

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/22356> holds various files of this Leiden University dissertation.

**Author:** Janssen, Sander Leon Jan

**Title:** De kroongetuige in het Nederlandse strafproces : vertrouwen is goed, controle is beter

**Issue Date:** 2013-11-11

## 5 HET OORDEEL VAN DE RECHTER

### 5.1 DE VERKLARINGSOVEREENKOMST EN VORMVERZUIMEN

#### Inleiding

Zoals besproken in paragraaf 2.2 is er een omvangrijke hoeveelheid jurisprudentie over de kroongetuige van vóór de inwerkingtreding van de wettelijke regeling. Kort en goed stelde de Hoge Raad zich in die jurisprudentie op het standpunt dat deze complexe materie beslissingen op het niveau van de wetgever vergde en dat in de tussentijd de rechter diende te volstaan met een toetsing in individuele zaken of sprake is van een eerlijk proces als bedoeld in art. 6 EVRM. Van omvangrijke jurisprudentie van na de inwerkingtreding van de wettelijke regeling is nog geen sprake, laat staan dat de Hoge Raad zich een oordeel heeft kunnen vormen over de verhouding tussen die wettelijke regeling en het beleid en de wijze van tenuitvoerlegging door het Openbaar Ministerie zoals deze hiervoor aan de orde is gesteld.

Weliswaar zijn er enkele arresten en uitspraken van de Hoge Raad, van Hoven en Rechtbanken die zien op onderdelen van de kroongetuigenregeling of waarin een standpunt werd ingenomen over de werking van art. 226 Sv, maar de eerste keer dat de regeling in zijn volle omvang ter toetsing aan de rechter werd voorgelegd betreft het veelgenoemde onderzoek Passage. Voordat die zaak en het vonnis van de Rechtbank Amsterdam kunnen worden besproken, zal in deze paragraaf kort worden stilgestaan bij de jurisprudentie op deelonderwerpen. Daarbij zal ook in grote lijnen de stand van het recht op het gebied van vormverzuimen worden besproken, omdat dit in het Passage-onderzoek een prominente rol speelt en omdat de vraag hoe de rechter om zou moeten gaan met onrechtmatige toezeggingen door het Openbaar Ministerie of andere schendingen van het recht herhaaldelijk onderwerp van discussie is geweest in zowel de Tweede Kamer als de Eerste Kamer. Met een bespreking van de Passage-zaak en enkele kanttekeningen bij het vonnis van de rechtbank, zal dit hoofdstuk over rechterlijke beslissingen over de kroongetuigenregeling worden afgesloten.

#### 5.1.1 *Beslissingen op onderdelen*

##### **HR 13 maart 2012**

Wat de wettelijke regeling betreft is er één arrest waarin de toepassing van art. 226g Sv inhoudelijk wordt besproken, te weten het arrest van de Hoge Raad van 13 maart 2012.<sup>461</sup> Het arrest richt zich met name op het verschil tussen toezeggingen en kleine gunsten zoals neergelegd in art. 226g lid 1 resp. lid 4 Sv. Het ging in deze zaak om mededelingen

---

<sup>461</sup> HR 13 maart 2012, NJ 2012, 190. De jurisprudentie waarin is vastgesteld dat de situatie van 226g Sv niet aan de orde was zal hier buiten beschouwing blijven: zie onder andere HR 2 februari 2010, *LJN* BJ8641.

van verbalisanten aan een verdachte over de mogelijke plaatsing in een afkickprogramma, over de wijziging van adresgegevens van de vriendin van de getuige en over een zo spoedig mogelijke overplaatsing naar een ander Huis van Bewaring. Het oordeel van het Hof Den Haag, dat van toezeggingen in de zin van art. 226g Sv geen sprake was, wordt door de Hoge Raad bevestigd. De Hoge Raad verwijst ter duiding van het verschil tussen toezeggingen en kleine gunsten naar de wetshistorie, in het bijzonder naar de memorie van antwoord en de aanvullende brief aan de Eerste Kamer van de Minister van Justitie van respectievelijk 24 januari 2005 en 18 maart 2005.<sup>462</sup> Op grond van die stukken oordeelt de Hoge Raad dat de door de verbalisanten gemaakte afspraken geen toezeggingen als bedoeld in art. 226g lid 1 Sv zijn en dat het ook geen kleine gunsten als bedoeld in het vierde lid zijn omdat de afspraken niet door het Openbaar Ministerie maar door verbalisanten zijn gemaakt,;

*2.3.2. De geschiedenis van de totstandkoming van art. 226g Sv houdt met betrekking tot het verschil tussen de toezeggingen als bedoeld in het eerste en het vierde lid onder meer het volgende in:*

*“De behandeling in de Tweede Kamer heeft geleid tot twee preciseringen. De eerste is de aanvaarding van het amendement Rouvoet en Van der Staay, Kamerstukken II 2000/01, 26 294, nr. 26, dat behelst dat de afspraken bedoeld in artikel 226g Sv uitsluitend betrekking mogen hebben op strafvermindering bedoeld in artikel 44a Sr. De tweede is de bij nota van wijziging opgenomen aanvulling van dit artikel 226g Sv met het vierde lid. Daarin is bepaald dat van afspraken die niet worden aangemerkt als een afspraak bedoeld in het eerste lid, en die voor het onderzoek in de zaak van betekenis kunnen zijn, proces-verbaal wordt opgemaakt. Dit wordt door de officier van justitie ten spoedigste bij de processtukken gevoegd.*

*Beide toevoegingen strekten ertoe zoveel mogelijk greep te krijgen op de “grote” toezeggingen tot strafvermindering die ter goedkeuring aan de rechter-commissaris moeten worden voorgelegd en de “kleine gunsten” die in ieder geval in een proces-verbaal moeten worden neergelegd. Uit de toelichting op het amendement van de heren Rouvoet en Van der Staay blijkt, dat ook zij andere, gebruikelijke processuele afspraken niet hebben willen uitsluiten. De Tijdelijke Aanwijzing geeft op dit punt aan dat zij geen betrekking heeft op het gebruik van wettelijke bevoegdheden door de officier van justitie die op enigerlei wijze een begunstigende invloed kunnen hebben op de bereidheid tot het afleggen van een getuigenverklaring, maar die niet strekken tot strafvermindering.*

*Toepassing van dergelijke bevoegdheden behoort tot de reguliere taken van het OM, is van relatief geringe betekenis en raakt niet rechtstreeks aan de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv. Indien er sprake is van een uitdrukkelijk en causaal verband tussen toepassing van dergelijke bevoegdheden en de door de getuige af te leggen verklaring, dient deze*

<sup>462</sup> Kamerstukken I, 26294 en 28017, C en E.

toepassing te worden vastgelegd bij proces-verbaal en aan het strafdossier te worden toegevoegd.”

(Memorie van antwoord Eerste Kamer, Kamerstukken I 2004/05, 26 294 en 28 017, C, p. 4).

Alsmede:

“Vanaf het begin van het wetsvoorstel is onderkend dat in de gevallen waar het niet gaat om strafvermindering, getuigen ook wensen hebben, waaraan het OM tegemoet kan komen door het gebruik van bestaande bevoegdheden. Vaak wordt dit gepresenteerd als een voorwaarde om te gaan verklaren. Het betreft bevoegdheden die het OM reeds heeft. Het gaat dan bv om teruggave van inbeslaggenomen voorwerpen als een auto of een computer, die ook door huisgenoten van de verdachte kunnen worden gebruikt of plaatsing in een nabijgelegen huis van bewaring opdat familiebezoek wordt vergemakkelijkt. Van deze en andere toezeggingen (niet betreffende strafvermindering) is in het voorgestelde artikel 226g, vierde lid, gestipuleerd dat zij alle in een proces-verbaal moeten worden vastgelegd opdat de verdediging en de rechter daarvan kennis kunnen nemen. Aan de hand van deze mededeling kunnen zij de betrouwbaarheid en geloofwaardigheid van de getuige ten overstaan van de zittingsrechter aan de orde stellen. Deze afspraken behoeven niet aan de rechter-commissaris te worden voorgelegd. Zij zijn – in tegenstelling tot de strafvermindering – niet direct van invloed op de omvang van de beslissingen die de rechter ingevolge de artikelen 348 en 350 Sv. heeft te nemen.

Toepassing van de bevoegdheden van het OM in het kader van de hier bedoelde toezeggingen behoeft evenmin voorafgaande toetsing door de rechter-commissaris. De toetsing van de rechter-commissaris strekt zich niet uit tot de toepassing van bevoegdheden die reeds aan het openbaar ministerie zijn toegekend en niet aan voorafgaande machtiging voor de uitoefening van die bevoegdheid zijn gebonden. Het ligt niet in de rede om die machtiging wel te verbinden aan de toepassing van OM-bevoegdheden in het kader van een afspraak met een getuige, met dien verstande dat de inhoud van die afspraak in een proces-verbaal is gerelateerd en in het dossier is gevoegd.”

(Aanvullende brief aan de Eerste Kamer van de Minister van Justitie, Kamerstukken I, 2004/05, 26 294 en 28 017, E, p. 3).

“2.4. Het middel stelt de vraag aan de orde of aan de getuige H. toezeggingen zijn gedaan in de zin van art. 226g, eerste of vierde lid, Sv. Mede in aanmerking genomen hetgeen blijktens de wetsgeschiedenis door de wetgever is beoogd, moet het ervoor worden gehouden dat de in het eerste lid van art. 226g Sv bedoelde toezeggingen slechts zien op het geval dat bij de vervolging van de getuige in zijn strafzaak strafvermindering als bedoeld in art. 44a Sr zal worden gevorderd alsmede op andere kwesties die rechtstreeks verband houden met de beslissingen als bedoeld in de art. 348 en 350 Sv, en dat de in het vierde lid van art. 226g Sv bedoelde toezeggingen zien op afspraken

*die anderszins op enigerlei wijze een gunstige invloed kunnen hebben op de bereidheid van een getuige tot het afleggen van een verklaring.*

*2.5. Het Hof heeft vastgesteld dat de opsporingsambtenaren verbalisant 1 en verbalisant 2 aan de getuige H. mededelingen hebben gedaan over de vermoedelijke advisering door de reclassering om hem te plaatsen in een afkickprogramma, over de wijziging van de adresgegevens van zijn vriendin in een proces-verbaal en over de zo spoedig mogelijke overplaatsing van de verdachte naar een ander huis van bewaring. Omdat de mededelingen van de opsporingsambtenaren geen betrekking hebben op een toezegging tot strafvermindering of op andere kwesties die rechtstreeks raken aan de beslissingen van de art. 348 en 350 Sv in de strafzaak van de getuige H., is het oordeel van het Hof dat geen toezeggingen in de zin van het eerste lid van art. 226g Sv zijn gedaan in ruil voor een door hem af te leggen of afgelegde verklaring, juist.*

*2.6. Voorts heeft het Hof geoordeeld dat de onderhavige mededelingen niet kunnen worden aangemerkt als afspraken in de zin van het vierde lid van art. 226g Sv. Daarin ligt besloten dat die mededelingen als zodanig kunnen worden toegerekend aan het Openbaar Ministerie. Aldus verstaat getuigt dat oordeel niet van een onjuiste rechtsopvatting. Het is ook niet onbegrijpelijk, in aanmerking genomen hetgeen de verslaglegging inhoudt omtrent de aard en inhoud van de mededelingen.”*

Het is allereerst de vraag of de Hoge Raad er verstandig aan heeft gedaan diens redenering hoofdzakelijk te baseren op de hiervoor zo uitvoerig besproken Eerste Kamerstukken, waarin de Minister op fundamentele punten afwijkt van de door zijn voorganger in samenspraak met de Tweede Kamer vastgestelde wetssystematiek. De verwijzing in die stukken naar het amendement Rouvoet-Van der Staaij en naar de verhouding tussen het wetsvoorstel en de algemene bevoegdheden van het Openbaar Ministerie, kan zoals besproken minst genomen kwestieus worden genoemd. Het lijkt er bovendien op dat de Hoge Raad in rechtsoverweging 2.4 een *mutatis mutandis* –redenering bezigt wanneer hij stelt dat nu de kleine gunsten van art. 226g Sv zien op de kwesties die geen rechtstreeks verband houden met de beslissingen als bedoeld in de artikelen 348 en 350 Sv, alle kwesties die wél rechtstreeks verband houden met deze artikelen onder het bereik van art. 226g lid 1 Sv moeten worden begrepen. Zou dat de strekking van deze rechtsoverweging zijn, dan is die interpretatie van de bedoeling van de wetgever en van de neergelegde wetssystematiek zoals deze hiervoor uiteen is gezet, in mijn ogen onjuist.

Ik zou op grond van deze overweging van de Hoge Raad echter niet durven stellen dat hij die mening is toegedaan, al is het maar nu de formulering ruimte laat voor interpretatie. Het is niet duidelijk wat de Hoge Raad bedoelt met ‘andere kwesties die rechtstreeks verband houden met de beslissingen als bedoeld in de art. 348 en 350 Sv.’ Is de toezegging dat niet tot voordeelsontneming zal worden overgegaan bijvoorbeeld een dergelijke andere kwestie? Een dergelijke toezegging raakt aan de laatste vraag van art. 350 Sv omdat zij ziet op oplegging van straf of maatregel, dus in die context zou een ontnemingstoezegging als een dergelijke ‘andere kwestie’ kunnen worden aangemerkt. Op het

moment dat een rechter dient te oordelen over de rechtmatigheid van een overeenkomst met een kroongetuige in de zaak van een verdachte die door de kroongetuige wordt beschuldigd, maakt de toezegging om geen voordeel te ontnemen aan die kroongetuige echter geen onderdeel uit van de vraag welke straf of maatregel moet worden opgelegd. Ook het in de Aanwijzing genoemde intrekken van een uitgaand verzoek tot uitlevering of een Europees arrestatiebevel, kan op het eerste gezicht niet als een dergelijke ‘andere kwestie’ worden aangemerkt. Vanuit dat perspectief heeft de Hoge Raad de uitbreiding van toezeggingsmogelijkheden in de Aanwijzing niet gefiatteerd, in ieder geval niet met zoveel woorden. Anderzijds zijn de rechtsoverwegingen ook zeker niet zo te lezen dat de Hoge Raad de toezeggingen ex art. 226g lid 1 Sv in lijn met de wetgever nadrukkelijk heeft beperkt tot strafvermindering maar spreekt hij spreekt over ‘de in het eerste lid van art. 226g Sv bedoelde toezeggingen’ (meervoud). In het licht van al het voorgaande zal duidelijk zijn dat ik van oordeel ben, dat het juist ware geweest wanneer de Hoge Raad die beperking wel had aangebracht of beter gezegd bevestigd.

Dat de in deze zaak met de verdachte / getuige gemaakte afspraken materieel bij uitstek als kleine gunsten kunnen worden aangemerkt, staat verder buiten kijf. Ze komen voor een deel letterlijk overeen met de in de parlementaire stukken genoemde voorbeelden van dergelijke kleine gunsten. De Hoge Raad lijkt daar ook niet over te twijfelen. Desalniettemin krijgen de afspraken niet die wettelijke status van art. 226g lid 4 Sv, omdat deze niet gemaakt zijn door een officier van justitie of een andere vertegenwoordiger van het Openbaar Ministerie, maar door de politieverbalisanten. Daarmee handhaaft de Hoge Raad de strikte hiërarchische lijnen zoals deze bijvoorbeeld ook gelden voor sepotmededelingen, die slechts een gerechtvaardigd vertrouwen bij een verdachte kunnen opleveren wanneer deze zijn gedaan door een vertegenwoordiger van het Openbaar Ministerie.<sup>463</sup> De verdachte wordt ook in de context van een verhoor waarin hem bepaalde voordelen worden aangeboden dus geacht zich te realiseren dat politieagenten niet namens het Openbaar Ministerie kunnen spreken en dat dergelijke afspraken nauwelijks enige juridische betekenis hebben zolang deze niet door een officier van justitie worden bekrachtigd.<sup>464</sup>

### Overige jurisprudentie

Een principiële beslissing over de verhouding tussen art. 226g Sv en de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen kan in dit arrest dus niet worden gevonden. Andere jurisprudentie die ziet op die rechtsvraag is niet voorhanden. De wettelijke regeling is voor het eerst in zijn volle omvang toegepast bij de getuige La Serpe en het vonnis van de Rechtbank Amsterdam zoals dat hierna zal worden besproken betreft tot nu toe de enige rechterlijke

<sup>463</sup> Zie bijvoorbeeld HR 30 september 2008, LJN BD4878.

<sup>464</sup> Dat dit de deur naar misbruik van de regeling zo niet wagenwijd open dan toch zeker op een kier zet moge duidelijk zijn, temeer nu het de vraag is welke consequenties de Hoge Raad zou verbinden aan in een verhoor van een verdachte door politieverbalisanten gedane onrechtmatige beloften. Zie hierna paragraaf 5.1.2.

beslissing die op deze fundamentele kwestie ziet.<sup>465</sup> Echter ook in andere zaken is de kroongetuige en de toepassing van art. 226g Sv in meer of mindere mate aan de orde geweest.

Zo is de in de inleiding genoemde zaak van Rob Z en Edwin T. inmiddels afgedaan door de Rechtbank Amsterdam.<sup>466</sup> Over de toezeggingen die wel of niet mogen worden gedaan is in deze zaak echter nauwelijks gesproken nu aan de kroongetuige uitsluitend strafvermindering en een positieve advisering bij een eventueel gratieverzoek voor een (kleine) openstaande straf was toegezegd. Over eventuele bedongen voorwaarden voor getuigenbescherming is niet gesproken. De rechtmatigheidstoetsing is hoofdzakelijk beperkt gebleven tot de proportionaliteitstoets. De rechtbank overweegt dat gelet op de wetsgeschiedenis het maken van een afspraak met een kroongetuige alleen toelaatbaar is als uiterste redmiddel in zaken van georganiseerde criminaliteit of in zaken van leven of dood. Nu de verdenking in de zaken zag op het teweegbrengen van een ontploffing, (de voorbereiding van) een poging tot moord en meerdere brandstichtingen komt de rechtbank tot het oordeel dat het Openbaar Ministerie het op goede gronden dringend noodzakelijk heeft geacht om tot een afspraak met de kroongetuige te komen. Ook de geformuleerde (met de helft verminderde) strafeis is naar het oordeel van de rechtbank redelijk en in ieder geval niet zo onverklaarbaar laag dat kennelijk sprake zou zijn van een verkapte tegenprestatie voor het afleggen van verklaringen. De rechtbank beoordeelt de overeenkomst met T. als rechtmatig.

In het vonnis van de Rechtbank Breda in de Chemiepack-zaak was naar het oordeel van de rechtbank vast komen te staan dat aan een getuige die mogelijk verdachte was voorafgaand aan zijn verhoor namens de officier van justitie was meegedeeld dat hij ‘tijdens dit onderzoek, ongeacht zijn mogelijke uitspraken, niet meer de status van verdachte zal krijgen.’<sup>467</sup> Naar het oordeel van de verdediging was daarmee in strijd met de wettelijke regeling een immuniteitstoezegging gedaan. Hoewel de rechtbank van oordeel is dat de gedane mededeling inderdaad slechts kan worden opgevat als een onvoorwaardelijke toezegging dat de getuige nooit meer als verdachte in het betreffende onderzoek zal worden aangemerkt, worden hier geen gevolgen aan verbonden aangezien de rechtbank meent dat “dat de wettelijke regeling inzake toezeggingen aan getuigen geen gesloten stelsel is en dat een toezegging aan een getuige als bedoeld in artikel 226g Sv – zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis – niet was bedoeld verandering te brengen in de reikwijdte of werking van het hierna besproken opportuniteitsbeginsel. Hieruit volgt dat ruimte is

465 Ik noem voor de volledigheid nog de arresten van de Hoge Raad van 8 april 2003 (NJ 2003, 349) en van 13 september 2005 (NJ 2005, 352). Behalve dat deze arresten uiteraard zijn gewezen voorafgaand aan de inwerkingtreding van de wettelijke regeling, zien deze bovendien niet op de rechtmatigheid van bepaalde toezeggingen. Het eerste arrest ziet met name op de gevolgen die de geconstateerde gebreken van de gemaakte overeenkomst al dan niet moeten hebben. In het tweede arrest was geen sprake van een verdachte. De Tijdelijke Aanwijzing was daarmee niet van toepassing, net zo min als de wettelijke regeling dat zou zijn geweest.

466 Rechtbank Amsterdam 3 mei 2013, LJN BZ9379.

467 Rechtbank Breda 21 december 2012, LJN BY7000.

blijven bestaan tot het doen van toezeggingen anders dan strekkende tot strafvermindering op grond van het opportuniteitsbeginsel en dat het wettelijk systeem door de toezegging aan de getuige niet in de kern is geraakt.” Van een toezegging in de zin van art. 226g Sv is daarmee naar het oordeel van de rechtbank geen sprake.

Het zal weinig verbazing wekken dat ik meen dat de rechtbank met deze wel zeer summiere overweging een onjuiste lezing geeft van het wettelijk systeem zoals dat in art. 226g e.v. Sv is neergelegd en dat de niet onderbouwde verwijzing naar de wetsgeschiedenis dat niet anders maakt. Met de beslissing om toezeggingen aan getuigen van een expliciete en strikte wettelijke basis te voorzien heeft de wetgever de werking van het opportuniteitsbeginsel, voor zover deze al zou (kunnen) inhouden dat vervolgingsbeslissingen onderhevig worden gemaakt aan bewijsgaringsoverwegingen, wel degelijk aan banden gelegd. Dat juist ten aanzien van het zo veelbesproken immuniteitsverbod wordt gesteld dat uit de wetsgeschiedenis zou blijken dat deze toezegging op grond van het opportuniteitsbeginsel binnen het wettelijk systeem kan worden gedaan getuigt op zijn minst van enige ironie.

