

Nieuwsbrief SR Updates - Nummer 19, 2019

Nummer 19, 2019

Redactie: prof. mr. J.S. Nan en mr. C.L. van der Vis.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:793](#) 28-05-2019

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:724](#) 28-05-2019

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:722](#) 28-05-2019

Annotatie

[Annotatie bij Hoge Raad 29 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:123, SR 2019-0014.](#)

prof. mr. J.S. Nan

RECHTSPRAAK

Was de opsporingsambtenaar bij de aanhouding van de verdachte werkzaam ‘in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening’ als bedoeld in artikel 180 Sr, nu de burgemeester door de door hem aan de demonstratie gestelde beperking op ontoelaatbare wijze inbreuk heeft gemaakt op het demonstratierecht van de verdachte?

De plaatsvervangend advocaat-generaal D.J.M.W. Paridaens heeft in haar conclusie van 29 januari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:71, onder 3 als volgt samengevat waar het in deze zaak om gaat: ‘Het draait in deze strafzaak om de vraag of de verdachte zich op 15 november 2014 tijdens de landelijke intocht van Sinterklaas in Gouda heeft schuldig gemaakt aan het zich met geweld verzetten tegen zijn aanhouding, waardoor een opsporingsambtenaar een overbelaste pols heeft opgelopen. Tot aanhouding van de verdachte werd overgegaan omdat hij samen met anderen demonstreerde tegen zwarte piet en – ondanks vorderingen daartoe van de politie – weigerde van De Markt naar een andere locatie in Gouda te vertrekken, terwijl de burgemeester het recht tot demonstratie van de actiegroep “Kick out Zwarte Piet” had beperkt.’

Het middel klaagt onder meer dat de opsporingsambtenaar bij de aanhouding van de verdachte niet werkzaam was ‘in de rechtmatige uitoefening zijner bediening’ als bedoeld in artikel 180 Sr, omdat de burgemeester door de door hem aan de demonstratie gestelde beperking op ontoelaatbare wijze inbreuk heeft gemaakt op het demonstratierecht van de verdachte.

De klacht kan niet tot cassatie leiden. De klacht berust op de opvatting dat, indien de door de burgemeester gestelde beperking aan het recht van demonstratie van de verdachte (achteraf gezien) niet toelaatbaar was, dit meebrengt dat de in het kader van de aanhouding van de verdachte verrichte handelingen van de opsporingsambtenaar niet zouden zijn verricht in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening als bedoeld in artikel 180 Sr.

Deze opvatting is, mede gelet op hetgeen onder 4.2 is overwogen, in zijn algemeenheid onjuist.

Anders dan in de toelichting op het middel wordt betoogd, maakt de omstandigheid dat het

hof heeft vastgesteld dat de verdachte werd aangehouden wegens verdenking van overtreding van artikel 11 Wet op de openbare manifestaties (WOM) dit niet anders. Indien, zoals het middel veronderstelt, sprake was van een ontoelaatbare beperking van het demonstratierecht, kan dit tot gevolg hebben dat de verdachte niet kan worden veroordeeld wegens overtreding van artikel 11 WOM, maar kan die enkele omstandigheid nog niet meebrengen dat de opsporingsambtenaar ten tijde van de aanhouding niet in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening werkzaam was. Een redelijk vermoeden van schuld, zoals bedoeld in artikel 27 Sv, kan immers ook hebben bestaan indien na de aanhouding mocht blijken dat iemand het feit waarvan hij is verdacht niet heeft begaan of dat feit niet een volgens de wet strafbaar feit oplevert (vgl. HR 3 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8324).

Bovendien kan de klacht ook om de volgende redenen niet tot cassatie leiden. Het verweer van de verdediging dat de opsporingsambtenaar bij de aanhouding van de verdachte niet in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening werkzaam was, steunt in het bijzonder op de stelling dat de door de burgemeester aangebrachte beperking op het demonstratierecht van de verdachte in strijd was met artikel 10 en 11 EVRM. Het hof heeft, blijkens zijn onder 3.2 weergegeven overwegingen, die beperking toelaatbaar geoordeeld. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is toereikend gemotiveerd. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat het hof op niet-onbegrijpelijke gronden heeft vastgesteld dat de door de burgemeester op de voet van artikel 5 WOM aangebrachte beperking werd gerechtvaardigd door het in artikel 2 WOM genoemde belang van het voorkomen van wanordelijkheden, dat de vrees daarvoor reëel was en dat de veiligheid van de verschillende demonstranten en van toeschouwers, onder wie kinderen, vergde dat niet op de Markt te Gouda maar op gescheiden plaatsen werd gedemonstreerd.

