

ANNOTATIE

Tonkov t. België (EHRM, 41115/14) – Straatsburgse duidelijkheid over de derdenwerking van Salduz-rechtspraak

M. Lochs

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 08-03-2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0308JUD004111514 (EHRC-2022-0089)

1. Sinds de uitspraak *Salduz t. Turkije* is de wetgeving en rechtspraak over het recht op bijstand van een advocaat voorafgaand en tijdens het politieverhoor volop in ontwikkeling geweest, zowel in Nederland als in andere Europese lidstaten.[1] Ook Richtlijn 2013/48/EU betreffende het recht op toegang tot een advocaat heeft daarbij een belangrijke rol gespeeld.[2] Maar ook in de Straatsburgse rechtspraak zelf is een ontwikkeling te zien in de wijze waarop het recht op bijstand van een advocaat wordt ingekleurd. Zo heeft het EHRM geëxpliciteerd dat het recht op bijstand zich ook uitstrekt tot bijstand tijdens het politieverhoor, een vraag die in de Nederlandse strafrechtspraktijk lange tijd onderwerp van discussie is geweest.[3] Bovendien dient de bijstand tijdens het verhoor effectief te zijn, hetgeen meebrengt dat de advocaat actief moet kunnen optreden.[4] Het is overigens maar zeer de vraag of daaraan in de Nederlandse situatie met het thans geldende Besluit inrichting en orde politieverhoor wordt voldaan.[5] Tegelijkertijd weten we sinds *Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk* dat een schending van het recht op bijstand niet automatisch tot een schending van het recht op een eerlijk proces leidt en dat er zwaarwegende redenen zijn die een inbreuk op het recht op bijstand voorafgaand en tijdens een politieverhoor kunnen rechtvaardigen.[6]

2. Uit de hier te bespreken uitspraak *Tonkov t. België* volgt weer een nadere verduidelijking van de reikwijdte van het recht op bijstand.[7] Daarbij gaat het in deze noot enkel over de vraag hoe vanuit het perspectief van art. 6 EVRM moet worden omgegaan met de situatie dat voor het bewijs gebruik is gemaakt van verklaringen van medeverdachten die zijn afgelegd zonder

adequate juridische bijstand voorafgaand aan en/of tijdens het verhoor: hierna kortweg de derdenwerking van Salduz-regels genoemd.

3. Wat betreft de feiten is in dat verband relevant dat Tonkov door het Belgische Hof van Assisen is veroordeeld wegens het medeplegen van moord. De bewezenverklaring is gebaseerd op de verklaringen die door Tonkov en zijn medeverdachte zijn afgelegd in het vooronderzoek, zonder dat zij (voorafgaand en tijdens het verhoor) bijstand hadden van een advocaat. De namens Tonkov geuite bezwaren tegen het gebruik van de verklaringen van de medeverdachte waren door het Hof van Assisen gepasseerd met de motivering dat het recht op rechtsbijstand een persoonlijk recht betreft en dat de medeverdachte op dit gebrek geen beroep had gedaan, noch zijn verklaringen had ingetrokken.[8] In relatie tot deze klacht overweegt het EHRM – onder verwijzing naar eerdere rechtspraak – dat het feit dat het bewijs is verkregen in strijd met een van de deelrechten van art. 6 EVRM, nog niet automatisch leidt tot een schending van het recht op een eerlijk proces.[9] Dat geldt dus ook bij een schending van het recht op bijstand door een advocaat bij verhoren van medeverdachten. Het EHRM verwijst in dat verband naar zijn uitspraak in de zaak *Stephens t. Malta*, waarin het zich reeds uitliet over de kwestie van de bruikbaarheid van door medeverdachten zonder juridische bijstand afgelegde (belastende) verklaringen.[10] Het door het Hof in die zaak gehanteerde – en in *Tonkov* herhaalde – toetsingskader is als volgt.