Behalve beslissingen over de toepasbaarheid of werking van art. 226g Sv zijn er nog enkele uitspraken waarin uiteindelijk geen afspraak met een getuige werd gemaakt, of van in de wettelijke regeling bedoelde afspraken geen sprake was. Ik noem in dat verband nog het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 13 april 2010, waarin de status van de door een getuige afgelegde kluisverklaringen die aan het al dan niet maken van afspraken met een getuige voorafgaan, centraal stond.<sup>468</sup> Het Hof oordeelde in die zaak dat dergelijke kluisverklaringen niet als processtukken kunnen worden aangemerkt wanneer er uiteindelijk geen afspraak tot stand komt. Dat betekent dat de kluisverklaringen niet bij het dossier te hoeven worden gevoegd en dat de verdachte daar dus geen kennis van kan nemen. Indien de getuige ondanks het feit dat een overeenkomst niet tot stand komt alsnog het initiatief neemt om de verklaring te openbaren of daar anderszins toestemming voor geeft, kan de verklaring uiteraard wel bij de stukken worden gevoegd.<sup>469</sup> Het bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer besproken uitgangspunt dat het voor een effectieve opsporing noodzakelijk is dat een getuige erop kan vertrouwen dat een kluisverklaring slechts dan uit de kluis wordt gehaald wanneer hij daar mee instemt, is met deze jurisprudentie bevestigd.

Over jurisprudentie op het gebied van getuigenbescherming kan ik tot slot kort zijn. Behalve de in paragraaf 4.1.2 besproken jurisprudentie van de rechtbank en het Gerechtshof Den Haag zijn er geen recente openbare gerechtelijke beslissingen die zien op getuigenbeschermingsovereenkomsten of getuigenbeschermingsprogramma's, of op de eisen die de bij een overeenkomst betrokken partijen over en weer zouden kunnen stellen. Wel was er de Raptus-zaak bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch waarin een getuige centraal stond die volgens de officier van justitie weliswaar getuigenbescherming ontving,

<sup>468</sup> Gerechtshof Amsterdam 13 april 2010, LJN BP2459.

<sup>469</sup> HR 13 januari 2009, NJ 2009, 61.

maar niet in een getuigenbeschermingsprogramma was opgenomen.<sup>470</sup> Deze getuige had bescherming als voorwaarde gesteld om te willen verklaren. Ten behoeve van getuigenbescherming diende de getuige echter over een legale verblijfsstatus te beschikken. Het Hof oordeelt dat weliswaar niet kan worden uitgesloten dat het verkrijgen van een legale verblijfsstatus door de getuige werd gezien als een beloning voor zijn medewerking, maar dat het Openbaar Ministerie deze verblijfsstatus heeft gezien als noodzakelijk middel om het doel – bescherming van de getuige tegen de als reëel beschouwde dreiging indien zijn verklaringen in de Raptus-zaken zouden worden gebruikt – te bereiken. Daarmee was naar het oordeel van het hof van een ongeoorloofde toezegging door het Openbaar Ministerie geen sprake, temeer nu van een getuige als bedoeld in art. 226g Sv geen sprake was omdat hij geen verdachte was in de zaak en de straf in zijn eigen (niet gerelateerde) strafzaak al had uitgezeten.

Bij deze laatste zaak zou gesproken kunnen worden van een geval als bedoeld in paragraaf 4.2.2 waarbij uitsluitend getuigenbescherming wordt aangeboden in ruil voor de verklaringen van een getuige. Uit de Raptus-zaak blijkt wel dat er op zo'n moment grote onduidelijkheid kan ontstaan over hetgeen aan een getuige is toegezegd en of de geboden getuigenbescherming de gebruikelijke beveiligingsmaatregelen van de Staat overtreffen en daardoor het karakter van een beloning krijgen – de overwegingen van het Hof over de verblijfsstatus kunnen in ieder geval als welwillend voor het Openbaar Ministerie worden aangemerkt. De verhouding tussen de getuigenbeschermingsovereenkomst en de verklaringsovereenkomst speelde in deze zaak in ieder geval geen rol en is behalve in het Passage-onderzoek voor zo ver vast te stellen in geen enkele procedure aan de orde gesteld. Ook de verhouding tussen getuigenbescherming en het reguliere kader van bewaken en beveiligen en de verschillen tussen de beide varianten van persoonsbeveiliging, welke in de Raptus-zaak mogelijk dienstbaar had kunnen zijn aan het maken van onderscheid tussen noodzakelijke beveiliging en beloning, is voor zo ver te achterhalen nooit aan enige rechter voorgelegd.

Daarmee resteert voor wat betreft de bespreking van de jurisprudentie voorafgaand aan het vonnis in de Passage-zaak nog slechts de stand van het recht ten aanzien van vormverzuimen, meer in het bijzonder de vraag of en onder welke omstandigheden de rechter gevolgen zou kunnen verbinden aan onrechtmatig handelen door het Openbaar Ministerie bij het sluiten van overeenkomsten met een kroongetuige.

### 5.1.2 *Vormverzuimen: het bereik van art. 359a Sv*

Bij de behandeling in de Eerste Kamer vertrouwde Minister Donner er op dat zou de door hem voorgestelde uitbreiding van de toezeggingen die de officier van justitie aan een kroongetuige kon doen onrechtmatig (blijken te) zijn, de rechter daar geen consequenties

<sup>470</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 januari 2012, LJN BV1524. Hoe dat laatste feitelijk verenigbaar is wordt uit het arrest niet helemaal duidelijk.

aan zou verbinden. De kroongetuige zelf zou door die onrechtmatige toezegging immers niet in zijn belang zijn geschaad en verdachten tegen wie de verklaringen van de kroongetuige zouden worden ingebracht zouden evenmin in hun rechten zijn geraakt, en zouden zich dus niet op de onrechtmatigheid kunnen beroepen. De Minister vertrouwde met andere woorden op de werking van de Schutznorm, waardoor onrechtmatig handelen van het Openbaar Ministerie de facto zonder gevolgen zou blijven.

Los van het feit dat het enigszins schokkend kan worden genoemd dat op het hoogste niveau van wetgeving te kennen wordt gegeven dat onrechtmatig handelen van het Openbaar Ministerie niet als problematisch wordt beschouwd zolang dat maar geen gevolgen heeft voor de uitkomst van individuele strafzaken, hetgeen als een nogal cynische en in ieder geval uiterst instrumentalistische benadering van het (strafproces) recht kan worden aangemerkt, is het de vraag of de Minister het bij het juiste eind had. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad, in het bijzonder de in paragraaf 1.2.2 besproken Karman-jurisprudentie, zou immers kunnen worden afgeleid dat ook wanneer een verdachte niet direct in zijn belangen is geschaad, onrechtmatig handelen van het Openbaar Ministerie onder uitzonderlijke omstandigheden tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie of tot bewijsuitsluiting in de zaak van die verdachte kan leiden. Daarnaast had de Hoge Raad al enkele jaren eerder het bekende Zwolsman-arrest gewezen, waarin is bepaald dat de rechter het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk kan verklaren wanneer het optreden van opsporingsambtenaren een ernstige schending van de beginselen van een behoorlijke procesorde oplevert, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan.<sup>471</sup> Deze arresten zijn gevolgd door het zogenoemde Afvoerpipparrest van 30 maart 2004, waarin de Hoge Raad de kaders waarbinnen vormverzuimen in opsporing en vervolging dienen te worden beoordeeld, nader heeft gespecificeerd.<sup>472</sup> Naar aanleiding van dit arrest is er discussie ontstaan over de status van het Zwolsman-criterium en het Karman-criterium, in het bijzonder over de vraag of de strafrechter nog consequenties kan of mag verbinden aan onrechtmatig overheidsoptreden wanneer dat optreden de zaak of belangen van een specifieke verdachte niet direct heeft geraakt.

### **Het voorbereidend onderzoek**

Het kader van de beoordeling van onrechtmatig overheidsoptreden in strafzaken begint sinds het van kracht worden van de Wet vormverzuimen op 2 november 1996 met

471 HR 19 december 1995, NJ 1996, 249 (Zwolsman).

472 HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376 (Afvoerpip).

art. 359a Sv.<sup>473</sup> In dit toen ingevoerde artikel wordt bepaald dat de rechtbank,<sup>474</sup> indien blijkt dat bij het voorbereidend onderzoek vormen zijn verzuimd die niet meer kunnen worden hersteld, daar consequenties aan kan verbinden, te weten het verminderen van de op te leggen straf, het uitsluiten van de bewijsvoering van het resultaat van het onderzoek waardoor het verzuim is verkregen, en het niet ontvankelijk verklaren van het Openbaar Ministerie. De laatste sanctie komt in beeld wanneer door het verzuim geen sprake meer kan zijn van een behandeling van de zaak die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet. De rechtbank dient daarbij blijkens het tweede lid rekening te houden met het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt. De wetgever beoogde daarmee te voorzien in een wettelijke regeling voor de beoordeling van onrechtmatig overheids-optreden in strafzaken.

Artikel 359a Sv ziet dus slechts op vormverzuimen die begaan zijn bij *het voorbereidend onderzoek*. De Hoge Raad interpreteert de wetshistorie in het Afvoerpijparrest aldus dat de wetgever daarmee met name het oog heeft gehad op normschendingen bij de opsporing van strafbare feiten. Dat leidt tot een redelijk restrictieve uitleg van het bereik van deze bepaling: alleen wanneer de normschending is begaan in het onderzoek naar een feit of feiten waarvoor de verdachte op dat moment terecht staat, is art. 359a Sv van toepassing.<sup>475</sup> In latere jurisprudentie heeft de Hoge Raad strikt de hand gehouden aan deze lezing van het begrip voorbereidend onderzoek. Zo werd in een arrest van 29 november 2005 geoordeeld dat het zonder een machtiging en tegen de uitdrukkelijke wens van de bewoner binnentreden in een woning teneinde tot aanhouding van een veroordeelde persoon over te gaan, geen vormverzuim was dat de rechter kon meenemen bij de beoordeling van de daaropvolgende bedreiging van de politieagenten door die veroordeelde (inmiddels verdachte).<sup>476</sup> De handelwijze van de verbalisanten, die zonder meer

473 Een ander zeer belangrijke wijziging die met de Wet Vormverzuimen werd doorgevoerd betreft de aanpassing van artikel 313 Sv. Onder het oude artikel 313 Sv kon de tenlastelegging na aanvang van het requisitoir van de Officier van Justitie niet meer worden aangepast. Dit leidde ertoe dat wanneer de tenlastelegging bijvoorbeeld abusievelijk een onjuiste plaats of tijd vermeldde, de rechter niet anders kon dan de verdachte vrijspreken, welke verdachte het strafbare feit immers niet op het ten laste gelegde moment of in de ten laste gelegde plaats had begaan. Deze ‘vormfouten’ leidden maatschappelijk tot grote beroering en waren de belangrijkste reden voor de Wet Vormverzuimen. Als gevolg van de wijziging van artikel 313 Sv kan de tenlastelegging in alle fasen van behandeling, bij zowel de rechtbank als het gerechtshof, worden aangepast. De parlementaire behandeling heeft met name in het teken van de vormfouten gestaan en over het nieuw in te voeren artikel 359a Sv is relatief weinig gesproken.

474 De regeling is als gevolg van de algemene schakelbepaling in art. 415 Sv uiteraard ook van toepassing in hoger beroep.

475 “3.4.2 (...) ‘Het voorbereidend onderzoek’ uit art. 359a Sv heeft uitsluitend betrekking op het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte terzake het aan hem tenlastegelegde feit waarover de rechter die in art. 359a Sv wordt bedoeld, heeft te oordelen. Art. 359a Sv is dus niet van toepassing indien het verzuim is begaan buiten het verband van dit voorbereidend onderzoek. Dat doet zich onder meer voor als het vormverzuim is begaan in het voorbereidend onderzoek inzake een ander dan het aan de verdachte tenlastegelegde feit.”

476 HR 29 november 2005, NJ 2006, 193. De verbalisanten in kwestie hadden net gedaan alsof ze wél een machtiging hadden en die ook onder de neus van de vrouw van de verdachte geduwd, maar deze bleek

als onrechtmatig was aan te merken, bleef dus zonder gevolgen in de strafzaak tegen de verdachte. Hetzelfde geldt voor een later arrest, waarin weliswaar werd vastgesteld dat er sprake was van een schending van art. 8 EVRM door een verdachte in het Huis van Bewaring stelselmatig af te luisteren, maar nu dat af luisteren niet was begaan in het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte terzake aan hem ten laste gelegde feiten waarover de rechter diende te oordelen, was naar het oordeel van de Hoge Raad van een grond voor niet-ontvankelijkheid of bewijsuitsluiting geen sprake.<sup>477</sup>

Zowel bij de wetgever als bij de Hoge Raad lijkt bij de beoordeling van het begrip voorbereidend onderzoek steeds het uitgangspunt te zijn geweest dat deze eindigt met de aanvang van de behandeling van de zaak door de rechtbank. De wetgever heeft immers met name gesproken over opsporing, en ook de Hoge Raad spreekt met verwijzing naar art. 132 Sv over het onderzoek dat voorafgaat aan het onderzoek ter terechtzitting. Dat wordt bevestigd in een arrest over de werking van art. 30 Sv (oud), waarin de Hoge Raad overweegt dat na aanvang van de terechtzitting geen sprake meer is van een voorbereidend onderzoek.<sup>478</sup> Die veronderstelling is juist voor een groot deel van de strafzaken, waar het politieonderzoek voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling van de zaak wordt afgerond, maar dit geldt (helemaal) niet in grote of complexe strafzaken. Daar kan na aanvang van de zitting het opsporingsonderzoek nog in volle gang zijn, en kan de politie al dan niet onder directe aansturing van de officier van justitie nog een grote hoeveelheid onderzoekshandelingen verrichten. Dat is zelfs eerder regel dan uitzondering: de drie en een halve maand tussen de aanhouding(en) van de (eerste) verdachte(n) en de verplichte eerste zitting, is vrijwel per definitie te kort om het onderzoek af te ronden. Zeker wanneer in ogenschouw wordt genomen dat de wet geen onderscheid maakt tussen pro forma-zittingen en inhoudelijke zittingen zoals een regiezitting, leidt dit tot de onwerkbare situatie dat reeds met een eerste pro forma-zitting het voorbereidend onderzoek als formeel beëindigd zou moeten worden beschouwd. Niet alleen

---

blanco te zijn. De vrouw weigerde hen binnen te laten waarop zij alsnog de woning betraden, en in de kinderslaapkamer de latere verdachte aantreffen. Het gebruik van een blanco machtiging bleek in die periode bepaald geen uitzondering bij de Amsterdamse politie. Het arrest van de Hoge Raad heeft dan ook tot enig onbegrip geleid, in ieder geval bij mijzelf: zie Janssen 2006, p. 232. Ook Buruma is kritisch in zijn noot onder het arrest. Hij wijst op de mogelijk uit artikel 41 EVRM voortkomende verplichting om schendingen van door het EVRM beschermde rechten niet zonder consequenties te laten: "a judgment in which it finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation under that provision to put an end to the breach and to make reparation for its consequences in such a way as to restore as far as possible the situation existing before the breach."

<sup>477</sup> HR 27 september 2011, NJ 2011, 557.

<sup>478</sup> HR 10 januari 2012, NJ 2012, 48: "De klacht die het oog heeft op art. 30 Sv faalt. Met juistheid heeft het Hof die bepaling niet van toepassing geacht nu blijkens de vaststelling van het Hof geen sprake is van een verzoek van de verdediging als in die bepaling bedoeld, terwijl ook overigens na aanvang van de terechtzitting geen sprake meer is van een voorbereidend onderzoek." Ook Advocaat-Generaal Jörg lijkt er blijkens zijn conclusie bij dit arrest van uit te gaan dat met de aanvang van het onderzoek ter zitting het voorbereidend onderzoek is afgerond, nu hij in de context van art. 30 Sv (oud) overweegt dat op dat moment alle stukken uit dat voorbereidend onderzoek aan de verschillende procespartijen ter beschikking worden gesteld.

zouden op dat moment alle resultaten van het opsporingsonderzoek voor zover deze in het procesdossier horen ter beschikking van de verdediging en de rechtbank moeten worden gesteld, hetgeen bij een niet afgerond onderzoek vaak niet mogelijk is, bovendien zou al hetgeen na de zitting nog aan onderzoek plaatsheeft buiten het toetsingskader van art. 359a Sv vallen. De diverse onderzoekshandelingen van politie en justitie die zeker na pro forma-zittingen maar ook na regiezittingen nog worden uitgevoerd, zouden daarmee niet aan de door de wetgever neergelegde rechtmatigheidstoetsing van art. 359a Sv onderworpen zijn.

Dat zou gezien de ratio voor het invoeren van dat artikel een vreemde stand van zaken zijn, en zou er bovendien toe leiden dat de rechter in het kader van het toetsen van het opsporingsonderzoek een arbitraire scheiding zou moeten aanbrengen tussen onderzoekshandelingen die zijn verricht voorafgaand aan de eerste behandeling ter zitting, en alle onderzoekshandelingen daarna. Een onlogische en in de praktijk moeilijk werkbare gang van zaken en een dergelijk onderscheid wordt door feitenrechters dan ook niet gemaakt. In het hierna te bespreken Passage-vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 29 januari 2013 wordt de kwestie met zoveel woorden benoemd en wordt geoordeeld dat de Hoge Raad bij de strikte beperking van de werking van art. 359a Sv tot het voorbereidend onderzoek, niet het oog heeft gehad op voortgezet opsporingsonderzoek dat onder verantwoordelijkheid van de officier van justitie wordt uitgevoerd parallel aan het onderzoek ter terechtzitting. Dergelijk onderzoek, dat niet als direct uitvloeisel van het onderzoek ter zitting en niet in opdracht van een rechterlijke autoriteit plaatsheeft, wordt door de rechtbank als parallel opsporingsonderzoek aangemerkt en materieel gelijk gesteld met onderzoekshandelingen in verband met het voorbereidend onderzoek. Dit parallelle opsporingsonderzoek dient naar het oordeel van de rechtbank op gelijke wijze als het vooronderzoek te worden getoetst op voet van art. 359a Sv.<sup>479</sup>

### **De Schutznorm**

Een tweede specificering uit het standaardarrest van 30 maart 2004 betreft de werking van de al genoemde Schutznorm, zoals deze ligt vervat in het tweede lid van art. 359a Sv. Bij de beoordeling van “het nadeel dat wordt veroorzaakt” is volgens de Hoge Raad onder meer van belang, of en in hoeverre de verdachte door dat verzuim daadwerkelijk in zijn verdediging is geschaad. Bovendien merkt de Hoge Raad op dat indien niet de verdachte maar een ander door de niet-naleving van het voorschrift is getroffen in het belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen, in de zaak van die verdachte als regel geen rechtsvervolg zal behoeven te worden verbonden aan het verzuim. De werking van de Schutznorm is daarmee tweeledig: de onrechtmatigheid die heeft plaatsgehad in het voorbereidend onderzoek dient de verdachte zelf te hebben getroffen en het belang dat de overtreden norm beoogt ter beschermen dient daadwerkelijk geschonden te zijn. Alleen wanneer aan beide vereisten is voldaan, kan de rechter toepassing geven aan art. 359a Sv en één van de daar genoemde consequenties verbinden aan de geconstateerde onrechtmatigheid. Is een ander dan de verdachte de dupe van het begane (vorm)verzuim of heeft

---

479 Rechtbank Amsterdam, 29 januari 2013, LJN BM2493, p. 10-11.

dit niet tot een schending van de norm geleid, zoals bijvoorbeeld het geval is wanneer wordt verzuimd de cautie te geven aan een verdachte die er blijk van heeft gegeven te weten dat hij het recht heeft te zwijgen, dan staat de Schutznorm aan het verbinden van consequenties aan onrechtmatig overheidshandelen in de weg. Natuurlijk is er een uitzondering op deze regel: deze doet zich voor, wanneer sprake is van een “flagrante strijd met de beginselen van een behoorlijke procesorde”<sup>480</sup> of, in de woorden van AG Wortel in zijn conclusie bij het hierboven genoemde arrest van 29 november 2005, bij “een grove en onherstelbare schending van één van de fundamentele normen van ons strafproces.” Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij het algemene belang dat uit de ratio van het geschonden voorschrift voortkomt, zoals de Hoge Raad deed in het arrest van 12 januari 1999 betreffende het af luisteren van een geheimhouder.<sup>481</sup> Prakken sprak in een artikel in het Nederlands Juristenblad over een relativering van de Schutznorm bij schending van een norm die strekt ter verdediging van iedereen.<sup>482</sup>

De relativering van de Schutznorm wordt met name verbonden met het in paragraaf 2.2.2. besproken Karman-arrest. De Hoge Raad had in navolging van het Hof de handelwijze van het Openbaar Ministerie daar aangemerkt als in strijd met de grondslagen van het strafproces, met name met de wettelijk voorziene verdeling van bevoegdheden en verplichtingen tussen het Openbaar Ministerie en de rechter. Dat laatste aspect lijkt doorslaggevend te zijn geweest wanneer de Hoge Raad in een zaak waarbij sprake was van een schending van het medisch beroepsgeheim, oordeelt dat de niet-ontvankelijkheid die het Gerechtshof op die schending liet volgen niet aan de Karman-criteria voldoet, nu deze schending niet ziet op die bevoegdheidsverdeling en op het fundamentele belang dat de gemeenschap heeft bij het in acht nemen van die verdeling.<sup>483</sup> Een klein jaar later wordt die redenering nog eens herhaald.<sup>484</sup>

480 Memorie van Toelichting bij Wet Vormverzuimen, Kamerstukken II 1993-1994, 23075, nr. 3.

481 HR 12 januari 1999, NJ 1999, 290. Zie ook Rechtbank Rotterdam 10 oktober 2005, LJN AU4036 en (anders) Hof Den Haag, 10 februari 2006, LJN AV1454.

482 Prakken 1999, p. 245 e.v.

483 HR 3 juli 2001 NJ 2002, 8: “Voorzover het Hof, dat spreekt van een zeer belangrijk rechtsbeginsel dat in ernstige mate is geschonden, het oog mocht hebben gehad op HR 1 juni 1999, NJ 1999, 567, heeft het de strekking van die uitspraak miskend. Weliswaar vormt dat arrest in zoverre een uitzondering op hetgeen hierboven onder 3.4 is vooropgesteld dat er toen geen sprake was van schending van de belangen van de verdachte als hiervoor bedoeld. Maar in die zaak ging het om een handelwijze van de Officier van Justitie – het doen van een toezegging aan de verdachte die erop neer kwam dat onder omstandigheden een rechterlijke uitspraak op een in te stellen vervolging niet (geheel) zou worden tenuitvoergelegd – die in strijd was met de grondslagen van het strafproces en met name met de wettelijk voorziene verdeling van bevoegdheden en verplichtingen tussen het openbaar ministerie en de rechter; aldus werd het wettelijk systeem in de kern geraakt. Aan de orde was toen derhalve het fundamentele belang dat de gemeenschap heeft bij inachtneming van de bevoegdheidsverdeling tussen het openbaar ministerie en de onafhankelijke rechter, zoals die in het wettelijk systeem ten aanzien van vervolging, berechting en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen is vervat. Van een dergelijk geval is hier geen sprake.”