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 28-05-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:724

Zaaknummer: 17/03467

Rechters: W.A.M. van Schendel, A.L.J. van Strien en M.T. Boerlage

Advocaten: T.M.D. Buruma

Wetsartikelen: 18o Sr

RECHTSPRAAK

Is de toewijzing van het hof van bepaalde schadeposten begrijpelijk, nu het slechts schattingen betreft?

Het middel klaagt dat het hof de toewijzing van de vordering van de benadeelde partij onvoldoende heeft gemotiveerd.

In de kern klaagt het middel, onder verwijzing naar hetgeen namens de verdachte in hoger beroep is aangevoerd, dat de toewijzing door het hof van een aantal in de schriftuur aangeduide schadeposten onbegrijpelijk is, omdat het slechts schattingen betreft.

De benadeelde partij heeft, blijkens hetgeen onder 3.3.1 is weergegeven, aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat de desbetreffende schadeposten zien op schade aan de woning van de verdachte, welke schade het gevolg is van de bewezen verklaarde feiten, kort gezegd het medeplegen van hennepcultuur en diefstal van elektriciteit in die woning alsmede beschadiging van die, door de verdachte gehuurde, woning. Voorts heeft de benadeelde partij, zoals onder 3.3.2 weergegeven, zijn vordering onderbouwd door erop te wijzen dat de schade aan de woning voor een deel nog niet is hersteld en dat de daarvoor nog te maken kosten zijn geschat. Gelet op hetgeen hiervoor, in het bijzonder onder 2.4.2, is overwogen, is het oordeel van het hof dat de omstandigheid dat deze kosten zijn geschat niet aan toewijzing van die kosten in de weg staat, niet onbegrijpelijk en toereikend gemotiveerd.

Voor zover het middel hierover klaagt, faalt het.

Ook voor het overige kan het middel niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu het middel in zoverre niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

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 EVRM is overschreden. Dit moet leiden tot vermindering van de aan de verdachte opgelegde taakstraf van 150 uren, subsidiair 75 dagen hechtenis.

De Hoge Raad vernietigt de bestreden uitspraak, maar uitsluitend wat betreft het aantal uren

te verrichten taakstraf en de duur van de vervangende hechtenis, vermindert het aantal uren taakstraf en de duur van de vervangende hechtenis in die zin dat deze 142 uren, subsidiair 71 dagen hechtenis, belopen en verwerpt het beroep voor het overige.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 28-05-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:793

Zaaknummer: 17/02033

Rechters: W.A.M. van Schendel, V. van den Brink, C.E. du Perron, J.C.A.M. Claassens en C.H. Sieburgh

Advocaten: F.P. Slewe

RECHTSPRAAK

Is geweld ‘openlijk’ gepleegd?

Het middel klaagt over het oordeel van het hof dat het in de bewezenverklaring vermelde geweld ‘openlijk’ is gepleegd.

Het hof heeft blijkens de bewijsvoering vastgesteld dat de geweldshandelingen zijn gepleegd in een portiek van een flat, en dat bij dat geweld enkele personen aanwezig waren. Het op deze vaststellingen gebaseerde oordeel van het hof dat sprake is van ‘openlijk’ geweld, is – gelet op wat onder 2.3 is vooropgesteld – niet toereikend gemotiveerd, in het bijzonder niet waar het gaat om de (mogelijke) waarneembaarheid van de ten laste gelegde gedragingen vanaf de openbare weg, de (on)toegankelijkheid van die ruimte voor eenieder en de (mogelijke) aanwezigheid van in zekere zin willekeurig publiek in deze ruimte.

Het middel is terecht voorgesteld.

De Hoge Raad vernietigt de bestreden uitspraak en wijst de zaak terug naar het Gerechtshof Den Haag, opdat de zaak op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 28-05-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:722

Zaaknummer: 17/04909

Rechters: W.A.M. van Schendel, A.L.J. van Strien en M.T. Boerlage

Advocaten: R.J. Baumgardt en P. van Dongen

Wetsartikelen: 141 Sr

ANNOTATIE

**Annotatie bij Hoge Raad 29 januari 2019,
ECLI:NL:HR:2019:123, SR 2019-0014.**

prof. mr. J.S. Nan

Inmiddels heeft de Hoge Raad, mede in verband met de verplichtingen voortvloeiende uit het recht op een eerlijk proces ex artikel 6 EVRM, de kaders voor de onderbouwing en beoordeling van getuigenverzoeken uitgebreid uiteengezet.[1] Het EHRM heeft op zijn beurt zijn stappenplan om een beweerdelijke schending van het ondervragingsrecht na te lopen (zie in het bijzonder art. 6 lid 3 sub d EVRM), ingevuld in *Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk en Schatschaschwili/Duitsland* (beide Grote Kamer).[2] Het EHRM oordeelt:

‘(i) whether there was a good reason for the non-attendance of the witness and, consequently, for the admission of the absent witness’s untested statements as evidence (...)

