehouden verdachte het recht heeft op aanwezigheid en bijstand van een raadsman tijdens zijn verhoor door de politie (de zogenoemde verhoorbijstand), behoudens het bestaan van dwingende redenen om dat recht te beperken. De verdachte kan uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend doch in elk geval ondubbelzinnig afstand doen van dat recht. Dit brengt mee dat de verdachte vóór de aanvang van het verhoor dient te worden gewezen op zijn recht op bijstand van een raadsman. Dit recht op bijstand heeft niet alleen betrekking op het eerste verhoor, maar ook op daaropvolgende verhoren. De Hoge Raad overweegt dat de aanleiding voor deze aanscherping onder meer een aantal uitspraken van het EHRM was, gewezen in de jaren na – met betrekking tot een recht op verhoorbijstand andersluidende – ECLI:NL:HR:2009:BH3079, alsmede de totstandkoming van Richtlijn 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming (*PbEU* L 294). Het recht op verhoorbijstand is sinds 3 juli 2017 neergelegd in artikel 28d Sr, door de inwerkingtreding van de Wet van 16 november 2016, *Stb.* 2016, 475, houdende de implementatie van deze richtlijn.

De Hoge Raad overweegt dat hij over de gevolgen van een verzuim in de nakoming van het recht op verhoorbijstand zoals dit recht na 22 december 2015 bestond, in

ECLI:NL:HR:2015:3608 heeft overwogen dat indien een aangehouden verdachte niet de gelegenheid geboden is om zich bij zijn verhoor door de politie te laten bijstaan door een raadsman, dat in beginsel een vormverzuim oplevert als bedoeld in artikel 359a Sv. Gelet op de uitleg die in ECLI:NL:HR:2004:AM2533 aan deze bepaling is gegeven, moet de rechter, indien ter zake verweer wordt gevoerd, beoordelen of aan een verzuim enig rechtsgevolg dient te worden verbonden en, zo ja, welk rechtsgevolg dan in aanmerking komt. Daarbij dient hij rekening te houden met de in het tweede lid van artikel 359a Sv genoemde factoren. Het rechtsgevolg zal immers door deze factoren moeten worden gerechtvaardigd.

Een van die factoren is 'de ernst van het verzuim'. In ECLI:NL:HR:2009:BH3079 is beslist dat ingeval een aangehouden verdachte niet dan wel niet binnen redelijke grenzen de gelegenheid is geboden om voorafgaand aan het eerste verhoor door de politie een advocaat te raadplegen, zulks in beginsel een vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv oplevert waardoor, gelet op de rechtspraak van het EHRM, een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden, hetgeen na een daartoe strekkend verweer – op grond van diezelfde rechtspraak – in de regel dient te leiden tot uitsluiting van het bewijs van de verklaringen van de verdachte die zijn afgelegd voordat hij een advocaat kon raadplegen. Het gaat dan om het onthouden aan de verdachte van de mogelijkheid na en in overleg met zijn raadsman zijn proceshouding tijdens het verhoor te bepalen. Zo een verzuim zal in de regel ernstiger zijn dan de afwezigheid van de raadsman tijdens dat verhoor. Dit brengt mee dat – zolang Richtlijn nog niet in de Nederlandse wetgeving is geïmplementeerd dan wel de implementatietermijn van die Richtlijn nog niet is verstreken – het rechtsgevolg dat aan de afwezigheid van de raadsman bij het verhoor moet worden verbonden niet noodzakelijkerwijs hoeft te bestaan uit bewijsuitsluiting. In dat verband moet erop worden gewezen dat artikel 359a Sv niet uitsluit dat – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – strafvermindering wordt toegepast dan wel wordt volstaan met de enkele vaststelling dat een onherstelbaar vormverzuim is begaan.

De Hoge Raad overweegt dat gelet op ECLI:NL:PHR:2019:1018 onder 17 tot en met 19 genoemde recente rechtspraak van het EHRM, in het bijzonder het arrest in de zaak *Beuze/België* waarin is beslist dat 'the right of access to a lawyer' mede inhoudt 'that suspects have the right for their lawyer to be physically present during their initial police interviews and whenever they are questioned in the subsequent pre-trial proceedings' (ECLI:CE:ECHR:2018:1109JUD007140910, par. 134), ook met betrekking tot verhoren van een verdachte die hebben plaatsgevonden in de periode voorafgaand aan 22 december 2015 de vraag aan de orde kan komen of de omstandigheid dat een verdachte in een concreet geval geen verhoorbijstand heeft gekregen, meebrengt dat de veroordeling van de verdachte niet berust op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM. Indien in dat geval geen sprake was

van dwingende redenen, zal die vraag moeten worden beantwoord met inachtneming van onder meer de factoren genoemd in de rechtspraak van het EHRM, waaronder in het bijzonder de arresten van 13 september 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*). Indien langs die weg wordt vastgesteld dat het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM niet is geschonden, doet zich dus evenmin een geval voor als bedoeld in ECLI:NL:HR:2013:BY5321, rov. 2.4.4, waarin 'bewijsuitsluiting (...) noodzakelijk kan zijn ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM, zoals daaraan mede door het EHRM uitleg is gegeven'.

De Hoge Raad overweegt dat in deze zaak vaststaat dat de verdachte bij het afleggen van de door het hof voor het bewijs gebruikte verklaringen van 18 en 19 oktober 2007 geen verhoorbijstand heeft gekregen. De Hoge Raad oordeelt dat afweging van de omstandigheden van het onderhavige geval, waaronder in het bijzonder de in ECLI:NL:PHR:2019:1018 onder 25 genoemde omstandigheden alsmede de vaststelling van het hof dat de verdachte – na consultatie van zijn raadsman – niet om verhoorbijstand heeft gevraagd, het hof, ook na indringend onderzoek, niet tot een ander oordeel had kunnen leiden dan dat het gebruik van de in de klacht bedoelde verklaringen van de verdachte voor het bewijs, geen schending oplevert van het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces. Evenmin brengen die omstandigheden mee dat het noopt tot uitsluiting van deze verklaringen van het bewijs.