‘Salduz’ bij niet-aangehouden verdachten: de Hoge Raad schiet tekort

mr. J.T.E. Vis & mr. E. van Reydt[*]

Uit het ‘Salduz-arrest’[1] van de Hoge Raad en de daarop volgende ‘Salduz-jurisprudentie’ is voor aangehouden verdachten een duidelijk consultatierecht af te leiden: uit art. 6 EVRM volgt dat deze verdachten de gelegenheid dient te worden geboden om voorafgaand aan het politieverhoor een advocaat te raadplegen en zij dienen daarom voorafgaand aan het eerste politieverhoor te worden gewezen op het recht op raadpleging van een advocaat. Tenzij de verdachte uitdrukkelijk of stilzwijgend en in elk geval ondubbelzinnig afstand doet van dat recht en tenzij er dringende redenen zijn om direct al met het verhoor te beginnen, zal de verdachte binnen de grenzen van het redelijke de gelegenheid moeten worden geboden dat recht op consultatiebijstand te verwezenlijken. Als dat niet gebeurt, dient de verklaring dwingend van het bewijs te worden uitgesloten.[2] De Hoge Raad laat daar geen misverstanden over bestaan.

De juridische implicaties van de Salduz-jurisprudentie van het EHRM voor niet-aangehouden verdachten zijn, gelet op de Nederlandse rechtspraak daarover, minder eenduidig. Dat verbaast, nu aanhouding in met name de bijzondere strafpraktijk vaak achterwege blijft. Verdachtenverhoren in economische en fiscale strafzaken vinden doorgaans op uitnodigingsbasis plaats, soms ook door andere instanties dan door de politie. Ook wordt verdachten die niet op heterdaad worden aangehouden niet zelden de kans geboden zich eerst te melden op een politiebureau, waarna (in sommige gevallen) pas na het eerste verhoor een eventuele aanhouding volgt.

In dit stuk zetten de auteurs de huidige stand van zaken rond het recht op consultatiebijstand voor niet-aangehouden verdachten uiteen en betogen zij dat de rechtspraak van de Hoge Raad ter zake de consultatiebijstand voor deze categorie verdachten de toets van het EHRM niet kan doorstaan.

1. Niet-aangehouden verdachten: stand van de nationale rechtspraak

In november 2010 oordeelde de Hoge Raad dat de opvatting dat de ‘Salduz-rechtspraak’ van het EHRM ‘zonder meer’ van toepassing is op de niet-aangehouden verdachte, onjuist is.[3] Het ging in die zaak om een verdachte die, ondanks dat zijn rijbewijs ongeldig was verklaard, achter het stuur was gestapt om zijn zieke moeder te bezoeken. De verdachte werd gevolgd en werd bij het ouderlijk huis staande gehouden en bevraagd. Gelet op de kritische medische toestand van zijn moeder werd hij niet aangehouden. Zijn, zonder voorafgaande consultatiebijstand door een advocaat, afgelegde verklaring behoefde echter niet van gebruik voor het bewijs te worden uitgesloten. De door de Hoge Raad in dit arrest gebezigde ambigue ‘zonder meer-formulering’, opende de deur naar een casuïstische en weinig consistente benadering: rechtbanken en hoven leggen deze ‘niet zonder meer’-toets zeer verschillend uit.

Zo oordeelde het gerechtshof Arnhem/Leeuwarden bijvoorbeeld dat aan een vrijwillig op het politiebureau verschenen verdachte geen beroep op de Salduz-jurisprudentie toekwam omdat niet aannemelijk was

[*] Mr. J.T.E. Vis en mr. E. van Reydt zijn beiden advocaat bij Spong Advocaten te Amsterdam.

[1] Het ‘post-Salduz’ arrest HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3079, NJ 2009, 349 m.nt. Schalken, gewezen naar aanleiding van o.m. EHRM, Salduz v. Turkije, 27 november 2008, NJ 2009, 214.

[2] Vlg. het ‘post-Salduz’ arrest HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3079, NJ 2009, 349 m.nt. Schalken.

[3] HR 9 november 2010, NJ 2010, 615.

geworden dat de politie hem 'op enig moment van zijn vrijheid heeft beroofd – of hem zelfs maar enigszins in zijn vrijheid heeft beperkt -teneinde zijn verklaring te laten afleggen.'[4] Het Hof Den Haag verwierp enkele dagen daarvoor in een vergelijkbare casus een Salduz-verweer omdat de verdachte tussen een verantwoordingsgesprek bij het UWV en het verhoor bij de politie een tijdspanne van ruim twee maanden was verstreken waarbij de verdachte de mogelijkheid had zich te laten voorzien van rechtsbijstand.[5] Daarbij werd door het gerechtshof Den Haag nog overwogen dat de enkele omstandigheid dat het een verdachte niet vrijstaat om het politiebureau te verlaten, nog niet voldoende is om het consultatierecht te activeren.