484 HR 25 juni 2002, NJ 2002, 518.

Hoewel het criterium daarmee lijkt te zijn aangescherpt ten opzichte van Karman, aanzien wat in dat arrest nog een voorbeeld leek te zijn tot norm lijkt te worden verheven, logenstraffen deze arresten de later wel ingenomen stelling dat Karman éénmalig is geweest en de Hoge Raad de redenering daarna niet meer heeft willen herhalen; de redenering is weliswaar niet opnieuw toegepast maar is wel expliciet herhaald. De gedachte dat sprake zou zijn geweest van een 'witte raaf' wordt onder andere gevoed door het feit dat de Hoge Raad in het Afvoerpijparrest het Zwolsman-criterium wél heeft opgenomen (zonder expliciet naar dat arrest te verwijzen), maar het Karmancriterium niet. Dit brengt onder meer Ter Haar en Meijer ertoe tamelijk categorisch te stellen dat het er voor moet worden gehouden "dat de Hoge Raad alleen nog ruimte ziet voor niet-ontvankelijkheid wanneer verdachtes recht op een eerlijk proces is gefrustreerd."<sup>485</sup> Voor relativering van de Schutznorm is in die visie geen ruimte meer. Die – vergaande – conclusie kan mijns inzien niet op het ontbreken van het Karman-criterium in het Afvoerpijparrest worden gebaseerd omdat het laatste arrest nadrukkelijk ziet op de toepassing van art. 359a Sv, en de niet-ontvankelijkheid specifiek in die context wordt besproken.<sup>486</sup> Het Karman-criterium komt juist per definitie pas in beeld wanneer dat artikel níet van toepassing is, bijvoorbeeld als gevolg van de Schutznorm of, naar moet worden aangenomen, wanneer een uitzonderlijk ernstige schending van de rechten van een verdachte heeft plaatsgehad buiten het bestek van het voorbereidend onderzoek.<sup>487</sup> Het niet noemen van dit criterium rechtvaardigt dan niet de gevolgtrekking dat het kennelijk niet meer geldt. Zo wordt het in de rechtspraktijk in het algemeen ook niet opgevat: een herhaaldelijk terugkerend uitgangspunt luidt dat niet-ontvankelijkheid in beginsel slechts aan de orde is bij schending van het Zwolsman-criterium en de 'Karman-uitzondering' slechts kan worden gemaakt wanneer de gewraakte gedraging in strijd is met de grondslagen van het strafproces of wanneer grotere belangen zoals de integriteit van de rechtspleging op het spel staan.<sup>488</sup>

485 Ter Haar en Meijer 2011, p. 96. Dat besef lijkt alleen nog "niet volledig doorgedrongen te zijn tot de feitenrechter", aldus de auteurs op p. 97.

486 "Niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging komt *als in art. 359a Sv voorzien rechtsgevolg* (mijn cursivering, SLJ) slechts in uitzonderlijke gevallen in aanmerking. Daarvoor is alleen plaats ingeval het vormverzuim daarin bestaat dat met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan."

487 Voor een andersluidende opvatting zie Buruma in zijn noot onder HR 29 november 2005, NJ 2006, 193, waarin hij stelt dat in geval van een normschending buiten het bestek van het voorbereidend onderzoek (de 'salaminorm') er geen enkele ruimte is om consequenties aan het onrechtmatig optreden te verbinden. Bij de Schutznorm heeft de Hoge Raad volgens Buruma nog een 'muizengaatje' open gelaten.

488 Zie bijvoorbeeld Rb Amsterdam 27 april 2007 (NJFS 2007, 156), welke door Buruma met verwijzing naar de hierboven genoemde 'post-Karmanarresten' uit 2001 en 2002 overigens 'opmerkelijk' wordt genoemd (Buruma 2008, p. 87). Een ander bekend voorbeeld is de Hell's Angels zaak van diezelfde rechtbank Amsterdam (20 december 2007, NJFS 2008, 33), waar de rechtbank zonder dit met zoveel woorden te benoemen de Schutznorm buiten werking stelde: "De geconstateerde ernstige, grootschalige en herhaaldelijke inbreuken op de regelgeving welke het verschoningsrecht moet waarborgen door het Openbaar Ministerie ondergraven het vertrouwen van de burger in dat wat hij in vertrouwen met een advocaat bespreekt ook geheim blijft. Het gebrek aan verantwoording hieromtrent door het Openbaar Ministerie versterkt die vertrouwensbreuk. Deze kwestie stijgt uit boven schending van de individuele

Samenhangend met deze problematiek is de vraag of het Zwolsman-criterium als losstaand van het kader van art. 359a Sv moet worden beschouwd, of daar dwingend onderdeel van uitmaakt. Anders gezegd: is toepassing van het Zwolsman-criterium uitsluitend onderdeel van het beslissingsschema dat de Hoge Raad op 30 maart 2004 aan art. 359a Sv heeft gekoppeld, of heeft dat criterium zelfstandige betekenis buiten art. 359a Sv? Het Zwolsman-arrest is gewezen op een moment dat art. 359a Sv nog niet bestond, althans nog niet in werking was getreden, maar dat kan geen op zichzelf staand argument zijn.<sup>489</sup> Mede op grond van het feit dat in het Afvoerpijparrest niet de gebruikelijke verwijzing naar (de vindplaats van) het Zwolsman-arrest is opgenomen, maar de kernoverweging omtrent het doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak te kort doen, wel (precies) gelijkluidend is, meen ik dat mag worden aangenomen dat sprake is van twee op dit punt weliswaar gelijkluidende, maar op zichzelf staande arresten. Dit temeer nu uit diverse uitspraken kan blijken, dat ook wanneer de officier van justitie buiten het voorbereidend onderzoek handelt in strijd met de Zwolsman-criteria, dit tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie kan leiden.<sup>490</sup> Dat de rechter buiten het verband van art. 359a Sv het optreden van de officier van justitie kan beoordelen en daar consequenties aan kan verbinden, blijkt tot slot uit een arrest van 8 juli 2008, waarin de Hoge Raad oordeelde dat een door de officier van justitie aan Thailand gedaan verzoek tot uitlevering weliswaar niet tot het voorbereidend onderzoek kon worden gerekend, maar dit het Hof er niet van hoefde te weerhouden buiten het verband van art. 359a Sv te toetsen of aan de verdachte een eerlijk proces was onthouden. Het oordeel van het Hof dat dit niet het geval was en er dus geen grond was voor niet-ontvankelijkheid, maar dat er wel redenen waren de gang van zaken te betrekken bij de strafmaat, wordt door de Hoge Raad in stand gelaten.<sup>491</sup>

Dat alles betekent dat niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie op grond van het Zwolsman-criterium (en de daarin vervatte aan het Openbaar Ministerie toerekenbare schending van art. 6 EVRM) óók in beeld kan komen buiten het verband van art. 359a Sv. Dat geldt zowel voor 'gewone' opsporingsambtenaren als voor Officieren van Justitie: wanneer de activiteiten van opsporingsambtenaren na aanvang van het onderzoek ter zitting of anderszins buiten het verband van het voorbereidend onderzoek als onrechtmatig moeten worden beschouwd, kunnen die activiteiten los van toepassing van art. 359a Sv worden getoetst aan het Zwolsman-criterium. Wanneer geoordeeld wordt dat door die activiteiten doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak te kort is gedaan, kan dat leiden tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie vanwege een ernstige

---

rechtsbelangen van een verdachte in een concrete strafzaak en raakt het vertrouwen in de rechtspleging in zijn geheel."

489 Als gezegd is de Wet Vormverzuimen in werking getreden op 2 november 1996. Het Zwolsman-arrest dateert van een klein jaar daarvoor, 19 december 1995.

490 Zie bijvoorbeeld het eerdergenoemde arrest betreffende Officier van Justitie Teeven die een getuige had geïnstrueerd vragen van het Hof niet te beantwoorden (HR 8 september 1998, NJ 1998, 879) en voor een vrijwel identieke casus Gerechtshof's-Hertogenbosch 23 december 2011 (NJFS 2012, 56).

491 HR 8 juli 2008, NJ 2009, 440.

schending van de beginselen van een behoorlijke procesorde. Ook strafvermindering behoort nadrukkelijk tot de mogelijkheden.

### **Conclusie: toetsingskader vormverzuimen**

Kort gezegd dient in geval van gesteld onrechtmatig optreden van politie of justitie dus allereerst te worden gezien of deze gestelde onrechtmatigheden zijn begaan in het kader van het voorbereidend onderzoek naar een specifieke verdachte. Is dat het geval, dan kunnen aan dat onrechtmatig optreden de in art. 359a lid 2 Sv genoemde gevolgen worden verbonden, voor zo ver de werking van de Schutznorm zich daar niet tegen verzet. Niet-ontvankelijkheid is slechts dan aan de orde, wanneer sprake is van een ernstige inbreuk op de beginselen van een behoorlijke procesorde, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak te kort is gedaan. Is de verdachte zelf niet in zijn belangen geschaad, dan staat de Schutznorm aan niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de weg, tenzij er sprake is van strijd met de grondslagen van het strafproces waardoor het wettelijk systeem in de kern wordt geraakt. Dat laatste is in ieder geval aan de orde, wanneer de officier van justitie handelt in strijd met de wettelijk voorziene verdeling van bevoegdheden en verplichtingen tussen het Openbaar Ministerie en de rechter, nu de inachtneming van die verdeling een fundamenteel belang voor de gemeenschap oplevert. Dat de Hoge Raad de werking van het Karman-criterium daarmee heeft beperkt tot *uitsluitend* gevallen waarin die bevoegdheidsverdeling tussen het Openbaar Ministerie en de onafhankelijke rechter in het geding is, staat in mijn optiek niet vast. Ik meen dat de Hoge Raad de mogelijkheid openlaat dat ook andere uitzonderlijk ernstige onrechtmatigheden van het Openbaar Ministerie in de zaak van de ene verdachte, gevolgen kunnen hebben voor de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de zaak van een andere verdachte. Behalve gevallen van normschendingen die de integriteit van de rechtspleging in het geheel raken, denk ik daarbij aan gevallen waarbij het Openbaar Ministerie andere grondbeginselen van de rechtsstaat dan de verdeling tussen Openbaar Ministerie en de rechter (opzettelijk) met voeten treedt.

Zoals geconcludeerd in hoofdstuk 4 heeft het Openbaar Ministerie uitvoering gegeven aan de kroongetuigenregeling op een wijze die inbreuk maakt op de door de wetgever genomen beslissingen. Dat verwijt is dan ook bij de rechtbank neergelegd in het al herhaaldelijk genoemde Passage-proces. Daarover het volgende.

## **5.2 PASSAGE: WHERE IT ALL COMES TOGETHER**

### **Inleiding**

In de zomer van 2006 meldt zich bij de Amsterdamse CIE een zekere Peter la Serpe.<sup>492</sup> Deze La Serpe had in november 2003 ook al contact gezocht met de CIE en had te kennen

<sup>492</sup> Ook de naam La Serpe is uitvoerig in de media genoemd, reden om zijn naam niet slechts met initialen weer te geven. Hetzelfde geldt voor andere verdachten die met naam en toenaam bekend zijn, zoals Willem Holleeder en Dino Soerel.

gegeven in ruil voor een bedrag van € 3.000.000 te kunnen verklaren over gepleegde liquidaties. In de loop van 2004 vonden vervolgens gesprekken plaats over de voorwaarden waaronder een overeenkomst kon worden gesloten, maar aangezien La Serpe niet bereid bleek om te zakken naar een bedrag dat ook maar in de buurt kwam van wat het Openbaar Ministerie zou kunnen bieden, werden de gesprekken op last van de toenmalige CIE-officier van justitie afgebroken. Bij de hervatting van de gesprekken in augustus 2006 was La Serpe gezakt tot een bedrag van € 1.500.000.

Het Openbaar Ministerie kon dus direct met de nog maar enkele maanden daarvoor vastgestelde nieuwe Aanwijzing toezeggingen aan getuigen aan de slag en heeft het traject richting de CTC, het College van Procureurs-Generaal en de Minister in gang gezet. Ondertussen werd La Serpe vijf dagen lang verhoord door de CIE, hetgeen in ieder geval heeft geleid tot vijftien kluisverklaringen.<sup>493</sup> Dertien van die vijftien kluisverklaringen zijn uiteindelijk ten grondslag gelegd aan de vervolging van in totaal elf verdachten voor betrokkenheid bij liquidaties of één of meer pogingen daartoe of voorbereidingen daarvan, met zeven dodelijke slachtoffers tot gevolg. Zes verdachten werden tevens beschuldigd van het vormen van een criminele organisatie gericht op liquidaties en van verschillende wapendelicten. Het onderzoek was ongekend omvangrijk: nadat er door de politie een dossier was samengesteld van ruim 300 ordners waarin circa 300 getuigen en 30 verdachten waren gehoord, er bijna 170.000 tapgesprekken waren geregistreerd en honderden processen-verbaal van uiteenlopend onderzoek waren opgenomen, hebben er nog ongeveer 68 getuigenverhoren bij de rechter-commissaris plaatsgehad. De inhoudelijke behandeling van de zaak is aangevangen op 9 februari 2009 en het vonnis is uiteindelijk gewezen op 29 januari 2013, waarmee er (buiten ruim 30 pro formadagen) 151 inhoudelijke behandelingsdagen ter zitting zijn geweest hetgeen heeft geresulteerd in ruim 3200 pagina's proces-verbaal van de zitting. Kroongetuige La Serpe is ongeveer 40 dagen gehoord bij de politie en de rechter-commissaris en nog eens ongeveer 35 dagen op zitting.<sup>494</sup>

Een belangrijke oorzaak van die ongekend langdurige behandeling ter zitting betrof de kroongetuige zelf. Niet alleen was zijn overeenkomst met alle juridische haken en ogen van meet af aan een belangrijk onderdeel van de procedure, daarnaast diende op feitelijk niveau zijn betrouwbaarheid te worden getoetst en roerde de getuige zich met grote regelmaat uit onvrede over de wijze waarop het Openbaar Ministerie met hem omging. Die onvrede zag met name op getuigenbeschermingsgebied, waarover La Serpe kort en goed stelde dat de met hem gemaakte afspraken niet werden nagekomen. Het conflict tussen de kroongetuige en het Openbaar Ministerie laaide telkens weer op, bij gelegenheid waarvan La Serpe mondjesmaat informatie verstreekte over zijn onderhandelingen met het Openbaar Ministerie en de afspraken die daarbij al dan niet tot stand zouden zijn gekomen. Hij kon echter geen volledige openheid van zaken geven, omdat zijn getuigen-

493 Volgens mededelingen van het Openbaar Ministerie heeft La Serpe ook nog over andere verdachten en andere zaken verklaard, maar deze zijn buiten het bestek van het onderzoek Passage gebleven.

494 De laatste cijfers zijn ontleend aan de opsomming in het requisitoir van het Openbaar Ministerie van 14 mei 2012.

beschermingsovereenkomst een geheimhoudingsplicht bevatte en schending daarvan ertoe zou kunnen leiden dat het Openbaar Ministerie de overeenkomst zou ontbinden. Dat Openbaar Ministerie was nog aanzienlijk terughoudender met het verstrekken van informatie, al was het maar nu de zaaksofficieren van Justitie naar eigen zeggen niet op de hoogte waren van de onderhandelingen die La Serpe met de CIE-officier van justitie had gehad, en ook niet op de hoogte waren van de in de jaren daarna plaatshebbende voortdurende onderhandelingen tussen La Serpe en de TGB-officier van justitie / het College van Procureurs-Generaal. Het College zelf was zo mogelijk nog minder genegen informatie te vertrekken en slechts wanneer de rechtbank dergelijke informatie nadrukkelijk opeiste werd daar met nauwelijks verholten tegenzin aan voldaan. Desalniettemin dwongen de steeds verdergaande beschuldigingen van La Serpe het Openbaar Ministerie bij herhaling tot informatievertrekking over de totstandkoming en inhoud van de met La Serpe gemaakte afspraken. Voor een juist begrip van de complexe situatie die als gevolg van de verschillende betrokken onderdelen van het Openbaar Ministerie en de gevolgen voor (het verloop en de duur van) het strafproces ontstond, is het van belang voorafgaand aan de bespreking van het vonnis een korte schets te geven van de in de loop der jaren door La Serpe gemaakte afspraken en van hetgeen daarover bij de behandeling van de strafzaak naar voren werd gebracht.

### 5.2.1 *De met La Serpe gesloten overeenkomsten*

#### **Onderhandelingen 2006-2007**

Eind augustus 2006 vinden er gesprekken plaats tussen La Serpe en medewerkers van de Amsterdamse CIE, waarin La Serpe in grote lijnen vertelt wat hij zou kunnen verklaren. Na daartoe verkregen toestemming van Hoofdofficier van justitie wordt de bespreking op 5 september 2006 voortgezet met de Amsterdamse CIE-officier van justitie De Haas. In dat gesprek worden de basisvoorwaarden voor het komen tot een afspraak besproken. Volgens het proces-verbaal dat over dit gesprek en de latere gesprekken door De Haas is opgemaakt, wordt daar onder meer aan de orde gesteld dat nooit méér kan worden toegezegd dan vermindering van de strafeis met de helft, dat La Serpe volledig naar waarheid zal moeten verklaren over zijn eigen rol bij de in de overeenkomst opgenomen zaken en daarover volledige openheid van zaken moet geven en dat hij gebruik kan maken van een advocaat ten behoeve van de totstandkoming van de overeenkomst, wiens kosten het Amsterdamse parket zal vergoeden. Op 11 en 12 september 2006 wordt La Serpe uitvoerig gehoord door CIE-verbalisanten en ditmaal worden zijn verklaringen neergelegd in twee kluisverklaringen. De daarin besproken strafbare feiten worden rechnermatig bekeken. Vervolgens wordt La Serpe in de loop van oktober en begin november 2006 in totaal nog vijf dagen ondervraagd door de CIE, waarmee er uiteindelijk 15 kluisverklaringen liggen.

In de maanden daarna heeft La Serpe gesprekken met diverse medewerkers van het Openbaar Ministerie over zijn verklaringsovereenkomst enerzijds (in het Passage-proces wordt deze de OM-deal genoemd) en zijn getuigenbeschermingsovereenkomst ander-

zijds. De onderhandelingen verlopen niet gemakkelijk: met name over de invulling van het getuigenbeschermingsprogramma komen de wensen van La Serpe niet overeen met de voorstellen van het Openbaar Ministerie. In het bijzonder blijkt La Serpe zijn eerder geuite financiële verwachtingen nog niet te hebben laten varen. Met name de financiële aspecten van het getuigenbeschermingsprogramma zijn punten waarover de partijen niet nader tot elkaar lijken te kunnen komen. Hoewel CIE-officier De Haas in beginsel geen rol heeft bij de gesprekken over getuigenbescherming, is hij wel gebrand op het sluiten van de OM-deal en wanneer de onderhandelingen tussen de TGB-officier en La Serpe in december 2006 zodanig zijn vastgelopen dat La Serpe dreigt de stekker uit het hele traject te trekken, is het dan ook De Haas die op slag en sprong afreist in een poging de vastgelopen onderhandelingen vlot te trekken. De kern van het conflict blijkt gelegen in de 'geldelijke garantie' die de Staat kan geven. Omdat het Openbaar Ministerie en La Serpe op dat punt niet nader tot elkaar komen is er nog steeds geen overeenkomst over de invulling van de getuigenbescherming nadat La Serpe zijn straf zal hebben uitgezeten. La Serpe geeft in de jaren daarna consequent aan dat zijn prioriteit bij die getuigenbeschermingsovereenkomst lag en dat hij had geweigerd enige overeenkomst met het Openbaar Ministerie te sluiten zo lang de getuigenbeschermingsovereenkomst niet rond was.

Er wordt die dag in december 2006 uitvoerig door De Haas met La Serpe gesproken over zijn wensen en verwachtingen, waarbij ook een zogenoemde 'lumpsum' vergoeding aan de orde komt. De raadsman van La Serpe is niet aanwezig bij dit onaangekondigde gesprek. La Serpe noemt een concreet bedrag en geeft expliciet aan een dergelijk bedrag en een zelfstandige inkomensvoorziening noodzakelijk te achten om terugval in het criminele milieu in de toekomst te voorkomen. De Haas belooft in het gesprek naar eigen zeggen de wensen van La Serpe over te brengen aan de TGB-officier Van der Bel. Het gesprek wordt afgesloten met een handdruk, welke La Serpe gepaard laat gaan met de mededeling "deal". Volgens De Haas heeft hij op dat moment benadrukt dat van een deal (nog) geen sprake is en dat La Serpe nader in gesprek zal moeten met de TGB-officier van justitie; La Serpe betwist dit en stelt dat er overeenstemming was over de door hem gestelde (financiële) voorwaarden. Bovendien stelt hij dat in genoemd gesprek de bewuste keuze is gemaakt de geëiste financiële garanties onder te brengen in de getuigenbeschermingsovereenkomst, met als voordeel dat deze afspraken dan geheim kunnen blijven.

Op 18 december 2006 is er overleg tussen La Serpe, zijn raadsman en medewerkers van het getuigenbeschermingsprogramma. Onderwerp van gesprek is een concept intentieverklaring getuigenbescherming. De TGB-officier Van der Bel is niet aanwezig, maar neemt via de speaker van de telefoon deel aan het gesprek. De concept intentieverklaring wordt op 22 december 2006 opnieuw besproken tussen De Haas, La Serpe en diens raadsman, waarbij de financiële kant van de zaak nog eens aan de orde wordt gesteld. Dit leidt tot een aangepaste concept intentieverklaring die op 8 januari 2007 door Van der Bel, medewerkers van het Team Getuigenbescherming en La Serpe en zijn advocaat wederom wordt besproken. Men komt er opnieuw niet uit. Op 17 januari 2007 wordt de bespreking voortgezet en wordt na een uitvoerige discussie overeenstemming bereikt

over de inhoud van een “Intentieverklaring financiële bepalingen.” Dit document houdt volgens het daarbij betrokken hoofd van het Team getuigenbescherming de bepalingen in die met La Serpe zijn overeengekomen en die hem hebben bewogen zijn medewerking te verlenen als kroongetuige. De Intentieverklaring is uiteindelijk gedateerd op 23 januari 2007. La Serpe stelt zijn handtekening te hebben gezet, volgens officier van justitie Van der Bel is het document uitsluitend door hem ondertekend (hetgeen abusievelijk eerst op 18 december 2007 plaats heeft gehad) en was de handtekening van La Serpe niet nodig omdat het een eenzijdige intentieverklaring van de Staat betreft. La Serpe krijgt vanwege veiligheidsredenen geen afschrift van het stuk. Op 2 februari 2007 zet La Serpe zijn handtekening onder de kluisverklaringen en op 20 februari 2007 wordt de OM-deal gesloten.

