

Onder de zorg van prof.mr. Y. Buruma, prof.mr. H. Cohen Jehoram, prof.mr. L.J.A. Damen, prof.mr. J.M. van Dunné, prof.mr. M.S. Groenhuijsen, prof.mr. T. Hartlief, prof.dr. E.M.H. Hirsch Ballin, prof.mr. C.A.J.M. Kortmann, prof.mr. S.C.J.J. Kortmann, prof.mr.drs. F.C.M.A. Michiels, prof.mr. K.J.M. Mortelmans, prof.mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof.mr. J. Riphagen, prof.mr. Th.A. de Roos, prof.mr. G.R. Rutgers, prof.mr. A.V.M. Struycken, prof.mr. R.D. Vriesendorp, prof.dr. J.W. Zwemmer

Johanna Kruidhof

Prof.mr. S.C.J.J. Kortmann

HR 28 mei 1999, *RvdW* 1999, 89 C (mrs. Roelvink, Korthals Altes, Neleman, Heemskerck, Herrmann; A-G Spier).

Onrechtmatige daad; ernstige brandwonden kind. Vormt de door ouders aan verzorging/verpleging en/of aan ziekenhuisbezoek bestede tijd vermogensschade van het kind? Abstracte schadeberekening.

Feiten

De 11-jarige Johanna Kruidhof, leerling van de openbare basisschool 'De Imenhof' te Losser, had op 17 mei 1990 koffie- en theedienst. Dat wil zeggen dat zij samen met een andere leerlinge voor de aanvang van de pauze koffie en thee moest zetten voor de leerkrachten. Door een van hen beiden was de waterketel op een van de voorste brandende gaspitten geplaatst. Toen Johanna iets probeerde te pakken uit het kastje boven het gasstel, vatte haar T-shirt vlam en als gevolg hiervan liep Johanna ernstige brandwonden op. Hierop volgde een lange periode van behandelingen en operaties in het Brandwondencentrum Beverwijk en in het ziekenhuis te Enschede. Vervolgens namen de ouders van Johanna zelf de verpleging en de verzorging van hun dochter ter hand. Zowel aan deze verpleging en verzorging als aan het ziekenhuisbezoek besteedden de ouders veel tijd.

In het onderhavige geding hebben de ouders (in hun hoedanigheid) van de gemeente, als exploitant van 'De Imenhof' en werkgever van de leraren, vergoeding van de door Johanna geleden schade gevorderd. De Rechtbank en het Hof hebben geoordeeld dat de gemeente ter zake aansprakelijk is. Deze aansprakelijkheid als zodanig wordt in cassatie niet langer bestreden. In hoogste instantie gaat het om de vraag of twee schadeposten (schade als gevolg van verlies van vakantiedagen (a) en schade als gevolg van de vrije tijd die de ouders besteedden aan verpleging en verzorging van hun dochter (b)) voor vergoeding in aanmerking komen, en zo ja, tot welke omvang. De ouders waren in de desbetreffende periode beiden in dienstbetrekking werkzaam. Zij hebben aangevoerd dat zij in verband met ziekenhuisbezoek 74 vakantiedagen à f 221,- heb-

ben moeten opnemen en dat dit een gedeerd inkomen ten bedrage van f 16.354,50 opleverde. De kosten van begeleiding en verpleging, waaraan zij in totaal 1386 uren hadden besteed, werd door hen begroot op f 20.520,-. Aantekening verdient dat het bij deze posten niet ging om vergoeding van immateriële schade.

Beslissing Hof

Het oordeel van het Hof wordt door de Hoge Raad als volgt samengevat:

‘Het Hof heeft met betrekking tot de onder (a) bedoelde post, kort samengevat, aannemelijk geacht dat de ouders een gedeelte van hun vakantiedagen zodanig hebben moeten invullen dat deze als vakantiedagen verloren zijn gegaan, en het is voorts ervan uitgegaan dat de ouders op deze wijze hebben bijgedragen aan het herstel van Johanna. Het heeft te dezer zake aan de ouders naar redelijkheid en billijkheid een bedrag van f 5000 toegeschat, welk bedrag, aldus het Hof, een vergoeding voor niet-genoten vakantiedagen en niet een vergoeding van immateriële schade is (rov. 2.5 van het tussenarrest van 22 april 1997).

Ten aanzien van de onder (b) bedoelde post heeft het Hof overwogen, kort weergegeven, dat voor de kosten van begeleiding en verpleging van Johanna een bedrag als schadevergoeding kan worden toegewezen voor zover moet worden aangenomen dat de begeleiding en verpleging anders door professionele hulpverleners — betaald — waren verricht. Het Hof heeft daarbij in zijn beoordeling betrokken dat de ouders voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat deze zorg in het belang van een goede genezing van Johanna het best door henzelf kon worden gegeven, en het heeft het standpunt van de Gemeente verworpen, dat de ouders hun kind hebben verzorgd zoals in het algemeen gebruikelijk is. Het Hof heeft zich rekenschap gegeven van het feit dat de ouders geen werkelijke kosten, in de zin van uitgaven in geld, hebben gemaakt. Het heeft een vergoeding naar redelijkheid en billijkheid voor een gedeelte van de door hen bestede tijd die aan professionele hulp is uitgespaard, toewijsbaar geacht, en dit bedrag schattenderwijs bepaald op f 15 000 (rov. 2.14 van voormeld tussenarrest).’

Beide partijen hebben in cassatie de beslissing van het Hof bestreden. In het principale beroep voert de Gemeente aan dat de gevorderde vergoedingen in het geheel niet toewijsbaar zijn. Het middel in het incidentele beroep komt erop neer dat de vergoedingen ten onrechte niet tot het volledige gevorderde bedrag zijn toegewezen.

Oordeel Hoge Raad

Met betrekking tot de twee omstreden schadeposten overweegt de Hoge Raad:

‘3.3.1. Bij de beoordeling van de middelen in het principale beroep moet worden vooropgesteld dat de vraag of en in hoeverre de hiervoor genoemde posten in het onderhavige geval voor vergoeding in aanmerking komen, wordt beheerst door het bepaalde in art. 1407 (oud) BW. De door het middel aan de orde gestelde vraag of hier kan worden gesproken van door de gekwetste zelf geleden (vermogens)schade, kan echter ook rijzen in gevallen waarin art. 6:107 BW van toepassing is.

3.3.2. Wanneer iemand ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is ernstig letsel oploopt, waarvan het herstel niet alleen ziekenhuisopname en medische ingrepen vergt, maar ook intensieve en langdurige verpleging en verzorging thuis, is de aansprakelijke van de aanvang af verplicht de gekwetste in staat te stellen zich van die noodzakelijke verpleging en verzorging te voorzien. Indien het dan, zoals in het onderhavige geval, gaat om een gewond kind waarvan de ouders op redelijke gronden zelf de voor genezing en herstel van het kind noodzakelijke verpleging en verzorging op zich nemen in plaats van deze taken aan professionele, voor hun diensten gehonoreerde hulpverleners toe te vertrouwen, voldoen de ouders in natura aan een verplichting die primair rust op de aansprakelijke. De redelijkheid brengt in een dergelijk geval mee dat het de rechter vrijstaat bij het beantwoorden van de vraag of het kind vermogensschade heeft geleden en op welk bedrag deze schade kan worden begroot, te abstraheren van de omstandigheden dat die taken in feite niet door dergelijke hulpverleners worden vervuld, dat de ouders jegens het kind geen aanspraak op geldelijke beloning voor hun inspanningen kunnen doen gelden, en dat zij — zoals hier — in staat zijn die taken te vervullen zonder daardoor inkomsten te derven.

Aan het voorgaande doet niet af dat het kind jegens zijn ouders aanspraak kan maken op verpleging en verzorging in geval van ziekte: het is immers primair de aansprakelijke die verplicht is de voor het herstel nodige middelen te verstrekken (vgl. in dit verband de voorlaatste rechtsoverweging in HR 23 april 1976, NJ 1976, 451).