De uitkomst was in beide gevallen hetzelfde, maar de invulling van de 'zonder meer-formulering' en de omstandigheden die daarbij worden betrokken, zijn sterk verschillend: het Hof Leeuwarden legde de nadruk op de afwezigheid van de beperking van de bewegingsvrijheid terwijl het Hof Den Haag de (ruime) mogelijkheid om voorafgaand aan het politieverhoor op eigen gelegenheid rechtsbijstand in te winnen doorslaggevend achtte, ook al werd de verdachte (mogelijk) in zijn vrijheid beperkt.

In een arrest uit juli 2012 verschafte de Hoge Raad voor een bepaalde categorie niet-aangehouden verdachten de nodige duidelijkheid.[6] In die zaak werd een verdachte, die reeds uit anderen hoofde gedetineerd was, gelicht voor verhoor ter zake een nieuwe verdenking. De verdachte was aldus zijn vrijheid reeds ontnomen en werd niet aangehouden. De verdachte werd evenwel niet in de gelegenheid gesteld voorafgaand aan het verhoor een raadsman te consulteren. Het Hof Den Haag oordeelde dat de Salduz-regel toch overeenkomstig van toepassing was. Volgens de Hoge Raad getuigt dit oordeel niet van een onjuiste rechtsopvatting. Hij overwoog:

> *'Dat berust erop dat een uit anderen hoofde gedetineerde verdachte ten aanzien van wie de verdenking is gerezen van een nieuw strafbaar feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten, zich in een met aanhouding vergelijkbare situatie bevindt.'*

Doordat het Hof de verklaringen echter niet, overeenkomstig de Salduz-regel van de Hoge Raad, van gebruik voor het bewijs had uitgesloten, vernietigde de Hoge Raad het arrest op dat punt. Verschillende feitenrechters hadden de Salduz-regel al eerder toegepast op deze 'uit anderen hoofde gedetineerd'-situatie.[7] De kwestie lijkt voor gedetineerde verdachten dan ook opgelost: ook zij hebben recht op consultatiebijstand voorafgaand aan het eerste verdachtenverhoor.

De recenter gewezen arresten van de Hoge Raad over deze materie bieden echter weinig verdere hoop. De Hoge Raad was in een arrest van 11 juni 2013 net zo weinig toeschietelijk als in het arrest uit november 2010: de Salduz-regel gaat niet zonder meer op voor niet-aangehouden verdachten.[8] Het in die zaak in cassatie bestreden arrest van het gerechtshof bevatte een bewijsuitsluiting van verklaringen van een niet-aangehouden verdachte. Het hof oordeelde daarbij dat het in dit geval bepalend was dat de verdachte geen consultatiebijstand genoot alvorens hij als verdachte ten burele van de politie zou worden gehoord, zonder dat hij wist waarover, terwijl aanhouding zeer wel mogelijk was geweest. De Hoge Raad was evenwel onvermurwbaar.[9] Hij oordeelde dat een verdachte die zich op verzoek van de politie meldde en vervolgens de cautie kreeg *geen* recht op consultatiebijstand toekomt.

In het arrest van 11 februari 2014 liet de Hoge Raad een middel onbesproken dat zag op de onderhavige kwestie, nu een ander middel slaagde.[10] De Advocaat-Generaal concludeerde echter tot afwijzing van de Salduz-klacht. Hij vatte het huidige standpunt van de Hoge Raad als volgt samen:[11]

> *'[...] Bijzondere omstandigheden kunnen met zich brengen dat art. 6 EVRM eraan in de weg staat een verklaring van een niet aangehouden verdachte die voorafgaand aan het verhoor niet is gewezen op zijn consultatierecht, tot het bewijs te bezigen. Welke bijzondere omstandigheden de Hoge Raad in dit verband voor ogen staan, kan uit de jurisprudentie vooralsnog niet in algemene zin worden beantwoord. Van dergelijke omstandigheden zal echter niet snel sprake zijn.'*

Ook in een recenter arrest van 8 april 2014 deed de Hoge Raad een middel over een Salduz-schending af met de aan art. 81 RO ontleende motivering.[12] De Advocaat-Generaal concludeerde in die zaak dat het vrijwillig, onder begeleiding van een vertrouweling, naar het politiebureau gaan meebrengt dat geen sprake is van vrijheidsberoving en dat de gang van zaken bovendien een eigen keuze voor

4 Gerechtshof Leeuwarden, 23 september 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BT2764.
5 Gerechtshof Den Haag, 12 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BT2468.
6 HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9264, NJ 2013, 513, m.nt. Reijntjes, r.o. 3.7, welke stap werd gecontinueerd in HR 21 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7892, o.a. NbSr 2013, 86 m.nt. De Swart.
7 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Den Haag, 18 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM3023.
8 HR 11 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2555.
9 Gerechtshof Den Haag, 24 augustus 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR7074.
10 HR 11 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:303.
11 Conclusie van de Advocaat-Generaal, ECLI:NL:PHR:2013:2146.
12 HR 8 april 2014, ECLI:NL:HR2014:846.

de verdachte impliceert.[13] De Hoge Raad zag ook in deze klacht geen aanleiding te vernietigen.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat het standpunt van de Hoge Raad nog ongewijzigd is ten opzichte van de eerdere arresten uit november 2010 en juli 2012: 'zonder meer' noopt, in de ogen van de Hoge Raad, tot grote terughoudendheid bij toepassing van de 'Salduz-regel' bij niet-aangehouden verdachten.