(ii) whether the evidence of the absent witness was the sole or decisive basis for the defendant’s conviction (...) and

(iii) whether there were sufficient counterbalancing factors, including strong procedural safeguards, to compensate for the handicaps caused to the defence as a result of the admission of the untested evidence and to ensure that the trial, judged as a whole, was fair.’

Het EHRM heeft in *Schatschaschwili/Duitsland* in aanvulling op *Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk* voorts onder meer aangegeven dat uiteindelijk wordt beoordeeld of de verdachte een eerlijk proces heeft gekregen en daarom ook compensatie moet worden geboden voor het niet kunnen ondervragen van een getuige die belastend heeft verklaard en wiens verklaring tegen de verdachte wordt gebruikt, in de situatie dat het EHRM ‘following its assessment of the domestic courts’ evaluation of the weight of the evidence (...) finds it unclear whether the evidence in question was the sole or decisive basis but is nevertheless satisfied that it carried significant weight and that its admission may have handicapped the defence’. Het EHRM laat het daarbij in beginsel aan de nationale rechter om in te schatten of de tegen de verdachte gebruikte verklaring van een niet-bevraagde getuige ‘sole or decisive’ is. Het ziet zichzelf ook in deze kwestie niet als vierde instantie. Het EHRM treedt pas in de

beoordeling van de doorslaggevendheid van de gewraakte verklaring als voor het EHRM onduidelijk is wat de waarde daarvan voor de nationale rechter is geweest. Het EHRM verlangt compenserende maatregelen hetzij als voor het EHRM het oordeel van de nationale rechter dat de bewezenverklaring niet in beslissende mate is gebaseerd op de verklaring van de niet-ondervraagde getuige, onacceptabel of arbitrair is, hetzij laatstgenoemde zijn positie niet (voldoende) duidelijk heeft gemaakt. Hoe belangrijker de verklaring is geweest, des te meer compensatie aan de verdediging voor het niet kunnen uitoefenen van het ondervragingsrecht geboden is.[3]

Het EHRM-stappenplan inzake het ondervragingsrecht wordt door de Hoge Raad zo ingestoken dat het gebruik van de verklaring van een niet door de verdediging adequaat ondervraagde getuige (om wiens ondervraging wel voldoende indringend en onderbouwd is verzocht), in het bijzonder geen strijd met het recht op een eerlijk proces oplevert als de bewezenverklaring niet in beslissende mate op die verklaring steunt, dan wel het ontbreken van een behoorlijke en effectieve mogelijkheid om de desbetreffende getuige te ondervragen in voldoende mate wordt gecompenseerd. De (eerste) vraag naar de goede reden waarom het niet tot een ondervraging is gekomen, gaat in Nederland dus in beginsel op in de beoordeling van de door de feitenrechter (uiteindelijk) gegeven afwijzende beslissing op het getuigenverzoek. Of de bewezenverklaring vervolgens in beslissende mate steunt op de verklaring van de niet door de verdediging ondervraagde getuige, hangt af van het aanwezige steunbewijs, dat betrekking moet hebben op die onderdelen van de hem belastende verklaring die de verdachte betwist. De vraag of het benodigde steunbewijs voorhanden is, en de verklaring dus niet het enige of het doorslaggevende bewijs is ('sole or decisive'), wordt volgens de Hoge Raad mede bepaald door het gewicht van de verklaring van deze getuige in het licht van de bewijsvoering als geheel. Een nadere motivering kan voor de Hoge Raad de beslissing van de feitenrechter inzichtelijk (lees: niet onbegrijpelijk) maken, waarbij laatstgenoemde niet kan volstaan met een relaas over de betrouwbaarheid van de verklaring van de desbetreffende getuige.