4. Het Hof stelt voorop, dat uit het recht op een eerlijk proces voortvloeit dat de verdachte in de eerste plaats een effectieve mogelijkheid moet hebben (het gebruik van) het tegen hem vergaarde bewijsmateriaal te betwisten.[11] Daarbij lijkt ten minste vereist dat de gelegenheid heeft bestaan de medeverdachte als getuige te ondervragen.[12] Vervolgens moet worden beoordeeld of er redenen zijn te twijfelen aan de betrouwbaarheid van de betreffende verklaringen. Daarbij moet aandacht worden besteed aan de vraag of de manier waarop het bewijs is verkregen afbreuk doet aan de juistheid en betrouwbaarheid van het bewijs.[13]

5. In de zaak *Stephens* stelde het Hof vast dat het de klager aan mogelijkheden om de bruikbaarheid van de belastende verklaringen te betwisten niet had ontbroken, mede nu hij de medeverdachte ter zitting had kunnen ondervragen. Bij gelegenheid van dat verhoor trok de medeverdachte zijn eerdere belastende verklaringen (deels) in. Voor wat betreft de beoordeling van de betrouwbaarheid van de verklaringen stelde het Hof voorop dat in een eerlijk en adversair proces in beginsel meer gewicht moet worden toegekend aan verklaringen die zijn afgelegd op een zitting, dan aan verklaringen die in het vooronderzoek zijn afgelegd.[14] Daarbij geldt ook dat verklaringen die zijn afgelegd door medeverdachten, vanwege hun bijzondere positie en belangen in het strafproces, met grotere behoedzaamheid moeten worden benaderd.[15] Dat betekent echter niet dat de rechter (of de jury), na een zorgvuldige weging van het voorhanden bewijsmateriaal, niet tot de conclusie kan komen dat

aan in het vooronderzoek, zonder juridische bijstand afgelegde verklaringen, niettemin meer gewicht wordt toegekend dan aan later afgelegde verklaringen. Daarbij komt onder meer gewicht toe aan de vraag in hoeverre deze verklaringen worden ondersteund door ander bewijsmateriaal.[16] In de zaak *Stephens* leidde dit uiteindelijk tot het oordeel dat geen sprake was van een schending van art. 6 EVRM. Belangrijk daarbij was, dat niet was gebleken dat tijdens de verhoren sprake was geweest van uitgeoefende druk.[17]

In de zaak *Tonkov* pakt deze toets anders uit. Het Hof herhaalt het toetsingskader maar besteedt geen expliciete aandacht aan de gelegenheid die Tonkov heeft gehad om het gebruik van de verklaringen van de medeverdachte te betwisten.[18] Voor wat betreft de betrouwbaarheidstoets verwijst het Hof onder meer naar zijn uitspraak in de zaak *Erkapić t. Kroatië*. Uit die uitspraak volgt onder meer, dat gebreken in de wijze van verhoren van medeverdachten, waaronder de afwezigheid van juridische bijstand, de rechter kunnen nopen tot nader onderzoek naar de totstandkoming en betrouwbaarheid van die verklaringen.[19] In dat verband stelt het Hof vast dat Tonkov zich niet heeft beperkt tot een formeel verweer over het ontbreken van juridische bijstand aan de medeverdachte, maar ook heeft aangevoerd dat dit gebrek en de manier waarop diens verklaringen tot stand zijn gekomen risico's opleveren voor de betrouwbaarheid van die verklaringen. Het Belgische Hof van Assisen heeft die argumenten niet adequaat beoordeeld, terwijl de veroordeling van Tonkov wel in beslissende mate was gebaseerd op de verklaringen van deze medeverdachte. Het Hof benadrukt vervolgens dat het recht op een eerlijk proces niet meebrengt, dat de zonder juridische bijstand afgelegde (belastende) verklaringen van een derde automatisch van het bewijs moeten worden uitgesloten. Wel moeten dergelijke verklaringen met bijzondere behoedzaamheid worden beoordeeld. Daarbij dient de nationale rechter zich ervan te verzekeren dat deze verklaringen niet zijn verkregen door druk of een onmenselijke behandeling in de zin van art. 3 EVRM.[20] Het feit dat het Hof van Assisen op dit punt geen kenbare afweging heeft gemaakt, draagt dan ook bij aan de schending van art. 6 EVRM (met dien verstande dat het Hof in deze zaak ook een schending aanneemt van de *Salduz*-rechten van Tonkov zelf).