Voor het maken van dit onderscheid tussen aangehouden en niet-aangehouden verdachten wordt door verschillende hoven, en ook door de verscheidene Advocaten-Generaal in hun conclusies, aangevoerd dat de verdachte die zich op vrije voeten bevindt voorafgaand aan het verhoor contact kan opnemen met een raadsman, om zich op die manier te laten informeren over zijn rechtspositie en de mogelijke gevolgen van het al dan niet afleggen van een verklaring. Zulks volgt bijvoorbeeld uit het arrest van de Hoge Raad uit februari 2012 waarin hij oordeelde dat de 'Salduz-regel' niet opging bij de verdachte die vrijwillig met de sociale recherche meeging naar het kantoor van de gemeentelijke sociale dienst.[14] De Hoge Raad fiatteerde daarmee de opvatting van het hof en kent aldus kennelijk waarde toe aan het feit dat de verdachte niet van haar vrijheid was beroofd en zij zich op ieder moment aan het verhoor had kunnen onttrekken. Door vrijwillig mee te gaan, zo oordeelde het gerechtshof, deed zij afstand van 'achterliggende rechten zoals het raadplegen van een raadsman'.

Onzes inziens geldt dat deze strikte opvatting van de Hoge Raad vanuit zowel wetssystematisch oogpunt als gelet op de Europese jurisprudentie onhoudbaar is.

2. Wetssystematisch oogpunt

Dat de verdachte bij het eerste verhoor de cautie moet worden gegeven is al decennia een uitgemaakte zaak.[15] Het is daarbij irrelevant of sprake is van aanhouding of niet. Het zwijgrecht en de mogelijkheid tot gebruikmaking daarvan komt immers naar Nederlands recht reeds toe aan de 'verdachte', naar Europees recht aan de 'accused'.[16] Voorts geldt dat ook voor wat betreft het recht op kennisname van processtukken of voor het recht van de verdachte om de rechter-commissaris te verzoeken om onderzoekshandelingen ex. art. 182, eerste lid Sv., het niet uitmaakt of een verdachte is aangehouden of niet. Vrijheidsbeneming of aanhouding is voor al deze rechten geen voorwaarde.

Dit uitgangspunt indachtig, valt niet goed in te zien waarom juist de aangehouden verdachte wel het recht heeft om zich over – bijvoorbeeld – gebruikmaking van het zwijgrecht door de advocaat te laten inlichten, maar de niet-aangehouden verdachte niet. Immers heeft het onderscheid tussen beide verdachten geen enkele relatie tot de ratio van het recht op consultatiebijstand: het informeren van de verdachte over zijn rechten zodat hij al in een pril stadium in staat is tegenspraak te leveren en op te komen voor zijn belangen.

3. EHRM-rechtspraak

Voor het tweede, Europeesrechtelijke, argument tegen de jurisprudentie van ons hoogste rechtscollege, wordt allereerst steun gezocht bij het arrest *Murray*. Daarin ging het om de zogeheten *Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1988*, een strafprocesregeling zoals die toentertijd in Noord-Ierland gold. Dit Murray-arrest is echter onverminderd van toepassing in iedere 'normale strafzaak' waarin de procespositie van de verdachte in het begin van het onderzoek allesbepalend is voor het verdere verloop van de strafvervolging. Het EHRM overwoog in dat arrest:[17]

> *'It observes in this context that, under the Order, at the beginning of police interrogation, an accused is confronted with a fundamental dilemma relating to his defence. If he chooses to remain silent, adverse inferences may be drawn against him in accordance with the provisions of the Order. On the other hand, if the accused opts to break his silence during the course of interrogation, he runs the risk of prejudicing his defence without necessarily removing the possibility of inferences being drawn against him.*
> *Under such conditions the concept of fairness enshrined in Article 6 (art. 6) requires that the accused has the benefit of the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation. (...)'*

Kort gezegd: de keuze die de verdachte moet maken in dat prille verhoorstadium is van zodanig groot belang dat de verdachte ook dan al een recht op rechtsbijstand toekomt. De overweging uit *Murray* geldt ook voor de niet-aangehouden verdachte. Immers stelt het EHRM, dat het mensenrechtelijke minimum duidt, geen aanhoudingsvereiste maar wordt juist het belang van rechtsbijstand in een vroeg en cruciaal stadium benadrukt.