In onderhavige zaak herhaalt de Hoge Raad eerst zijn regels (r.o. 3.3). In die zaak werd betoogd dat ook in compenserende maatregelen moet worden voorzien als een verklaring als voormeld, weliswaar niet de bewezenverklaring in beslissende mate onderbouwt, maar aan deze in ieder geval wel 'significant weight' toekomt. Dat ziet Hoge Raad anders (r.o. 3.6.3). De rechtspraak van het EHRM noopt niet 'tot een vergelijkbare, specifieke motiveringsverplichting met betrekking tot de genoemde compensatie in het geval dat de verklaring van een getuige niet in de hiervoor bedoelde zin "beslissend" is voor de bewezenverklaring, maar daaraan wel "significant weight" toekomt.'[4] Het komt er uiteindelijk op aan of de procedure in haar geheel overziende, eerlijk is geweest voor de

verdachte. Dat overwoog de Hoge Raad al eerder in zijn standaardarresten. Hij voegt daaraan nu toe dat hierbij mede betekenis toekomt aan de wettelijke bewijsregels (denk aan de bewijsminima en de (aanvullende) bewijsmotiveringsvoorschriften) en aan ‘de wettelijke en jurisprudentiële motiveringsregels met betrekking tot de beoordeling en beslissing van verweren die de bewijsvraag raken, waaronder begrepen de bewijswaardering’. De Nederlandse strafrechter doet er dus goed aan zijn oordeel behoorlijk te motiveren, zo lijkt de boodschap van ons hoogste rechtsprekende college.[5]

Op zich heeft de Hoge Raad gelijk dat de vraag naar compensatie voor het niet kunnen ondervragen van een getuige, volgens het EHRM alleen aan de orde is als over de importantie van diens verklaring onduidelijkheid bestaat (niet duidelijk is of de verklaring het enige of het doorslaggevende tegen de verdachte gebruikte bewijs is, of het oordeel dat dit niet het geval is, is onacceptabel of arbitrair). Maar in de toepassing werkt dat niet zelden heel anders uit in de rechtspraak van het EHRM. Dan blijkt het EHRM namelijk niet altijd zo strikt in de leer. Er zijn inmiddels meerdere zaken te vinden waarin het EHRM eerst aangeeft dat voor het EHRM wél duidelijk is dat de verklaring van de niet-ondervraagde getuige *niet* beslissend is geweest in de procedure voor de nationale rechter, maar dat het niettemin moet bezien of dat bewijs van significant belang is geweest en of voldoende compensatie moest worden en is geboden. Een goed voorbeeld is de belangrijke zaak *Seton/Verenigd Koninkrijk*.^[6] Naar deze zaak wordt vaak verwezen.^[7] Het EHRM oordeelt in die zaak dat het bewijs van een niet-ondervraagde getuige niet beslissend was, waarbij het opmerkt dat volgens de Engelse hogerberoepsrechter het overige bewijs onder meer ‘overwhelming’ was. Maar het bewijs was door de Engelse rechter in eerste aanleg wel als belangrijk gekarakteriseerd, alsmede door de hogerberoepsrechter bij het toestaan van het appel. De uitleg van de regel zoals geformuleerd in *Schatschaschwili/Duitsland* is dan als volgt:

‘Consequently, as was explained in *Schatschaswili v. Germany* (...), even though this absent-witness evidence was not the sole or decisive basis for the applicant’s conviction, given the need under Article 6 to assess the fairness of the proceedings taken as a whole, the Court still needs to determine whether there existed sufficient factors counterbalancing any handicaps that the admission of that evidence might have entailed for the defence.’^[8]

Gewezen kan onder meer ook worden op *Asani/FYROM*, waar het ging om een getuige die verklaarde over het motief en geen direct bewijs opleverde. Niettemin was compensatie toch nodig.^[9] Natuurlijk gaat het ook inzake dit leerstuk om een holistische beoordeling per geval.^[10] In *Dimovic en anderen/Servië* paste het EHRM gewoon de hoofdregel toe.^[11] En het is de vraag of de Grote Kamer van het EHRM dezelfde uitleg geeft aan zijn regel inzake *Schatschaschwili/Duitsland*, zoals dat in onder andere in *Seton/Verenigd Koninkrijk* geschiedde. Bas de Wilde is daar in ieder geval geen voorstander van.^[12] Egbert Myer annoteerde al onder

Schatschaschwili/Duitsland in de richting van een ruimere uitleg:[13]

‘Gelet op de noodzaak naar de “overall fairness” van een proces te kijken, is het niet alleen noodzakelijk dat er voldoende “counterbalancing factors” zijn in de situatie dat de getuigenverklaring waarover de getuige niet kan worden ondervraagd het enige of beslissende bewijsmiddel is, maar ook als de rechter ervan overtuigd is dat een bewijsmiddel een “significant weight” heeft en de toelating/het gebruik van dat bewijsmiddel een handicap oplevert voor de verdediging. Naarmate de verklaring meer gewicht voor de bewijsvoering heeft, zullen de “counterbalancing factors” ook meer gewicht moeten hebben’.