6. Voor Nederland is de relevantie van deze uitspraak met name gelegen in de duidelijkheid die het Hof geeft over de derdenwerking van de *Salduz*-rechtspraak. In nationale context is vooral in de eerste jaren na de *Salduz*-uitspraak met regelmaat een beroep gedaan op deze derdenwerking, in die zin dat gebreken in de waarborging van het recht op consultatie- en/of verhoorbijstand bij medeverdachten, min of meer automatisch zouden moeten leiden tot bewijsuitsluiting van de onder die omstandigheden afgelegde verklaringen. Dergelijke verweren werden stevast met een verwijzing naar de *Schutznorm* verworpen.[21] Deze benadering werd door de Hoge Raad bevestigd in zijn uitspraak van 7 juni 2011.[22] Wel

overwoog de Hoge Raad in die uitspraak dat er reden kan zijn de verklaring van een medeverdachte van het bewijs uit te sluiten wanneer door vormverzuimen bij de totstandkoming van die verklaring de betrouwbaarheid daarvan 'wezenlijk is beïnvloed'.^[23] Deze lijn in de jurisprudentie werd sindsdien meermaals, maar tevergeefs, ter discussie gesteld, soms met een beroep op (op dit punt voor meerderlei uitleg vatbare) nieuwe uitspraken van het EHRM.^[24]

7. De uitspraak in de zaak *Tonkov* maakt duidelijk dat ook in de visie van het EHRM een gebrek in de naleving van *Salduz*-regels bij de totstandkoming van belastende verklaringen van medeverdachten, niet automatisch betekenis heeft voor de eerlijkheid van het proces van de verdachte jegens wie deze verklaringen voor het bewijs worden gebruikt.^[25] Dat is verklaarbaar nu het EHRM zich niet uitlaat over de (on)toelaatbaarheid van bewijs, maar een *overall fairness*-toets toepast. Sinds de uitspraken in de zaken *Ibrahim* en *Beuze* weten we bovendien dat ook gebreken in de naleving van *Salduz*-regels in de zaak van de verdachte zelf, niet in alle gevallen gevolgen hoeven te hebben voor de bruikbaarheid van de verklaringen van de verdachte voor het bewijs.^[26] In zoverre is het oordeel over derdenwerking in de zaak *Tonkov* niet verrassend en lijkt het door de Hoge Raad geformuleerde beoordelingskader daarmee op hoofdlijnen in overeenstemming.

8. Tegelijkertijd blijkt uit *Tonkov* dat daarbij wel het nodige van de rechter wordt verwacht. Want als er sprake is van (*Salduz*-gerelateerde) gebreken in de totstandkoming van de verklaringen van medeverdachten, dan moet de verdediging in de eerste plaats een effectieve mogelijkheid krijgen de bruikbaarheid van die verklaringen voor het bewijs te betwisten. Daarvoor is tenminste vereist dat er gelegenheid bestaat de medeverdachte te ondervragen. Nader onderzoek naar de omstandigheden waaronder het politieverhoor heeft plaatsgevonden kan eveneens noodzakelijk zijn. Bovendien rust op de rechter de verplichting om de betrouwbaarheid van de verklaringen zorgvuldig te beoordelen. Daarbij is ook het gewicht van de betwiste verklaring in de bewijsvoering van belang.^[27]

9. Zeker sinds de aanpassing in de Nederlandse jurisprudentie na *Keskin* mag worden aangenomen dat de gelegenheid tot het horen van een belastende medeverdachte in de regel steeds zal worden geboden.^[28] Van onderzoek naar de omstandigheden waaronder een dergelijk verhoor is afgenomen lijkt in de Nederlandse zaken waarin deze kwestie de afgelopen jaren heeft gespeeld, echter betrekkelijk weinig werk te worden gemaakt.^[29] Tegelijkertijd bestaat daar in zaken waarin slechts wordt geklaagd over formele gebreken in de juridische bijstand, ook na *Tonkov*, ook geen aanleiding toe. De verdediging zal dus steeds (gemotiveerd) moeten aanvoeren waarom de gebreken de eerlijkheid van het proces tegen de verdachte aantasten.