Opmerking verdient nog dat de rechter bij deze wijze van begroten geen hogere vergoeding ter zake van verpleging en verzorging zal mogen toewijzen dan het geschatte bedrag van de bespaarde kosten van professionele hulp.

3.3.3. Uit het vorenoverwogene volgt dat het Hof niet is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door wegens verpleging en verzorging van Johanna door haar ouders een naar redelijkheid en billijkheid begrote, aan de uitgespaarde kosten van professionele hulp gerelateerde, schadevergoeding ten bedrage van f 15 000 toe te wijzen. De in middel II aangevoerde rechtsklachten stuiten hierop af. De in dit middel onder a.(i), a.(ii) en b. aangevoerde motiveringsklachten kunnen evenmin tot cassatie leiden, nu rechtsoordelen in cassatie niet met motiveringsklachten kunnen worden bestreden.

De in middel II onder a.(iii) aangevoerde motiveringsklacht, inhoudende dat het Hof in zijn motiveringsplicht is tekortgeschoten door niet in te gaan op het verweer van de Gemeente dat de begeleiding en verpleging van Johanna ook had kunnen worden geboden door Thuiszorg/wijkverpleging op basis van een beperkte lidmaatschapsvergoeding, faalt eveneens. Ken-

nelijk en begrijpelijkerwijs is het Hof ervan uitgegaan dat de Gemeente dit verweer niet ernstig heeft gemeend, nu zij in haar memorie na comparitie van 22 oktober 1996, na te hebben opgemerkt dat de ouders zich inderdaad tot Thuiszorg/wijkverpleging hadden kunnen wenden, daaraan toevoegde: "Zorg wordt echter slechts verleend indien de ouders/de omgeving van het slachtoffer niet in staat is deze zorg zelf te geven. Nu geïntimeerden wél in staat waren om Johanna te verbinden/te verplegen zouden zij wellicht niet in aanmerking zijn gekomen voor thuiszorg."

Het middel is derhalve tevergeefs voorgesteld.

3.4.1. Het verlies van vakantiedagen van de ouders door de tijd die gemoeid was met hun bezoeken aan het kind tijdens verblijf in het ziekenhuis, kan niet op één lijn worden gesteld met de hiervoor besproken schade-post, nu het niet aannemelijk is dat professionele — betaalde — hulpverleners worden ingeschakeld voor ziekenhuisbezoek ingeval de ouders niet in de gelegenheid zijn zelf het kind te bezoeken. De heilzame invloed van bezoeken op het genezingsproces moet worden toegeschreven aan de persoonlijke band tussen het kind en de ouders. Het verlies van vakantiedagen kan derhalve, hoezeer het ook als een vorm van vermogensschade valt aan te merken, niet als door Johanna geleden schade worden aangemerkt.

3.4.2. Uit het in 3.4.1 overwogene volgt dat de in middel I onder b.(ii) aangevoerde rechtsklacht gegrond is. Nu 's Hof's beslissing om ter zake van verlies van vakantiedagen een vergoeding van f 5000 toe te wijzen, op een onjuiste rechtsopvatting berust, kan deze beslissing niet in stand blijven en behoeven de overige in het middel aangevoerde klachten geen behandeling.

3.5.1. Het in 3.4.2 overwogene brengt mee dat onderdeel 1 van het middel in het incidentele beroep bij gebrek aan belang niet tot cassatie kan leiden.

3.5.2. In rov. 4.20 van zijn tussenarrest heeft het Hof het oordeel van de Rechtbank onderschreven dat een vordering tot schadevergoeding ter zake van de door de ouders aan de verzorging en begeleiding van Johanna bestede tijd voor toewijzing vatbaar is, maar het Hof heeft zich, anders dan het middel veronderstelt, in die overweging nog niet uitgelaten over de hoogte van het toe te wijzen bedrag, en het heeft dus het oordeel van de Rechtbank niet ook in zoverre tot het zijne gemaakt. Onderdeel 2.a kan derhalve bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

3.5.3. Onderdeel 2.b bestrijdt met rechts- en motiveringsklachten de beslissing van het Hof de schadevergoeding wegens de bestede tijd voor de verzorging en begeleiding van Johanna te stellen op f 15 000 en niet de volledige te dezer zake door de ouders verlangde vergoeding van f 20 525 toe te wijzen.

Het onderdeel is tevergeefs voorgesteld. Ingevolge art. 6:97 heeft de rechter bij het begroten van de schade een grote vrijheid, hetgeen meebrengt dat een oordeel dienaangaande zich slechts in beperkte mate leent voor toetsing in cassatie. 's Hof's oordeel behoeft geen nadere motivering.¹

Noot

Een geval als het onderhavige lijkt zich vaak voor te doen. Een kind raakt gewond door een onrechtmatige daad van een ander (de laedens). De ouders besteden tijd aan ziekenhuisbezoek, begeleiding en verzorging van het kind. Heeft het kind aanspraak op schadevergoeding jegens de laedens omdat de ouders hun (vrije) tijd aan het gewonde kind hebben besteed? Hebben de ouders zelf aanspraak op een vergoeding ter zake? Gezien het feit dat het hier om een alledaags geval gaat, zou men verwachten dat het antwoord op deze vragen eenvoudig is te geven. Dit is echter geenszins het geval. Ik hoop dit hierna duidelijk te maken.

Wie leed schade?

In het onderhavige geval werd schadevergoeding gevorderd voor het verlies van vakantiedagen van de ouders in verband met ziekenhuisbezoek, alsmede voor de vrije tijd die zij hadden besteed aan verpleging en verzorging (begeleiding) van Johanna. Op de vraag wie de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd, heeft geleden, lijkt maar één antwoord mogelijk: de ouders. Zij hebben immers (veel) vrije tijd moeten missen door het ongeval dat Johanna was overkomen. Johanna zelf lijkt geen schade te hebben geleden. Zij kon aanspraak maken op kosteloze verzorging en begeleiding door haar ouders. Deze hadden immers de plicht (en het recht) Johanna te verzorgen (artikel 1:245 lid 2 BW). Zij droegen verantwoordelijkheid voor het lichamelijk en geestelijk welzijn van hun dochter (artikel 1:247 BW). De ouders konden jegens Johanna geen aanspraak maken op enige beloning voor hun inspanningen. In concreto had Johanna derhalve geen vermogensschade geleden. Indien en voor zover er in concreto sprake is van rechtens relevante schade, is deze door de ouders geleden. De vraag dringt zich op waarom deze niet zelf de door hen geleden schade van de gemeente hebben gevorderd. Het antwoord wordt gegeven door de wettelijke bepaling van artikel 1407 oud BW. Dit artikel was in casu van toepassing (vgl. r.o. 3.3.1). Artikel 1407 oud BW beperkt de kring van personen die kunnen ageren: alleen aan de gewonde komt een vorderingsrecht toe.¹ Onder het oude recht kwam aan de ouders derhalve geen vorderingsrecht toe.

¹ HR 2 april 1936, NJ 1936, 752; HR 2 november 1962, NJ 1963, 61; HR 16 juni 1972, NJ 1972, 375; HR 12 december 1986, NJ 1987, 958; Asser-Hartkamp I (1996),

nr. 472; A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding door onrechtmatige daad*, nr. 201.