De voorgaande opvatting werd overigens ook gedeeld door de onderzoekers van het project 'Strafvordering 2001': juist het verkrijgen van de status van verdachte en het

[13] Conclusie van de Advocaat-Generaal, ECLI:NL:PHR:2014:12, met verwijzingen naar de conclusies van diens ambtgenoten Jörg en Vegter onder resp. ECLI:NL:HR:2011:BU3504 en ECLI:NL:HR:2013:CA2555.
[14] HR 7 februari 2012, NJ 2012, 115.
[15] Vlg. HR 2 oktober 1979, NJ 1980, 243, 'nalatige inspecteur'
[16] Vlg. art. 29 lid 2 Sr. en uit EHRM, Murray II v. VK, 8 februari 1996, NJ 1996, 725, par. 45.
[17] EHRM, Murray II v. VK, 8 februari 1996, NJ 1996, 725.

moment van het eerste verhoor vormt het ontstaansmoment van verschillende elementaire verdedigingsrechten. De onderzoeksgroep 'Strafvordering 2001', deed daartoe hervormingsvoorstellen en merkte daarover op:

> *'In de voorgestelde structuur van het vooronderzoek strekken de [...] geformuleerde uitgangspunten tot optimalisering van de mogelijkheden voor de verdachte om al in het vooronderzoek tegenspraak te leveren en op te komen voor zijn belangen. [...] Tegen deze achtergrond is in het voorgestelde systeem van rechtsbescherming het eerste verhoor van de verdachte bestempeld tot 'Archimedisch punt.'*[18]

Ook wanneer het gaat om *mogelijke* vrijheidsbeneming, heeft een verdachte hoe dan ook recht op bijstand van een advocaat: *'(...) where deprivation of liberty is at stake, the interests of justice in principle call for legal representation (...)'*, zo overweegt het EHRM in de zaak *Benham*.[19] Dat de verdachte daadwerkelijk van zijn vrijheid moet zijn ontnomen, is – zo volgt ook uit dit *Benham*-arrest – een te strenge eis. Het *vooruitzicht* op vrijheidsbeneming, of het nu gaat om voorlopige vrijheidsbeneming of om een vrijheidsbenemende maatregel of -straf, brengt reeds een recht op effectieve rechtsbijstand met zich mee.

Beide elementen – enerzijds het nauwelijks te overschatten belang van het eerste politieverhoor voor het verdere verloop van de stafrechtelijke procedure (Murray) en anderzijds de dreiging van vrijheidsbeneming (Benham) – komen terug in de post Salduz-jurisprudentie van het EHRM.

Bijvoorbeeld in het vlak na Salduz gewezen arrest van Panovits tegen Cyprus waar het een minderjarige jongen, verdacht van roofmoord betrof.[20] De jongen werd uitgenodigd om op een politiebureau te verschijnen. Daar werd hem meteen, in bijzijn van zijn vader, verteld wat de aard van het misdrijf was. De jongen antwoordde dat hij onschuldig was. Andere politieagenten hielden op dat moment voor dat een vriend van de jongen had bekend. De jongen werd een 'arrest warrant' voorgehouden en werd een andere kamer ingeleid. Daar werd hij urenlang verder ondervraagd (op een zeer onprettige wijze) waarop uiteindelijk een bekentenis volgde. Het Hof overwoog:

> *'71. In view of the above the Court considers that it was unlikely, given the applicant's age, that he was aware that he was entitled to legal representation before making any statement to the police. Moreover given the lack of assistance by a lawyer or his guardian, it was also unlikely that he could reasonably appreciate the consequences of his proceeding to be questioned without the assistance of a lawyer in criminal proceedings concerning the investigation of a murder.*
>
> *[...]*
>
> *73. Accordingly, the Court finds that the lack of provision of sufficient information on the applicant's right to consult a lawyer <u>before his questioning by the police</u>, especially given the fact that he was a minor at the time and not assisted by his guardian during the questioning, constituted a breach of the applicant's defence rights. The Court moreover finds that neither the applicant nor his father acting on behalf of the applicant had waived the applicant's right to receive legal representation <u>prior to his interrogation</u> in an explicit and unequivocal manner.'* [nadruk JTEV/EvR]

Hoewel de minderjarigheid van de verdachte in kwestie klaarblijkelijk meewoog in het oordeel (hoewel daarbij veeleer sprake lijkt te zijn van een extra sneer naar de Cypriotische autoriteiten dan van een factor van betekenis in de beoordeling) is het toekennen van het recht op het moment van *ondervraging* in lijn met het hierboven uiteengezette kader dat het EHRM al decennialang volgde.

Dat standpunt wordt bevestigd in de uitspraken Afanasyev tegen Oekraine en Yuriy Volkov tegen Oekraine. In het geval Afanasyev betrof het een verdenking van moord op een dakloze vrouw.[21] Onderzoek in haar omgeving leidde tot het aantreffen van Afanasyev en een vriend. Deze twee werden, zonder te worden aangehouden, meegebracht naar het bureau. Van Afanasyev werd een gedeeltelijke bekentenis genoteerd, waarna hij die avond werd voorgeleid aan een officier van justitie die de aanhouding beval. Afanasyev bevestigde daarna zijn betrokkenheid bij de levensberoving van de vrouw. Het Hof overwoog:

> *'59. [Also], it is not disputed that on 20 April 2005 the police questioned the applicant before the arrival of a lawyer. Meanwhile, this questioning resulted in the applicant confessing to the crime. Similarly, the applicant made self-incriminating statements without the presence of a lawyer when his arrest was formalised by an investigator from the prosecutor's office later on the same date.*

[18] Simmelink & Baaijens-van Geloven 2001, Deelrapport 4: 'Rechtsbescherming en vervolging', p. 458, in: M.S. Groenhuijen en G. Knigge (red.), Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001.

