

ANNOTATIE

Dijkhuizen t. Nederland (EHRM, 61591/16) – Het aanwezigheidsrecht in hoger beroep

M. Lochs

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 08-06-2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0608JUD006159116 (EHRC-2021-0158)

Over een Nederlandse veroordeling, het gebruik van videoconferentie en de ambtshalve verantwoordelijkheid van de appelrechter

1. Het aanwezigheidsrecht is een fundamenteel recht dat voortvloeit uit art. 6 EVRM en is neergelegd in art. 8 van EU-richtlijn 2016/343, en als doel heeft de verdachte in de gelegenheid te stellen gebruik te maken van zijn verdedigingsrechten.[1] Tegelijkertijd is het geen absoluut recht: een verdachte kan er afstand van doen, en het is onder omstandigheden ook mogelijk om een strafzaak, ook zonder instemming van de verdachte, in zijn afwezigheid te behandelen.[2] In de hier te bespreken uitspraken van het EHRM gaat het steeds om zaken waarin de verdachten niet bij de zitting in hoger beroep aanwezig zijn geweest. In tegenstelling tot de berechting in eerste aanleg vereist het EHRM niet dat in hoger beroep steeds een openbare zitting plaatsvindt en dat de verdachte in de gelegenheid wordt gesteld deze zitting bij te wonen. Dit is afhankelijk van het karakter en de inrichting van de appelprocedure.[3] Daarbij is een belangrijk gezichtspunt of de appelrechter over zowel juridische als feitelijke aspecten van de zaak moet beslissen en of daarbij sprake is van een volledige beoordeling van de schuld of onschuld van de verdachte. Is dat het geval, dan zal de appelrechter slechts tot een oordeel kunnen komen na een rechtstreekse beoordeling van het bewijs.[4] De verdachte hoort in de gelegenheid te worden gesteld om daarbij aanwezig te zijn, in ieder geval wanneer daarbij een beoordeling van de persoonlijkheid en verwijtbaarheid van de verdachte plaatsvindt,[5] wanneer sprake is van veroordeling na een eerdere

vrijspraak,[6] of in het geval van een verhoging van de straf.[7]

2. In de drie hierna te bespreken zaken gaat het om appelprocedures waarin sprake was een volledige beoordeling van zowel de feitelijke als de juridische aspecten van de zaak. In alle drie de zaken toetst het Hof aan het hiervoor weergegeven toetsingskader, waarbij steeds een ander aspect centraal staat. Hierna worden eerst kort de relevante feiten en de uitspraken van het EHRM samengevat. Daarna zullen enkele aspecten nader worden besproken, waarna tot slot wordt gereflecteerd op de betekenis van deze uitspraken voor de Nederlandse situatie.

3. In de zaak *Dijkhuizen t. Nederland* ging het om een in het buitenland gedetineerde verdachte, die in aanloop naar de zitting in hoger beroep bij monde van zijn advocaat had laten weten dat hij alleen fysiek en niet met een videoverbinding aan de zitting wilde deelnemen.[8] Pas tijdens het pleidooi verzocht de raadsman óók om aanhouding ten behoeve van het organiseren van een videoverbinding. Dit verzoek werd door het hof afgewezen met de overweging dat de inhoudelijke behandeling een jaar eerder ook al was aangehouden vanwege de detentie van Dijkhuizen en er gelet op zijn proceshouding geen inspanningen waren verricht om een videoverbinding te organiseren. Om dit alsnog te organiseren zou een rechtshulpverzoek gedaan moeten worden, en mede gelet op de belangen van de medeverdachten en het feit dat de procedure al bijna negen jaar duurde, overwoog het hof dat het belang van afdoening van de zaak moest prevaleren. Het EHRM is van oordeel dat de behandeling in afwezigheid van de verdachte in dit geval geen strijd met art. 6 EVRM oplevert: gelet op de kennelijke onmogelijkheid om de verdachte tijdelijk te laten overbrengen naar Nederland én de complexiteit van de zaak, waar ook andere verdachten bij waren betrokken, waren er goede gronden om de verdachte via videoconferentie te horen. Dijkhuizen had echter meermaals en ondubbelzinnig laten weten dat hij alleen fysiek wilde deelnemen aan de zitting. Hoewel zijn raadsman hier bij pleidooi alsnog op terugkwam, is het Hof van oordeel dat Dijkhuizen op geldige wijze afstand heeft gedaan van zijn recht om per videoconferentie deel te nemen.[9]