Abstracte schadeberekening

Ervan uitgaande dat Johanna in concreto geen schade heeft geleden en dat aan de ouders geen actie tot schadevergoeding toekomt, zou de uitkomst hebben moeten zijn dat de gemeente generlei vergoeding zou hebben behoeven te betalen voor de gemiste vakantiedagen en de opgeofferde vrije tijd. Rechtbank, Hof en Hoge Raad hebben deze consequentie niet willen trekken. Zoals uit r.o. 3.3.2 blijkt, is er naar het oordeel van de Hoge Raad voor wat betreft de kosten van verpleging en verzorging reden om de schade vast te stellen volgens de zogenaamde methode van abstracte schadeberekening. Daarbij gaat de rechter na, hoe groot in het algemeen de schade van een gelaedeerde is die in een vergelijkbare positie verkeert als de eiser in het geding. De rechter abstraheert derhalve van de subjectieve omstandigheden waarin de gelaedeerde verkeert.² Uit het arrest mag naar mijn mening niet worden afgeleid dat de Hoge Raad de deur wijd open zet voor abstracte schadeberekening in geval van letselschade. Ik zou de beslissing van de Hoge Raad als volgt willen parafraseren. In geval van ernstig letsel waarvan het herstel niet alleen ziekenhuisopname en medische ingrepen vergt, maar ook intensieve en langdurige verpleging en verzorging thuis, is de aansprakelijke persoon verplicht de gekwetste in staat te stellen zich van die noodzakelijke verpleging en verzorging te voorzien. Indien het gaat om een gewond kind en de ouders op redelijke gronden de noodzakelijke verpleging en verzorging op zich nemen (in plaats van gehonoreerde hulpverleners), voldoen de ouders in natura aan een verplichting die primair rust op de aansprakelijke. In een dergelijk geval brengt de redelijkheid met zich dat het de rechter vrijstaat bij het begroten van de vermogensschade van het kind te abstraheren van het feit dat die zorgtaken niet door betaalde professionele hulpverleners, maar door de ouders zijn vervuld.

Opmerking verdient voorts dat uit de overweging van de Hoge Raad blijkt dat de rechter niet verplicht is de schade via de abstracte methode te begroten, maar dat dit hem vrijstaat, indien hij meent dat dit redelijk is. Het is derhalve een *bevoegdheid* van de rechter om de schade aldus te begroten. Voorts heeft de rechter bij het begroten van de omvang van de schade ingevolge artikel 6:97 BW een grote vrijheid. De Hoge Raad geeft wel een bovengrens aan. Aan het slot van

r.o. 3.3.2 merkt hij op dat de rechter geen hogere vergoeding ter zake van verpleging en verzorging zal mogen toewijzen dan het geschatte bedrag van de bespaarde kosten van professionele hulp.

Anders dan bij de kosten van verpleging en verzorging (begeleiding) is de Hoge Raad van oordeel dat het verlies van vakantiedagen van de ouders door de tijd die gemoeid was met hun bezoeken aan Johanna in het ziekenhuis, niet als door Johanna geleden schade kan worden aangemerkt. De gedachtegang van de Hoge Raad komt erop neer dat, ook indien men van het concrete geval abstraheert, het niet aannemelijk is dat professionele — betaalde — hulpverleners worden ingeschakeld voor ziekenhuisbezoek, indien ouders niet in de gelegenheid zijn zelf het kind te bezoeken. De heilzame invloed van bezoeken op het genezingsproces moet worden toegeschreven aan de persoonlijke band tussen het kind en de ouders, aldus de Hoge Raad.

Huidig recht

Hiervoor gaf ik aan dat onder het oude recht in geval van letselschade alleen de gelaedeerde een recht op schadevergoeding toekwam. Derden die dientengevolge eveneens schade hadden geleden, konden geen aanspraak maken op schadevergoeding. De wetgever heeft in het huidige Burgerlijk Wetboek dit strakke keurslijf van artikel 1407 oud BW iets verruimd. Artikel 6:107 lid 1 BW kent ook aan derden een (beperkte) mogelijkheid toe, kosten die deze ten behoeve van de gekwetste hebben gemaakt, van de laedens te claimen. Voorwaarde is dat de gekwetste de kosten, zo hij deze zelf zou hebben gemaakt, van de laedens had kunnen vorderen. Indien in het onderhavige geval het huidige BW van toepassing zou zijn geweest, hadden de ouders (ook) pro se (derhalve niet in hoedanigheid) de gemeente kunnen aanspreken. Zouden de ouders in dat geval aanspraak op schadevergoeding hebben gehad? Bij de beantwoording van deze vraag maak ik ook hier onderscheid tussen de door de ouders gepretendeerde schade door het verlies van vrije tijd ten gevolge van verpleging en verzorging en de gepretendeerde schade door het verlies van vakantiedagen wegens ziekenhuisbezoek.

Ik zou willen aannemen dat de beslissing met betrekking tot de schade door verlies van vrije tijd ten gevolge van verpleging en verzorging dezelfde zou zijn geweest. Ook bij toepassing van

2 Vgl. *Asser-Hartkamp 4-I* (1996), nr. 417.

het huidige recht geldt dat de ouders geen concrete schade hebben geleden. Derhalve speelt ook dan de vraag of er ruimte is om de abstracte methode van schadeberekening toe te passen. Daar komt bij dat op grond van artikel 6:107 lid 1 BW moet worden nagegaan of Johanna, zo zij de kosten zou hebben gemaakt, deze van de gemeente had kunnen vorderen. De rechter zou mijns inziens op grond van de gedachtegang die in r.o. 3.3.2 van het arrest is weergegeven, tot een vergelijkbare beslissing zijn gekomen. Met een variatie op de overwegingen van de Hoge Raad zou de rechter hebben kunnen overwegen:

‘De redelijkheid brengt in een geval als het onderhavige mee dat het de rechter vrijstaat bij het beantwoorden van de vraag of de ouders van het kind vermogensschade hebben geleden en op welk bedrag deze schade kan worden begroot, te abstraheren van de omstandigheid dat de zorgtaken in feite niet door (professionele) hulpverleners worden vervuld, dat de ouders jegens het kind geen aanspraak op geldelijke beloning voor hun inspanningen kunnen doen gelden, en dat zij — zoals hier — in staat waren die taken te vervullen zonder daardoor inkomsten te derven.’

Na de schade volgens de abstracte methode te hebben begroot, zou de rechter vervolgens hebben vastgesteld dat Johanna de kosten, zo zij deze zelf zou hebben gemaakt, van de gemeente had kunnen vorderen.

Ik kom thans toe aan de andere schadepost. Zouden de ouders van Johanna wel aanspraak hebben kunnen maken op de schadevergoeding ter zake van de vrije tijd (vakantiedagen) die zij aan ziekenhuisbezoek hebben besteed, indien artikel 6:107 BW van toepassing zou zijn geweest? De Hoge Raad overweegt in de laatste zin van r.o. 3.4.1 dat het verlies van vakantiedagen als vermogensschade mag worden aangemerkt. Johanna kon deze schade niet vorderen omdat zij, ook in geval van abstracte schadeberekening, deze schade niet zelf had geleden. Bij toepassing van artikel 6:107 BW zijn het echter de ouders die vorderen. De ouders hebben wel vakantiedagen moeten opnemen voor hun bezoeken aan Johanna. Toch vraag ik mij af of de ouders naar huidig recht voor schadevergoeding wegens dit verlies van vrije tijd in aanmerking zouden zijn gekomen. Artikel 6:107 BW beperkt het recht van de derde op schadevergoeding immers tot

die kosten die de gekwetste, zo hij deze zelf had gemaakt, van de aansprakelijke persoon had kunnen vorderen. In r.o. 3.3.1 geeft de Hoge Raad aan dat de vraag of hier kan worden gesproken van door de gekwetste zelf geleden (vermogens)schade, ook kan rijzen in gevallen waarin artikel 6:107 BW van toepassing is. Niet duidelijk is of de Hoge Raad bedoelt dat de problematiek bij beide bepalingen dezelfde is. Een dergelijke suggestie ligt wel in de overweging besloten. Daarvan uitgaande, zou de conclusie moeten zijn dat de ouders ook onder huidig recht geen schadevergoedingsvordering jegens de gemeente hebben voor het verlies van vakantiedagen wegens ziekenhuisbezoek. In dit verband is ook de geschiedenis van artikel 6:107 BW van belang.³ In het oorspronkelijk wetsontwerp van deze bepaling was de kring van derden die aanspraak konden maken op schadevergoeding, vrij ruim. Onder meer bevatte artikel 6:107 van het wetsontwerp een onderdeel op grond waarvan derden ‘bezoekschade’ (kosten gemaakt om de gekwetste in het ziekenhuis te bezoeken) van de laedens kunnen vorderen, mits het maken van deze kosten wordt gerechtvaardigd door de persoonlijke relatie waarin zij tot het slachtoffer staan. Bij Nota van Wijziging is het recht op schadevergoeding echter beperkt en is gekozen voor de huidige redactie van artikel 6:107. De argeloze lezer zou wellicht denken dat de huidige bepaling geen ruimte laat voor vergoeding van ‘bezoekschade’ die derden, zoals de ouders van de gekwetste, hebben geleden. Het gaat hier immers niet om kosten die een gekwetste in de regel zelf maakt. De ontwerpers van de bepaling zien dit echter anders. Bezoekschade komt wel voor vergoeding in aanmerking. De gekwetste had, aldus de ontwerpers, dergelijke kosten ook kunnen maken door nabije familieleden op zijn kosten te laten overkomen naar de plaats waar hij in het ziekenhuis verbleef.⁴ De ontwerper lijkt hier te hebben gedacht aan daadwerkelijk door de derden gemaakte kosten, zoals reiskosten en eventueel verblijfskosten. Dat dergelijke kosten voor vergoeding in aanmerking komen, wekt geen verbazing. Reeds onder het oude recht was dit vast gebruik en ook in de onderhavige zaak heeft de gemeente aansprakelijkheid voor de reiskosten van de ouders van Johanna aanvaard. Daarmee staat nog niet vast dat ook de wegens