[19] *Benham v. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 28 oktober 1994, appl. no. 18711/91, para. 60 en 61.

[20] *EHRM, Panovits v. Cyprus, EHRM 11 maart 2009, app. no. 4268/04.*

[21] EHRM, Sergey Afanasyev v. Oekraine, EHRM 15 februari 2013, app. no. 48057/06.

60. The Court considers that, by virtue of the above-mentioned Court's principles, the applicant was entitled to have access to a lawyer as from the first questioning that took place on 20 April 2005. There is no indication that the applicant waived that right.

61. The question, therefore, is whether the absence of a lawyer had been justified by a compelling reason. On the facts, the Court does not find any compelling reason for restricting the applicant's right to a lawyer during that time. The Court further notes that the initial confession, obtained without a lawyer, was used by the courts for the applicant's conviction. In these circumstances the applicant's defence rights were prejudiced irretrievably.'

Ook in deze zaak werd aldus benadrukt dat formele aanhouding niet bepalend is, maar slechts de vraag of een verdachte ook als zodanig wordt onderworpen aan zijn eerste verhoor. Ditzelfde volgt uit de uitspraak in de zojuist al genoemde zaak van Yuriy Volkov tegen Oekraine.[22] Een verdachte in een andere zaak liet zich tegenover de politie ontvallen dat Volkov gestolen sieraden aan hem zou hebben willen verkopen en dat Volkov daarbij de roofmoord op een vrouw had bekend. De politie vond Volkov in een afkickkliniek en bracht hem, zonder hem formeel aan te houden, mee naar het bureau. Daar werd hij ondervraagd (waarbij hij tevens werd geslagen en ook anderszins onder ontoelaatbare druk werd gezet). Volkov bekende en ondertekende een 'vrijwillige overgave aan de politie', waarna hij werd aangehouden. Het EHRM oordeelde over het recht op rechtsbijstand:

'62. The Court has consistently viewed early access to a lawyer as a procedural guarantee of the privilege against self-incrimination and a fundamental safeguard against ill-treatment, noting the particular vulnerability of an accused at the early stages of the proceedings, when he is confronted with both the stress of the situation and the increasingly complex criminal legislation involved. Any exception to the enjoyment of this right should be clearly circumscribed and its application strictly limited in time. These principles are particularly called for in the case of serious charges, for it is in the face of the heaviest penalties that respect for the right to a fair trial is to be ensured to the highest possible degree by democratic societies.

[...]

67. By virtue of the Court's case-law principles, the applicant was entitled to be assisted by a lawyer as from his very first questioning by the police. However, he was questioned and confessed to having committed the crimes without being legally represented. The Court therefore considers that his right to legal assistance was restricted on this account.'

Ook in de zaak Volkov wordt aldus, conform de eerder uiteengezette lijn van het EHRM, geenszins de formele classificatie of vrijheidsbeneming als bepalend gezien, maar het zijn van verdachte en het als zodanig worden gehoord.

Verschillend wordt gedacht over de interpretatie van het arrest van Zaichenko tegen Rusland.[23] Het betrof een persoon die langs de weg werd ondervraagd in het kader van– wat naar ons recht zou worden beoordeeld als – een verkeersrechtelijke controle. Eerst na deze controle ontstond de verdenking van een misdrijf. Daarna werd de verdachte ondervraagd, waarbij het recht op consultatiebijstand wel werd geëerbiedigd (zij het dat Zaichenko afstand deed). Zaichenko deed ook een beroep op schending van het consultatierecht met betrekking tot het eerdere verhoor dat aan de kant van de weg plaatshad. Het Hof oordeelde:

'47. Moreover, the Court observes that the present case is different from previous cases concerning the right to legal assistance in pre-trial proceedings [...] because the applicant was not formally arrested or interrogated in police custody. He was stopped for a road check. This check and the applicant's self-incriminating statements were both carried out and made in public in the presence of two attesting witnesses. It is true that the trial record contains a statement by the applicant suggesting that the writing down of the inspection record and/or his subsequent statement were started on the spot but were completed in the village of Birofeld. Nevertheless, the Court concludes on the basis of the materials in the case file that the relevant events, namely the drawing of the inspection record and the taking of the applicant's explanation, were carried out in a direct sequence of events.

48. Although the applicant in the present case was not free to leave, the Court considers that the circumstances of the case as presented by the parties, and established by the Court, disclose no significant curtailment of the applicant's freedom of action, which could be sufficient for activating a requirement for legal assistance already at this stage of the proceedings.