10. In het licht van de Straatsburgse verplichting de betrouwbaarheid van de verklaringen zorgvuldig te beoordelen, valt wel het nodige te zeggen over het door de Hoge Raad geformuleerde criterium dat de betrouwbaarheid van de verklaring door het *Salduz*-gebrek 'wezenlijk is beïnvloed'. Allereerst valt op dat dit criterium de feitenrechter weinig houvast biedt. Wanneer is sprake van 'wezenlijke beïnvloeding', hoe rechtstreeks moet het verband zijn tussen het *Salduz*-gebrek en de beïnvloeding van de betrouwbaarheid, en wat mag op dit punt qua onderbouwing van de verdediging worden verwacht? Bovenal rijst echter de vraag of het vereiste van *wezenlijke* beïnvloeding van de betrouwbaarheid niet een te stringent criterium is. Het EHRM schrijft in *Tonkov* voor, dat de rechter in het kader van de betrouwbaarheidstoets in ieder geval moet nagaan of de verklaring tot stand is gekomen onder druk of door een onmenselijke behandeling in de zin van art. 3 EVRM. Een afzonderlijke toets van de invloed van dergelijke omstandigheden op de betrouwbaarheid lijkt dan niet vereist, laat staan dat die invloed 'wezenlijk' moet zijn. Ook de in de formulering van de Hoge Raad besloten liggende eis van een causaal verband tussen het vormverzuim en de wezenlijke beïnvloeding valt in de Straatsburgse uitspraken niet (expliciet) terug te zien. Eerder lijkt sprake van een meer algehele beoordeling van de betrouwbaarheid, waarbij de positie als medeverdachte en het al dan niet later intrekken van de eerdere belastende verklaring een rol kunnen spelen.

Mr. dr. M. Lochs

universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden

[1] *Salduz t. Turkije*, EHRM (GK) 27 november 2008, nr. 36391/02, ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102, *NJ* 2009/214.

[2] Richtlijn 2013/48/EU 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. Deze richtlijn heeft o.a. geleid tot de wettelijke invoering van het recht op verhoorbijstand in art. 28d Sv, zie ook Besluit inrichting en orde politieverhoor, *Stb.* 2017, 29.

[3] Dit recht kan o.a. worden afgeleid uit *Navone e.a. t. Monaco*, EHRM 24 oktober 2013, nrs. 62880/11, 62892/11 en 62899/11, ECLI:CE:ECHR:2013:1024JUD006288011. Zie daarover ook de conclusie van AG Spronken (ECLI:NL:PHR:2013:1424) voor HR 1 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:770, *NJ* 2014/268 m.nt. Schalken. De Hoge Raad nam het recht op verhoorbijstand evenwel pas aan in HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608, *NJ* 2016/52

m.nt. Klip.

[4] *Soytemiz t. Turkije*, EHRM 27 november 2018, nr. 57837/09, ECLI:CE:ECHR:2018:1127JUD005783709.

[5] Zie daarover o.a. J.H.J. Verbaan en L.E. Hollander, 'De rechtspositie van de raadsman tijdens

het politieverhoor', *NTS* 2020/4 en M. Lochs, 'Geen coullance maar recht. De actieve raadsman bij het politieverhoor', *Boom Strafblad* 2021, 4, p. 129-135.

[6] *Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 13 september 2016, nrs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108.

[7] *Tonkov t. België*, EHRM 8 maart 2022, nr. 41115/14, ECLI:CE:ECHR:2022:0308JUD004111514.

[8] *Tonkov t. België*, par. 64.

[9] *Tonkov t. België*, par. 65.