3 Zie *Parl. Gesch. Boek 6*, Inv. Boek 3, 5 en 6, p. 1277 e.v.

4 Zie *Parl. Gesch. Boek 6*, Inv. Boek 3, 5 en 6, pp. 1288-1289. Vgl. voorts A.R. Bloembergen, *Quod Licet*

(Kleijn-Bundel), Deventer 1992, p. 19 e.v., in het bijzonder p. 24 en *Asser-Hartkamp I* (1996), nrs. 473-474.

ziekenhuisbezoek gederfde vrije tijd (vakantiedagen) onder de voor vergoeding in aanmerking komende 'bezoekschade' mag worden begrepen. Anders dan bij de reiskosten is het immers moeilijk voorstelbaar dat de gekwetste zelf deze kosten maakt. Ik ben dan ook geneigd aan te nemen dat ook onder het huidige recht de ouders van Johanna geen schadevergoeding hadden kunnen vorderen wegens het verlies van vrije tijd in verband met het ziekenhuisbezoek.

Tijd is geld

De gedachte dat tijd geld is, speelt een centrale rol in deze procedure. A-G Spier schrijft hierover het volgende:

'3.11. De kern van het geschil in cassatie is de vraag of vergoeding kan worden toegekend voor — ontgaan van alle franje — vrije tijd. Over deze vraag is in de Nederlandse rechtspraak en doctrine weinig te vinden. Ook buitenlandse opvattingen brengen ons niet wezenlijk verder.

3.12. De meer gangbare opvatting lijkt te zijn dat een aanspraak op vergoeding van vrije tijd niet bestaat. Het gaat daarbij om een rechtspolitieke kwestie. Ik heb mij afgevraagd of bedoelde opvatting in de huidige tijd nog aanvaardbaar is. De inzet van deze procedure is een species van dit probleem. Het lijkt nuttig het in breder perspectief te bezien. Met name wanneer de conclusie zou zijn dat een vordering als door het Hof toegewezen rechtens bestaat, zou dat een olievlakwerking kunnen hebben. Gezocht zal dan moeten worden naar een redelijk en hanteerbaar criterium om een lawine van claims (een dijkdoorbraak zou in ons land waarschijnlijker zijn) te voorkomen.'

A-G Spier schrijft vervolgens in nr. 3.20 van zijn conclusie dat in ons land niet wordt gepleit voor een *algemeen recht* op vergoeding voor gemiste vrije tijd. Hij voelt hier ook niet voor, mede omdat de gevolgen van aanvaarding van een dergelijk recht moeilijk zijn te overzien. Ik deel deze visie van Spier. Opmerkenswaardig is dat de Hoge Raad in r.o. 3.4.1 het verlies van vakantiedagen zonder enig voorbehoud als een vorm van vermogensschade aanmerkt. Ik betwijfel echter of de Hoge Raad hiermee heeft bedoeld, een *algemeen recht* op vergoeding van gemiste vakantiedagen toe te kennen. De weg van de abstracte schadeberekening verdient naar mijn idee in gevallen als het onderhavige de voorkeur.⁵ Het voordeel van deze benadering is dat de nodige

voorzichtigheid kan worden betracht en dat wordt voorkomen dat de deur wijd wordt opengezet voor allerlei claims wegens gemiste vrije tijd. Zoals uit het onderhavige geval blijkt, heeft de rechter bij de abstracte schadeberekeningsmethode een grote vrijheid en staat het hem vrij slechts een deel van de gemiste tijd in aanmerking te nemen.

Ook de Hoge Raad kiest in de onderhavige zaak voor een voorzichtige benadering. Hij laat slechts in beperkte mate ruimte voor de toepassing van de abstracte schadeberekeningsmethode. Als ik het goed zie, waren de volgende omstandigheden voor de Hoge Raad van belang:

- het ging om ernstig letsel, dat leidde tot
- ziekenhuisopname en medische ingrepen, alsmede
- intensieve en langdurige verpleging en verzorging thuis;
- de persoonlijke relatie ouders — kind;
- het feit dat de ouders op redelijke gronden de verpleging en de verzorging op zich namen.

Onder deze omstandigheden mocht de rechter abstraheren van het gegeven dat de zorgtaken niet door professionele hulpverleners waren vervuld, dat de ouders jegens het kind geen aanspraak op geldelijke beloning konden maken en dat de ouders geen inkomsten hadden gederfd. Niet kan worden gezegd of de rechter de abstracte schadeberekeningsmethode ook had mogen toepassen, als een of meer van deze omstandigheden anders was/waaren geweest. Men denke bijvoorbeeld aan het geval dat niet de ouders, maar een buurvrouw Johanna had verpleegd en verzorgd. Ik ben geneigd aan te nemen dat een (nauwe) persoonlijke band voldoende is. Ook kan men zich afvragen hoe ernstig het letsel moet zijn en hoe lang de verzorging en/of de verpleging moeten hebben geduurd. Dit soort onzekerheden zijn inherent aan de voorzichtige casuïstische benaderingswijze die de Hoge Raad heeft gekozen. In de toekomst zal de rechtspraak meer duidelijkheid moeten brengen. De daaraan inherente onzekerheid verdient naar mijn mening de voorkeur boven het gevaar van een 'lawine van claims' (dijkdoorbraak) waaraan Spier refereert.

⁵ Aldus ook A.R. Bloembergen, *Monografieën Nieuw BW B-34*, nr. 28 en Spier in zijn conclusie.

De bedreigde getuige ter terechtzitting

Prof. mr. Y. Buruma

HR 20 april 1999, nr. 110.077 (mrs. Haak, Bleichrodt, Koster, Aaftink en Balkema).

1 Bedreigde getuige; 2 Interne openbaarheid; 3 Verhouding Rechter-Commissaris — zittingsrechter

T. is veroordeeld tot zeven jaar gevangenisstraf voor medeplegen van moord. Het procesverloop was als volgt.

Tijdens het voorbereidend onderzoek heeft een getuige tegenover de politie een verklaring afgelegd die schriftelijk is vastgelegd. De getuige wenste anoniem te blijven. De Rechter-Commissaris (RC) heeft ten aanzien van deze getuige een bevel bedreigde getuige gegeven (art. 226a Sv). Het door verdachte hiertegen ingestelde hoger beroep is door de rechtbank ongegrond verklaard. Vervolgens heeft de RC de getuige buiten aanwezigheid van verdediging en OM gehoord (art. 226d, lid 1 Sv). Daarvan is procesverbaal opgemaakt dat zich bij de processtukken bevindt. De behandeling in eerste aanleg is bij tussenvonnissen geschorst, mede omdat de rechtbank het noodzakelijk achtte dat de bedreigde getuige door middel van stemvorming wederom zou worden gehoord zodat de raadsman vragen zou kunnen stellen. De RC heeft de rechtbank bericht aan voormelde opdracht geen gevolg te geven, omdat 'een dergelijk verhoor onoverkomelijke risico's oplevert ten aanzien van, en zelfs kan leiden tot onthulling van de identiteit van de getuige'. Voorts geeft de RC te kennen niet de bij de politie afgelegde verklaring bij de stukken te voegen, omdat uit de inhoud daarvan de identiteit van de getuige eenvoudig viel af te leiden. De rechtbank heeft het verzoek om oproeping van de bedreigde getuige afgewezen.