49. The Court notes that the role of the police in a situation such as in the present case was to draw up an inspection record and receive the applicant's explanation as to the origin of the cans in his car (see paragraphs 9 and 10 above). Having done so, the police transferred the documents to the inquirer who, in his turn, compiled a report

[22] EHRM, Yuriy Volkov v. Oekraine, EHRM 19 december 2013, app. no. 45872/06.

[23] EHRM, *Zaichenko v. Rusland, EHRM 28 juni 2010, app. no. 39660/02.*

to his superior indicating that there was a case to answer against the applicant on suspicion of theft (see paragraph 12 above). This report prompted the inquirer's superior to open a criminal case against the applicant (see paragraph 13 above).

50. At that stage, namely on 2 March 2001, the applicant was apprised of his right to legal assistance. It was open to him to consult a lawyer before attending the meeting on 2 March 2001. At that meeting the applicant was presented with the version of the events based on his statements made on 21 February 2001. The applicant voluntarily and unequivocally agreed to sign the act of accusation and waived his right to legal assistance, indicating that he would defend himself at the trial.'

Onzes inziens kan uit deze overwegingen uit het arrest Zaichenko niet volgen dat een recht op consultatiebijstand eerst ontstaat na aanhouding of tijdens een met aanhouding vergelijkbare situatie. Dit algemene standpunt gaat immers voorbij aan een tweetal bezwaren. Allereerst lijkt uit de overwegingen van het Hof in de zaak Zaichenko, in het bijzonder de overweging onder punt 47, te volgen dat het Hof het verhoor dat plaatsvond aan de zijde van de weg op 21 februari 2001, in het kader van een verkeerscontrole, niet heeft aangemerkt als een politieverhoor waarbij Zaichenko als verdachte was aangemerkt. Het Hof zet ook in die overweging expliciet uiteen dat de zaak op dat punt verschilt met 'previous cases concerning the right to legal assistance in pre-trial proceedings'.

Het Hof beoordeelt vervolgens of de situatie een zodanige vrijheidsbeperking inhield dat gesproken kan worden over een 'significant curtailment of the applicant's freedom of action, which could be sufficient for activating a requirement for legal assistance already at this stage of the proceedings'. Bij dat oordeel betrekt het Hof een optelsom van andere bijzondere omstandigheden, dewelke maakten dat in dit specifieke geval geen schending van art. 6, derde lid onder c EVRM werd aangenomen. Daarbij kent het EHRM kennelijk met name belang toe aan de omstandigheid dat Zaichenko werd bevraagd naar aanleiding van een reguliere verkeerscontrole en dat deze zelfincriminerende verklaring werd afgelegd in het bijzijn van een tweetal getuigen.[24]

Het EHRM lijkt in de zaak Zaichenko dan ook achtereenvolgens de vragen te beantwoorden of sprake was van een politieverhoor, waarbij Zaichenko als verdachte was aangemerkt (rechtsoverweging 47) en vervolgens de vraag of sprake was van een zodanige vrijheidsbeperking dat dit een afzonderlijk recht op 'legal assistance' activeerde (rechtsoverweging 48). Uit het arrest Zaichenko vloeit aldus niet voort dat een 'significant curtailment of freedom of action' een constitutief vereiste zou zijn voor het recht op consultatiebijstand voorafgaand aan het eerste verdachtenverhoor. Er is sprake van een recht op consultatiebijstand voorafgaand aan het eerste verdachtenverhoor alsook van een afzonderlijk recht op 'legal assistance' in een situatie waarin een 'significant curtailment' zich voordoet, ongeacht of er sprake is van een verdachtenverhoor.

4. Europeesrechtelijk oogpunt en richtlijn 2013/48/EU

Het voorgaande standpunt wordt bevestigd door de inhoud van het op 8 juni 2011 door de Europese Commissie gepresenteerde voorstel voor een richtlijn terzake *'the rights of access to a lawyer in criminal proceedings and on the right to communicate upon arrest'*.[25] Dit voorstel is inmiddels, via het wetgevingsproces zoals geïntroduceerd bij het Verdrag van Lissabon (2009), uitgekristalliseerd in de op 22 oktober 2013 aangenomen richtlijn *'on the right of access to a lawyer in criminal proceedings'*.[26] De richtlijn dient door de lidstaten uiterlijk voor 27 november 2016 in nationale wetgeving te zijn omgezet. Overigens is een conceptwetsvoorstel betreffende de implementatie recent openbaar gemaakt.[27]

In het derde artikel van deze richtlijn (artikel 3, lid 2, onder a) wordt bepaald dat verdachten recht hebben op toegang tot een advocaat *'before they are questioned by the police or by another law enforcement or judicial authority'*. Dit recht geldt ongeclausuleerd, ofwel ook zonder dat de verdachte is aangehouden of zich in een met een aanhouding vergelijkbare situatie bevindt. Er bestaat, volgens diezelfde richtlijn, immers een afzonderlijk recht op rechtsbijstand *'after deprivation of liberty'* (artikel 3, lid 2, onder c). Een beroep op deze richtlijn in strafrechtelijke procedures

[24] EHRM, *Zaichenko v. Rusland, EHRM 28 juni 2010, app. no. 39660/02, r.o. 47.*

[25] Com(2011)326 final.