[10] *Stephens t. Malta* (no. 3), EHRM 14 januari 2020, nr. 35989/14, ECLI:CE:ECHR:2020:0114JUD003598914.

[11] *Tonkov t. België*, par. 65; *Erkapić t. Kroatië*, EHRM 25 april 2013, nr. 51198/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0425JUD005119808, par. 72.

[12] *Stephens t. Malta* (no. 3), par. 75.

[13] *Erkapić t. Kroatië*, par. 72.

[14] *Stephens t. Malta*, par. 76; zie ook *Huseyn e.a. t. Azerbeidjan*, EHRM 26 juli 2011, nr. 35485/05, ECLI:CE:ECHR:2011:0726JUD003548505, par. 211.

[15] *Stephens t. Malta*, par. 77, met verwijzing naar *Pichugin t. Rusland*, EHRM 23 oktober 2012, nr. 38623/03, ECLI:CE:ECHR:2012:1023JUD003862303, par. 199.

[16] *Stephens t. Malta*, par 77.

[17] *Stephens t. Malta*, par. 69 en 76.

[18] Ook uit de rest van het arrest wordt niet erg duidelijk welke mogelijkheden Tonkov in dat kader heeft gehad. Over bijvoorbeeld een verhoor van de medeverdachte als getuige valt niets te lezen.

[19] *Erkapić t. Kroatië*, par. 76-89.

[20] *Tonkov t. België*, par. 68.

[21] Bijv. in Rb Maastricht, 16 oktober 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BKo478; Hof Leeuwarden 10 november 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BK2773, *NJ* 2010, 616 m.nt. Borgers; Hof Leeuwarden, 23 september 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BN8175, Rb Zutphen, 1 maart 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BP6262.

[22] HR 7 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2740, *NJ* 2011/375 m.nt. Schalken.

[23] HR 7 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2740, *NJ* 2011/375 m.nt. Schalken, r.o. 3.3.

[24] Bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden, 14 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2961 waarin een beroep wordt gedaan op *Şiray t. Turkije*, EHRM 11 maart 2014, nr. 29724/08, ECLI:CE:ECHR:2014:0211JUD002972408; Hof Amsterdam, 14 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:479; HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:741 (afgedaan met toepassing van art. 81 lid 1 RO); HR 28 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:330 waarin een beroep wordt gedaan op *Borg t. Malta*, EHRM 12 januari 2016, nr. 37537/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0112JUD003753713 (afgedaan met toepassing van art. 81 lid 1 RO, zie daarom uitgebreider ECLI:NL:PHR:2017:96, onder 16-19); en idem HR 19 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:389; HR 20 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1026; Rb Amsterdam, 6 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3847; Hof 's-Hertogenbosch, 12 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2233; Hof 's-Hertogenbosch, 22 november 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3547.

[25] Zoals in feite ook al uit de uitspraak *Stephens t. Malta (no. 3)* kon worden afgeleid.

[26] *Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk; Beuze t. België*, EHRM (GK) 9 november 2018, nr. 71409/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1109JUD007140910.

[27] Zie *Tonkov t. België*, par. 67, zie ook *Erkapić t. Kroatië*, par. 85 en *Stephens t. Malta*, par. 77.

[28] *Keskin t. Nederland*, EHRM 19 januari 2021, nr. 2205/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD00220516, *NJ* 2021/93 m.nt. Vellinga.

[29] Zie bijv. de conclusie van AG Aben, ECLI:NL:PHR:2020:253, onder 17. In die zaak waren de medeverdachten in hun verhoren bij de RC deels teruggekomen op hun zonder juridische bijstand afgelegde belastende politieverklaringen. Het hof had overwogen dat 'niet is gebleken van ontoelaatbare druk van de kant van de politie of van concrete aanwijzingen dat de verklaringen van de marktmeesters niet in vrijheid zijn afgelegd' (CAG onder 24). AG Aben

kwaliceert de overweging van het hof als ‘weliswaar kort maar desondanks expliciet’ (CAG onder 17).