

ANNOTATIE

HYA e.a. (HvJ EU, C-348/21) – Rechter hoort getuige in vooronderzoek als compensatie voor niet uit kunnen oefenen van ondervragingsrecht

D.A.G. van Toor

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 08-12-2022, ECLI:EU:C:2022:965 (EHRC-2023-0007)

1. De beklaagden in de onderhavige zaak zijn drie medewerkers van de grenspolitie, werkzaam op de luchthaven van Sofia, en twee andere personen. Zij zijn aangehouden en worden vervolgd voor het plegen van (wat naar Nederlands recht) mensenhandel (wordt genoemd). Tezamen zouden deze vijf personen een criminele organisatie vormen die ten doel had derdelanders het grondgebied van Bulgarije binnen te smokkelen. Het bewijs daarvoor bestaat eigenlijk uit twee categorieën bewijsmiddelen: (i) uitingen van de verdachten, doordat hun telefoongesprekken zijn afgeluisterd;^[1] en (ii) getuigenverklaringen *à charge* van de derdelanders *c.q.* slachtoffers. De slachtoffers zijn echter voortvarend van het Bulgaars grondgebied verwijderd (of zijn “vrijwillig” vertrokken); natuurlijk niet voordat zij konden worden verhoord door de autoriteiten, maar wel ruim voor aanvang van het onderzoek ter terechtzitting. Hierdoor heeft de verdediging geen mogelijkheid (gehad) de getuigen te ondervragen. Niet voor het eerst wordt een Europese rechter geconfronteerd met het feit dat immigranten die slachtoffer zijn geworden van mensenhandel belastende getuigenverklaringen hebben afgelegd, terwijl zij kort nadat zij zijn verhoord het land zijn uitgezet.^[2] Ook meer in het algemeen staat de ontwikkeling van het ondervragingsrecht, zowel op Europees^[3] als nationaal niveau, sinds het *Keskin*-arrest^[4] en de *post-Keskin*-arresten^[5] al enige jaren in de nadrukkelijke belangstelling van de wetenschap^[6] en praktijk.

2. Om de situatie en rechtsvraag preciezer te schetsen, volgt hierna een beschrijving van de feitelijke gang van zaken: vijf slachtoffers zijn tijdens het opsporingsonderzoek gehoord, en alle vijf de slachtoffers zijn in het vooronderzoek ook ten minste eenmaal ten overstaan van een rechter gehoord. Ondanks dat tijdens het opsporingsonderzoek door een tweetal verdachten al wordt verzocht het ondervragingsrecht direct te mogen uitoefenen, moet de verwijzende rechter vaststellen dat het op het moment van het onderzoek ter terechtzitting niet meer mogelijk is de getuigen *à charge* te ondervragen. De getuigen zijn, nadat zij van het Bulgaars grondgebied zijn verwijderd of vrijwillig zijn vertrokken, onvindbaar gebleken. Het openbaar ministerie heeft de verwijzende rechter verzocht de in het vooronderzoek afgelegde verklaringen voor te lezen – zoals ook in Nederland gebruikelijk is bij verklaringen die zijn afgelegd in de voorfase – en als bewijs te gebruiken voor de veroordeling van de vijf verdachten. De verwijzende rechter stelt over deze mogelijkheid prejudiciële vragen, in het bijzonder omdat het Bulgaarse recht de onderhavige situatie – illegale immigranten zijn ten tijde van het onderzoek ter terechtzitting niet meer beschikbaar zodat het ondervragingsrecht niet kan worden uitgeoefend – probeert te ondervangen doordat de verklaring in het vooronderzoek ten overstaan van een *rechter* moet worden afgelegd. Als de verdachte op het moment dat het verhoor plaatsvindt ook als zodanig is aangemerkt, krijgt hij een uitnodiging het verhoor bij te wonen. Als de verdachte nog geen formele in verdenkingstelling heeft ontvangen, wordt deze compensatie omzeilt. Dat is *in casu* gebeurd, waarbij het uit de uitspraak niet duidelijk wordt of doelbewust was. Hoe dan ook, de verwijzende rechter verzoekt het Hof te oordelen of Richtlijn 2016/343 in samenhang met artikel 47 Hv – waarin is vastgelegd dat de verdachte het recht heeft aanwezig te zijn bij het proces en dat het openbaar ministerie de schuld van de verdachte moet bewijzen – zijn gewaarborgd door de bovenstaande gang van zaken.