[26] *'Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and the right to have a third party informed upon deprivation of livery and to communicate with third persons and with consular authorities whiled deprived of liberty.'*

[27] Implementatie van richtlijn 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 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 L294), te raadplegen via http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/02/13/westvoorstel-implementatie-richtlijn-recht-op-toegang-raadsman.html, laatst bezocht 22 september 2014.

bleek tot nu toe vruchteloos. Tot het verstrijken van de implementatietermijn kunnen geen rechtstreeks werkende rechten of verplichtingen worden ontleend, aldus de Hoge Raad (in overigens een andere kwestie, namelijk over het recht op verhoorsbijstand).[28] Op deze opstelling van ons hoogste rechtscollege valt het een en ander af te dingen, temeer nu de opvatting over de richtlijn tevens raakt aan de in dit artikel besproken materie.

Allereerst moet niet uit het oog worden verloren dat de richtlijn geen *uitbreiding* van de rechten van de verdachte beoogt, maar dat het, blijkens de toelichting, een codificatie betreft van de stand van zaken in de jurisprudentie van het EHRM. Zo wordt ook expliciet in de toelichting overwogen:

> *'A number of recent rulings of the Court of Human Rights (ECHR) have clarified the scope of the provisions. The Court has repeatedly held that Article 6 applies to the pre-trial stage of criminal proceedings and that a suspect must be offered the assistance of a lawyer at the initial stages of police questioning and as soon as he is deprived of his liberty, irrespective of questioning. The Court also ruled that these guarantees must apply to witnesses whenever they are in reality suspected of a criminal offence, as the formal qualification of the person is immaterial.'*[29]

Het is deze aangehaalde (en hierboven uitvoerig omschreven) jurisprudentie die uitmondt in het in de richtlijn verwoorde '*general principle that all suspected and accused persons in criminal proceedings should have access to a lawyer as soon as possible, in time and manner that allows them to exercise their defense rights. Access to a lawyer must be granted at the latest upon deprivation of liberty, as soon as possible in the light of circumstances of each case. Irrespective of any deprivation of liberty, access to a lawyer must be granted upon questioning*. [nadruk JTEV/EvR]'[30]

In dit licht bezien, bevreemdt de overweging van de Hoge Raad in eerdergenoemde zaak dat uit het stellen van de implementatietermijn blijkt '*dat de Europese regelgever aanvaardt dat zich de situatie kan voordoen dat de wetgeving van een lidstaat op dit moment nog niet voldoet aan de door de Richtlijn gestelde eisen*'. De nationale rechter die de richtlijn naast zich neerlegt met het argument dat de implementatietermijn nog niet is verstreken, miskent aldus het declaratoire karakter van de richtlijn en de stand van de verdragsrechtelijke jurisprudentie die, zelfs volgens de Europese wetgever, aan de richtlijn ten grondslag ligt. Dat de Hoge Raad de door de richtlijn beschreven huidige stand van zaken niet onderkent, geeft onzes inziens blijk van een onjuiste opvatting met betrekking tot het recht op consultatiebijstand.

Daarbij geldt dat het vaste rechtspraak is van het HvJ EU dat uit art. 288 jo art. 4, derde lid VWEU (het voormalig EG-verdrag) een plicht tot anticiperen op de implementatie van de richtlijn volgt. Ook vóór de implementatiedeadline van een richtlijn is verstreken, dienen de nationale autoriteiten – waaronder de rechterlijke macht – zich te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door de richtlijn voorgeschreven resultaat in gevaar kunnen brengen.[31] Dat betekent concreet dat geen afbreuk mag worden gedaan aan de doelstellingen van de richtlijn gedurende de implementatieperiode. Dat er in die periode nog geen plicht tot richtlijnconforme interpretatie bestaat, doet daar niet aan af.[32] Het nationale recht mag gedurende de transitieperiode niet worden geïnterpreteerd *'in a manner which might seriously compromise, after the period for transposition has expired, attainment of the objective pursued by that directive'*.[33]

Gelet op het declaratoire karakter van de richtlijn, bevreemdt het dat de Hoge Raad zich niet, conform de anticipatieplicht met betrekking tot de richtlijn, verlaat op de huidige stand van de Europese jurisprudentie maar dat hij een afkalving beoogt ten opzichte van die huidige stand daarvan. Deze rigide koers die de Hoge Raad vaart ten aanzien van het consultatierecht voor niet-aangehouden verdachten doet onzes inziens dan ook tekort aan deze verdragsrechtelijke verplichting.

5. Nederlandse feitenrechtspraak

Niettegenstaande het voorgaande, gloort er toch enige hoop voor de positie van de niet-aangehouden verdachte. Een aantal feitenrechters heeft reeds een lans gebroken voor toepassing van de 'Salduz-regel', ook wanneer het niet-gedetineerde niet-aangehouden verdachten betreft.[34]

---

28 HR 1 april 2014, NJB 2014, 881, zie ook Gerechthof Amsterdam, 29 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:473, over het recht op verhoorsbijstand.