Ter zitting in hoger beroep heeft het Amsterdamse Hof het verzoek de bedreigde getuige op de lijst van getuigen te plaatsen afgewezen en de zaak vervolgens verwezen naar de RC. Deze heeft aan de raadsman meegedeeld dat hij niet wenste terug te komen op zijn eerdere beslissing de raadsman niet langs telecommunicatieve weg in contact te brengen met de bedreigde getuige. Het Hof heeft naar aanleiding van de handhaving van het verzoek van de raadsman om de ge-

tuije ter zitting te horen, besloten zelf de getuige te horen. Het oordeelde dat het in strijd is met de beginselen van een behoorlijke procesorde dat een ander dan de zittingsrechter beslist of wordt tegemoetgekomen aan het de verdachte toekomende recht om in enige fase van het strafproces getuigen te (doen) ondervragen.

Het Hof heeft door tussenkomst van de procureur-generaal de getuige opgeroepen en de getuige met uitdrukkelijke instemming van de procureur-generaal, de raadsman en de verdachte gehoord. Eerst is buiten de openbare terechtzitting om en buiten aanwezigheid van de procespartijen vastgesteld of de getuige nog aanspraak kon maken op de status van bedreigde getuige. Het Hof heeft zich vergewist van de identiteit van de getuige; de getuige is naar aanleiding van door het Hof gestelde en door de getuige beantwoorde vragen betrouwbaar overgekomen en het is aan het Hof gebleken dat er sprake is van een reële bedreiging. Het Hof acht telefonische ondervraging in verband met de gevaren van onthulling van de identiteit onwenselijk en ook de verdere ondervraging geschiedde daarom buiten aanwezigheid van PG, verdachte en raadsman. Zij konden schriftelijke vragen opgeven.

De raadsman legt een lijst met 19 vragen over welke hij nog met drie mondelinge vragen aanvult, waarop de PG stelt dat beantwoording van de vragen zonder uitzondering kan leiden tot onthulling van de identiteit van de getuige. Onder meer werd gevraagd: 'Welke leden van de familie T kent u persoonlijk? Hoe is uw relatie met de familie T?'

Het Hof hoort vervolgens de getuige opnieuw met instemming van de PG, de raadsman en de verdachte buiten de openbare terechtzitting om en buiten hun aanwezigheid aan de hand van de door de raadsman opgegeven vragen. De voorzitter, mr. Willems, deelt mede dat de getuige alle door de raadsman opgegeven vragen gedetailleerd heeft beantwoord, maar maakt slechts het antwoord op vijf gestelde vragen openbaar. Op de vraag van wie de getuige de details van de mishandeling heeft vernomen, wordt in het belang van de anonimiteit slechts meegedeeld dat dit een van de leden van het gezin van de verdachte was. Verdere beantwoording zou kunnen leiden tot onthulling van de identiteit van de getuige.

Van de gelegenheid tot het stellen van nadere vragen wordt geen gebruik gemaakt. Daarop is verdachte veroordeeld, waarbij het proces-verbaal voor zover dit het relaas van de verbalisant bevatte van de verklaring van de bedreigde getuige werd gebruikt voor het bewijs van het opzet. Het Hof heeft bij het gebruik tot het bewijs van de verklaring van de anonieme getuige naast verwijzing naar het hiervoor beschrevene gemotiveerd met verwijzing naar de gegevens, dat

- de getuige ten overstaan van het hof de eerder afgelegde verklaring heeft gehandhaafd;
- de getuige een betrouwbare indruk op het hof heeft gemaakt en consistente verklaringen heeft afgelegd;
- de verklaring van de bedreigde getuige in belangrijke mate steun vindt in de inhoud van een aantal van de andere gezegde bewijsmiddelen’.

De Hoge Raad vernietigt en verwijst met de volgende overwegingen:

‘4. Beoordeling van de bestreden uitspraak naar aanleiding van het zesde middel en ambtshalve

4.1. Kort samengevat komen ’s Hof’s hiervoren in 3 onder (x) en (xi) weergegeven oordelen op het volgende neer.

— Nu de Rechter-Commissaris heeft geweigerd om gevolg te geven aan de verwijzingsinstructie van het Hof, te weten om de verdediging alsnog gelegenheid te geven een getuige (die door de Rechter-Commissaris krachtens de Wet getuigenbescherming onherroepelijk was aangemerkt als bedreigde getuige wiens identiteit verborgen wordt gehouden) op enigerlei wijze te ondervragen, is een situatie ontstaan waarin een andere rechter dan de zittingsrechter beslist of wordt tegemoetgekomen aan het ondervragingsrecht van de verdachte, hetgeen op gespannen voet staat met de beginselen van een goede procesorde.

— De toepassing van de Wet getuigenbescherming komt aldus in strijd met art. 6 EVRM. Die wettelijke regeling moet dan ook in zoverre buiten toepassing blijven en het Hof zal de getuige zelf ter terechtzitting horen na voorafgaand onderzoek, buiten aanwezigheid van de Procureur-Generaal, de verdachte en de raadsman, of de getuige nog steeds kan worden aangemerkt als bedreigde getuige wiens identiteit verborgen moet worden gehouden.

4.2. Aldus heeft het Hof in strijd met de wet de beslissing omtrent de status van de getuige aan zich getrokken en evenzeer heeft het Hof in strijd met de wet die getuige zelf gehoord, en dit, ten onrechte, met gesloten deuren buiten tegenwoordigheid van de Procureur-Generaal, de verdachte en de raadsman.

4.2.1. De beantwoording van de vraag of een getuige als bedreigde getuige moet worden aangemerkt in de

zin van art. 226a Sv is ingevolge de Wet getuigenbescherming voorbehouden aan de rechter-commissaris, met de mogelijkheid van hoger beroep bij de raadkamer van de rechtbank, en is derhalve onttrokken aan het oordeel van de zittingsrechter (vgl. HR 30 juni 1998, NJ 1999, 88).

4.2.2. Evenzeer is het uitsluitend de rechter-commissaris en niet de zittingsrechter, die een dergelijke getuige met inachtneming van de art. 226c-226f Sv hoort. (Kamerstukken II, 1991/1992, 22 483, nr. 3, blz. 13).

4.2.3. Art. 226b, vijfde lid, Sv bepaalt voorts dat indien in hoger beroep door de raadkamer van de rechtbank onherroepelijk is beslist dat de getuige een bedreigde getuige is, de leden van het gerecht op straffe van nietigheid niet deelnemen aan het onderzoek ter terechtzitting.

De Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet getuigenbescherming houdt voorzover thans van belang in (Kamerstukken II, 1991/1992, 22 483, nr. 3, blz. 43): “Het voorgestelde vijfde lid van artikel 226b bepaalt dat, indien in hoger beroep onherroepelijk is beslist dat de getuige een bedreigde getuige is, de leden van het gerecht, op straffe van nietigheid niet aan het onderzoek op de terechtzitting mogen deelnemen. Het in ons strafprocesrecht geldende beginsel van interne openbaarheid verzet zich hiertegen. (...) Als de leden van de raadkamer, die hebben beschikt dat de desbetreffende getuige een bedreigde getuige is, aan het onderzoek ter terechtzitting deelnemen, dan weten zij meer dan de verdediging, in het bijzonder voor zover het de identiteit van de getuige betreft. Het derde lid van art. 21, dat inhoudt dat, indien door de raadkamer een beslissing moet worden gegeven na de aanvang van het onderzoek op de terechtzitting, zij zoveel mogelijk is samengesteld uit de leden die op de terechtzitting over de zaak hebben gezeten, dient om die reden buiten toepassing te worden verklaard.”