### **Verdere onderhandelingen: 2008-2010**

Daarmee is het onderhandelingstraject echter bepaald nog niet ten einde. Nadat het College van Procureurs-Generaal medio oktober 2007 toestemming geeft voor de voorgestelde beschermingsmaatregelen, worden vanaf januari 2008 de gesprekken met La Serpe gestart ten behoeve van de nadere invulling van die maatregelen. Deze gesprekken raken meermalen in een impasse, waarbij La Serpe uiteindelijk te kennen geeft zelfstandig zorg te willen dragen voor zijn veiligheid na detentie en geen gebruik meer te willen maken van het Team Getuigenbescherming. In maart 2009 worden door het College van Procureurs-Generaal concrete kaders vastgesteld waarbinnen de maatregelen moesten worden vormgegeven. Op 11 maart 2009 leidt dit tot het eerste incident op zitting dat al snel de naam ‘incident La Serpe’ krijgt. La Serpe geeft bij de openbare behandeling te kennen dat het vertrouwen tussen hem en het Openbaar Ministerie weg is omdat zijn veiligheid niet wordt gegarandeerd. Op 25 maart 2009 escaleert het conflict en geeft La Serpe aan geen verklaringen meer te zullen afleggen in de strafzaak. De OM-deal en de getuigenbeschermingsovereenkomst betreffen in zijn overtuiging nadrukkelijk een ‘package deal’ en nu het Openbaar Ministerie de verplichtingen uit de ene overeenkomst (naar het oordeel van La Serpe) niet nakomt acht hij zich gerechtigd zijn verplichtingen uit de andere overeenkomst op te schorten. La Serpe heeft weinig vertrouwen in de arbitrageprocedure zoals deze kennelijk dwingend wordt voorgeschreven in de getuigenbeschermingsovereenkomst. Hij kondigt dan ook aan de gang naar de civiele rechter te willen inzetten.

Het incident wordt gesust en op 2 juni 2009 wordt een overeenkomst op hoofdlijnen gesloten. Volgens het proces-verbaal van de betrokken TGB-Officieren wordt daarmee voorzien in een financiële ondersteuning die de getuige de mogelijkheid biedt om een veilig en legaal sociaaleconomisch bestaan op te bouwen na ommekomst van zijn detentie, welke ondersteuning, deels in de vorm van een lening, is gebonden aan voorwaarden en gefaseerd zal plaatshebben over een langere periode. De overeenkomst zou binnen de door het College in maart 2009 gestelde kaders zijn gebleven. De in het televisie programma NOVA vervatte berichtgeving dat La Serpe een groot geldbedrag zou hebben bedongen wordt door het Openbaar Ministerie van de hand gedaan: de suggestie dat La Serpe een groot geldbedrag zou ontvangen dat hij naar eigen inzicht zou mogen besteden

is “beslist onjuist.” Het door NOVA genoemde bedrag van € 1.000.000 euro en het beeld dat daar omheen is geschetst worden eveneens onjuist genoemd.

Nog geen jaar later volgt in maart 2010 het tweede incident La Serpe. De procedure die La Serpe bij de arbiter heeft gevoerd is niet naar zijn tevredenheid verlopen en La Serpe wil opnieuw het podium in de strafzaak gebruiken om zijn problemen met het Openbaar Ministerie op te lossen. Hij klapt in toenemende mate uit de school omtrent zijn onderhandelingen met het Openbaar Ministerie en met officier van justitie De Haas in 2006 en spreekt in dat verband van ‘handjeklap’ tussen hen beiden. Zo zou hij gevraagd hebben of hij geen beloning kon krijgen in verband met de opgeloste moorden, maar dat bleek niet mogelijk. In ruil daarvoor werd afgesproken dat zou worden afgezien van een ontnemingsvordering in de zaak Houtman, met welke zaak La Serpe naar eigen zeggen €65.000,- had verdiend. La Serpe stelt dat hij door het Openbaar Ministerie onder druk wordt gezet om te blijven verklaren en dat de weigering daartoe consequenties zal hebben voor zijn getuigenbeschermingsovereenkomst. Daaruit blijkt dat er ook in de beleving van het Openbaar Ministerie sprake is van één traject en van samenhangende overeenkomsten, aldus La Serpe. Behalve dat het Openbaar Ministerie La Serpe er doorlopend op wijst dat hij door te verklaren over zijn conflict de in de getuigenbeschermingsovereenkomst opgenomen geheimhoudingsverplichting schendt en dit consequenties kan hebben voor die overeenkomst, dwingen de uitlatingen van La Serpe het Openbaar Ministerie nadere informatie te verstrekken omtrent de met La Serpe in 2006 en daarna gemaakte afspraken. In een proces-verbaal van 9 april 2010 benoemt TGB-officier Verwiel de voorwaarden van de intentieverklaring d.d. 23 januari 2007: de Staat zal een rentedragende lening verstrekken om La Serpe te voorzien van een startkapitaal voor het starten of overnemen van een onderneming, met als voorwaarden dat La Serpe een jaarlijks rentepercentage over de hoofdsom van de lening betaalt, dat hij een realistisch en aanvaardbaar ondernemingsplan overlegt en dat hij zo veel mogelijk zekerheden aan de Staat verschaft. Verder heeft de Staat zich in aanvulling op de lening garant gesteld om voor een periode van drie jaar het bruto-inkomen van La Serpe aan te vullen tot een bedrag iets hoger dan een modaal inkomensniveau. Nadat La Serpe vervolgens aan heeft gegeven zelf in zijn veiligheid te willen voorzien, is zoals ook in 2009 al aangegeven opnieuw met hem onderhandeld. Dat heeft geresulteerd in de overeenkomst op hoofdlijnen van 2 juni 2009. Hierin is de intentieverklaring van 23 januari 2007 nader uitgewerkt en vervangen, aldus nog steeds de TGB-officier van justitie.

Het conflict woedt de hele zomer voort en in oktober 2010 worden door de verdediging van La Serpe allerhande verzoeken aan de rechtbank gedaan, waarin onder andere wordt gesteld dat de geheimhoudingsverplichting die het Openbaar Ministerie aan La Serpe oplegt, een schending oplevert van zijn onder art. 6 EVRM gegarandeerde recht zichzelf in zijn strafzaak te kunnen verdedigen. Nog voordat de rechtbank daarop heeft kunnen beslissen, vindt er echter een herstel van vertrouwen tussen La Serpe en het Openbaar Ministerie plaats: in november 2010 worden alle verzoeken ingetrokken. De verdediging van de verdachten die door La Serpe worden beschuldigd zit ondertussen echter ook niet stil. Zowel in 2009 als in 2010 worden naar aanleiding van de uitlatingen van La

Serpe uitgebreid verzoeken aan de rechtbank gedaan om nader onderzoek te bevelen naar de gang van zaken bij de totstandkoming van de getuigenbeschermingsovereenkomst van La Serpe, waarbij onder andere wordt gevraagd de betrokken Officieren van Justitie als getuigen te mogen horen. Dit leidt tot de zeer uitvoerige tussenbeslissing van 27 april 2010 waarin de rechtbank het juridisch kader voor het doen van onderzoek naar getuigenbeschermingsperikelen in het kader van de strafzaak neerlegt.<sup>495</sup> Deze tussenbeslissing zal ten behoeve van een overzichtelijke weergave van deze toch al complexe materie hierna bij de bespreking van het eindvonnis worden betrokken. Op de plaats kan worden volstaan met de mededeling, dat de rechtbank onvoldoende aanleiding ziet om nader onderzoek naar die getuigenbeschermingsovereenkomst te bevelen, waarmee na het intrekken van de diverse nog uitstaande verzoeken van La Serpe het tweede incident La Serpe tot een einde komt.

### **Naar een afronding: 2011-2012**

Niet voor lang: in 2011 volgt een herhaling van zetten wanneer de verdediging van La Serpe op 29 september te kennen geeft dat de eerder ingetrokken verzoeken opnieuw op tafel worden gelegd. La Serpe doet een hele reeks van beschuldigingen aan het adres van het Openbaar Ministerie, variërend van misleiding, bedreiging, bedrog en misbruik van bevoegdheden. Hij zegt dat hem toezeggingen zijn gedaan die niet worden nagekomen, van welke toezeggingen hij stiekem geluidsopnames heeft gemaakt en die hij (naar eigen zeggen) dus kan bewijzen. Dat bewijs kan hij echter niet openbaren omdat hem is gezegd dat de OM-deal zal worden opgezegd en zijn getuigenbeschermingsovereenkomst zal worden beëindigd. Opnieuw wordt de kwestie uitgebreid ter zitting bediscussieerd en op een onbewaakt ogenblik noemt La Serpe de hoogte van het eerder genoemde lumpsum bedrag dat hij met De Haas zou hebben besproken: dat ging over een bedrag van € 300.000,-. Opnieuw wordt door de verdediging van de medeverdachten gesteld dat de schijn van verkapte financiële beloningen er inmiddels zo dik bovenop ligt dat nader onderzoek onvermijdelijk is, opnieuw stelt het Openbaar Ministerie dat deze suggestie een apert onjuiste weergave van de werkelijkheid geeft en opnieuw wijst de rechtbank de verzoeken tot nader onderzoek af.

De kwestie nadert zijn ontknoping wanneer de NOS op 18 maart 2012 bericht over stukken te beschikken, waaronder de overeenkomst van juni 2009, waaruit onder andere blijkt dat de afspraken met La Serpe een bedrag van in totaal € 1.400.000,- belopen. Dit bedrag zou bestaan uit een renteloze lening van € 600.000,- welke eerst na verloop van 25 jaar (ineens) zou moeten worden terugbetaald, alsmede een bedrag van € 800.000,- dat in de loop van 10 jaar zal worden uitgekeerd als vergoeding voor eigen beveiliging en voor het verwerven van een garantie inkomen. Daarnaast zou La Serpe een schadevergoeding van € 2.300.000,- hebben geëist voor onder meer gedeelde levensvreugde van hem en zijn zoon.<sup>496</sup> Het Openbaar Ministerie reageert als door een wesp gestoken

<sup>495</sup> Tussenbeslissing Rechtbank Amsterdam 27 april 2010, LJN BM2493.

<sup>496</sup> <http://nos.nl/artikel/352929-kroongetuige-la-s-krijgt-14-miljoen.html> (laatst bekeken 17 juli 2013).

en geeft een dag later een persbericht uit onder de kop ‘OM koopt geen verklaringen.’<sup>497</sup> Hierin wordt benadrukt dat noodzakelijke beschermingsmaatregelen geen financieel voordeel voor een getuige zijn, maar voortvloeien uit de zorgplicht van de overheid. De door de NOS genoemde bedragen worden door het Openbaar Ministerie niet betwist en niet bevestigd, maar later blijkt dat de NOS zich baseert op processtukken die La Serpe in het kader van zijn civiele procedure tegen de Staat zelf heeft ingebracht. Bovendien doet de civiele advocaat La Serpe al snel na de berichtgeving door de NOS aangifte van het lekken van informatie door politie of het Openbaar Ministerie. Daarmee kan worden aangenomen dat de bedragen die de NOS heeft genoemd, juist zijn.

Opnieuw worden door de verdediging van de medeverdachten verzoeken tot nader onderzoek gedaan, waarbij behalve op de materiële inhoud van de getuigenbeschermings-overeenkomst van La Serpe inmiddels ook wordt gewezen op de formele kant van de zaak, in het bijzonder de informatieverstrekking van de zijde van het Openbaar Ministerie. Van een lineaire en eenduidige verstrekking van informatie over de met La Serpe gemaakt afspraken was immers bepaald geen sprake geweest: deze was gefragmenteerd, in een grote hoeveelheid processen-verbaal, in de loop der jaren ingebracht. Als gevolg daarvan werd pas in 2010 duidelijk wat er in januari 2007 overeen was gekomen en werd pas in 2012 bekend wat er met die afspraken uit 2007 was gebeurd in de overeenkomst van juni 2009. De laatste overeenkomst werd kort daarna alweer vervangen door een eindovereenkomst die in mei 2012 zou zijn gesloten, welke helemaal onbekend is gebleven. Waar in processen-verbaal uit 2007 werd gesuggereerd dat een volledige weergave was gegeven van de contactmomenten tussen La Serpe en het Openbaar Ministerie, bleek die weergave uiteindelijk allesbehalve volledig en waren verschillende onderhandelingsmomenten die een cruciale rol hadden gespeeld bij de totstandkoming van beide overeenkomsten van La Serpe niet genoemd. Pas naar aanleiding van de verklaringen van La Serpe werd dat beeld gecorrigeerd en werd toegegeven dat er voorafgaand aan de OM-deal door La Serpe met De Haas over geld was gesproken, en dat er eveneens voorafgaand aan de OM-deal financiële toezeggingen waren gedaan door TGB-officieren. De verdediging van de medeverdachten betoogt bovendien dat de inhoud van de informatie over de overeenkomsten van januari 2007 en juni 2009, zoals deze informatie in 2009 en 2010 was ingebracht, zodanig afwijkt van hetgeen in 2012 bekend was geworden, dat de vraag of nog kon worden gesproken van een juiste informatievoorziening van de zijde van de (verschillende onderdelen van) het Openbaar Ministerie, inmiddels gerechtvaardigd was. Opnieuw wordt verzocht om nader onderzoek naar de getuigenbeschermings-overeenkomst en diens totstandkoming, opnieuw wijst de rechtbank de verzoeken af.<sup>498</sup>

De met La Serpe op het gebied van getuigenbescherming gemaakte afspraken en in dat verband gesloten overeenkomsten, zijn dus nooit onderdeel geweest van de procedure. Zij niet onderworpen geweest aan een toetsing door enige instantie buiten het Openbaar

497 [http://www.om.nl/organisatie/rijksrecherche/werken\\_bij/@158571/koopt-verklaringen/](http://www.om.nl/organisatie/rijksrecherche/werken_bij/@158571/koopt-verklaringen/) (laatst bekeken 17 juli 2013).

498 Tussenbeslissing Rechtbank Amsterdam 16 april 2012.

Ministerie. Dat geldt uiteraard niet voor de OM-deal, de overeenkomst die op grond van art. 226g Sv is gesloten. Die laatste overeenkomst bevindt zich vanaf het begin van het proces bij de stukken, maar ziet niet op enige getuigenbeschermingsaspecten. Dat wil zeggen: getuigenbescherming komt aan de orde wanneer onder het kopje dat ziet op de omvang van de vervolging van La Serpe wordt overwogen dat om redenen van opportuniteit in de zaak Houtman geen ontnemingsmaatregel zal worden gevorderd. Zo een maatregel verdraagt zich volgens de overeenkomst niet met de financiële positie van La Serpe op dat moment, mede gezien “in het licht van de naar verwachting te nemen (financiële) maatregelen van de getuigenbescherming” en het feit dat de getuige afstand doet van het recht op enige beloning voor het ‘oplossen’ van de zaken als bedoeld in de Regeling Bijzondere opsporingsgelden.<sup>499</sup> In hetzelfde onderdeel van de overeenkomst wordt neergelegd dat voor een deel van de feiten waarover La Serpe heeft verklaard, vanwege het ontbreken van voldoende wettig en overtuigend bewijs of vanwege opportunititsredenen is besloten van vervolging in die zaken af te zien. La Serpe zal uiteindelijk worden vervolgd voor het medeplegen van een moord, voor het medeplegen van een poging tot moord of de voorbereidingen daartoe, en voor het medeplegen van een poging tot uitlokking van moord. Er wordt overeengekomen dat het Openbaar Ministerie bij onverkorte nakoming van de belofte van La Serpe dat hij volledig en naar waarheid zal verklaren geen 16 jaar zal eisen, zoals zonder overeenkomst zou zijn gebeurd, maar de helft, acht jaren gevangenisstraf.

Zowel over deze strafrechtelijke overeenkomst als over de (deels onbekend gebleven) privaatrechtelijke overeenkomst heeft de rechtbank zich een oordeel moeten vormen. Bij de eerste overeenkomst speelt met name de vraag naar de gedane toezeggingen, waaronder de afspraak dat van ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel zou worden afgezien. Bij de privaatrechtelijke overeenkomst gaat het vooral om de vraag of daar afspraken zijn ondergebracht die als verkapte toezeggingen moeten worden aangemerkt en of het Openbaar Ministerie daar (voldoende) transparant of zelfs maar waarheidsgetrouw over is geweest.

### 5.2.2 *Het oordeel over de verklaringsovereenkomst: de ontnemingstoezegging*

#### **Het verschil in wetssystematiek 2001-2004/2005: verschuivende panelen?**

Bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de aan La Serpe gedane toezeggingen en de daaraan ten grondslag liggende Aanwijzing van het College van Procureurs-Generaal bespreekt de rechtbank eerst in grote lijnen de wetsgeschiedenis, in het bijzonder de verhouding tussen art. 226g Sv en de ‘reguliere bevoegdheden’ van het Openbaar Ministerie. Na een korte samenvatting van de wetshistorie zoals deze hierboven in hoofdstuk 2 zeer uitgebreid aan de orde is gesteld, komt de rechtbank onder het kopje ‘beschouwing’ tot een interpretatie van die wetshistorie. Gezien het belang voor dit onderzoek zal die beschouwing integraal worden opgenomen en worden besproken.

<sup>499</sup> Regeling Bijzondere opsporingsgelden, 5389067/505 Stcrt. 2006, 39.

Over het verschil tussen de wetssystematiek van het door de Tweede Kamer in 2001 aangenomen wetsvoorstel enerzijds en de interpretatie van onder andere minister Donner in 2004 en 2005 anderzijds overweegt de rechtbank als volgt:

*“Uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden dat de wetgever in eerste instantie een gesloten formeel-wettelijk systeem tot stand heeft willen brengen en dat daarbij alleen de toezegging van verlaging van de strafeis en beperkte gunsten toelaatbaar werden geacht. Met de toevoeging bij amendement van de laatste volzin aan artikel 226g, eerste lid, is dit nog eens extra benadrukt.*

*Nadat enige jaren praktijkervaring was opgedaan met de voorgestane regeling (in de vorm van de Tijdelijke Aanwijzing) en deze door het openbaar ministerie in de praktijk ontoereikend was bevonden, zijn de panelen echter gaan schuiven. Een minderheid van de Tweede Kamer wilde er onverkort aan vasthouden dat alleen strafvermindering en beperkte gunsten aan criminele getuigen zouden mogen worden toegezegd. Een meerderheid stond – in meerdere of mindere mate – welwillend tegenover de wensen van de Minister maar wilde een nadere juridische en/of inhoudelijke toelichting op het door hem voorgestane systeem. Omdat men in ieder geval geen verdere vertraging wilde oplopen bij het creëren van enige formeelwettelijke basis voor de overeenkomst met de kroongetuige, is de discussie met stemming over een amendement en met de aankondiging door de Minister van een ruimere aanwijzing geëindigd. Toezending van die ruimere, ten tijde in geding geldende aanwijzing op een later moment heeft niet tot enige reactie van de Tweede Kamer geleid.*

*In de Eerste Kamer heeft het debat zich met name toegespitst op de vraag of artikel 167 Sv een voldoende specifieke wettelijke basis bood voor toezeggingen aan criminele getuigen, maar tot een eenduidig antwoord is het niet gekomen. Kennelijk onder het motto: “Beter iets dan niets” is het wetsvoorstel aangenomen.*

*Uit de geschetste gang van zaken leidt de rechtbank af dat een meerderheid in beide Kamers ten tijde van de inwerkingtreding van de kroongetuigenregeling niet zozeer de wens had de toezeggingen aan criminele getuigen te beperken tot uitsluitend verlaging van de strafeis en kleine gunsten. Men wilde de overeenkomst formeelwettelijk vastleggen en men wilde geen toezeggingen waarvoor geen enkele wettelijke basis bestond. Gebruikmaking van reeds bestaande bevoegdheden lijkt door de meerderheid van beide Kamers op zich niet onaanvaardbaar te zijn geacht, mits bij aanwijzing duidelijk zou worden geregeld welke toezeggingen wel en welke toezeggingen niet toelaatbaar waren en mits het openbaar ministerie over gemaakte afspraken volledige openheid zou betrachten. Of een dergelijke inrichting van de regelgeving rondom toezeggingen aan kroongetuigen juridisch kon standhouden, werd betwijfeld maar is ter beoordeling aan de rechter gelaten. Uit het feit dat de*

*Tweede Kamer sinds de toezending van de huidige Aanwijzing in maart 2006 het stilzwijgen heeft bewaard, maakt de rechtbank op dat er binnen het parlement geen overwegende materiële bezwaren leven tegen de wijze waarop het openbaar ministerie volgens de Aanwijzing zijn bevoegdheden mag hanteren om met criminele getuigen tot overeenstemming te komen.”*