3. Allereerst iets over de Unierechtelijke grondslag van het ondervragingsrecht: anders dan in het EVRM, is in het Hv geen expliciet recht op het ondervragen van getuigen opgenomen, maar artikel 48 Hv bevat wel dat de rechten van de verdediging moeten worden gewaarborgd. Ook in Richtlijn 2016/343 (inzake de versterking van het vermoeden van schuld) ontbreekt het ondervragingsrecht. Als kapstok voor de prejudiciële vragen worden door de verwijzende rechter artikelen 6 en 8 van de eerdergenoemde Richtlijn gebruikt. Artikel 6 is volgens het Hof niet van toepassing. Dat artikel verzet zich tegen een omkering van de bewijslast van het openbaar ministerie naar de verdachte. Daarmee is echter niet bepaald hoe de aanklager de schuld moet bewijzen. Met andere woorden, op basis van artikel 6 Richtlijn 2016/343 is het mogelijk om de schuld van de verdachte te bewijzen op basis van schriftelijke stukken. Dat is nog geen omkering van de bewijslast.

4. Het Hof slaat wel aan bij artikel 8 Richtlijn 2016/343. Aan de ene kant is dat verwonderlijk.

Dat artikel bepaalt namelijk dat de verdachte het recht heeft bij het proces aanwezig te zijn. Het Hof had eenzelfde argumentatie als bij het niet toepasselijk verklaren van artikel 6 Richtlijn 2016/343 kunnen gebruiken om ook artikel 8 Richtlijn 2016/343 niet van toepassing te verklaren. Dat alle bewijzen schriftelijke stukken zijn, neemt niet weg dat de verdachte niet aanwezig kan zijn bij het proces (waar de inhoud van de schriftelijke stukken wordt besproken). Dit zou een erg formalistische benadering van het aanwezigheidsrecht betekenen: fysieke aanwezigheid is voldoende om dat recht te waarborgen. Dat maakt het, aan de andere kant, logisch dat het Hof artikel 8 Richtlijn 2016/343 zodanig interpreteert dat daaronder ook het recht op *actieve* deelname tijdens aanwezigheid valt. Anders is het aanwezigheidsrecht een holle leus.

5. Daarmee is echter nog niet bepaald dat onder het actieve aanwezigheidsrecht het recht op het direct ondervragen van belastende getuigen valt. Met andere woorden, welke verdedigingsrechten komen de verdachte toe ter waarborging van de actieve deelname? Uit de overwegingen bij de Richtlijn (bijv. nr. 33) en de toelichting bij het Handvest blijkt dat bij de uitleg van de rechten van de verdediging het Unierechtelijke beschermingsniveau niet onder mag doen voor hetgeen wordt geboden door artikel 6 EVRM (par. 40). Hierdoor is direct duidelijk dat naar Unierecht ook het ondervragingsrecht als onderdeel van de rechten van de verdediging moet worden gewaarborgd. Het Hof verklaart (via de beperkingsvoorwaarden van artikel 52 Hv) de *Al-Khawaya & Tahery* en *Schatschaschwili*-criteria^[7] uit de EHRM-jurisprudentie van overeenkomstige toepassing. Het Hof laat, op basis van de beperking van artikel 267 VWEU, in het midden hoe in de concrete zaak moet worden geoordeeld. Wel geeft het Hof duidelijk aan hoe het ondervragingsrecht als onderdeel van het aanwezigheidsrecht moet worden geïnterpreteerd.

6. Daarbij staat vast dat de onmogelijkheid een getuige te lokaliseren een geldige reden voor afwezigheid tijdens het onderzoek ter terechtzitting is. Wel dient de betrokken lidstaat de nodige inspanning, bijvoorbeeld ook door gebruik te maken van de mogelijkheden die Interpol biedt, te leveren om de getuige te lokaliseren. Al eerder merkte ik op dat onlangs het EHRM ook moest oordelen over de afwezigheid van een het land uitgezette getuige.^[8] Die rechtspraak laat een iets weerbarstigere wereld zien van de “onmogelijkheid” om een getuige te lokaliseren.

7. Daarin oordeelde de Slowaakse rechter dat de getuigen ‘*unreachable*’ waren nu zij na de uitzetting buiten Slowakije woonachtig waren en omdat er geen redenen waren om aan te nemen dat zij gemotiveerd waren om terug te keren naar Slowakije (of hier toestemming voor zouden krijgen). Volgens het EHRM is de feitenrechter in het geval van een ‘*unreachable*’ getuige verplicht om *all reasonable efforts* in te zetten om alsnog de aanwezigheid van de getuige te bewerkstelligen. Hierbij is het volgens het EHRM in ieder geval duidelijk dat actief

naar de getuige gezocht moet zijn met behulp van de autoriteiten en moet de feitenrechter in het geval de getuige zich in het buitenland bevindt, *as a rule*, gebruik hebben gemaakt van de bestaande mogelijkheden van wederzijdse rechtshulp.[9]