Met dit wettelijke stelsel is overeenigbaar dat de zittingsrechter een als bedreigde getuige aangemerkte getuige ter terechtzitting met gesloten deuren hoort buiten tegenwoordigheid van de Procureur-Generaal, de verdachte en de raadsman, hetgeen in strijd is met het voor dat onderzoek geldende beginsel van interne openbaarheid.

4.3. Indien de zittingsrechter in een bijzonder geval van oordeel zou zijn dat door de toepassing van de Wet getuigenbescherming door de rechter-commissaris de verdediging dermate is beknot in het recht om de bedreigde getuige te ondervragen dat dit niet meer in overeenstemming valt te brengen met art. 6 EVRM, brengt dit mee dat de verklaring van een dergelijke getuige niet kan meewerken tot het bewijs.

4.4. Nu het Hof evenwel de Wet getuigenbescherming voor een geval als het onderhavige buiten toepassing heeft gelaten en in strijd met de wet ter terechtzitting heeft geoordeeld en beslist zoals hiervoren in 4.2 is weergegeven, is het onderzoek ter terechtzitting nietig.

4.5. Uit het vorenoverwogene volgt dat de bestreden uitspraak niet in stand kan blijven.

5. *Beoordeling van het vierde middel*

5.1. Het middel bevat de klacht dat het Hof op onjuiste dan wel op ontoereikende gronden heeft geoordeeld dat een processtuk, inhoudende de verklaring van een anonieme getuige, niet aan de gedingstukken behoeft te worden toegevoegd. Het betreft de hiervoren in 3 onder (i) bedoelde tegenover de politie afgelegde inleidende verklaring van de getuige die na het afleggen van de verklaring verder is aangeduid als de getuige CR20NN01.

Het middel richt zich met name tegen 's Hof's in de bestreden einduitspraak als volgt luidende oordeel: "Het Hof is op grond van de inhoud van de processtukken en op grond van de verklaring die de getuige CR20NN01 in hoger beroep tegenover het Hof heeft afgelegd van oordeel dat het aan de verdediging onthouden proces-verbaal van verhoor van de getuige CR20NN01 is gecompenseerd door het verhoor van de getuige in hoger beroep. Immers is op grond van de inhoud van de processtukken en op grond van de verklaring die de getuige in hoger beroep tegenover het Hof heeft afgelegd niet aannemelijk geworden dat de inhoud van het aan de verdediging onthouden proces-verbaal van enig belang zou kunnen zijn of zijn geweest voor enige in deze zaak te nemen beslissing. De verdachte is daarom redelijkerwijs niet in zijn verdediging geschaad door het ontbreken van genoemd proces-verbaal. Het Hof oordeelt het daarom in dit stadium van het geding ook niet noodzakelijk om, zoals door de verdediging is verzocht, te bevelen dat het proces-verbaal alsnog aan het dossier wordt toegevoegd of de rechter-commissaris te horen teneinde uitsluitel te verschaffen omtrent het proces-verbaal."

5.2. 's Hof's verwerping steunt op het oordeel dat het Hof de anonieme getuige zelf ter terechtzitting heeft gehoord en dat daardoor het onthouden aan de verdediging van het proces-verbaal met de verklaring van de anonieme getuige is "gecompenseerd".

Uit het hiervoren onder 4 overwogene volgt reeds dat 's Hof's verwerping op een onjuiste rechtsopvatting steunt, zodat het middel gegrond is. Ook om die reden kan de bestreden uitspraak niet in stand blijven.

In dit verband verdient te worden opgemerkt dat de rechter-commissaris ingevolge art. 226f, eerste lid, Sv al die maatregelen behoort te nemen welke redelijkerwijs nodig zijn om de identiteit van een bedreigde getuige verborgen te houden. Ingevolge het tweede lid van dat artikel is hij bevoegd voor dat doel in processtukken gegevens betreffende de identiteit van de getuige onvermeld te laten dan wel processtukken te anonimiseren. Indien echter uit de inhoud van een verklaring als de onderhavige, ook na weglating of anonimisering van alle directe gegevens betreffende de identiteit van een getuige, hoe dan ook diens identiteit valt af te leiden, brengt redelijke toepassing van het zojuist vermelde artikel mee dat de rechter-commissaris bevoegd is het proces-verbaal niet toe te voegen aan de stukken van het geding, waarbij aanbeveling verdient dat de rechter-commissaris in een geval als het onderhavige aan de

gedingstukken toevoegt een door hem opgemaakt en door de griffier medeondertekend of gewaarmerkt proces-verbaal van bevinding, inhoudend dat en waarom hij, rechter-commissaris, de eerstbedoelde verklaring niet aan de stukken van het geding heeft toegevoegd.'

Noot

1 In het onderhavige arrest stelde AG Jörg in zijn conclusie: 'Mij moet ook van het hart dat rechterlijke experimenten resulterend in het oprekken van de gecompliceerde wettelijke regeling van anonieme en bedreigde getuigen mij niet toelachen.' Een terechte verzuchting: wij leven immers in een rechtsstaat en niet in een rechtersstaat. Maar het Amsterdamse Hof ging tot het experiment over, omdat het meende dat de wettelijke regeling van de bedreigde getuige – mede gelet op het in deze zaak ingetreden gevolg, dat een ander dan de zittingsrechter beslist over het recht van verdachte om getuigen te horen – zich niet verdraagt met artikel 6 EVRM. Die regeling moest volgens het Hof daarom, gelet op artikel 94 Gw buiten werking blijven. Het Hof besloot de bedreigde getuige zelf te horen, maar dat kon volgens de Hoge Raad niet door de beugel. Het arrest geeft principiële overwegingen over de regeling van de bedreigde getuige. Het biedt ook een belangrijk inzicht in de verhouding tussen rechter-commissaris en zittingsrechter.

Een potentiële getuige hoeft blijkens het arrest, als er eenmaal is beslist dat hij een bedreigde getuige is, er niet langer bang voor te zijn dat hij later nogmaals bij een beslissing omtrent de gegrondheid van het verborgen houden van zijn identiteit betrokken raakt. Hij loopt derhalve, zoals de wetgever ook voor ogen stond, niet het risico dat later alsnog een andere beslissing genomen gaat worden met betrekking tot het bekend worden van zijn identiteit. De definitieve beslissing in de voorfase van het onderzoek zal de getuige waarschijnlijk aanzetten tot een grotere bereidwilligheid tot het afleggen van een verklaring (J.G. Postma, *Behandeling door de raadkamer*, diss. RUG 1999, p. 156). Voor de verdachte betekent het arrest, dat de verdediging is 'overgeleverd' aan het oordeel van de RC en in hoger beroep aan dat van de raadkamer (art. 226b Sv). Alleen indien de zittingsrechter in een bijzonder geval van oordeel is dat door toepassing van de wet getuigenbescherming door de rechter-commissaris de verdediging dermate is beknot in het recht om de bedreigde getuige te ondervragen dat dit niet meer in overeenstem-

ming valt te brengen met artikel 6 EVRM, brengt dit mee dat de verklaring niet kan meewerken aan het bewijs.

2 Er is verschil tussen de status van een proces-verbaal van politieverhoor van een (later als bedreigd benoemde) getuige, het proces-verbaal van verhoor van de rechter-commissaris (art. 342.2 jo 298 dan wel 344.3 Sv; zie *NJ* 1997, 179 en *NJ* 1998, 22) en het proces-verbaal van verhoor ter terechtzitting van beperkt anonieme getuigen (342.1 jo 360.1 Sv; zie *NJ* 1998, 135). In deze zaak is een bij de rechter-commissaris afgelegde verklaring, zoals gerelateerd door een politie-ambtenaar gebruikt als bewijsmiddel. De AG wijst er terecht op, dat het in casu formeel niet gaat om een schriftelijk bescheid houdende een verklaring van een persoon wiens identiteit niet blijkt (art. 344.3 Sv), maar om een proces-verbaal van een opsporingsambtenaar inzake een (dubbele) de auditu. De verklaring van wat de politie-ambtenaar heeft vastgesteld, is opge maakt door deze bij naam bekende ambtenaar (verg. *NJ* 1997, 666 en *NJ* 1997, 737). Maar dat doet niet af aan de waarborgen van artikel 344.3 Sv, die natuurlijk niet mogen worden omzeild door een ouderwetse de auditu-constructie. De bewezenverklaring moet in belangrijke mate berusten op bewijs uit andere, niet-anonieme bron (verg. *NJ* 1998, 645) en de verklaring mag alleen gebruikt worden als de verdediging de getuige niet heeft willen horen. Dat laatste was wel het geval. Daarom zocht het Hof een uitweg.