4. In de zaak *X. t. Nederland* pakt de eerlijkheidstoets anders uit. Het betrof hier een bekende verdachte die was veroordeeld wegens het meermaals plegen van winkeldiefstal. Mede gelet op de consequenties van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf was zij in hoger beroep gekomen, waarbij zij in persoon aanwezig wilde zijn om te vertellen over de oorzaken van haar delictgedrag en haar bereidheid om herhaling te voorkomen. Na een eerdere aanhouding wegens haar verblijf in het buitenland, was in overleg met de raadsman een nieuwe zitting gepland. De raadsman had echter verzuimd om bij X. na te vragen of zij dan ook kon en verzocht nogmaals om aanhouding toen bleek dat zij op die dag wederom in het buitenland zou zijn. Dat verzoek werd door het Arnhemse hof afgewezen omdat de belangen van de samenleving bij een voortvarende afdoening zwaarder moesten wegen, en X. werd bij

verstek veroordeeld tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van twee weken. In afwijking van de conclusie van de advocaat-generaal verwierp de Hoge Raad het cassatieberoep. Deze gang van zaken kan geen genade vinden in Straatsburg.[10] Het EHRM acht met name van belang dat het hof niet heeft uiteengezet waarom de belangen van de samenleving zwaarder moesten wegen en oordeelt dat deze – gelet op het relatief beperkte tijdsverloop in de zaak en het feit dat een aanhouding eveneens beperkt kon blijven in tijd – niet konden opwegen tegen de belangen van de verdachte om persoonlijk aanwezig te zijn.

5. In de Italiaanse zaak *Maestri e.a.* ging het niet om een aanhoudingsverzoek ter effectuering van het aanwezigheidsrecht, maar om verdachten die ervoor hadden gekozen de zitting in hoger beroep niet bij te wonen.[11] Deze verdachten waren in eerste aanleg veroordeeld voor fraude, maar vrijgesproken van het deelnemen aan een criminele organisatie. In hoger beroep kwam het gerechtshof, zonder de verdachten of getuigen te horen, ook tot een veroordeling wegens deelname aan een criminele organisatie. Dat oordeel was ingegeven door een andere interpretatie van de delictsbestanddelen én een ander oordeel over de schuld van de verdachten, dat erop neerkwam dat de verdachten wetenschap hadden moeten hebben van het verboden karakter van de betreffende gedragingen. Omdat die interpretatie mede betrekking had op subjectieve elementen en de aanwezigheid van opzet, was het volgens het Hof – in het licht van hetgeen voor de verdachten op het spel stond – noodzakelijk om door middel van een verhoor van de verdachten te toetsen of van de bedoelde schuldige intentie sprake was. Het feit dat de verdachten afstand hadden gedaan van hun aanwezigheidsrecht, ontsloeg de appelrechter niet van de verplichting om de verdachten nogmaals op te roepen voor de zitting in hoger beroep.[12]

6. De hier besproken uitspraken zijn in lijn met de eerdere rechtspraak van het EHRM over het aanwezigheidsrecht en over het belang van een rechtstreekse beoordeling van het bewijs in geval de appelrechter een volledig (feitelijk en juridisch) oordeel velt. Daarbij valt in de zaak Dijkhuizen vooral op dat het Hof genoegzaam neemt met het tamelijk beperkte onderzoek dat door de Nederlandse justitiële autoriteiten was verricht naar de mogelijkheden van (tijdelijke) overbrenging van Dijkhuizen. Waar juist het uitblijven van onderzoek naar die mogelijkheden in de zaak Hokkeling nog tot een Straatsburgse veroordeling leidde,[13] was hier de niet geformaliseerde informatie van een *liaison officer* voldoende voor het Hof om ‘without question’ aan te nemen dat de Peruaanse wetgeving (tijdelijke) overbrenging van Dijkhuizen niet toeliet.[14] Het Hof wijst daarbij onder meer op het feit dat dit inhoudelijk ook niet door de verdediging werd betwist. Wellicht speelt ook mee dat er in aanloop naar de zitting wel aandacht was geweest voor alternatieven voor fysieke aanwezigheid, in het bijzonder de mogelijkheid om een videoverbinding te realiseren. Met een verwijzing naar eerdere uitspraken overweegt het Hof dat art. 6 EVRM zich niet verzet tegen het houden van