De rechtbank stelt bij de aanvang van haar beschouwing dus dat de wetgever ‘in eerste instantie’ een gesloten formeel-wettelijk systeem tot stand heeft willen brengen, en dat het amendement Rouvoet-Van der Staaij als uitdrukking van die wens van de wetgever moet worden beschouwd. Dat kan als een bevestiging worden beschouwd van de hierboven betrokken stelling dat ten tijde van het in de Tweede Kamer aannemen van wetsvoorstel 26294 een gesloten systeem werd neergelegd. Nu daarmee op grond van de in het staatsrecht geldende regels de tekst van het wetsvoorstel werd vastgelegd, en daar door de Minister of de Tweede Kamer geen wijzigingen meer in konden worden aangebracht, roept dat de vraag op of het juridisch relevant is of de panelen enkele jaren later zijn gaan schuiven, zoals de rechtbank overweegt. Dit nog los van het feit dat niet duidelijk is op grond waarvan de rechtbank meent dat deze panelen zouden zijn gaan schuiven, of waar de rechtbank de stelling op baseert dat een minderheid van de Tweede Kamer onverkort wilde vasthouden aan dat gesloten systeem, maar een meerderheid welwillend tegenover de wensen van de Minister zou staan. Het voorstel van de Minister tot uitbreiding van het wettelijk systeem zoals dat op 8 september 2004 na het aannemen van het aanvankelijke wetsvoorstel onderwerp van debat in de Tweede Kamer is geweest, is niet in stemming gebracht. Een kwantificering van het oordeel van de Tweede Kamer is reeds daarom lastig. Wel hebben woordvoerders van de verschillende partijen zich uitgesproken, maar dat de meerderheid van die woordvoerders in meer of mindere mate welwillend zou zijn valt uit het verslag van het debat van 8 september 2004 niet af te leiden. Zoals besproken in paragraaf 2.4.2 blijft een duidelijke standpuntbepaling over de vraag of de Minister middels een wijziging van de Aanwijzing de werking van het wetsvoorstel kan verruimen, bij een deel van de woordvoerders uit. Rouvoet (CU) is duidelijk tegen, zowel inhoudelijk als vanuit staatsrechtelijk perspectief en wat hij de zorgvuldigheid van het wetgevingsproces noemt.<sup>500</sup> Ook Vos (Groenlinks) spreekt zich nadrukkelijk uit tegen het voornemen van de Minister en vóór behoud van de in 2001 getrokken grenzen.<sup>501</sup> Hetzelfde geldt voor Van der Staaij (SGP) en De Wit (SP).<sup>502</sup> Wolfsen (PvdA) staat welwillend tegenover het verlenen van meer mogelijkheden aan het Openbaar Ministerie, maar lijkt te betogen dat een wetswijziging daarvoor noodzakelijk is, al kan dit niet met zekerheid uit zijn moeilijk navolgbare bijdrage worden afgeleid. Van Haersma Buma (CDA) meent dat het Openbaar Ministerie ruimte moet hebben om de deal te kunnen sluiten, maar zegt niet mee te willen gaan met de voorstellen van de werkgroep Plooi en lijkt die ruimte te willen beperken tot een uitbreiding van de strafvermindering tot maximaal de helft (en dus niet met de uitbreiding die de Minister voorstelt). Hij meent dat dit niet middels

500 P. 96-6199.

501 P. 96-6197.

502 Respectievelijk p. 96-6210 en 96-62111.

een uitbreiding van de Aanwijzing kan geschieden, maar dat de wet zou moeten worden aangepast en stelt in dat verband voor een novelle op te stellen ten behoeve van de Eerste Kamer, al realiseert hij zich naar eigen zeggen dat dit een merkwaardige procedure is.<sup>503</sup> Griffith (VVD) wenst met name meer informatie van de Minister te krijgen over de vraag waarom een uitbreiding van de mogelijkheden nu ineens noodzakelijk zou zijn. Zij vraagt aandacht voor de mogelijke slachtoffers van een kroongetuige (overigens naar het zich laat aanzien met name in relatie tot de door de Minister niet voorgestelde immuniteitstoezegging) en lijkt van oordeel te zijn dat onvoldoende duidelijk is gemaakt waarom er een verruiming van de toezeggingen die het Openbaar Ministerie mag doen, zou moeten komen. Anderzijds stelt zij dat de VVD-fractie voorstander is van bestrijding van criminaliteit en van het inzetten van middelen die op dat moment onbenut blijven. Zij lijkt te stellen dat de wet eerst maar eens door de Eerste Kamer moet worden aangenomen en van kracht moet worden, en dat daarna kan worden beoordeeld of de noodzaak tot uitbreiding bestaat.<sup>504</sup>

De situatie is daarmee aldus dat de woordvoerders van de kleinere partijen zich ondubbelzinnig en zowel inhoudelijk als procedureel tegen het voornemen van de Minister hebben uitgesproken. De bijdragen van de grotere partijen zijn verre van ondubbelzinnig, maar dat zij akkoord zouden zijn gegaan met het toekennen van meer mogelijkheden aan het Openbaar Ministerie, los van de vraag hoe en op welke wijze dit zou moeten gebeuren en of dit staatsrechtelijk in die fase nog mogelijk was zonder aanpassing of zelfs intrekking van de wet, kan niet worden gesteld. Dat was zoals besproken ook de conclusie van de Minister, die in zijn brief aan de Eerste Kamer van 24 januari 2005 onderkende dat behoudens een wijziging van de toe te zeggen strafvermindering zoals opgenomen in het amendement Wolfsen en Van Haersma Buma, er geen meerderheid in de Tweede Kamer aanwezig was voor een verdere verruiming of substantiële wijziging van het wetsvoorstel.

Het is juist dat het debat zich in de Eerste Kamer hoofdzakelijk heeft toegespitst op de formele kant van de zaak en op de vraag of het opportuniteitsbeginsel zoals de Minister stelde voldoende wettelijke grondslag bood om buiten het bestek van het wetsvoorstel toezeggingen te doen aan kroongetuigen. Hoewel verschillende senatoren het op verschillende wijze hebben verwoord, is de conclusie over de door de Minister voorgestelde verruiming van de wet aan de hand van de Aanwijzing best eenduidig: de meerderheid van de senatoren meent dat dit juridisch niet kan. Wagemakers (CDA), Rosenthal (VVD), Kox (SP), de Wolf (Groenlinks) en Holdijk (SGP) stellen allemaal dat aanvullende wetgeving noodzakelijk wordt geacht om de door de Minister voorgestelde uitbreiding van toezeggingsmogelijkheden te realiseren. Dit leidt tot de herhaalde verzekering van die Minister dat zou de vrees van de senatoren dat een uitbreiding van de toezeggingsmogelijkheden buiten het wettelijk systeem door de rechter onrechtmatig wordt geacht bewaarheid worden, hij alsnog aanvullende wetgeving zal bevorderen.

503 P. 96-6208.

504 P. 96-6203.

In de Passage-zaak leidt de rechtbank uit de gang van zaken echter af dat een meerderheid in beide kamers “ten tijde van de inwerkingtreding van de kroongetuigenregeling niet zozeer de wens had” om de toezeggingen aan kroongetuigen te beperken tot de strafeis en de kleine gunsten. Daarmee lijkt de rechtbank de beoordeling van het standpunt van de wetgever te verplaatsen van het moment van het aannemen van de wet, naar het moment van de inwerkingtreding van de wet. Die inwerkingtreding lag echter bijna vijf jaar na de stemming in de Tweede Kamer en anderhalf jaar na het door de Tweede Kamer in meerderheid ingenomen standpunt dat aan verdere verruiming of substantiële wijziging van het wetsvoorstel, anders dan een verhoging van de maximale strafvermindering, geen behoefte bestond.<sup>505</sup> Waar de rechtbank een gewijzigd inzicht van de wetgever te tijde van het in werking treden van de wet uit afleidt is bovendien niet duidelijk, anders dan dit is ingegeven door de veronderstelling dat er na toezending van de nieuwe Aanwijzing in maart 2006 geen verzet vanuit de Tweede Kamer is geweest, zoals binnen twee pagina’s niet minder dan vier keer wordt gesteld. Daarmee lijkt het er op dat noch de in 2001 op democratische wijze tot stand gekomen wetssystematiek, noch de bevestiging van die systematiek in 2004, door de rechtbank doorslaggevend wordt geacht, maar dat de wil van de wetgever wordt afgeleid uit het uitblijven van een reactie wanneer die systematiek in 2006 wordt doorbroken.<sup>506</sup>

Dat is een opmerkelijke benadering van het wetgevingsproces en lijkt mij een miskennen te zijn van het uitgangspunt dat wanneer een wetsvoorstel door de Tweede Kamer wordt vastgesteld, dat wetsvoorstel inhoudelijk niet meer kan worden gewijzigd maar slechts kan worden ingetrokken. Indien in de loop der jaren de panelen zijn gaan verschuiven, zoals de rechtbank veronderstelt, dan is het aan de wetgever om de wet met gebruikmaking van het daartoe voorgeschreven en met waarborgen omklede instrumentarium te wijzigen of in te trekken. Door te stellen dat ‘men’ er naar verloop van tijd anders over denkt en door op grond daarvan een (blijkens de overweging over het gesloten systeem ook volgens de rechtbank) evident andere uitleg aan een wet te geven, worden de fundamenteën onder het wetgevingsproces weggeslagen. De rol van de wetgevende macht en het democratisch systeem waarbinnen deze functioneert worden daardoor in de kern geraakt, nu de democratisch verkozen volksvertegenwoordiging in die lezing er niet meer op zou kunnen vertrouwen dat wetten die door hen worden vastgesteld enige waarde zullen hebben wanneer een anders samengestelde volksvertegenwoordiging

505 Waar de rechtbank de uitkomst van dit debat verwoordt door te stellen dat voor “ingrijpende aanpassingen in het wetsvoorstel op korte termijn geen meerderheid te vinden was” (laatste alinea p. 18 van het vonnis) is dit een onjuiste weergave van deze uitkomst en van hetgeen in de memorie van antwoord van 24 januari 2005 wordt gesteld. Immers niet alleen voor ingrijpende aanpassingen in het wetsvoorstel was geen meerderheid te vinden, hetzelfde geldt voor ‘verdere verruiming’ in het algemeen. Of dit op lange termijn anders zou zijn dan op korte termijn, kan niet blijken.

506 Anders dan Mols meen ik dan ook dat de weergave van de wetgeschiedenis door de rechtbank geen juist beeld geeft van de door de wetgever neergelegde regeling en dat deze weergave daarmee dus niet als ‘voorbeeldig’ kan worden aangemerkt. Mols 2013, p. 302.

enkele jaren later nalaat te protesteren wanneer de uitvoerende macht op eigen houtje besluit dat het anders moet.<sup>507</sup>

### **Opportunititeit en de algemene bevoegdheden**

De redenering om tot relativering van het door de rechtbank vastgestelde gesloten wettelijke systeem te komen wordt in het tweede deel van de beschouwing voortgezet. Dat vervolg geeft blijk van een instrumentalistische benadering van het recht en van de figuur van de kroongetuige in het bijzonder:

*“De rechtbank zal tegen deze achtergrond bezien of er een toereikende juridische grondslag is voor de in de Aanwijzing geregelde inzet van algemene bevoegdheden door het openbaar ministerie om met een criminele getuige tot overeenstemming te komen. Daarbij zal de rechtbank vooral letten op de hoofddoelen die destijds bij de wetgever hebben voorgezeten, te weten: een wettelijke basis, transparantie en toetsbaarheid door de rechter. De rechtbank overweegt dan als volgt.*

*De Aanwijzing betreft de hantering van bevoegdheden die het openbaar ministerie op grond van de wet heeft, met het doel om met een criminele getuige tot overeenstemming te komen. Bij de Aanwijzing heeft het openbaar ministerie beleidsregels vastgesteld waarmee het zichzelf beperkt in de wijze waarop het voor dat doel van die wettelijke bevoegdheden gebruik maakt. Daarbij zijn de instrumenten die tijdens de parlementaire behandeling steeds onaanvaardbaar zijn bevonden, zoals onderhandelingen over de inhoud van de tenlastelegging en het toezeggen van strafrechtelijke immuniteit, gekwalificeerd als ontoelaatbare toezeggingen.*

*Het enkele feit dat algemene bevoegdheden, die door het openbaar ministerie mogen worden gehanteerd vanuit het opportuniteitsbeginsel, worden ingezet voor het specifieke doel om met een criminele getuige tot overeenstemming te komen, betekent naar het oordeel van de rechtbank op zichzelf niet dat er sprake is van misbruik van bevoegdheid. Het kan immers in het algemeen belang zijn om over de verklaringen van een criminele getuige te kunnen beschikken. Wel zal de wijze waarop de algemene bevoegdheden in het concrete geval zijn ingezet moeten voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit.*

*De Aanwijzing vormt recht in de zin van artikel 79 van de Wet RO. De rechter kan daarom gemaakte afspraken aan de Aanwijzing toetsen en aan eventuele*

507 Dit nog los van de vraag of Kamerleden de taakstelling laat staan de tijd en gelegenheid hebben om in de gaten te houden of wetgeving, die is aangenomen in een periode dat zij zelf nog niet in de Kamer zaten door collega's die inmiddels weg zijn en waarmee zij weinig tot niets te maken hebben gehad, in overeenstemming is met beleid of andere lagere regelgeving. De vraag stellen is hem beantwoorden, lijkt me.

*overschrijding van de bij de Aanwijzing geformuleerde grenzen consequenties verbinden. Verder is de Minister over de inhoud en de toepassing van de Aanwijzing verantwoording verschuldigd aan het parlement. De toezending aan het parlement van de Aanwijzing, waarin aan het openbaar ministerie werd toegestaan om bepaalde algemene bevoegdheden in te zetten om tot overeenstemming met de getuige te komen, heeft voor zover valt na te gaan niet geleid tot enig kritisch geluid vanuit het parlement.*

*Ten slotte voorziet de Aanwijzing in duidelijke procedurele waarborgen doordat de Centrale Toetsingscommissie, het College van Procureurs-Generaal en zo nodig de Minister van Justitie de voorgenomen overeenkomst toetsen alvorens deze tot stand komt. De wet en de Aanwijzing voorzien in transparantie over de (totstandkoming van de) gemaakte afspraken naar de rechter en de verdediging, en in toetsing van de uiteindelijke overeenkomst door de rechter-commissaris en de zittingsrechter aan de eisen van o.a. proportionaliteit en subsidiariteit.*

*Naast het bestaan van een formeelwettelijke basis en de aanwezigheid van procedurele waarborgen acht de rechtbank voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de Aanwijzing van groot belang dat de kroongetuigenregeling in het leven is geroepen met het oog op de bestrijding van zeer zware criminaliteit met behulp van getuigenverklaringen vanuit het criminele circuit. Van een potentiële kroongetuige die uiterst belastend kan verklaren over zeer ernstige delicten, wordt veelal gevraagd inzicht te geven in eigen, ernstig strafbaar handelen en zijn eigen veiligheid ernstig en zeer langdurig op het spel te zetten. Het openbaar ministerie zal het vertrouwen van de potentiële getuige langzaam maar zeker moeten winnen. In een dergelijke situatie heeft het openbaar ministerie per definitie een zekere speelruimte nodig om effectief te kunnen opereren. Een interpretatie waarbij vrijwel iedere speelruimte aan het openbaar ministerie wordt ontnomen doet het nuttig effect van de regeling teniet.”*

Allereerst is in deze overwegingen van de rechtbank de echo van de benadering van minister Donner hoorbaar, wanneer wordt gesteld dat het Openbaar Ministerie zichzelf in de Aanwijzing beperkt in de wijze waarop gebruik wordt gemaakt van de wettelijke bevoegdheden, in plaats van dat (het systeem van) de wet die beperkingen aan het Openbaar Ministerie oplegt. Bijzonder is ook dat de rechtbank daarbij overweegt dat instrumenten die tijdens de parlementaire behandeling steeds onaanvaardbaar zijn bevonden zoals strafrechtelijke immuniteit, door het Openbaar Ministerie zelf als ontoelaatbare toezeggingen zijn aangemerkt. Die twee uitgangspunten lijken moeilijk verenigbaar. Immers wanneer de rechtbank meent dat door het feit dat bepaalde instrumenten bij de parlementaire behandeling steeds onaanvaardbaar zijn bevonden het Openbaar Ministerie gedwongen is die instrumenten niet te gebruiken, is van een zichzelf beperken door het Openbaar Ministerie geen sprake. Het Openbaar Ministerie wordt dan immers

beperkt door de kaders zoals de wetgever deze vastlegt. Het lijkt er echter op dat de rechtbank bedoelt dat het Openbaar Ministerie *niét* gebonden is aan de beslissing omtrent de onaanvaardbaarheid van de bij de parlementaire behandeling besproken instrumenten. Dat standpunt komt voort uit de wijze waarop de rechtbank het opportuniteitsbeginsel en het legaliteitsbeginsel in de context van het wetsvoorstel uitlegt.

Vooropgesteld moet worden dat het opportuniteitsbeginsel primair ziet op de vervolgingsbeslissing en geen vrijbrief voor het Openbaar Ministerie vormt om allerhande toegekende bevoegdheden naar believen in te zetten wanneer het maatschappelijk belang daar naar het oordeel van het Openbaar Ministerie mee is gediend. Dat het in het algemeen belang kan zijn om over de verklaringen van een criminele getuige te kunnen beschikken, betekent dan ook niet dat het opportuniteitsbeginsel een wettelijke grondslag biedt om al het mogelijke te kunnen doen om die verklaringen te verkrijgen, dit nog los van het feit dat het algemeen belang daarmee wel erg gemakkelijk wordt vereenzelvigd met het vervolgingsbelang. Bovendien heeft de wetgever, die het Openbaar Ministerie middels het opportuniteitsbeginsel bepaalde mogelijkheden toekent, die mogelijkheden aan grenzen verbonden wanneer overeenkomsten met kroongetuigen worden gesloten. Daarmee werd uitdrukking gegeven aan het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel dat strafvordering plaatsheeft op de wijze bij de wet voorzien, en dat het Openbaar Ministerie slechts bevoegdheden heeft waar de formele wet deze bevoegdheden toekent en voor die gevallen waarvoor de formele wet die bevoegdheden heeft toegekend. Een lezing van art. 167 Sv die erop neer komt dat het opportuniteitsbeginsel het Openbaar Ministerie machtigt om al datgene te doen dat het Openbaar Ministerie in het algemeen belang acht, is in strijd met het legaliteitsbeginsel én het opportuniteitsbeginsel en zou in haar meest doorgevoerde vorm tot het door de Commissie Van Traa gelogenstrafte uitgangspunt leiden dat al wat niet in de wet verboden is, mag. Natuurlijk is het zo dat het enkele feit dat algemene bevoegdheden worden ingezet voor het specifieke doel om met een criminele getuige tot overeenstemming te komen, niet betekent dat sprake is van misbruik van bevoegdheden, maar dat wordt anders op het moment dat de wetgever die algemene bevoegdheden specifiek niet van toepassing heeft verklaard op een overeenkomst met een kroongetuige. Bovendien keert de rechtbank de redenering om: de toets zou moeten zijn of het Openbaar Ministerie zich houdt aan de bevoegdheden die het toegekend heeft gekregen, niet of het zich niet schuldig maakt aan *detournement de pouvoir*.<sup>508</sup> Anders gezegd: het Openbaar Ministerie handelt slechts rechtmatig wanneer het de hem in de wet toegekende bevoegdheden gebruikt in die gevallen waarvoor de wet die bevoegdheden verleent en niet door geen misbruik te maken van de hem toegekende bevoegdheden.

Na (voor een vierde en laatste keer) te hebben gewezen op het uitblijven van een reactie van de Tweede Kamer en een vermelding van de procedurele waarborgen die in die Aanwijzing zijn vervat, te weten dat de CTC, het College van Procureurs-generaal en zo nodig de Minister van Justitie de voorgenomen overeenkomst toetsen, wordt de laatste stap in de redenering van de rechtbank gezet. De rechtbank overweegt dat voor de

508 Zie hierover ook de discussie in de Eerste Kamer tussen Rosenthal en Minister Donner.

beoordeling van de rechtmatigheid van de Aanwijzing van belang moet worden geacht dat deze in het leven is geroepen met het oog op de bestrijding van zeer zware criminaliteit en dat van een kroongetuige veel wordt gevraagd. Met het oog daarop moet het Openbaar Ministerie in deze visie van de rechtbank een zekere speelruimte hebben om effectief te kunnen opereren en een interpretatie waarbij vrijwel iedere speelruimte aan het Openbaar Ministerie wordt ontnomen, doet het nuttig effect van de regeling naar het oordeel van de rechtbank teniet.

Met verwijzing naar de consoliderende functie van wetgeving zoals deze hierboven in paragraaf 4.2.2 is aangestipt, miskent de rechtbank met deze overwegingen dat de afweging tussen een effectieve regeling enerzijds en andere belangen anderzijds al gemaakt is door de wetgever, en dat het niet aan de rechtbank is die overweging over te doen met een ander resultaat tot gevolg. Zoals herhaaldelijk besproken is het in art. 226g Sv neergelegde gesloten model nu juist tot stand gekomen als gevolg van een zeer langdurig wetgevingsproces waarin door de verschillende daarbij betrokken Kamerleden alle voors en tegens zijn afgewogen, met de wettelijke regeling tot gevolg. De rechtbank kan wel menen dat een ‘interpretatie’ waarbij het Openbaar Ministerie weinig speelruimte krijgt gevolgen heeft voor het nuttig effect van die regeling, maar daarmee neemt de rechtbank plaats op de stoel van de wetgever, nog los van het feit dat de rechtbank met deze overweging weinig recht doet aan de zeer uitvoerige deliberatie die de Tweede Kamer aan deze wettelijke regeling heeft gewijd. Dat de rechtbank en passant de door de wetgever neergelegde wetssystematiek degradeert tot een interpretatie en onomwonden stelt dat de gekozen wetssystematiek de regeling nutteloos maakt, maakt het er niet beter op.