3 Volgens de Doorson-uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (*NJ* 1996, 741) kan het recht van de verdachte op een eerlijk proces botsen met belangen van de getuige; diens 'life, liberty or security of person may be at stake, as may interests coming generally within the ambit of art. 8 of the Convention'. In die zaak werd verder overwogen: 'Contracting States should organise their criminal proceedings in such a way that those interests are not unjustifiably imperiled. Against this background, principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defense are counterbalanced against those of witnesses (...) called upon to testify' (over deze compensatie heeft Leijten in zijn bespreking van het proefschrift van A. Beijer (1997) in *DD* 1998, p. 163 een harde noot gekraakt). Bovendien mag het bewijs niet 'solely or to a decisive extent' zijn gebaseerd op zo'n verklaring, waarmee het EHRM

een scherper criterium geeft dan het met de Wet Bedreigde getuigen ingevoerde artikel 344a Sv; in HR 8 september 1998, *NJB* 1998, p. 1650 werd al genoeg geacht dat het tenlaste gelegde feit bevestigd wordt door ander bewijsmateriaal.

Soms kan de discussie over het al dan niet anoniem blijven van de getuige (door hem als bedreigd te betitelen) achterwege blijven, omdat de getuige helemaal niet hoeft te worden gehoord. Daarbij is vooral te denken aan gevallen waarin de getuige sturingsinformatie heeft gegeven – de politie op het juiste spoor heeft gezet. Een voorbeeld biedt *NJ* 1999, 253 waarin de Hoge Raad een afwijzing om een informant te horen accepteert, omdat de verdediging redelijkerwijs niet in zijn belangen was geschaad, nu de verklaring van de informant niet voor het bewijs is gebruikt, en het Hof de afwijzing had gebaseerd op grond van een verklaring van een teamleider van de RCID over de betrouwbaarheid van de informant, naar aanleiding van wiens informatie het onderzoek was gestart.

De spanning tussen de genoemde belangen van de getuige en het belang van de verdachte met het oog op artikel 6 EVRM is wel aan de orde, als een bedreigde getuige bewijsmateriaal levert. Het is dan de vraag of de bedreigde getuigenregeling zich verdraagt met artikel 6 EVRM. Is het acceptabel dat de bedreigde getuige niet kan worden gehoord door de verdediging en in plaats daarvan wordt verhoord door de RC? In twee recent gepubliceerde eerdere zaken en in de onderhavige zaak stond deze procedure ter discussie.

De eerste zaak over de moord op de Hummelose kinderarts ging onder meer over de vraag welke eisen aan het verhoor door de RC mogen worden gesteld en leidde uiteindelijk tot een door velen bekritiseerde, maar in cassatie onaantastbare vrijspraak (HR 23 juni 1998, *NJ* 1999, 87). In de tweede zaak besliste de Hoge Raad dat het (Amsterdamse) Hof terecht had overwogen dat een hernieuwde toetsing aan de voorwaarden tot het verlenen van de status van bedreigde getuige door de zittingsrechter in strijd is met de wettelijke regeling (HR 30 juni 1998, *NJ* 1999, 88). Wel acht de Hoge Raad het mogelijk dat aan de wijze van totstandkoming van het bevel of aan de inhoud ervan zodanige fundamentele gebreken kleven dat gebruikmaking door de zittingsrechter van de resultaten van het nadien op de voet van artikel 226d Sv afgenomen verhoor van de getuige zou indruisen tegen het recht op een eerlijk proces. Dat de verdediging onvoldoende

in de gelegenheid is gesteld de bedreigde getuige te ondervragen en zich een eigen oordeel over diens betrouwbaarheid te vormen werd verworpen, verwierp de Hoge Raad omdat het verhoor door de RC had plaatsgevonden op de wijze zoals voorzien in artikel 226d, eerste lid Sv.

In de nu voorliggende zaak overweegt het Hof dat de status van de bedreigde getuige wordt gehandhaafd: het Hof toetst dus niet het eerdere besluit van de RC, maar neemt een besluit over een latere situatie ('nog steeds') waardoor een andere rechtsvraag ontstaat dan die van *NJ* 1999, 88. Maar ook die benadering kan blijkens r.o. 4.2.1 niet door de beugel. Vervolgens geeft het Hof in een extra bewijsoverweging aan, dat zijn eigen waarneming van belang is om het proces-verbaal van de politie-ambtenaar – houdende de verklaring van de anonieme getuige op waarde te kunnen schatten. Dat doet de zittingsrechter zelf, nu de verdediging vanwege de strekking van de wet bedreigde getuige die toetsende rol niet op zich kan nemen en het Hof het niet juist acht dat een andere rechter dan de zittingsrechter beslist of wordt tegemoetgekomen aan het ondervragingsrecht van de verdachte. De RC had immers geweigerd om de verdediging na de verwijzing van de zaak in hoger beroep alsnog de gelegenheid te geven de getuige op enigerlei wijze te doen ondervragen. Het Hof maakt het de verdediging mogelijk vragen op te werpen; het stelt die vragen en geeft de antwoorden daarop gedeeltelijk door. Dit vervolghoer – de eigenlijke toetsing van de betrouwbaarheid van het in het pv gerelateerde – is echter volgens r.o. 4.2.2 ook uitsluitend aan de RC en niet aan de zittingsrechter toegewezen. Dat onderbouwt de Hoge Raad in 4.2.3 met de overweging dat degene die beslist of de getuige een bedreigde getuige is en de bedreigde getuige hoort, niet als zittingsrechter mag optreden. Dat zou in strijd zijn met het voor het onderzoek ter zitting geldende beginsel van interne openbaarheid.

De Hoge Raad lijkt met dat beginsel op meer te doelen dan op het recht van kennisneming van de processtukken. De strekking daarvan zal redelijkerwijs niet zijn dat rechter, verdediging en OM evenveel behoren te weten, omdat het OM immers vanwege de leidinggevende taak over de opsporing (art. 148 Sv) weet wie de bedreigde getuige is. Het komt nu eenmaal voor dat een officier ter zitting optreedt in een zaak, waarin hij ook leiding aan de opsporing heeft gegeven. Die beide taken zijn niet dwingend over het personeel van het OM verdeeld (zoals de taak van RC en

die van zittingsrechter dat wel zijn, art. 268 Sv). Onder interne openbaarheid verstaat de Hoge Raad dat de zittingsrechter niet meer mag weten dan de verdediging. Dat is een bevestiging van de kern van de verwerping van het inquisitoire proces dat we geen Belgische toestanden wensen waarbij de rechter de raadsman toevoegt: 'Als jij eens wist, wat wij hier in het dossier over uw cliënt hadden, dan zou u wel anders praten'. De Hoge Raad laat dit beginsel bij het oordeel over de wet bedreigde getuigen zwaarder wegen dan de opvatting dat het in artikel 6 EVRM gewaarborgde ondervragingsrecht onvoldoende wordt gecompenseerd door een verhoor van de RC.