een videoconferentie ter effectueering van het aanwezigheidsrecht, mits daar goede redenen voor zijn en er voldoende waarborgen worden getroffen om ervoor te zorgen dat de verdachte de hem toekomende rechten effectief kan uitoefenen.[15] Daarbij is onder meer van belang dat de verdachte vertrouwelijk met zijn raadsman moet kunnen overleggen.[16] Gelet op de onmogelijkheid om de verdachte te laten overbrengen naar Nederland én de complexiteit van de zaak, waar ook andere verdachten bij waren betrokken, waren er naar het oordeel van het Hof in dit geval goede gronden om de verdachte via videoconferentie te horen. Van dat recht had de verdachte echter meermaals en ondubbelzinnig afstand gedaan. Dat de raadsman hier bij pleidooi op terugkwam kon, gelet op het late stadium, niet meer baten.

7. De veroordeling in de zaak *X. t. Nederland* laat zien dat het aanwezigheidsrecht niet te lichtvaardig ondergeschikt kan worden gemaakt aan het belang van een voortvarende afdoening van de zaak.[17] Dat is niet anders wanneer de betrokkenheid van de verdachte bij de tenlastegelegde feiten niet ter discussie staat, zeker niet als een gevangenisstraf kan worden opgelegd. De beslissing van het gerechtshof krijgt vooral kritiek van het EHRM vanwege het gebrek aan enige onderbouwing van het kennelijk zo zwaarwegende maatschappelijk belang bij afwijzing van het aanhoudingsverzoek. Daarbij verwijst het Hof ook naar de meer recente rechtspraak van de Hoge Raad waarin de motiveringseisen voor de beslissing op aanhoudingsverzoeken zijn aangescherpt.[18] Duidelijk is dat niet worden volstaan met een niet nader geconcretiseerde overweging over de belangen van de samenleving bij een spoedige berechting en een doeltreffende rechtspleging, een 'rituele riedel' in de woorden van Schalken.[19] In zoverre dringt zich de vergelijking op met de Straatsburgse veroordelingen van de Nederlandse voorlopige hechtenispraktijk, waar juist de toepassing van standaardmatige motiveringen tot een schending van art. 6 EVRM leidde.[20] Op het punt van het aanwezigheidsrecht is de Hoge Raad echter al geruime tijd een andere koers gaan varen. Sinds het overzichtsarrest van 16 oktober 2018 is in de Nederlandse rechtspraak een omslag waarneembaar, waarbij strengere eisen worden gesteld aan de afwijzing van aanhoudingsverzoeken en in ieder geval van de rechter wordt verlangd dat hij een gemotiveerde belangenafweging maakt.[21] De Straatsburgse veroordeling in de zaak *X.*, waarin de veroordeling nog dateert van vóór die omslag in de rechtspraak, komt dan ook niet als een verrassing. En het feit dat het Hof zelf ook verwijst naar de meer recente rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt onderstreept nog maar eens het belang van die koersverandering.

8. In de Italiaanse zaak benadrukt het Hof de op de (appel)rechter rustende verplichting om, in geval van een veroordeling na een vrijspraak in eerste aanleg, desnoods ambtshave inspanningen te verrichten om de essentiële bewijsmiddelen rechtstreeks te kunnen beoordelen. Die verplichting bestaat alleen wanneer het andersluidende oordeel over de

schuld berust op een feitelijke (en niet slechts een juridische) waardering van het bewijs en kan meebrengen dat de appelrechter opnieuw getuigen of verdachten moet horen.[22] Van belang is dat het Hof in deze uitspraak een onderscheid maakt tussen het recht aanwezig te zijn en het recht om te worden gehoord. Het feit dat de verdachten in deze zaak afstand hadden gedaan van hun aanwezigheidsrecht, kon – in het licht van de in deze omstandigheden op de appelrechter rustende verplichting tot een directe beoordeling van het bewijs – niet worden gelijkgesteld met een *waiver* van het recht om te worden gehoord.[23] Dat gold zelfs voor de enige verdachte die wel aanwezig was in hoger beroep, maar niet door het Italiaanse gerechtshof was ondervraagd. Het feit dat deze verdachte de mogelijkheid had gehad zichzelf uit te laten over het bewijs was volgens het Hof van een andere orde dan de verplichting van de appelrechter tot het ondervragen van de verdachte in het licht van de vereiste rechtstreekse beoordeling van het bewijs.[24] Daarbij was van belang dat van de verdachte, die immers in eerste aanleg was vrijgesproken, niet kon worden verwacht dat zij op eigen initiatief het daarmee verband houdende bewijs aan de orde zou stellen.[25]