### **De conclusie van de rechtbank: voldoende juridische grondslag**

Na deze beschouwingen laten de conclusies van de rechtbank zich raden. Er wordt geen probleem gezien in de handelwijze van het Openbaar Ministerie en de Aanwijzing die aan het Openbaar Ministerie toezeggingsmogelijkheden biedt die de wetgever keer op keer expliciet heeft willen uitsluiten, wordt als een voldoende en rechtmatige juridische grondslag voor het doen van die toezeggingen aangemerkt:

*“De rechtbank komt dan tot de volgende conclusies ten aanzien van het juridisch kader.*

*In de eerste plaats blijven algemene bevoegdheden van het openbaar ministerie, zoals de bevoegdheid om de verdachte voor bepaalde zaken niet te vervolgen op grond van het opportuniteitsbeginsel en de bevoegdheid om schikkingen te treffen met betrekking tot wederrechtelijk verkregen voordeel bestaan, ook al wordt met de verdachte een overeenkomst ex artikel 226g Sv gesloten. Niet uit te sluiten valt echter dat deze bevoegdheden worden gebruikt op een wijze die geen andere conclusie toelaat dan dat sprake is van een verkapte toezegging voor verklaringen. In dat geval rijst de vraag of er sprake is van een geoorloofde toezegging.*

*In de tweede plaats bieden artikel 226g Sv, de wettelijke bepalingen waarbij aan het openbaar ministerie algemene bevoegdheden worden toegekend en de Aanwijzing in hun onderlinge samenhang een toereikende wettelijke grondslag aan het openbaar ministerie om deze algemene bevoegdheden op de door de Aanwijzing voorziene wijze in te zetten om met een getuige tot overeenstemming te komen. Van een intransparant gebruik van een omstreden opsporingsmethode zonder wettelijke grondslag, voor welk gevaar in het rapport van de commissie Van Traa werd gewaarschuwd, is bij naleving van de Aanwijzing in het geheel geen sprake. Uiteraard dient het openbaar ministerie bij het sluiten van een overeenkomst niet alleen de grenzen van de Aanwijzing in acht te nemen, maar dient het geheel van toezeggingen ook te voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit en dient het openbaar ministerie (met een uitzondering waar het gaat om getuigenbescherming) transparant te zijn over gemaakte afspraken.*

*Meer in het bijzonder vormen naar het oordeel van de rechtbank de artikelen 36e Sr (inzake de ontnemingsvordering) en 511c Sv (inzake de bevoegdheid van het openbaar ministerie om met de verdachte of veroordeelde tot een schikking te komen totdat de rechter op de ontnemingsvordering heeft beslist), het opportuniteitsbeginsel en punt 4 van de Aanwijzing, beschouwd in onderlinge samenhang, een voldoende juridische grondslag voor de bevoegdheid van het openbaar ministerie om in het kader van een overeenkomst met een criminele getuige toe te zeggen voor ten hoogste de helft van een ontnemingsvordering af te zien, waarbij moet worden voldaan aan de eisen van proportionaliteit, subsidiariteit en transparantie.”*

Anders dan de rechtbank meen ik dat de wetgever door de expliciete beslissing het doen van toezeggingen aan getuigen van een wettelijke grondslag te voorzien, een beperking heeft aangebracht op wat door de rechtbank als de algemene bevoegdheden van het Openbaar Ministerie worden aangemerkt. Daardoor is die wettelijke regeling leidend geworden en kunnen die algemene bevoegdheden niet onverkort door het Openbaar Ministerie ingezet worden bij het sluiten van een overeenkomst met een getuige. De grenzen van het opportuniteitsbeginsel (en van de andere aan het Openbaar Ministerie toegekende bevoegdheden) worden bepaald door de wetgever, die daar in dit geval ook beslissingen over heeft genomen. Als gevolg daarvan is het Openbaar Ministerie bij het sluiten van een overeenkomst niet primair gebonden aan de grenzen van de Aanwijzing en de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, maar aan de wet, in het bijzonder aan art. 226g lid 1 Sv, dat uitsluitend voorziet in de toezegging dat een lagere straf zal worden geëist. De koppeling naar de bepalingen betreffende de ontnemingsvordering en de bevoegdheid van het Openbaar Ministerie om tot een schikking over zo een vordering te komen, lijdt aan eenzelfde manco, nu ook die bepalingen derogeren aan het in art. 226g neergelegde kader. Deze aan het Openbaar Ministerie toekomende bevoegdheden zijn op het moment dat deze worden ingezet teneinde te komen tot een overeenkomst met een getuige (*do ut des*) onderworpen aan het wettelijke regime van de kroongetuigenregeling.

Hetzelfde geldt voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel in zijn meest zuivere betekenis, de beslissing omtrent vervolging. Ook die beslissing, die zowel ziet op de vraag of voor een strafbaar feit dient te worden vervolgd als op de vraag op welke wijze dat dient te gebeuren, is in haar algemeenheid onbetwist voorbehouden aan het Openbaar Ministerie. Op het moment dat deze bevoegdheid wordt ingezet in de context van een overeenkomst met de kroongetuige is ook deze bevoegdheid echter onderworpen aan de wettelijke regeling en daarmee niet toegestaan. Het opportuniteitsverbod is niet het gevolg van “eigen beperking” door het Openbaar Ministerie, maar van de uitdrukkelijke beslissing van de wetgever dat immuniteit niet aan een kroongetuige mag worden toegezegd. De meest cynische consequentie van het oordeel van de rechtbank dat het Openbaar Ministerie diens algemene bevoegdheden op grond van het opportuniteitsbeginsel behoudt, is wel dat dit eindeloos besproken immuniteitsverbod door de rechtbank onderuit wordt gehaald, en dat het overhevelen van de immuniteitstoezegging van de categorie van verboden toezeggingen naar toelaatbare toezeggingen in die visie slechts een aanpassing van de Aanwijzing vergt. Immuniteit zou in de lezing van de rechtbank, in weerwil van de door de Commissie van Traa, de Commissie Kalsbeek en alle bij de totstandkoming van het wetsvoorstel betrokken partijen genomen expliciete beslissing dat die toezegging in ieder geval buiten de orde is, door het Openbaar Ministerie eigenhandig aan het arsenaal van mogelijkheden om een overeenkomst met een kroongetuige te maken kunnen worden toegevoegd.<sup>509</sup> De voorzitter van het College van Procureurs-Generaal Bolhaar kondigde op de dag van het vonnis van de rechtbank in het programma Pauw en Witteman dan ook al aan, dat het Openbaar Ministerie van de immuniteitstoezegging gebruik wenst te gaan maken.

Een andere complicatie van deze redenering betreft de definitie van een deal-getuige zoals de rechtbank die zelf geeft. Bij de bespreking van de status van kluisverklaringen verderop in het vonnis,<sup>510</sup> stelt de rechtbank dat een dealgetuige een verdachte is die eerst bereid is gevonden een getuigenverklaring af te leggen in de strafzaak tegen andere verdachten in ruil voor een toezegging dat bij de vervolging in zijn eigen strafzaak strafvermindering (tot maximaal de helft) zal worden gevorderd. Daarmee beperkt de rechtbank de figuur van de kroongetuige tot een getuige aan wie de toezegging van strafvermindering is gedaan. Dat was ook het uitgangspunt van de wetgever in 2001, maar dit hing direct samen met het genoemde gesloten stelsel en met de veronderstelling dat andere toezeggingen dan strafvermindering, behoudens de kleine gunsten, niet zouden kunnen worden gedaan. Van dat laatste uitgangspunt is de rechtbank echter afgeweken, als gevolg waarvan op grond van de veronderstelde algemene bevoegdheden zelfs immuniteit aan een kroongetuige zou kunnen worden toegezegd. Dat zou tot de bizarre consequentie leiden dat een getuige aan wie immuniteit wordt toegezegd geen kroongetuige is op wie het regime van art. 226g e.v. Sv van toepassing is, diens overeenkomst dientengevolge niet

509 Daarmee gaat de rechtbank overigens minder ver dan de Rechtbank Breda die als gezien in paragraaf 5.1.1 in de Chemiepack-zaak kort en goed stelde dat de immuniteitstoezegging los van de Aanwijzing op grond van het opportuniteitsbeginsel kon worden gedaan.

510 Zie hierna paragraaf 5.3.4.

aan de rechter-commissaris behoeft te worden voorgelegd en op wiens positie het hele wettelijk regime van de kroongetuigenregeling niet van toepassing is, terwijl een getuige die 'slechts' strafvermindering toegezegd heeft gekregen, wél een kroongetuige is en wél volgens dat wettelijk regime, inclusief het bijzondere bewijsminimum van art. 344a lid 4 Sv en de bijzondere motiveringsplicht van art. 360 lid 2 Sv, dient te worden beoordeeld.

Alleen uit deze laatste consequentie blijkt al dat de lezing van de rechtbank niet als juist kan worden aanvaard. Ik handhaaf mijn stelling, dat de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen, waar deze voorziet in andere toezeggingen dan strafvermindering en kleine gunsten, in strijd is met de wet, en om die reden op die punten buiten toepassing had moeten worden gelaten. Dat wil niet zeggen dat er geen goede redenen zouden kunnen zijn om de mogelijkheden voor het Openbaar Ministerie op dit punt uit te breiden, maar dat zal op de daartoe voorgeschreven wijze moeten gebeuren. Ik kom hier in hoofdstuk 6 op terug.

### **De ontnemingstoezegging aan La Serpe**

Wat de beoordeling van de met La Serpe gemaakte afspraak dat er helemaal geen voordeel zou worden ontnomen terwijl de Aanwijzing slechts voorziet in vermindering tot maximaal de helft betreft, stelt de rechtbank dat deze niet onrechtmatig is aangezien de betreffende afspraak geen toezegging in ruil voor af te leggen verklaringen is. Dit nu het Openbaar Ministerie, anders dan La Serpe stelt, volgens de rechtbank niet heeft onderhandeld over het achterwege laten van een ontnemingsvordering, hoewel in de overeenkomst staat vermeld dat van die vordering wordt afgezien om redenen van opportuniteit. Het argument dat het wederrechtelijk verkregen voordeel van € 65.000,- kon worden weggestreept tegen (een) beloning(en) waar La Serpe aanspraak op zou kunnen maken, zoals het Openbaar Ministerie op zitting meermalen naar voren heeft gebracht en zoals ook in de overeenkomst is opgenomen, wordt door de rechtbank buiten beschouwing gelaten, aangezien onvoldoende vast is komen te staan dat La Serpe recht zou hebben gehad op die gelden.<sup>511</sup> Ondanks dat de rechtbank dus stelt dat het Openbaar Ministerie op grond van onjuiste argumenten stelt dat van het niet ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel is afgezien, vindt de rechtbank dat het Openbaar Ministerie tot die beslissing kon komen om redenen van opportuniteit, te weten het mede in het licht van het getuigenbeschermingstraject ontbreken van verhaalsmogelijkheden bij La Serpe. Dat acht de rechtbank niet een "zo onbegrijpelijke beslissing dat er in feite slechts sprake kan

511 Door de verdediging was op dit punt aangevoerd dat uit de wetsgeschiedenis duidelijk kan blijken dat het doen van uitkeringen op grond van de Regeling tip- en toondergelden (de latere Regeling bijzondere opsporingsgelden) onaanvaardbaar werd geacht, nu dit werd beschouwd als een financiële beloning voor het afleggen van verklaringen (onder andere in de nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1999-200, 26294, nr. 6, p. 14). Bovendien was La Serpe in een deel van de zaken waarvoor hij een beloning zou kunnen vragen zelf als verdachte aangemerkt, waarmee de Regeling zich tegen betaling verzette, en bleek dat in die zaak én een andere zaak de beloningen ruim na het tactisch beschikbaar komen van de verklaringen van La Serpe nog openstonden. Kennelijk was men in die zaken dus niet van oordeel dat de verklaringen van La Serpe de zaken hadden opgelost. Het wegstrepen van beloningen tegen de ontneming is dan moeilijk te begrijpen.

zijn van een verkapte financiële beloning.” Van handelen in strijd met de Aanwijzing is volgens de rechtbank dan ook geen sprake.

Los van het feit dat deze redenering van de rechtbank aan hetzelfde manco leidt ten aanzien van de werking van het opportuniteitsbeginsel, welke werking anders dan de rechtbank veronderstelt (juist ook) ten aanzien van het wederrechtelijk verkregen voordeel door de wetgever van een beperking is voorzien, is ook hier bovendien sprake van een vermenging van het civiele recht met het strafrecht. Immers, vanuit civielrechtelijk perspectief kan heel wel betoogd worden dat het gegeven dat deze afspraak tussen het Openbaar Ministerie en La Serpe in de overeenkomst is opgenomen, maakt dat die afspraak onderdeel vormt van de overeenkomst en dat beide partijen zich daar op kunnen beroepen. Nu die overeenkomst de rechten en plichten van de bij die overeenkomst betrokken partijen vastlegt, is de voor de getuige van evident belang zijnde beslissing dat van de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel ten bedrage van € 65.000 zal worden afgezien, en die volgens La Serpe wel degelijk onderwerp van gesprek is geweest bij de totstandkoming van de overeenkomst, moeilijk los te zien van de voorwaarden waaronder hij zich tot het afleggen van de verklaringen bereid heeft verklaard. De afspraak is aan het sluiten van de overeenkomst vooraf gegaan en is op zijn minst onderwerp van gesprek geweest bij het komen tot die overeenkomst. Nu La Serpe daar de overtuiging aan heeft overgehouden dat het Openbaar Ministerie niet tot ontneming zou overgaan, dit een rol heeft gespeeld bij zijn beslissing de overeenkomst met Openbaar Ministerie aan te gaan, en het het Openbaar Ministerie op grond van die overeenkomst niet vrij staat alsnog tot ontneming over te gaan, is het standpunt van de rechtbank dat geen sprake is van een toezegging naar mijn oordeel moeilijk te begrijpen. Er is immers sprake van een afspraak die scherp omschreven, helder en hard is en die bij de kroongetuige concrete verwachtingen heeft gewekt over wat hij van het Openbaar Ministerie mocht verwachten.

Tot slot is voor dit aspect van het vonnis vooral nog van belang dat uit de gang van zaken in ieder geval volgt dat het College van Procureurs-Generaal akkoord is gegaan met het geheel afzien van een ontneming tot wederrechtelijk verkregen voordeel, met als uitgangspunt dat daarvan werd afgezien omdat de kroongetuige afstand zou doen van beloningen op grond van de Regeling Bijzondere opsporingsgelden. Dat akkoord werd gegeven terwijl het College geweten moet hebben of kon hebben wat het standpunt van de wetgever over het aanbrengen van een scheiding tussen de toepassing van die Regeling en toezeggingen aan getuigen was. Bovendien kon uit de gedachte dat de ontneming zou worden weggestreept tegen de bijzondere opsporingsgelden blijken dat wel degelijk sprake was geweest van onderhandelingen en van een afspraak waaraan La Serpe rechten kon ontleen, die een rol heeft gespeeld bij de totstandkoming van zijn bereidheid om de overeenkomst met het Openbaar Ministerie te sluiten. Zowel vanuit civielrechtelijk perspectief als vanuit strafrechtelijk perspectief was daarmee ten tijde van de toetsing door het College van Procureurs-Generaal in ieder geval sprake van een toezegging die de kaders van de eigen Aanwijzing te buiten ging. Dat heeft het College er niet van weerhouden diens fiat aan de voorgenomen afspraak te geven. Dat geeft te

denken, temeer nu de toetsing door het College, daarbij geadviseerd door de Centrale Toetsingscommissie, door de rechtbank als een waarborg voor de rechtmatigheid van de overeenkomst wordt beschouwd en toetsing door het College een nog veel grotere rol speelt bij de tweede rechtsbetrekking, de getuigenbeschermingsovereenkomst.<sup>512</sup>

### 5.2.3 *Het oordeel over de getuigenbeschermingsovereenkomst: De afspraken op het gebied van getuigenbescherming*

#### **De toezegging dat beschermingsmaatregelen zullen worden getroffen**

Ondanks dat uiteindelijk geen zekerheid was verkregen omtrent de met La Serpe op het gebied van getuigenbescherming gemaakte afspraken, kwam volgens de verdediging op grond van de in paragraaf 5.2.1 geschetste totstandkoming van deze afspraken met La Serpe en hetgeen daarover in de loop van het proces naar voren was gekomen, een aantal mogelijk verboden toezeggingen in beeld. De Aanwijzing heeft in lijn met de wet het geven van een financiële beloning en het treffen van getuigenbeschermingsmaatregelen, anders dan de toezegging dat deze zo nodig zullen worden bevorderd, immers als niet toelaatbaar aangemerkt. Er werd betoogd dat de in de 'Intentieverklaring financiële bepalingen' met hem gemaakte afspraken alsmede de later in juni 2009 gewijzigde afspraken als (verkapte) financiële beloningen moesten worden aangemerkt. Omdat de door La Serpe gestelde eis dat voorafgaand aan het sluiten van de OM-deal duidelijkheid zou worden gegeven omtrent de (invulling van) getuigenbeschermingsmaatregelen had geresulteerd in het sluiten van die intentieverklaring voorafgaand aan de OM-deal, zou verder moeten worden vastgesteld dat de toezegging dat (specifieke) getuigenbeschermingsmaatregelen zouden worden getroffen, was gedaan. Daarmee was naar het oordeel van de verdediging sprake van een tweede verboden toezegging.

Te beginnen met het laatste punt: naar uit de wetshistorie kan worden afgeleid is de achtergrond van deze verboden toezegging gelegen in het uitgangspunt van de wetgever dat er met een getuige niet zou worden onderhandeld omtrent de aard van de te treffen getuigenbeschermingsmaatregelen, zoals dit uitgangspunt ook in het reguliere kader van persoonsbeveiliging heeft te gelden. Dit uitgangspunt moet in samenhang worden gezien met de wens van de wetgever om de (schijn van) financiële beloningen in ruil voor getuigenverklaringen te voorkomen. De enigszins naïeve veronderstelling lijkt te zijn geweest dat het mogelijk zou zijn eerst afspraken met een getuige te maken omtrent diens bereidheid om verklaringen in een strafzaak af te leggen en pas daarna te gaan spreken over getuigenbescherming. Die latere gesprekken zouden bovendien buiten de officier van justitie die zich met de strafzaak bezighoudt moeten plaatshebben, al lijkt de gedachtegang op dit punt niet geheel te zijn uitgewerkt. Zo heeft men er voor zo ver te achterhalen valt niet bij stilgestaan, dat de gesprekken over getuigenbescherming uiteindelijk óók door een officier van justitie gevoerd zouden worden en dat zowel de zaaksofficier als de

<sup>512</sup> Zie wat dat betreft ook hieronder in paragraaf 5.3.4 de door de CTC en het College genomen beslissing omtrent de zogenoemde Holleeder-weglating.

TGB-officier uiteindelijk onder verantwoordelijkheid en aansturing van één en hetzelfde College van Procureurs-Generaal valt. Bovendien ligt het uiteindelijke oordeel over beide overeenkomsten bij datzelfde College van Procureurs-Generaal, waarmee los van de daarover te voeren onderhandelingen met de kroongetuige één en hetzelfde orgaan binnen het Openbaar Ministerie uiteindelijk beide overeenkomsten (vrijwel gelijktijdig) beoordeelt. Zowel op een abstracter hiërarchisch niveau, als op het niveau van de feitelijke totstandkoming van deze overeenkomsten, geldt dus dat het Openbaar Ministerie als één en ondeelbaar instituut in geval van een kroongetuige per definitie toezeggingen doet omtrent de te treffen getuigenbeschermingsmaatregelen wanneer hierover voorafgaand aan of gelijktijdig met de OM-deal afspraken worden gemaakt. Dat op een lager niveau in de piramide sprake is van verschillende natuurlijke personen die bij de twee rechtsbetrekkingen betrokken zijn, doet daar niets aan af. Daarbij kan niet onopgemerkt blijven dat de wetgever nu juist nadrukkelijk het oog had op een ondeelbaar Openbaar Ministerie toen deze het Openbaar Ministerie reorganiseerde, en voorop stelde dat dit Openbaar Ministerie om aan diens doelstelling te kunnen voldoen noodzakelijkerwijs moest worden geconstrueerd als één organisatie, die als een eenheid fungeert. Het aanbrengen van een kunstmatige scheiding tussen verschillende onderdelen van het ene en ondeelbare Openbaar Ministerie past niet in die zienswijze, nog afgezien van het feit dat in de top van de piramide die scheiding als gezegd niet bestaat.

Daar komt in de Passage-zaak nog bij dat bij de totstandkoming van beide rechtsbetrekkingen een zwaarwegende rol wordt gespeeld door één en dezelfde natuurlijke persoon, te weten CIE-officier van justitie De Haas. Niet alleen is de OM-deal waarin de bereidheid van La Serpe tot het afleggen van verklaringen werd vastgelegd door hem met La Serpe uit onderhandeld, gesloten en ondertekend, bovendien was hij nauw betrokken bij de onderhandelingen met La Serpe op het gebied van getuigenbescherming en heeft hij daarin in ieder geval een bemiddelende rol gespeeld. Zeker nu voor La Serpe die getuigenbeschermingsafspraken de hoogste prioriteit hadden, hij consequent te kennen gaf pas tot sluiting van de OM-deal over te zullen gaan wanneer op dat punt overeenstemming was bereikt en nu bovendien de volgorde ook is geweest dat er eerst overeenstemming werd bereikt over getuigenbescherming en pas daarna tot ondertekening van de kluisverklaringen en de OM-deal werd overgegaan, wordt de juridische scheiding tussen beide rechtsbetrekkingen feitelijk wel erg dun. Voor La Serpe is die scheiding er nooit geweest: hij heeft keer op keer te kennen gegeven dat er in zijn beleving sprake was van één traject, dat hij het grootste deel van de afspraken over dat traject heeft gemaakt met één en dezelfde persoon en dat hij van de zijde van het Openbaar Ministerie nooit de indruk heeft gekregen dat de trajecten los van elkaar staan. Daarbij wees hij op het feit dat hij bij de totstandkoming van de uiteindelijke afspraken omtrent getuigenbescherming zoals deze in mei 2012 zijn vastgelegd, opnieuw steeds onderhandelde met diezelfde De Haas, inmiddels geen officier van justitie meer maar senior beleidsmedewerker bij het Parket-Generaal. Verder zou tijdens conflicten met het Openbaar Ministerie in de jaren die daaraan voorafgingen steeds zijn bedreigd met het opzeggen van de getuigenbeschermingsovereenkomst, wanneer hij zijn verplichting om te verklaren op grond

van de OM-deal niet zou nakomen. Ook daaruit blijkt dat onderhandelingen direct met elkaar samenhangen, aldus La Serpe.<sup>513</sup>

In ieder geval staat vast dat de grotendeels financiële afspraken op het gebied van getuigenbescherming voor La Serpe een volstrekte *conditio sine qua non* waren om tot een overeenkomst met het Openbaar Ministerie te komen. De vraag is of deze daarmee niet in ieder geval binnen het brede ‘do ut des-verband’ zoals dat in de Tweede Kamer steeds werd besproken moeten worden gebracht en daarmee als vallend binnen de context van de strafrechtelijke rechtsbetrekking moeten worden aangemerkt. In combinatie met de constatering dat afspraken zijn gemaakt die als dusdanig helder en hard kunnen worden aangemerkt dat deze bij de daarbij betrokken partijen concrete verwachtingen hebben gewekt, roept dit de vraag op in hoeverre de getuigenbeschermingsovereenkomst niet de facto een binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking geldende toezegging oplevert, te weten dat bepaalde maatregelen zullen worden getroffen. Die toezegging is in strijd met het wettelijk kader en met de eigen Aanwijzing. Voor alle helderheid: het is helemaal niet vreemd dat een kroongetuige voorafgaand aan het aangaan van een overeenkomst met het Openbaar Ministerie duidelijkheid wenst over wat hij van dat Openbaar Ministerie kan verwachten in het kader van getuigenbescherming. Het is zelfs niet vreemd dat hij eist dat daarover bindende afspraken worden gemaakt, voordat hij een handtekening zet onder de overeenkomst waarmee hij zich verplicht verklaringen af te leggen. Geconstateerd moet echter worden dat de wet-en regelgeving daar op dit moment niet in voorzien. Opnieuw is daarmee niet gezegd dat dit niet anders zou kunnen of zelfs zou moeten. Ook dit zal in hoofdstuk 6 verder aan de orde komen.