4 Het is opvallend dat de Hoge Raad voorbijgaat aan de (herhaalde) instemming van partijen, waarvan het Hof zich had verzekerd. Het past evenwel bij de gedachte dat de rechter niet aan een fundamentele inbreuk op het wettelijk systeem (of op beginselen van een goede procesorde) voorbij kan gaan, ongeacht of daardoor de belangen van de verdediging zijn geschaad (zie ook HR 1 juni 1999, nr. 110.489, Karman) of dat – zoals in dit geval – partijen het met die inbreuk eens zijn. Het zal dan wel om een zeer fundamentele inbreuk moeten gaan, of – zo voeg ik eraan toe – een zaak waarbij de belangen van derden tevens op het spel staan. Wat zou er anders immers tegen zijn, als een onwettige weg wordt gevolgd met instemming van alle betrokkenen?

De kern van het zeer fundamentele karakter van de inbreuk in deze zaak is mijns inziens gelegen in het feit dat rechters-commissarissen in de visie van de Hoge Raad niet bij de zittingsrechter ter verantwoording moeten worden geroepen. Zeker, indien de zittingsrechter meent dat de RC niet correct is opgetreden, kan hij tot bewijsuitsluiting (of enige andere toepassing van art. 359a Sv) overgaan. Maar verder geldt dat RC's misschien als getuige kunnen worden gedagvaard om te vertellen wat ze hebben waargenomen, maar dat de zitting geen beroepsforum is. Bij deze gedachte sluit ook aan HR 18 mei 1999, nr. 109.076 (de zogenaamde 4-M zaak), waarin wordt overwogen:

'Het Hof heeft kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat de verdediging met het doen horen van de in het verzoek genoemde Rechters-Commissarissen niet beoogde dezen te doen verklaren omtrent hetgeen door hen is waargenomen of ondervonden, maar dat dat verzoek er louter toe strekte om die Rechters-Commissarissen verantwoording te doen afleggen van door hen

in deze zaak genomen beslissingen. Tegen die achtergrond moet het oordeel van het Hof aldus worden verstaan dat in het eindonderzoek ter terechtzitting voor een dergelijke verantwoording in beginsel geen plaats is.'

5 Doorgaans zal een later als bedreigde getuige benoemde persoon aanvankelijk bij de politie terecht komen (bijvoorbeeld als informant of als verdachte in een al dan niet andere zaak). Wat hij in dat eerste contact te vertellen heeft, vormt de aanvang van het traject om uiteindelijk de RC te laten oordelen over de vraag of betrokkene de status van bedreigde getuige moet krijgen. Die eerste, bij de politie afgelegde verklaring leent zich niet voor voeging in het dossier ex artikel 30 Sv, tenzij de rechter-commissaris zijn goedkeuring daaraan hecht, dit in verband met diens taak de identiteit van de getuige verborgen te houden (aldus ook Rb Utrecht 17 juli 1996, *NJ* 1997, 33 in deze zaak). Voor de verdachte betekent de erkenning van de getuige als bedreigde getuige evenwel, dat zijn recht op inzage van de stukken hem blijvend wordt ontzegd voor zover die inzage de onthulling van de identiteit van de getuige zou kunnen opleveren.

De Hoge Raad geeft er bij de behandeling van het vierde middel blijk van de redenering van het Hof weliswaar niet te volgen, maar de afscherming van de getuige door niet toevoegen van het proces-verbaal aan de stukken van het geding te aanvaarden. Dat ligt voor de hand, omdat anders de hele strekking van de Wet bedreigde getuigen zou zijn verlaten. Het is niettemin een principiële beslissing, omdat hiermee de (aan art. 30 jo 33 Sv ten grondslag liggende) inwendige openbaarheid ten aanzien van bewijsmateriaal wordt doorbroken en daarmee ook de betekenis van het in artikel 6, lid 3 onder b EVRM neergelegde recht op adequate mogelijkheden om de verdediging voor te bereiden wordt ingeperkt.

6 Het arrest heeft een ruimere rechtspolitieke betekenis voor de positie van de rechter-commissaris. In de afgelopen jaren hebben twee ontwikkelingen tegen elkaar in gewerkt. Enerzijds wilde de parlementaire enquêtecommissie opsporingsmethoden een grotere rol aan de rechter-commissaris toedelen, hetgeen een (overigens beperkte) weerslag kreeg in de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden. Anderzijds ging de commissie Moons uit van de gedachte dat het openbaar ministerie de opsporing net zo goed of zelfs beter kan controleren als de RC, hetgeen een weerslag had in de Wet herziening gerechtelijk

vooronderzoek (al eist art. 177a Sv-gvo dat in geval terzake van een feit waarop een gvo betrekking heeft, opsporing geschiedt, de officier van justitie ervoor zorg draagt dat de rechter-commissaris hieromtrent ten spoedigste wordt ingelicht). Beide wetten zijn recentelijk aanvaard door de Eerste Kamer en zullen per 1 februari 2000 in werking treden.

Overheersend is nog steeds de gedachte dat de officier van justitie de leiding over de opsporing heeft en de uiteindelijke toetsing door de zittingsrechter plaatsvindt; de RC is maar een lastige figuur die in een steeds meer Angelsaksisch georiënteerd recht niet goed past. Toch lijkt de rechter-commissaris meer bij de geheime opsporing te worden betrokken, maar vooral om bepaalde, voor het rondkrijgen van de zaak noodzakelijke stappen niet ter zitting te hoeven behandelen en veel minder om die geheime methoden te controleren. De afscherming via de rechter-commissaris zoals die thans bestaat in verband met de regeling bedreigde getuigen (art. 226a Sv en 190 Sv) wordt in artikel 187d Sv-BOB immers aangevuld met een regeling krachtens welke de rechter-commissaris kan beletten dat antwoorden van een getuige op vragen ter kennis komen aan de officier van justitie, de verdachte of diens raadsman, kort gezegd in het belang van die getuige of als een zwaarwegend opsporingsbelang zou worden geschaad. Voorts wordt in het wetsontwerp Toezeggingen aan getuigen in strafzaken (w.o.26 294) een hoofdrol aan de rechter-commissaris toegekend. In het voetspoor van de parlementaire enquêtecommissie Van Traa beveelt de parlementaire onderzoekscommissie Kalsbeek aan 'nader onderzoek te (laten) verrichten naar mogelijkheden om een eenmaal door een rechter(-commissaris) gehoorde rechtmatigheidsgetuige, niet nogmaals door een rechter te doen horen' (*TK* 1998-99, 26 269, aanbeveling 59 en pp. 174-181). Het terugwijzen van de beoordeling van opsporingsmethoden naar de rechter-commissaris zou een goede manier kunnen zijn om de overbelasting van de grootstedelijke rechtbanken ten gevolge van het grote aantal 'mega-zaken' te beperken. Bovendien blijft het een feit dat een officier van justitie anders weegt dan een rechter. Enerzijds weet een officier beter wat er gebeurt dan de zittingsrechter, maar anderzijds gaat een officier soms 'teveel' mee met de politie.

In het besef dat – zoals vanuit de lijn Moons niet nagelaten wordt te benadrukken – er vrees bestaat dat de rechter-commissaris bij een be-

langrijker rol in het vooronderzoek te veel betrokken raakt als crime-fighter, wil ik in de lijn Van Traa/Kalsbeek de RC een toetsende rol achteraf toedenken ten aanzien van het gebruik van bijzondere opsporingsmethoden. Het onderzoek naar de rechtmatigheid van de opsporingsmethoden vindt dan voorafgaand aan de zitting plaats, waardoor de zaak werkelijk panklaar op de zitting komt. De RC zal – en dat blijkt in de onderhavige zaak ook volgens de Hoge Raad te kunnen – meer mogen weten dan de verdediging, als gevolg waarvan die toetsende taak ook meer

inhoud kan krijgen. In de hiervoor benodigde wetswijziging zou gezocht moeten worden naar een zodanige inpassing van de rol van de rechter-commissaris dat de zittingsrechter wel de uiteindelijke rechtmatigheidstoetsing kan verrichten met het oog op artikel 6 EVRM, maar er toch geen dubbel werk wordt verricht. De rechtmatigheidstoetsing kan dan ter zitting marginaal plaatsvinden, waarmee uiteraard aan de volle beoordeling van de bewijsbeslissing niet wordt afgedaan — integendeel.