8. In *Al Alo* heeft de verdediging de autoriteiten zelfs voorzien van kopieën van de identiteitsbewijzen van de getuigen en verblijfsadressen in Denemarken en Roemenië. In de nationale procedure wordt echter geconcludeerd dat dat onvoldoende was, omdat het de procedurele plicht van de verdediging zou zijn geweest om aan te tonen dat het deze getuigen zou worden toegestaan om Slowakije opnieuw binnen te komen. Het EHRM acht het standpunt ongegrond en wijst op het Verdrag inzake wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie. In artikel 10 van dit verdrag wordt geregeld dat de autoriteiten het mogelijk moeten maken om te voorzien in de mogelijkheid van een video-verhoor indien een getuige zich op het grondgebied van een andere lidstaat bevindt. In het licht van de huidige technische mogelijkheden en het Verdrag inzake wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie is het daarom nog maar de vraag of het zich in een andere EU-lidstaat bevinden als een goede reden voor afwezigheid kan worden gezien. Zeker in het geval dat de verblijfsadressen van de getuigen bekend zijn, zal met een vrij geringe inspanning het ondervragingsrecht alsnog kunnen worden geëffectueerd. Uit de verwijzingsbeslissing in de onderhavige zaak blijkt niet welke inspanningen zijn geleverd en of de Bulgaarse autoriteiten informatie hebben naar welke landen de illegale immigranten zijn uitgezet. Het lijkt mij dat de verwijzende rechter (in het licht van de EHRM-jurisprudentie) niet lichtzinnig moet oordelen dat de getuige onvindbaar is, maar kritisch moet bekijken of daartoe de nodige, redelijke inspanning is geleverd en of het ondervragingsrecht niet anderszins kan worden geëffectueerd.

9. Daarnaast moet de verwijzende rechter volgens het Hof beoordelen of de getuigenverklaring het doorslaggevende of enige bewijs voor een bewezenverklaring vormt. Dat zal, gezien het andere arrest in onderhavige casus,[10] niet het geval zijn. Het gaat *in casu* om vijf getuigenverklaringen en, in het andere arrest, om afgeluisterde telefoongesprekken. Een niet door de verdediging ondervraagde getuige zal hoogstwaarschijnlijk niet het doorslaggevende bewijs zijn, aangezien de persoon die met de initialen HYA is aangeduid pas op de radar van de autoriteiten kwam door de afgetapte gesprekken. Daaruit blijkt dat de inhoud van die gesprekken voldoende redengevend zijn geweest om verdere dwangmiddelen tegen hem (en de anderen) in te zetten. Overigens zou ook nog kunnen worden beargumenteerd dat bij vijf getuigenverklaringen die eensluidend zijn er *geen doorslaggevende* getuigenverklaring is. Als in een gedachtenexperiment een getuigenverklaring uit de bewijsmiddelen wordt geschrapt, blijven ruim voldoende getuigenverklaringen over om een bewezenverklaring te dragen (in de zin van *wettige* bewijsmiddelen).

10. Verder is het interessant om te bespreken of het laten horen van een getuige door een rechter, omdat met aan zekerheid grenzende waarschijnlijk de getuige niet op zitting zal verschijnen, voldoende compensatie biedt tegen het niet (direct) kunnen uitoefenen van het ondervragingsrecht (par. 53). Het Hof geeft de verwijzende rechter daartoe mee dat hij moet overwegen of de maatregel – in dit geval dat de verklaring ten overstaan van een rechter is afgelegd – voldoende is om een eerlijke beoordeling van de betrouwbaarheid van de niet-getoetste getuigenverklaring te bewerkstelligen (par. 58). In *Schatschaschwili* bespreekt het EHRM een niet limitatieve lijst van mogelijkheden om, indien de getuige ten tijde van het onderzoek ter terechtzitting niet kan worden ondervraagd door de verdediging, het door de verdediging ondervonden nadeel bij het alsnog gebruiken van een verklaring uit het vooronderzoek voor het bewijs te compenseren. Het EHRM stelt dat indien gedurende het vooronderzoek al duidelijk is dat de getuige niet zal worden gehoord tijdens het onderzoek ter terechtzitting, het van essentieel belang is dat de verdediging de mogelijkheid krijgt om de getuige in het vooronderzoek te ondervragen. Het Hof lijkt eenzelfde voorstelling van zaken te geven: Het Hof noemt alleen het ondervragen (eventueel door de advocaat) in het opsporingsonderzoek expliciet als compenserende maatregel (par. 61). In de onderhavige zaak is de regel die hiervoor geldt (zoals besproken in rn. 2) (bewust) omzeild, doordat de personen nog niet formeel als verdachten waren aangemerkt. Zonder actieve (indirecte) mogelijkheid om zelf de getuigenverklaring op zijn betrouwbaarheid te toetsen, lijkt het moeilijk voorstelbaar dat van voldoende compensatie sprake is als het gaat om het doorslaggevende of enige bewijsmiddel.