Een klacht hoeft dus in Straatsburg niet zonder meer af te stuiten op het gegeven dat duidelijk is dat de nationale rechter zich voor de bewezenverklaring niet in beslissende mate heeft verlaten op een verklaring van een getuige die door de verdediging niet behoorlijk is ondervraagd en dat oordeel niet kwestieus is. Als die verklaring namelijk niettemin van voldoende importantie is geweest, kan het onder omstandigheden kennelijk toch zo zijn dat aan de verdediging compensatie moet worden geboden voor het feit dat zij van haar ondervragingsrecht geen gebruik heeft kunnen maken en daarvan hinder heeft kunnen ondervinden. De Straatsburgse praktijk is dus weerbarstig. De Hoge Raad zal naar alle waarschijnlijkheid proberen een rechte lijn aan te houden en niet zo willen zwalken als het EHRM. Niets hoeft de Nederlandse feitenrechter overigens tegen te houden bij getuigenbewijs van ‘significant weight’, uit oogpunt van behoorlijkheid of zekerheid de verdediging toch tegemoet te komen. Uit Straatsburg komen immers *minimum rights*.

[1] Zie vooral HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1496, *NJ* 2014/441, m.nt. M.J. Borgers; HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, *NJ* 2017/440, m.nt. T. Kooijmans en HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1016, *NJ* 2017/447, m.nt. T. Kooijmans.

[2] EHRM 15 december 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:1215JUD002676605, *NJ* 2012/283, m.nt. T.M. Schalken en A.E. Alkema (*Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 15 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, *NJ* 2017/294, m.nt. B.E.P. Myjer (*Schatschaschwili/Duitsland*).

[3] EHRM 15 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, par. 116, 123-124, *NJ* 2017/294, m.nt. B.E.P. Myjer (*Schatschaschwili/Duitsland*). In dat verband B. de Wilde, ‘Het recht getuigen in strafzaken te ondervragen anno 2017’, *AA* 2017, afl. 10, p. 777-788 en algemeen over het ondervragingsrecht B. de Wilde, *Stille getuigen. Het recht belastende getuigen in strafzaken te ondervragen (artikel 6 lid 3 sub d EVRM)* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

[4] Zo ook A-G D.J.M.W. Paridaens in haar conclusie even rechtlijnig, zie

ECLI:NL:PHR:2018:1072.

[5] Zo vat ook annotator J.C. Dekkers dit arrest op, zie haar noot onder *NbSr* 2019/66.

[6] EHRM 12 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0331JUD005528710, par. 59 (*Seton/Verenigd Koninkrijk*).

[7] Zie recent nog EHRM 6 december 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0906JUD001407812, par. 42 en 53 (*Dadayan/Armenië*) en EHRM 10 februari 2017, ECLI:CE:ECHR:2016:1110JUD001347911, par. 49 (*Avetisyan/Armenie*).

[8] EHRM 12 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0331JUD005528710, par. 63-64 (*Seton/Verenigd Koninkrijk*).

[9] EHRM 1 mei 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0201JUD002796210, par. 47-48 (*Asani/De voormalige Joegoslavische republiek Macedonië*). Zie ook EHRM 12 april 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0112JUD005414609, par. 50 (*Batek e.a./Tsjechië*); EHRM 3 december 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0726JUD005954912, par. 59 (*N.K./Duitsland*) en EHRM 12 april 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0112JUD003670512, par. 64-67 (*Stulir/Tsjechië*). In EHRM 14 december 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:1214JUD006507810 (*Gryb/Ukraine*) overwoog het EHRM (par. 56): 'In view of the above, the Court, therefore, does not find it necessary to make a definitive finding as to whether the evidence provided by I. was "decisive" as in any case it is satisfied that his statements carried significant weight and their admission as evidence may have handicapped the applicant's defence/'

[10] Zie ook nog EHRM (Grote Kamer) 18 december 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1218JUD003665805 (*Murtazaliyeva/Rusland*).

[11] EHRM 11 december 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1211JUD000720312, par. 59 en 64 (*Dimovic e.a./Servië*).

[12] Zie al B. de Wilde, 'Het recht getuigen in strafzaken te ondervragen anno 2017', *AA* 2017, afl. 10, p. 788.

[13] EHRM 15 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, *NJ* 2017/294, m.nt. B.E.P. Myjer (*Schatschaschwili/Duitsland*), onder 7 van de noot.