### **Verkapte financiële beloning**

Nu de met La Serpe gemaakte afspraken hoofdzakelijk zagen op financiële aspecten van de getuigenbescherming, komt de vraag op in hoeverre hier geen sprake is van een (verkapte) financiële beloning. Ook dat aspect van de getuigenbeschermingsafspraken is immers voorafgaand aan het ondertekenen van de OM-deal met La Serpe overeengekomen en deze heeft zelfs verklaard dat het een bewuste keuze was dit onderdeel van de afspraken onder te brengen in de getuigenbeschermingsovereenkomst omdat de OM-deal daartoe geen ruimte bood. De precieze inhoud van de intentieverklaring financiële bepalingen van januari 2007 is niet bekend geworden en of de door La Serpe genoemde lump sum van € 300.000,- daar deel van uitmaakte staat dus ook niet vast. Wel mag worden aangenomen dat de door de NOS genoemde bedragen uit de overeenkomst op hoofdlijnen uit juni 2009 juist zijn. Het ging daarbij als gezegd om een renteloze lening van € 600.000,- met een looptijd van 25 jaar, en om uitkering van in totaal € 800.000,- over een periode van 10 jaar. Daarmee is er vanuit fiscaal perspectief een aanzienlijk hoger bedrag met die overeenkomst gemoeid dan de € 1.400.000 die de NOS noemt, nu de rente van een niet direct opeisbare renteloze lening naar vaste jurisprudentie van de

513 Een soortgelijke beschuldiging werd gedaan door de in de Inleiding genoemde getuige Van L., die stelde dat het Openbaar Ministerie bij herhaling dreigde zijn bescherming te beëindigen wanneer hij zou (blijven) weigeren verklaringen af te leggen.

Hoge Raad als een schenking dient te worden aangemerkt.<sup>514</sup> Uitgaande van de volledige looptijd van 25 jaar en een gemiddeld hypothecair rentepercentage van 5% is met dit deel van de overeenkomst dus een bedrag van in totaal € 750.000,- gemoeid. Dit alles nog los van de vraag in hoeverre redelijkerwijs mag worden verwacht dat de lening na verloop van die 25 jaar daadwerkelijk wordt terugbetaald en los van de mogelijkheden die de Staat binnen de beperkingen van het getuigenbeschermingsprogramma heeft om maatregelen te treffen op het moment dat die terugbetaling uitblijft.<sup>515</sup> Ook dit laatste aspect is civielrechtelijk niet zonder relevantie, nu de Hoge Raad zich al sinds jaar en dag op het standpunt stelt dat niet de naam en vorm van een overeenkomst bepalend zijn voor de aard van die overeenkomst, maar de verhoudingen die in werkelijkheid tussen partijen bestaan. De terugbetalingsplicht wordt daarbij als essentieel onderdeel van een geldlening aangemerkt.<sup>516</sup> Het zijn slechts andere voorbeelden van complicaties die ontstaan wanneer privaatrechtelijke en strafrechtelijke rechtsbetrekkingen zich vermengen en wanneer de zorgplicht van de staat op het gebied van persoonsbeveiliging onderwerp van onderhandeling wordt of zelfs kan worden afgekocht.

### **Toetsingskader rechtbank: de tussenbeslissing van 27 april 2010**

Voorafgaand aan de beantwoording van de vraag of deze in de getuigenbeschermings-overeenkomsten gemaakte afspraken materieel als toezeggingen in strafrechtelijke zin kunnen worden aangemerkt, bespreekt de rechtbank het kader waarbinnen onderzoek naar getuigenbeschermingsafspraken dient te worden beoordeeld. Daartoe wordt allereerst het in de tussenbeslissing van 27 april 2010 genoemde kader herhaald.<sup>517</sup> In die tussenbeslissing heeft de rechtbank na een korte bespreking van de wet- en regelgeving op het gebied van getuigenbescherming en zijn totstandkomingsgeschiedenis, geconcludeerd dat het uitgangspunt van meet af aan is geweest dat het verstrekken van financiële beloningen voor verklaringen niet toelaatbaar werd geacht. In de loop van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is meer inzicht verkregen in de wisselwerking tussen de bereidheid van een criminele getuige om een overeenkomst ex art. 226g Sv te sluiten en de door de Staat te treffen getuigenbeschermingsmaatregelen. Desalniettemin heeft de wetgever geen wettelijke grenzen aangelegd waarbinnen de met de getuige te maken afspraken omtrent getuigenbescherming dienen te blijven. Wel is ontoelaatbaar geacht dat getuigen, behalve strafvermindering en een begunstigend gebruik van reguliere officiersbevoegdheden, voor hun verklaringen meer of andere beschermingsmaatregelen zouden kunnen bedingen dan waartoe de Staat op grond van zijn zorgplicht is gehouden. De lagere regelgever, waarmee wordt bedoeld op het Openbaar Ministerie, heeft daartoe getuigenbescherming bewust buiten de sfeer van afspraken in ruil voor verklaringen willen laten, en heeft dat mede vormgegeven door getuigenbescherming op

514 HR 13 december 1972, BNB 1973/82; HR 20 mei 1981, BNB 1981/198 en HR 25 april 1990, BNB 1990/200.

515 Die beperkte mogelijkheden waren volgens het Openbaar Ministerie nu juist een reden om van ont-neming bij La Serpe af te zien.

516 Zie bijvoorbeeld de conclusie van Advocaat-Generaal Van Ballegooijen voor HR 8 september 2006, LJN AV2327.

517 Tussenbeslissing Rechtbank Amsterdam 27 april 2010, LJN BM2493.

te dragen aan een van de reguliere opsporing afgezonderd dienstonderdeel van de KLPD en aan een officier van justitie belast met getuigenbescherming, aldus de rechtbank.

Met verwijzing naar de nota van toelichting bij het Besluit Getuigenbescherming stelt de rechtbank verder dat geschillen over de getuigenbeschermingsovereenkomst bij uitsluiting zijn opgedragen aan de civiele rechter en dat de strafrechter daarmee niet bevoegd is om een oordeel te vellen over geschillen tussen een kroongetuige en de Staat over het getuigenbeschermingstraject. Wel kan de rechtbank zich op voet van art. 359a Sv een oordeel vormen over de vraag of onherstelbare vormverzuimen hebben plaatsgevonden die één van de in dat artikel voorziene rechtsgevolgen tot gevolg zouden moeten of kunnen hebben. De rechtbank verwijst naar het Afvoerpijparrest en resumeert dat de in art. 359a Sv genoemde gevolgen slechts aan de orde zijn wanneer het vormverzuim is begaan in het verband van het voorbereidend onderzoek. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan aan onrechtmatig handelen jegens de verdachte buiten het voorbereidend onderzoek een gevolg worden verbonden, bijvoorbeeld wanneer blijkt “dat de opsporings- dan wel vervolgingsautoriteiten, actieve bemoeienis hebben (gehad) met dat onrechtmatig handelen teneinde daarvan in het kader van de opsporing of vervolging te profiteren, waardoor doelbewust en/of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte/kroongetuige aan diens recht op een eerlijke behandeling wordt tekortgedaan.”<sup>518</sup> Zo zou van onrechtmatige verkrijging van de verklaringen van de kroongetuige sprake kunnen zijn, wanneer het Openbaar Ministerie met welbewust gebruik van misleidende informatieverstrekking door TGB-functionarissen getuigen overhaalt een OM-deal aan te gaan, of wanneer vóór het aangaan van die OM-deal ontoelaatbare toezeggingen zijn gedaan. In zijn algemeenheid wordt niet uitgesloten dat in het kader van een getuigenbeschermingsovereenkomst afspraken worden gemaakt die materieel hetgeen in dat kader rechtmatig kan worden geacht te boven gaan, en afhankelijk van de omstandigheden kan er dan ook aanleiding zijn om getuigenbeschermingsmaatregelen niet volledig buiten het onderzoek in een strafproces te laten.

Vervolgens plaatst de rechtbank drie kanttekeningen. In de eerste plaats wordt erkend dat het Besluit Getuigenbescherming nauwelijks concrete aanknopingspunten biedt voor een zinvolle rechterlijke toetsing, omdat het Besluit in een zeer ruime beoordelingsvrijheid voor het Openbaar Ministerie voorziet en de verantwoordelijkheid tot het waarborgen van de rechtmatigheid van de getuigenbeschermingsmaatregelen bij het College en in voorkomende gevallen bij de Minister rust. In de tweede plaats meent de rechtbank dat de met een getuige overeengekomen financiële voorzieningen ter bescherming van die getuige niet goed kunnen worden beoordeeld zonder gedetailleerde kennisname van het totaal van maatregelen, waartegen de veiligheid van de getuige en van het programma als geheel zich verzet. Ten derde is er volgens de rechtbank niet noodzakelijkerwijs sprake van een onrechtmatige situatie wanneer de onderhandelingen over een OM-deal en over getuigenbeschermingsmaatregelen synchroon lopen, ook niet wanneer één specifieke officier van justitie bij beide onderhandelingen een belangrijke rol speelt. Ook het feit dat

<sup>518</sup> Tussenbeslissing p. 10.

een toezegging inzake te treffen getuigenbeschermingsmaatregelen door een TGB-officier van justitie plaats heeft voordat de OM-deal wordt gesloten, acht de rechtbank op zichzelf niet in strijd met de regelgeving. Met een verwijzing naar de effectiviteit van de kroongetuigenregeling, stelt de rechtbank dat de eis dat over getuigenbescherming pas toezeggingen zouden mogen worden gedaan nadat de OM-deal is gesloten in de regelgeving niet te vinden is en dat een dergelijke eis de kroongetuigenregeling aanmerkelijk minder hanteerbaar zou maken. Naar het oordeel van de rechtbank verbiedt de Aanwijzing uitsluitend toezeggingen over getuigenbescherming door de zaakofficier van justitie in het kader van de OM-deal en kunnen dergelijke maatregelen niet worden aangemerkt als een reëel voordeel voor het afleggen van verklaringen. Dat brengt de rechtbank tot de conclusie dat er in een strafzaak slechts onderzoek naar getuigenbeschermingsmaatregelen kan worden gedaan wanneer er zwaarwegende aanwijzingen zijn “dat er sprake is van een tegen de achtergrond van de nota van toelichting bij het Besluit Getuigenbescherming inhoudelijk excessieve of volstrekt niet te onderbouwen voorziening of toezegging hiertoe, waartoe geen redelijk handelend officier van justitie met het oog op de gerechtvaardigde veiligheidsbelangen van de kroongetuige had kunnen komen (...).”<sup>519</sup>

Daarmee wordt een drempel opgeworpen die het Zwolsman-criterium aanzienlijk te boven lijkt te gaan. Daar blijft het niet bij: de rechtbank overweegt tot slot dat een financiële voorziening in het kader van getuigenbescherming op zichzelf niet in strijd met de strekking van het Besluit Getuigenbescherming of de nota van toelichting wordt geacht nu slechts een permanente voorziening wordt uitgesloten, en wordt gesteld dat maatregelen in beginsel niet zijn bedoeld om volledig in het levensonderhoud van de getuige te voorzien. In geval van een getuige die zodanig wordt bedreigd dat hij een geheel nieuw sociaal-economisch bestaan moet opbouwen, meent de rechtbank dat verstrekkende maatregelen, ook in financieel opzicht, redelijkerwijs tot de zorgplicht van de Staat kunnen worden gerekend. Naar aanleiding van de ontwikkelingen in 2012 heeft de rechtbank dit toetsingskader in een tussenbeslissing van 16 april 2012 bevestigd, met die aanvulling dat ook toezeggingen die zijn gedaan na het sluiten van de OM-deal (zoals de afspraken in de overeenkomst op hoofdlijnen van juni 2009) eventueel ter beoordeling aan de rechtbank kunnen staan, omdat daarmee feitelijk de voortduring van de verklaringsbereidheid van de getuigen wordt veilig gesteld.<sup>520</sup>

### **Conclusie: geen onrechtmatige toezeggingen**

In het licht van dit strikte kader kan het weinig verbazen dat de met La Serpe gemaakte afspraken, ook wanneer deze in de loop van 2012 aanzienlijk omvangrijker blijken te zijn dan ten tijde van de tussenbeslissing in 2010 werd verondersteld, naar het oordeel van de rechtbank de toets der kritiek kunnen doorstaan. Weliswaar komt het aan La Serpe verleende getuigenbeschermingspakket, uitgaande van de door de NOS genoemde bedragen, de rechtbank ‘zeker royaal’ voor en constateert de rechtbank met de verdediging dat

<sup>519</sup> Tussenbeslissing p. 11.

<sup>520</sup> Tussenbeslissing 16 april 2012 (niet gepubliceerd).

de wetgever een situatie waarin de getuige op kosten van de Staat zelf in zijn veiligheid zou voorzien, niet voor ogen lijkt te hebben gehad, maar van onrechtmatige, excessieve of volstrekt niet te onderbouwen voorzieningen is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake. Wat het zelf voorzien in veiligheidsmaatregelen betreft voegt de rechtbank daar nog aan toe dat die mogelijkheid in de regelgeving niet is uitgesloten, zodat het feit dat voor deze constructie is gekozen de betreffende voorziening niet onrechtmatig maakt. Van verkapte financiële toezeggingen is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake.

#### 5.2.4 *Rechterlijke toetsing*

##### **Toetsing door rechter-commissaris niet vereist**

Over de toetsing van de getuigenbeschermingsmaatregelen door de rechter-commissaris oordeelt de rechtbank dat deze op grond van de geldende wet- en regelgeving niet hoeft plaats te vinden. Daartoe overweegt de rechtbank dat het getuigenbeschermingstraject geen deel uitmaakt van het voorbereidend onderzoek als bedoeld in art. 132 Sv, of van het optreden van het Openbaar Ministerie binnen de strafvorderlijke procedure. De rechtbank wijst op het bepaalde in art. 226g derde lid Sv waarin de toetsing van de getuigenbeschermingsovereenkomst door de rechter-commissaris niet wordt genoemd, waarmee op voet van art. 226h lid 2 Sv deze gegevens ook niet door de officier van justitie hoeven te worden verstrekt. Verder meent de rechtbank dat een rechtmatigheidstoetsing door de rechter-commissaris binnen de systematiek van de wet niet kan zien op de getroffen getuigenbeschermingsmaatregelen, omdat volgens art. 226l Sv niet de officier van justitie maar de Minister van Justitie getuigenbeschermingsmaatregelen treft.<sup>521</sup> Met de expliciete verwijzing naar die getuigenbeschermingsmaatregelen in art. 226j derde lid Sv heeft de wetgever “dan kennelijk willen benadrukken dat, mocht de rechter-commissaris om enige reden toch bekend raken met de inhoud van de getuigenbeschermingsmaatregelen, deze geheim moeten blijven, mede omdat zij in de regel niet van belang zijn voor de rechtmatigheid van de overeenkomst.”<sup>522</sup> Wel wordt nog opgemerkt dat zou de rechter-commissaris ten behoeve van zijn rechtmatigheidstoetsing behoefte hebben gehad aan inzicht in de jegens La Serpe te treffen getuigenbeschermingsmaatregelen, het op zijn weg had gelegen het Openbaar Ministerie daar naar te vragen. Kennelijk mag de rechter-commissaris dus wel kennisnemen van die getuigenbeschermingsmaatregelen en kan dit in het kader van een rechtmatigheidstoetsing ook van belang zijn, maar ligt het initiatief daartoe bij die rechter-commissaris.<sup>523</sup> Hoe die veronderstelling zich verhoudt met de door de Minister in het advies van de Raad van State en in de Memorie van toelichting hierover gedane mededelingen laat de rechtbank onbesproken.

521 De minister heeft de zorg voor getuigenbescherming middels het in art. 226l genoemde AMvB echter bij het Openbaar Ministerie neergelegd.

522 Vonnis p. 35.

523 Het door de verdediging van de diverse verdachten herhaaldelijk gedane verzoek aan de rechtbank om de rechter-commissaris op te dragen tot toetsing van de getuigenbeschermingsovereenkomst van La Serpe over te gaan, was overigens als gezien steeds afgewezen door de rechtbank.

Van onvolledige of misleidende informatieverstrekking van het Openbaar Ministerie is tot slot naar het oordeel van de rechtbank geen sprake, mede nu het Openbaar Ministerie er pas na de laatste tussenbeslissing van 16 april 2012 van uit diende te gaan dat de hoofdlijnenovereenkomst van 2 juni 2009 relevant zou kunnen zijn voor het strafproces. De eerdere processen-verbaal over die overeenkomst worden vanwege hun globale niveau niet als misleidend beschouwd. Tot die tijd mocht het openbaar ministerie er dus op vertrouwen dat de summier informatievoorziening over dit aspect van de totstandkoming en inhoud van de met La Serpe gemaakte afspraken afdoende zou zijn.

### **Rechterlijke toetsing wel gewenst**

Naar het oordeel van de rechtbank levert de gang van zaken bij de (totstandkoming van de) getuigenbeschermingsovereenkomst van La Serpe dus geen onrechtmatigheden op. Wel constateert de rechtbank dat er van toezicht op het getuigenbeschermingstraject buiten de eigen kolom van de Minister van Veiligheid en Justitie nauwelijks sprake is, waardoor de schijn zou kunnen ontstaan dat dit traject als vrijplaats kan worden gebruikt voor gedragingen die een rechterlijke toetsing niet zouden kunnen doorstaan. De rechtbank sluit zich dan ook aan bij het hierboven in paragraaf 4.2 genoemde pleidooi van Bleichrodt en Korten om een meer concrete normstelling voor getuigenbescherming te introduceren en daarbij ook een aparte rechterlijke toetsingsprocedure in het leven te roepen.<sup>524</sup>

Zeker in het licht van die laatste aanbeveling is het oordeel van de rechtbank over de rol van de rechter-commissaris bij het getuigenbeschermingstraject opvallend. Zoals betoogd zou uit de wetsgeschiedenis immers heel wel kunnen worden afgeleid dat de wetgever juist wenste te voorzien in een rechterlijke toetsing buiten de kolom van het Openbaar Ministerie en de Minister van Justitie, welke wens in de parlementaire stukken met zo veel woorden is benoemd. In de wettelijke regeling is daar (zij het gemankeerd) ook een voorziening voor getroffen, door te bepalen dat in afwijking van de normale gang van zaken de rechter-commissaris de stukken ten behoeve van de toetsing van het getuigenbeschermingstraject niet aan andere procesdeelnemers kenbaar hoefde te maken. De redenering van de rechtbank dat die in art. 226j derde lid Sv opgenomen bepaling uitsluitend zou zijn opgenomen voor het hypothetische geval dat de rechter-commissaris 'per ongeluk' bekend zou raken met de getuigenbeschermingsafspraken, is zeker in het licht van die parlementaire stukken weinig overtuigend. De vraag is ook wat er naar het oordeel van de rechtbank op tegen zou zijn om de rechter-commissaris die toetsing te laten vervullen, zeker nu de rechtbank een rechterlijke toetsing wel aangewezen acht. Een dergelijke toetsing zou immers niet alleen van belang kunnen zijn voor de beoordeling van

<sup>524</sup> Bleichrodt brak – mede naar aanleiding van de tussenbeslissing van 27 april 2010 – al eerder een lans voor toetsing door de rechter-commissaris: “Om te voorkomen dat de getuige via de band van de beschermingsmaatregel wil bereiken wat op grond van artikel 226g Sv niet is toegestaan – bijvoorbeeld een geldelijke beloning – is te overwegen wettelijk vast te leggen dat eventuele financiële afspraken die in dat kader worden gemaakt ter toetsing aan de rechter-commissaris worden voorgelegd.” Bleichrodt 2010, p. 20.

de rechtmatigheid van de met de kroongetuige gesloten overeenkomst in de strafzaken van de verdachten die door de kroongetuige worden beschuldigd, maar ook in het belang van de beide bij de getuigenbeschermingsovereenkomst betrokken partijen, die op die wijze in een vroeg stadium een geïnformeerde, daartoe geëquipeerde en onafhankelijke instantie verkrijgen tot wie zij zich in geval van conflicten of problemen bij de uitvoering van de overeenkomst kunnen wenden. Dat biedt waarborgen aan beide partijen, welke waarborgen in het geval van de perikelen rond La Serpe een deel van de problemen had kunnen voorkomen, of in ieder geval had kunnen voorkomen dat La Serpe telkens de strafzaak als podium gebruikte om zijn conflict met het Openbaar Ministerie uit te vechten. Op dit punt heeft het Passage-proces in ieder geval het gelijk van Crijns aangetoond waar hij nadrukkelijk waarschuwt voor de tekortschietende rechtsbescherming binnen de bij de kroongetuigenregeling tot stand gekomen rechtsbetrekkingen.<sup>525</sup> La Serpe en het Openbaar Ministerie hebben elkaar gedurende het hele proces in een wurggreep gehouden en zagen zich beiden zowel feitelijk als juridisch geconfronteerd met procedures waarin zij niet ten volle de rechtmatigheid van het eigen handelen konden belichten en de onjuistheid van de stellingen van de wederpartij konden aantonen. Dat gold met name voor La Serpe, die zich telkens geconfronteerd zag met verschillende onderdelen van het Openbaar Ministerie die tegenstrijdige en soms zelfs tegengestelde eisen aan hem stelden, maar ook voor het Openbaar Ministerie, dat op de openbare zitting vergaande beschuldigingen over zich heen kreeg zonder dat daar een enigszins bevredigende reactie op kon of mocht worden gegeven. Dat alles schreeuwt om de betrokkenheid van een onafhankelijke instantie, bij voorkeur zo vroeg mogelijk in het traject.

