



commentaar op	Hoge Raad 06-06-2017, ECLI:NL:HR:2017:1017
datum	28-09-2017
auteur	B.J.V. Keupink

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

Annotatie bij Hoge Raad 6 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1017.

Verdachte is door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch op 28 oktober 2015 (ECLI:NL:GHSHE:2015:4354) veroordeeld tot vier jaar en drie maanden gevangenisstraf wegens de uitvoer van 104 kg xtc-tabletten. Het delict vond plaats in 2001. De zaak kende een eerdere ronde bij de Hoge Raad (HR 6 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1633) en aansluitend bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM 10 juli 2012, nr. 29353/06, NJ 2012/649 (*Vidgen/Nederland*)).

Volgens het EHRM was in casu het ondervragingsrecht geschonden, zodat een belangrijke getuige opnieuw moest worden gehoord. De verklaringen van die getuige vormden het '*sole evidence*' voor verdachtes wetenschap van de xtc in de motorblokken. De bewezenverklaring beruste daarmee, volgens het EHRM, in beslissende mate op de verklaringen van deze getuige.

Daarop herzag de Hoge Raad de eerdere uitspraak op 4 juni 2013 en verwees naar het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (ECLI:NL:HR:2013:CA1782). Het gerechtshof kwam vervolgens, na een nieuw verhoor van de betreffende getuige bij de raadsheer-commissaris in 2015, alsnog tot voornoemde veroordeling.

De getuige waar het allemaal om draait, is de inmiddels onherroepelijk veroordeelde (voormalig) medeverdachte. Deze getuige heeft zich tijdens zijn verhoor elf jaren eerder in 2004, consequent verschoond en geweigerd te antwoorden. Daardoor bleef alleen zijn oorspronkelijke belastende verklaring bij de politie over zonder dat hij daarover daadwerkelijk was bevestigd. De raadsheer-commissaris heeft in 2015 voor het nieuwe verhoor vastgesteld dat deze getuige niet meer kan worden vervolgd en zichzelf niet meer kan belasten in dit dossier, gezien zijn onherroepelijke veroordeling. De getuige kon zich daarna dus niet meer verschonen van het geven van antwoorden. En hoewel hij tegen de raadsheer-commissaris had gezegd dat hij bereid was een verklaring af te leggen, liet helaas zijn geheugen hem uiteindelijk in de steek tijdens het verhoor in 2015: hij kon nagenoeg niets inhoudelijks meer verklaren.

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde desondanks dat de verdediging haar ondervragingsrecht heeft kunnen uitoefenen en de veroordeling bleef overeind. In de cassatiemiddelen wordt wat dit aspect betreft, geklaagd dat het gerechtshof in strijd met artikel 6 EVRM verklaringen van een belangrijke getuige voor het bewijs heeft gebruikt. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch zou artikel 6 lid 1 en lid 3 onder d EVRM hebben geschonden door de verklaringen van de getuige voor het bewijs te gebruiken, terwijl (i) de verdediging haar ondervragingsrecht niet adequaat en effectief heeft kunnen uitoefenen; (ii) de veroordeling van de verdachte in beslissende/overwegende mate op de in het vooronderzoek afgelegde verklaringen van de getuige berust; en (iii) het gerechtshof heeft nagelaten de verdediging voldoende compensatie te bieden voor de nadelige positie waarin zij ten gevolge van het niet adequaat kunnen uitoefenen van het ondervragingsrecht kwam te verkeren. Het middel sluit aan bij de op dit punt ontwikkelde EHRM-rechtspraak, maar aan de verweren sub (ii) en (iii) zal de Hoge Raad uiteindelijk niet toekomen.

De A-G wijst erop dat zich in onderhavige zaak een herhaling van zetten lijkt voor te doen. De ondervragingsmogelijkheid werd in eerdere aanleg door het EHRM niet effectief geacht, omdat de getuige zich van beantwoording had verschoond en geen enkele vraag van de verdediging had beantwoord.

De ditmaal aan de Hoge Raad voorgelegde vraag is of aan de omstandigheid dat deze belangrijke getuige zich nagenoeg niets meer weet te herinneren, dezelfde conclusie moet worden verbonden.

Het EHRM heeft al duidelijk gemaakt dat alleen een gelegenheid tot het stellen van vragen niet genoeg is om te waarborgen dat die gelegenheid ook behoorlijk en effectief is geweest. De A-G wijst erop dat het in de Straatsburgse jurisprudentie veelal gaat om getuigen die *weigeren* vragen te beantwoorden. Een zaak die vergelijkbaar is met de onderhavige, namelijk dat de getuige werkelijk geen enkele vraag beantwoordt omdat hij stelt zich niets meer te herinneren, heeft de A-G in de rechtspraak van het EHRM niet kunnen vinden.