9. Voor de Nederlandse situatie betekenen deze uitspraken vooral een herinnering aan het belang van de aanwezigheid van de verdachte ter terechtzitting, niet alleen met het oog op de waarborging van verdedigingsrechten, maar ook omdat het soms noodzakelijk is dat de rechter de verklaringen van de verdachte rechtstreeks kan beoordelen. Dit is met name van betekenis in het licht van de stevig in de Nederlandse rechtscultuur gewortelde traditie om zaken te berechten zonder dat het bewijs rechtstreeks op zitting wordt gepresenteerd. Daarbij komt nog de tendens om met de nadruk op een meer contradictoire gedingvoering de verantwoordelijkheid voor een eerlijke procesvoering in toenemende mate bij de verdediging te leggen.[26] Een zuinige invulling van verdedigingsrechten is daarmee moeilijk te verenigen, zoals bij de Straatsburgse veroordelingen op het gebied van het horen van getuigen al meermaals is gebleken.[27] En wanneer de appelrechter overweegt een voor de verdachte minder gunstige beslissing te nemen, kan er dus zelfs aanleiding zijn om ambtshalve over te gaan tot aanhouding van de zaak om een niet-verschenen verdachte te horen. Dat de bakens in de jurisprudentie over het aanwezigheidsrecht de laatste jaren zijn verzet is dan ook een noodzakelijke ontwikkeling geweest. Daar staat tegenover dat een videoconferentie een geschikt alternatief kan zijn wanneer lijfelijke aanwezigheid niet mogelijk is. Die conclusie is gelet op eerdere Straatsburgse uitspraken niet nieuw, maar wel van wezenlijk belang in het licht van de grote vlucht die het gebruik van videoconferenties heeft genomen tijdens de coronapandemie. Daarbij verdient wel aandacht dat de verdachte zijn rechten effectief moet kunnen uitoefenen en vertrouwelijk overleg moet kunnen voeren met zijn raadsman. Het is de vraag of dat met de wijze waarop videoverbindingen thans zijn georganiseerd steeds voldoende is gewaarborgd.[28]

Mr. dr. M. Lochs

Universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden

[1] Onder meer *Sejdovic t. Italië*, EHRM (GK) 1 maart 2006, nr. 56581/00, ECLI:CE:ECHR:2006:0301JUD005658100, «EHRC» 2006/45; *Hermi t. Italië*, EHRM (GK) 18 oktober 2006, nr. 18114/02, ECLI:CE:ECHR:2006:1018JUD001811402, «EHRC» 2007/4 m.nt. Attinger. Zie in relatie tot art. 8 lid 1 EU-richtlijn 2016/343 ook *Spetsializirana prokuratura (verstekzitting) TX t. UW*, HvJ EU, 13 februari 2020, ECLI:EU:C:2020:94, *EHRC Updates* 2020/92 m.nt. S.M.A. Lestrade.

[2] *Sanader t. Kroatië*, EHRM 12 februari 2015, nr. 66408/12, ECLI:CE:ECHR:2015:0212JUD006640812, par. 77-78.

[3] *Fejde t. Zweden*, EHRM 29 oktober 1991 (GK), nr. 12631/87, par. 31.

[4] *Hermi t. Italië*, par. 64.

[5] *Kremzow t. Oostenrijk*, EHRM 21 september 1993, nr. 12350/86, ECLI:CE:ECHR:1993:0921JUD001235086, par. 67.

[6] *Júlíus Þór Sigurþórsson t. IJsland*, EHRM 16 juli 2019, nr. 38797/17, ECLI:CE:ECHR:2019:0716JUD003879717, par. 36-38.

[7] *Hokkeling t. Nederland*, EHRM 14 februari 2017, nr. 30749/12, ECLI:CE:ECHR:2017:0214JUD003074912, *NJ* 2019/279 m.nt. P.A.M. Mevis, par. 58.

[8] *Dijkhuizen t. Nederland*, EHRM 8 juni 2021, nr. 61591/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0608JUD006159116.

[9] *Dijkhuizen t. Nederland*, par. 60.

[10] Zoals Schalken in zijn noot onder het arrest al voorzichtig suggereerde, HR 9 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:826, *NJ* 2017/260 m.nt. T.M. Schalken.