11. Doordat in de onderhavige zaak geen sprake is van doorslaggevend bewijs van een getuige lijkt een schending van de verdedigingsrechten (en daarmee mogelijk ook het eerlijk procesrecht) onwaarschijnlijk. De hierboven (in rns. 6-10) besproken criteria zijn communicerende vaten: als het individuele bewijsmiddel een kleinere rol speelt in het geheel kan met een andere vorm van compensatie worden volstaan. In die zin vormt het horen door een rechter – die een onafhankelijke en onpartijdige positie inneemt, althans zou moeten innemen, in het vooronderzoek – enige waarborg tegen bijvoorbeeld het sturend verhoren of niet kritisch doorvragen door de politie waardoor de betrouwbaarheid van de verklaring wordt aangetast. De autoriteit die de getuige hoort, kan dus een element zijn die betrokken wordt bij het derde EHRM-criteria (de compensatie).

D.A.G. (Dave) van Toor

Universitair docent straf(proces)recht, Willem Pompe Instituut voor
Strafrechtswetenschappen, Universiteit Utrecht

[1] Dat leidde tot een afzonderlijk arrest: *HYA e.a.*, HvJ EU 16 februari 2023, zaaknr. C-349/21, ECLI:EU:C:2023:102, en is ook door ongetekende geannoteerd.

[2] Zie daarover ook *Al Alo t. Slowakije*, EHRM 10 februari 2022, zaaknr. 32084/19, ECLI:CE:ECHR:2022:0210JUD003208419, *EHRC Updates* november 2022, m.nt. Taylor-Parkins-Ozephius & Van Toor.

[3] Zie naast de eerdergenoemde zaak van *Al Alo* bijv. ook: *Kikabidze t. Georgië*, EHRM 16 november 2021, zaaknr. 7642/12, ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD005764212, *EHRC Updates* juni 2022, m.nt. Van Toor en De Wit.

[4] *Keskin t. Nederland*, EHRM 19 januari 2021, zaaknr. 2205/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516, *EHRC Updates* februari 2021, m.nt. Van Toor.

[5] O.a. HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, *NJ* 2021/173, m.nt. Reijntjes; HR 14 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1253; HR 12 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1494; HR 22 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:177.

[6] O.a. Redactie NTS, 'Keskin en het onderbouwen van verzoeken tot het horen van getuigen: een presumptie van verdedigingsbelang', *NTS* 2021/2; P.A.M. Mevis, 'Kan de Hoge Raad links en rechts worden gepasseerd? Enkele overdenkingen naar aanleiding van de zaak Keskin tegen Nederland', *DD* 2021/29; M.J. Dubelaar en K.M. Pitcher, 'Post-Keskin: enkele reflecties op de nieuwe lijn van de Hoge Raad inzake de uitoefening van het ondervragingsrecht', *Bsb* 2021, 4, p. 139-147; F.C.W. de Graaf, 'Belastende en ontlastende getuigen in de rechtspraak van het EHRM', *DD* 2022/3.

[7] *Schatschaschwili t. Duitsland*, EHRM (GK) 15 december 2015, zaaknr. 9154/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, *EHRC* 2016/89, m.nt. Dubelaar. De criteria voor het oordeel of een niet ter zitting afgelegde verklaring mag worden gebruikt: (i) bestaat er een goede reden voor de afwezigheid van de getuige à charge ter terechtzitting; (ii) is de eerder door hem afgelegde verklaring het enige (*sole*) of doorslaggevende (*decisive*) bewijs voor de bewezenverklaring en; (iii) is voldoende compensatie geboden aan de verdediging voor de nadelige positie die is ontstaan doordat zij de getuige à charge niet hebben kunnen ondervragen tijdens het onderzoek ter terechtzitting.

[8] *Al Alo t. Slowakije*, EHRM 10 februari 2022, zaaknr. 32084/19, ECLI:CE:ECHR:2022:0210JUD003208419, *EHRC Updates* november 2022, m.nt. Taylor-Parkins-Ozephius & Van Toor.

[9] *Schatschaschwili t. Duitsland*, EHRM (GK) 15 december 2015, zaaknr. 9154/10,

ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, *EHRC* 2016/89, m.nt. Dubelaar, par. 121-122.

[10] *HYA e.a.*, HvJ EU 16 februari 2023, zaaknr. C-349/21, ECLI:EU:C:2023:102.