De Hoge Raad overweegt, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, in de kern als volgt:

'(...) 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 – daaronder begrepen een verklaring die eerder tijdens het vooronderzoek en buiten de aanwezigheid van de verdediging is afgelegd – te toetsen en aan te vechten. (...) De enkele omstandigheid dat een getuige de aan hem gestelde vragen niet (volledig) beantwoordt omdat hij – al dan niet vanwege tijdsverloop – onvoldoende concrete herinneringen heeft aan wat hij met betrekking tot wat aan de verdachte is tenlastegelegd, heeft waargenomen of ondervonden, brengt niet mee dat een effectieve en behoorlijke ondervragingsmogelijkheid heeft ontbroken (vgl. HR 19 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:679, NJ 2016/471).

Die omstandigheid kan wel relevant zijn bij 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).’

Het oordeel van het gerechtshof dat de verdediging een behoorlijke en effectieve gelegenheid heeft gekregen om vragen te stellen, getuigt volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting en is ook niet onbegrijpelijk. In afwijking van de conclusie van de A-G laat de Hoge Raad daarmee dus het oordeel van het hof in stand. De Hoge Raad had op 19 april 2016 (ECLI:NL:HR:2016:679) al iets soortgelijks in stand gelaten in een zaak waarin de herinneringen van de bij de raadsheer-commissaris gehoorde getuigen aan de voorvallen waren ‘vervaagd’. Het is in mijn beleving een tamelijk onbevredigende uitkomst in het licht van de op het oog vrij opportunistische vergeetachtigheid en mede gezien het aanzienlijke tijdverloop in deze zaak.

Hoewel misschien begrijpelijk is dat een getuige niet kan worden gedwongen zich te herinneren wat hij heeft waargenomen of ondervonden, is toch ook begrijpelijk dat op deze wijze de verdediging niet een zodanige mogelijkheid heeft gehad tot het (doen) stellen van vragen aan de getuige, dat zij daarmee in staat is geweest de oprechtheid en de geloofwaardigheid van een door de getuige eerder afgelegde verklaring – daaronder begrepen een verklaring die eerder tijdens het vooronderzoek en buiten de aanwezigheid van de verdediging is afgelegd – te toetsen en aan te vechten?

Voor de Hoge Raad lijkt mede van belang dat voorschriften en procedures bestaan die erop zijn gericht de getuige te laten antwoorden op gestelde vragen, zoals de verschijnplicht, het beëdiggen van de getuige en het manen tot antwoorden van de getuige (r.o. 3.4.1). Dat een verhoor verder inhoudelijk geen verklaring oplevert, maakt dan volgens de Hoge Raad blijkbaar niet dat geen sprake is geweest van een behoorlijke en effectieve ondervragingsmogelijkheid. De voorschriften waaraan de Hoge Raad refereert ten spijt, maakt de Hoge Raad niet duidelijk hoe het in de situatie waarin de getuige zich verschoont anders is dan in de situatie waarin de getuige het zich allemaal niet meer herinnert: zij moeten allebei verschijnen en staan onder ede. Maar in het ene geval zou de verdediging *geen* behoorlijke en effectieve gelegenheid hebben gekregen om vragen te stellen, en in het andere geval *wel*. Ik vind het verschil daartussen niet zo vanzelfsprekend en vraag mij af of het EHRM wel gevoelig zal zijn voor het door de Hoge Raad aangebrachte onderscheid. (Zie EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en 22228/06 (*Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*), EHRM 10 juli 2012, nr. 29353/06 (*Vidgen/Nederland*), EHRM 23 oktober 2012, nr. 38623/03 (*Pichugin/Rusland*) en EHRM 15 december 2015, nr. 9154/10 (*Schatschatschwili/Duitsland*)).

Voor het EHRM gaat het er niet alleen om vragen te kunnen stellen, maar gaat het er toch (ook) om dat daadwerkelijk antwoorden worden verkregen: anders hoefde een zich verschonende getuige toch evenmin schending van het ondervragingsrecht op te leveren (zie EHRM 10 juli 2012, nr. 29353/06 (*Vidgen/Nederland*))? Het centrale pijnpunt in deze uitspraak is dat de verklaring van juist deze getuige de enige is waaruit de betrokkenheid van de verdachte bij het hem ten laste gelegde feit blijkt. De verklaring is de *sole evidence*, maar dat gegeven lijkt te zeer naar de achtergrond verdwenen. Dat de belangrijke onderdelen uit die cruciale belastende verklaring, nu niet meer kunnen worden bevestigd of juist ontkracht, maakt dat geen sprake was van een behoorlijke en effectieve ondervragingsmogelijkheid. Of de *key witness* die het enige bewijs voor betrokkenheid van de verdachte levert met zijn oorspronkelijke eenzijdige verklaring bij de politie, zich dan in zijn latere verhoor verschoont, zich niets meer herinnert, of zelfs is overleden, zou dan wat mij betreft geen verschil mogen maken waarvoor uiteindelijk de verdachte de rekening betaalt.