[11] *Maestri e.a. t. Italië*, EHRM 8 juli 2021, nrs. 20903/15, 20973/15, 20980/15, 24505/15.

[12] In de zaak van één van de verdachten die in eerste aanleg ook van fraude was vrijgesproken gold dat ook voor twee getuigen, omdat de appelrechter de door hen afgelegde verklaringen anders (nadeliger) interpreteerde.

[13] *Hokkeling t. Nederland*, par. 61; zie in die zin ook J.W. Ouwerkerk, 'Het aanwezigheidsrecht in strafzaken, EHRM 14 februari 2017, 30749/12 (*Hokkeling t. Nederland*)', AA 2017, p. 1001-1005.

[14] *Dijkhuizen t. Nederland*, par. 54-55.

[15] *Marcello Viola t. Italië*, EHRM 5 oktober 2006, nr. 45106/04, ECLI:CE:ECHR:2006:1005JUD004510604, par. 67; sindsdien meermaals herhaald onder meer in *Bivolaru t. Roemenië* (nr. 2), EHRM 2 oktober 2018, nr. 66580/12, ECLI:CE:ECHR:2018:1002JUD006658012, par. 138-139; *Golubev t. Rusland*, EHRM 9 november 2006 (ontv.), nr. 26260/02, ECLI:CE:ECHR:2006:1109DEC002626002, par. 2; en *Sakhnovskiy t. Rusland*, EHRM 2 november 2010, nr. 21272/03, ECLI:CE:ECHR:2010:1102JUD002127203, par. 98.

[16] Onder meer *Sakhnovskiy t. Rusland*, par. 98.

[17] *X. t. Nederland*, EHRM 27 juli 2021, nr. 72631/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0727JUD007263117.

[18] *X. t. Nederland*, par. 51, waarin wordt verwezen naar HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:2018:1934, NJ 2019/285 m.nt. P.A.M. Mevis en HR 18 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:266.

[19] Annotatie bij HR 9 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:826, NJ 2017/260.

[20] *Hasselbaink t. Nederland*, EHRM 9 februari 2021, nr. 73329/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD007332916, *EHRC Updates* 2021/61 m.nt. J.H. Crijns & Y.N. van den Brink.

[21] HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1934, NJ 2019/285 m.nt. P.A.M. Mevis. Aan die omslag heeft de eerdere veroordeling door het EHRM in de zaak *Hokkeling t. Nederland* vermoedelijk bijgedragen. Zie voor een overzicht van de rechtspraak M.J. Dubelaar, 'Het aanwezigheidsrecht in strafzaken anno 2019', *DD* 2019/47.

[22] *Maestri e.a. t. Italië*, par. 39. Daarbij kan het nodig zijn dat de zaak wordt heropend of wordt teruggewezen naar een lagere rechter voor een *retrial*, vgl. *Júlíus Þór Sigurþórsson t. IJsland*, par. 38. Zie in relatie tot het opnieuw horen van getuigen onder meer *Hanu t. Roemenië*, EHRM 4 juni 2013, nr. 10890/04, ECLI:CE:ECHR:2013:0604JUD001089004, par. 38.

[23] *Maestri e.a. t. Italië*, par. 56-57.

[24] Het gaat daarbij om de rechtstreekse beoordeling van het voor een veroordeling

essentiële bewijs. Als dit bestaat uit ‘objectief’ bewijs zoals camerabeelden is het opnieuw horen van de verdachte niet nodig, zie *Lamatic t. Roemenië*, EHRM 1 december 2020, nr. 55859/15, ECLI:CE:ECHR:2020:1201JUD005585915.

[25] *Maestri e.a. t. Italië*, par. 59.

[26] Vgl. A.A. Franken, ‘Instemming en afstand’, *DD* 2015, 2015/1; J.M. ten Voorde, ‘Het rechtskarakter van het strafrecht’, De oratie van A.A.G. Peters (Utrecht, 1972)’, *Strafblad* 2012, 6, p. 441-449.

[27] Zoals meest in *Keskin t. Nederland*, EHRM 19 januari 2021, nr. 2205/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516, *EHRC Updates* 2021/44 m.nt. D.A.G. van Toor.

[28] Vgl. B. de Wilde, ‘De toelaatbaarheid en wenselijkheid van berechting met aanwezigheid van procesdeelnemers via een videoverbinding’, *Platform Modernisering Strafvordering* januari 2021, DOI: 10.5553/PMSV/258950952021004001001.