29 Explanatory Memorandum bij de richtlijn, COM/2011/0326 final – COD 2011/0154, punt 13

30 Id., punt 20.

31 HvJEU, Case C-144/04 Werner Mangold v Rüdiger Helm (2005) ECR-I-09981, para. 67. *'Before the implementation deadline of a directive, Member States must make sure that their action does not compromise the result prescribed by that directive and the rights enshrined therein.'*

32 HvJEU, C129/96 *Inter-Environment Wallonie* [1997] ECR I7411, paragraph 45, and Joined Cases C165/09 to C167/09 *Stichting Natuur en Milieu and Others* [2011] ECR I4599, paragraph 78 C 43/10 Nomarchiaki c.s., 11 september 2012,, par 57 e.v.

33 HvJEU, Case C-212/04 Konstantinos Adelener et al. V. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG) [2006] ECRI-6057 para. 115 en 123.

34 Verwezen zij bijvoorbeeld naar: Rechtbank Maastricht, 25 juli 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN2406; Rechtbank Zwolle, 2 november 2010, NbSr 2011, 273; Gerechtshof Arnhem/Leeuwarden, locatie Arnhem, 18 mei 2011,

De meest prangende overweging in de geschetste reeks jurisprudentie komt van de kinderrechter in Maastricht, in een uitspraak van 15 juli 2010.[35] In die kwestie werd uiteindelijk beslist dat de minderjarige verdachte en zijn ouders afstand hadden gedaan van een consultatierecht en dat zij dit, onder de specifieke omstandigheden van het geval, ook mochten doen. Bewijsuitsluiting werd gezien de afstandsverklaring dan ook niet toegepast. De kinderrechter liet zich echter uit over het recht op consultatiebijstand in algemener zin:

'(...) *Gelet op het voorgaande is de kinderrechter kort gezegd van oordeel dat '*[Salduz]*' in beginsel niet geldt voor een niet-aangehouden verdachte, maar dat de concrete feiten en omstandigheden van het geval kunnen maken dat dit anders is, vooral als het gaat om een minderjarige verdachte. Dit lijkt ook voor de hand te liggen, nu het consultatie- en aanwezigheidsrecht (evenals het recht om te zwijgen) <u>eerder moet worden gekoppeld aan het feit of iemand als verdachte is aangemerkt en het verhoor van een verdachte</u> – of deze nu is aangehouden of niet – <u>dan aan het toepassen van het dwangmiddel van de aanhouding</u>. Wel kan uit de omstandigheid dat iemand is aangehouden volgen dat eerder aan de vrijwilligheid van de afgelegde verklaring moet worden getwijfeld.*

(...) *Zoals hiervoor in algemene zin is overwogen in 3.2.6 lijkt een door de officier van justitie bepleite strikte scheiding van regimes, waarbij voor een aangehouden verdachte een ander regime geldt dan voor een niet-aangehouden verdachte, niet goed verdedigbaar. In zoverre treft het door de verdediging gevoerde verweer dan ook doel.* (...) [redactie en onderstreping JTEV en EvR]*'*

Hoewel de stelling van de kinderrechter dat 'Salduz in beginsel niet geldt voor een niet-aangehouden verdachte', zoals hiervoor betoogd, niet strookt met de stand van de Europese jurisprudentie op dit punt, legt hij wel het juiste materiële criterium aan. De kinderrechter zag expliciet geen heil in het door het openbaar ministerie aangevoerde, en thans door de Hoge Raad gehanteerde, onderscheid tussen aanhouding en niet-aanhouding. De kinderrechter overwoog, terecht, dat het gaat om de feitelijke positie van een persoon: is deze als verdachte aangemerkt en wordt hij als zodanig verhoord, of niet? De vraag of een verdachte een consultatierecht toekomt wordt dan ook door het antwoord op die vraag bepaald.

Het vloeit voort uit ons eigen wetssysteem, uit de Europese rechtspraak op dit punt en uit een (declaratoire) Europese richtlijn over deze materie, dat de feitelijke positie van de verdachte doorslaggevend dient te zijn voor de toekenning van een consultatierecht. Hieruit volgt dat ook de niet-aangehouden verdachte die als zodanig wordt verhoord, anders dan de Hoge Raad sinds 2010 oordeelt, een consultatierecht heeft voorafgaand aan diens eerste verhoor. De Hoge Raad hanteert aldus – in elk geval tot het moment van inwerkingtreding van de betreffende Europese richtlijn – een contrair standpunt ten opzichte van de stand van de Europese jurisprudentie. Het mag een gebrek worden genoemd dat de Hoge Raad deze elementaire verdragswaarborg vooralsnog niet wenst te aanvaarden.

NbSr 2011, 359; Rechtbank Arnhem, 4 augustus 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR4163; Gerechtshof Arnhem/Leeuwarden, locatie Leeuwarden, 20 december 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY6910 (ontneming); Rechtbank Noord-Nederland, locatie Assen, 24 september 2014, NbSr 2013, 381;

[35] Rechtbank Maastricht, 25 juli 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN2406