Voor zover de terughoudendheid van de rechtbank om de rechter-commissaris een rol te geven bij de toetsing van de getuigenbeschermingsovereenkomst zou zijn ingegeven door de veronderstelling dat deze getuigenbeschermingsovereenkomst een civiele rechtsbetrekking oplevert, ben ik zoals in hoofdstuk 4 betoogd van oordeel dat dit een onjuiste veronderstelling is. Als gezien lijkt deze voort te komen uit de aanbevelingen van de Commissie Craemer I, bij welke aanbevelingen de nadrukkelijke idee was dat de getuigenbeschermingsovereenkomst zou worden gesloten tussen de getuige en het Ministerie van Justitie. Dat uitgangspunt is op initiatief van het College van Procureurs-Generaal verlaten, als gevolg waarvan het Openbaar Ministerie zelf contractpartij bij de getuigenbeschermingsovereenkomst is geworden. Dat heeft echter niet geleid tot een heroverweging van de aard van de rechtsbetrekking, ook niet toen de Raad van State bij aanvang van het wetgevingstraject nadrukkelijk op deze problematiek wees. Ten onrechte is daardoor niet onderkend dat als gevolg van de positie en rol van het Openbaar Ministerie binnen de Nederlandse rechtsorde, de primaire doelstelling van het Openbaar Ministerie te weten het handhaven van de strafrechtelijke rechtsorde, en het feit dat de getuigenbeschermingsovereenkomst in geval van een kroongetuige direct samenhangt met en voortvloeit uit de strafrechtelijke overeenkomst ex art. 226g Sv, de getuigenbeschermingsovereenkomst niet als een privaatrechtelijke overeenkomst maar als een strafrechtelijke overeenkomst moet worden aangemerkt. Vanuit dat perspectief

525 Crijns 2010, p. 580-587.

is een toetsing van die getuigenbeschermingsovereenkomst door de rechter-commissaris, die zich enerzijds een oordeel kan vormen over het gehele kroongetuigenpakket dat aan de totstandkoming van de bereidheid van de getuigen om verklaringen af te leggen voorafgaat en die anderzijds een rechtsbeschermende functie vervult voor zowel die kroongetuige als het Openbaar Ministerie én voor de verdachten die op grond van de verklaringen van de kroongetuigen worden vervolgd, een voor de hand liggende wijze om de door de rechtbank aanbevolen rechterlijke toetsing tot stand te brengen. Indien dit vanuit veiligheidsperspectief of met het oog op de specialistische en gevoelige aard van de materie gewenst zou worden geacht, zou daarbij, zoals ook Bleichrodt en Korten suggereren, gedacht kunnen worden aan een exclusief met kroongetuigenzaken belaste rechter-commissaris. In het licht van de wetsgeschiedenis kan een dergelijke toetsing zonder enige wetswijzigingen of andere tijdrovende procedures worden ingevoerd en kan op korte termijn tegemoet worden gekomen aan de aanbeveling van de rechtbank, dit los van het feit dat de wet naar mijn oordeel het betrekken van een rechter-commissaris nu ook al voorschrijft.

#### 5.2.5 *De ‘Holleederweglatingen’*

##### **De weglatingsafsprak**

Behalve het afzien van de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en de op het gebied van getuigenbescherming gemaakte afspraken, werd door de verdediging aangevoerd dat ook op andere punten onrechtmatige toezeggingen waren gedaan. Ook daarop heeft de rechtbank beslissingen genomen, maar deze liggen zodanig buiten het bestek van het onderzoek in dit proefschrift dat deze op één uitzondering na niet besproken zullen worden. Die uitzondering wordt gevormd door de met La Serpe gemaakte afspraak, dat hij niet zou hoeven te verklaren over de rol van Willem Holleeder bij de liquidaties waar de deal op zag. Deze afspraak kwam pas naar buiten toen La Serpe daar in oktober 2011 uit zichzelf over begon en bleek niet op schrift te zijn gesteld maar wel aan de CTC en het College van Procureurs-Generaal te zijn voorgelegd. Deze waren akkoord gegaan. Vanaf het tactisch beschikbaar komen van de verklaringen van La Serpe in maart 2007 tot het moment dat La Serpe daar op de zitting in oktober 2011 over begon, had La Serpe op vragen die zagen op de positie van Holleeder bij de liquidaties in het beste geval niet het achterste van zijn tong laten zien en in het slechtste geval niet naar waarheid geantwoord. Bovendien had het Openbaar Ministerie de passages in de letterlijke uitwerking van de kluisverklaringen waar La Serpe over Holleeder had gesproken al die tijd buiten beeld gehouden: in de uitwerkingen waren stukken weg gelaten, waarover steeds was gesteld dat deze zagen op veiligheidsaspecten, persoonlijke informatie over La Serpe, of op onderzoeken zonder enige relevantie voor Passage.

Naar aanleiding van het bekend worden van deze informatie werd door de verdediging betoogd dat de ‘weglatingsafpraak’ allereerst in strijd was met de wet, waarin een getuige in zijn algemeenheid verplicht wordt naar waarheid te verklaren (artikel 215 juncto 92 Sv). Daarnaast werd gesteld dat er strijd was met de Aanwijzing, die voorschrijft dat in

ieder geval van de kroongetuige is vereist dat hij ten overstaan van de rechter op de openbare zitting (en dus onder ede) zijn verklaringen aflegt en dat hij volledige informatie en opening van zaken geeft over zijn aandeel in de strafbare feiten waarop zijn getuigenverklaring betrekking heeft. Verder werd er op gewezen dat de achterliggende ratio achter dit voorschrift, het belang van de waarheidsvinding en de onmogelijke positie waarin het Openbaar Ministerie terecht komt wanneer dit soort *side deals* worden gemaakt, was onderkend in het advies van de werkgroep Plooi. Dit mocht dus bekend worden verondersteld bij het Openbaar Ministerie en in het bijzonder bij het College, dat zich op dat rapport had beroepen bij het pleidooi om meer bevoegdheden in 2004 en 2005. Tot slot werd gewezen op de Juliët-zaken, in welke zaken het Openbaar Ministerie op grond van een soortgelijke afspraak niet-ontvankelijk was verklaard.<sup>526</sup> Het Openbaar Ministerie bracht daar tegen in dat de Aanwijzing zo moest worden begrepen dat de kroongetuige alleen volledige openheid van zaken over zijn eigen rol hoefde te geven, alsmede over de verdachten die met zo veel woorden in de overeenkomst zijn genoemd. Nu Holleeder (naar moet worden aangenomen niet toevallig) niet in die overeenkomst werd genoemd, zag de verplichting naar waarheid te verklaren over de bij de dealfeiten betrokken verdachten niet op hem. Bovendien waren de gesprekken met La Serpe inclusief de kluisverklaringen voorafgaand aan de toetsing door de rechter-commissaris vertrouwelijke en oriënterende besprekingen, welke niet als processtukken konden worden aangemerkt, waarmee het weglaten van de passages waarin La Serpe over Holleeder verklaarde niet onrechtmatig kon worden geacht, aldus nog steeds het Openbaar Ministerie.

### Kluisverklaringen

De rechtbank geeft naar aanleiding van deze kwestie een uitgebreid overzicht van de stand van het recht op het gebied van de verbaliseringsplicht van opsporingsambtenaren en dossiervorming, waarin aandacht wordt besteed aan het relevantiecriterium zoals de Hoge Raad dat sinds de zogenoemde Dev Sol-jurisprudentie hanteert en zoals dit sinds 1 januari 2013 in de nieuwe wettelijke regeling inzake processtukken is veranderd.<sup>527</sup> Daarbij onderkent de rechtbank dat er onder omstandigheden belangen kunnen zijn om kennisneming van bepaalde processtukken aan de verdediging en de zittingsrechter te onthouden, maar stelt zij dat de grens in ieder geval dient te worden getrokken bij het bewust achterhouden van ontlastende informatie nu daarmee de integriteit van de rechtspleging in het geding komt en risico's ontstaan voor de materiële waarheidsvinding. Binnen de context van de kroongetuigenregeling overweegt de rechtbank dat uit de wettelijke regeling en in het bijzonder art. 226h Sv blijkt dat de officier van justitie de van een mogelijke kroongetuige verkregen kluisverklaringen niet aan het dossier hoeft toe te voegen, wanneer er al dan niet als gevolg van het oordeel van de rechter-commissaris omtrent de rechtmatigheid van die overeenkomst, geen deal met de kroongetuige tot stand komt. Met verwijzing naar het arrest van het Hof Amsterdam van 13 april 2010,

526 Althans, in die zaken waarin de kroongetuige voor de politie nieuwe informatie over de verdachten had verstrekt. Zie paragraaf 2.2.3.

527 Resp. Hoge Raad 7 mei 1996, NJ 1996, 687 (Dev Sol) en Wet herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken, Stb. 2011, 601 (Inwerkingtredingsbesluit Stb 2012, 408).

betekent dit dat kluisverklaringen geen processtukken zijn wanneer de overeenkomst niet tot stand komt en zij slechts aan het dossier kunnen worden toegevoegd wanneer dit met instemming van de getuige gebeurt. Mede gezien de bijzondere positie van een kroongetuige, de extra behoedzaamheid die met diens verklaringen in acht moet worden genomen zoals de wetgever deze door middel van een bijzonder bewijsminimum en een bijzondere motiveringsplicht in de wet heeft neergelegd en de eisen van transparantie die aan het Openbaar Ministerie moeten worden gesteld over de fase voorafgaand aan de totstandkoming van een kroongetuigendeal zoals deze ook uit de wet en de wetshistorie kunnen blijken, kan ter onthouding van informatie over de totstandkomingsfase van een deal met een kroongetuige niet worden volstaan met een beroep op vertrouwelijkheid. De in die fase van de kroongetuige verkregen gegevens dienen in beginsel ter kennisneming van verdediging en rechter te worden voorgelegd.

De rechtbank maakt daarbij een onderscheid tussen kluisverklaringen enerzijds en oriënterende gesprekken en dealbesprekingen anderzijds. Zij concludeert dat kluisverklaringen naar hun inhoud tactische verklaringen zijn waarin de getuige mededeling doet van feiten of omstandigheden die hij heeft waargenomen of ondervonden en dat deze indien een OM-deal volgt als processtukken moeten worden aangemerkt en aan het dossier moeten worden toegevoegd, althans indien en voor zo ver deze inhoudelijk relevant zijn voor de beoordeling van een ten laste gelegd dealfeit. Dat betekent overigens ook dat een kluisverklaring als een zelfstandig bewijsmiddel heeft te gelden, te weten een proces-verbaal van een opsporingsambtenaar, inclusief de bijzondere bewijskracht die daar door de wet aan wordt toegekend.<sup>528</sup> Net als voor alle processen-verbaal, geldt dat de kluisverklaringen een zakelijke weergave van de door de kroongetuige afgelegde verklaringen kunnen bevatten, maar de rechtbank acht het auditief en audiovisueel registreren van kluisverklaringen desalniettemin aangewezen, opdat indien de rechter daartoe aanleiding ziet een letterlijke uitwerking kan worden verstrekt, welke de waarheidsvinding bevordert en de toetsing van de rechtmatigheid vergemakkelijkt.

Deze tussenconclusie omtrent de status van de kluisverklaringen leidt ertoe dat de weglatingsafsprak ontelaatbaar wordt geacht. Door met die voorwaarde van La Serpe akkoord te gaan, werd ten onrechte en in weerwil van de geldende wettelijke verplichtingen het vertrouwen gewekt dat hij onvolledig mocht zijn in zijn verklaringen ter zitting. De achtergehouden informatie was evident relevant voor de beoordeling van de zaken waarop deze zag en de onderdelen van de kluisverklaringen waarin La Serpe daarover sprak hadden als processtukken volledig moeten worden ingebracht. Door de informatie weg te houden waren procespartijen en de zittingsrechter vanaf het begin niet volledig en juist geïnformeerd en bracht het Openbaar Ministerie zichzelf in een positie dat het niet meer in staat was te voldoen aan diens verplichting om volledig inzicht te verschaffen in de deal en de totstandkoming daarvan. Daarmee werd een onaanvaardbaar risico genomen dat de materiële waarheidsvinding geweld zou worden aangedaan en het belang van een zuivere rechtspleging zou worden geschonden. Met de weglatingsafsprak heeft het

<sup>528</sup> Artikel 344 lid 1 sub 2 respectievelijk 344 lid 2 Sv.

Openbaar Ministerie naar het oordeel van de rechtbank dus belangrijke strafvorderlijke voorschriften en rechtsbeginselen geschonden, hetgeen een onherstelbaar vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv oplevert.

### **Vormverzuimen: schending concrete verdedigingsbelangen**

Met deze formulering zoekt de rechtbank aansluiting bij het ter zake geldende en uit het Afvoerpijparrest voortkomende criterium voor bewijsuitsluiting.<sup>529</sup> De rechtbank overweegt dat de ernst van de verwijtbaarheid van de geconstateerde schending wezenlijk wordt gematigd door het feit dat niet aannemelijk is geworden dat het Openbaar Ministerie doelbewust de rechter heeft willen misleiden, waarmee van een uitzonderlijke situatie zoals bedoeld in de Karman-jurisprudentie naar het oordeel van de rechtbank geen sprake is. Evenmin is sprake van een grove veronachtzaming van de belangen van verdachten, nu de weglatingsafsprake lijkt te zijn voortgekomen uit de druk die het Openbaar Ministerie voelde om de deal met La Serpe te sluiten en er naar het oordeel van de rechtbank aan de zijde van het Openbaar Ministerie bovendien sprake is geweest van rechtsdwaling omtrent de status van de kluisverklaringen, welke 'enigszins verschoonbaar' wordt geacht omdat de gang van zaken rondom het achterhouden van informatie in het Nederlandse strafproces niet echt helder uitgewerkt zou zijn.

Bij de vraag welke consequenties het vormverzuim moet hebben, verwijst de rechtbank naar het eerder in het vonnis opgenomen voor vormverzuimen geldende toetsingskader. Zoals hierboven al kort aangestipt, onderscheidt de rechtbank daarbij verschillende fases. Uitgangspunt is dat art. 359a Sv uitsluitend van toepassing is op het voorbereidend onderzoek, maar dat het parallelle opsporingsonderzoek met dat voorbereidend onderzoek gelijk moet worden gesteld. Vindt het handelen van het Openbaar Ministerie of de politie na aanvang van het onderzoek ter zitting plaats, buiten het kader van dat parallelle opsporingsonderzoek, dan blijft dit eveneens aan een rechterlijke toetsing onderworpen, te weten aan de eisen van een eerlijk proces als bedoeld in art. 6 EVRM en de (daarmee deels overlappende) beginselen van een behoorlijk procesrecht. Vindt in deze fase een schending plaats, dan dient aanknopingspunt te worden gezocht bij de criteria van art. 359a Sv, waaronder het Zwolsman-criterium zoals dat in het Afvoerpijparrest is overgenomen, ter beoordeling van de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Vindt de schending van rechtsnormen buiten beide fases plaats, dan blijft deze in beginsel zonder rechtsgevolgen in de strafzaak, tenzij politie of justitie actieve bemoeienis hebben gehad met dat onrechtmatig handelen en daar in het kader van de strafzaak van profiteren, waardoor het Zwolsman-criterium alsnog wordt geschonden. Wat de relativisering van de Schutznorm betreft stelt de rechtbank zich tot slot op het standpunt dat deze beperkt dient te blijven tot de gevallen die in het Karman-arrest zijn benoemd en in het arrest van 3 juli 2001 nader zijn gespecificeerd, te weten een schending van de wettelijk voorziene verdeling van bevoegdheden en verplichtingen tussen het Openbaar Ministerie en de onafhankelijke rechter. In die uitzonderlijke situatie kan het Openbaar Ministerie ook niet-ontvankelijk worden verklaard wanneer de verdachte niet zelf in een rechtsens te

<sup>529</sup> HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376, r.o. 3.6.4.

respecteren belang is geschaad. Het standpunt dat de Karman-doctrine niet meer tot het geldende recht behoort, wordt door de rechtbank niet onderschreven.

Voor de Holleeder weglatingen leidt dit ertoe dat de rechtbank oordeelt dat er slechts gevolgen aan deze normschending hoeven te worden verbonden wanneer de verdachten daardoor daadwerkelijk nadeel hebben ondervonden. Dat geldt naar het oordeel van de rechtbank uitsluitend voor de verdachte Dino Soerel omdat met name in zijn zaak het niveau van het opdracht geven tot de moorden aan de orde was. In de stukken voorafgaand aan het vrijkomen van de Holleeder-weglatingen, werd in dat verband vrijwel uitsluitend Soerel genoemd, die al dan niet samen met Holleeder de opdrachten zou hebben verstrekt. Soerel ontkende die beschuldigingen, stelde dat hij zijn contacten met Holleeder al voorafgaand aan de ten laste gelegde moorden had beëindigd en dat van een prominente positie in een criminele organisatie die zich met moorden bezighield geen sprake was. Nu uit de vrijgekomen Holleeder-verklaringen naar het oordeel van de rechtbank mogelijk zou kunnen blijken van een lichtere rol van Soerel en bovendien La Serpe in die verklaringen uit eigen waarneming Holleeder prominent als opdrachtgever neerzette terwijl hij over Soerel slechts van horen zeggen had verklaard, constateert de rechtbank dat Soerel door de onrechtmatige weglatingsafpraak gaandeweg is benadeeld in zijn verdediging. Dit leidt ertoe dat de verklaringen van La Serpe in de zaak van Soerel van het bewijs worden uitgesloten. In de zaken van de overige verdachten wordt die benadeling onvoldoende aanwezig geacht en blijft de onrechtmatige afspraak van het Openbaar Ministerie zonder gevolgen, anders dan de enkele constatering van het vormverzuim.

### 5.3 VOORLOPIGE CONCLUSIE: TOETSING KROONGETUIGENREGELING DOOR DE RECHTER

Met het vonnis van de Amsterdamse rechtbank wordt de verwachting van minister Donner dat aan onrechtmatige toezeggingen aan een kroongetuige geen gevolgen zullen worden verbonden in de strafzaken van de verdachten tot op zekere hoogte bevestigd, zij het zeker niet volledig. De rechtbank bekijkt de kwestie vanuit een praktische invalshoek, waarbij feitelijk wordt beoordeeld of daadwerkelijk sprake is van een benadeling van de verdediging van een specifieke verdachte als gevolg van het vormverzuim. Het feit dat het Openbaar Ministerie een afspraak maakt waardoor belangrijke strafvorderlijke voorschriften en rechtsbeginselen zijn geschonden, en in ieder geval het risico is genomen dat de waarheidsvinding geweld zou worden aangedaan, wordt onvoldoende geacht om los van die feitelijke benadeling consequenties aan de schending te verbinden. De benadering van de rechtbank wijkt daarmee in sterke mate af van de uitkomst in de Juliët-arresten. Waar de rechter destijds tot (partiële) niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie kwam, volgt nu een verregaand geïndividualiseerde bewijssluiting.

Met het oog op het arrest van de Hoge Raad van 19 februari 2013 kan niet worden uitgesloten dat de Hoge Raad thans tot een soortgelijk oordeel zou komen.<sup>530</sup> De Hoge Raad scherpt in dit arrest de criteria voor bewijsuitsluiting aan door te stellen dat deze in beginsel slechts aan de orde is ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM. Bewijsuitsluiting als sanctie voor onrechtmatig overheidsoptreden buiten dit verband van art. 6 EVRM, als “rechtsstatelijke waarborg en als middel om de met de opsporing en vervolging belaste ambtenaren te weerhouden van onrechtmatig optreden” kan slechts in beeld komen in geval van een vormverzuim dat heeft geresulteerd in een “zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte”, of wanneer “het desbetreffende vormverzuim naar uit objectieve gegevens blijkt zozeer bij herhaling voorkomt dat zijn structureel karakter vaststaat en de verantwoordelijke autoriteiten zich, vanaf het moment waarop dit structurele verzuim hun bekend moet zijn geweest, onvoldoende inspanningen hebben getroost overtredingen van het desbetreffende voorschrift te voorkomen.” Bovendien zal de rechter moeten motiveren waarom hij denkt dat bewijsuitsluiting “daadwerkelijk de beoogde normerende werking op de praktijk van opsporing en vervolging zal hebben” en waarom dat belang moet prevaleren boven “zwaarwegende belangen als de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een – mogelijk zeer ernstig – strafbaar feit.”<sup>531</sup> In ieder geval kan gesteld worden dat de drempel om op voet van art. 359a Sv tot bewijsuitsluiting te komen zowel materieelrechtelijk als formeelrechtelijk is verhoogd.

Terug naar de kroongetuige en de uitslag in het Passageproces: de beoordeling van de Holleederweglatingen roept de vraag op of en zo ja welke conclusies de rechtbank zou hebben verbonden aan de constatering dat andere en meer algemene toezeggingen aan La Serpe onrechtmatig waren, zoals bijvoorbeeld de toezegging dat (geheel) van het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel zou worden afgezien. Van een benadeling op het niveau van feitelijke door de verdediging in de zaken van de medeverdachten te voeren verweren is immers geen sprake, hetgeen in het licht van de beslissing over de Holleeder-verklaringen zou kunnen betekenen dat de rechtbank ook dergelijke onrechtmatige toezeggingen zonder consequenties zou laten. Het feit dat zonder de betreffende toezegging de overeenkomst met La Serpe mogelijk niet tot stand zou zijn gekomen, daarmee zijn verklaringen niet tactisch bruikbaar zouden zijn geweest en het hele Passage-proces er waarschijnlijk niet was gekomen, maakt het kennelijk niet anders, nu

<sup>530</sup> HR 19 februari 2013, LJN BY5322.

<sup>531</sup> Buruma betoogt naar aanleiding van onder andere dit arrest in het NJB dat bewijsuitsluiting buitenproportioneel kan zijn wanneer de geschonden norm voor politieagenten moeilijk na te leven is en hij vergelijkt regelgeving op het gebied van dactylosporen en het bewaren van kentekengegevens met de maximumsnelheid op de A2: niemand begrijpt waarom die regel er is, waardoor deze massaal wordt overtreden. Buruma lijkt echter geen moeite te hebben met de 483.767 boetes die in een half jaar tijd aan automobilisten zijn opgelegd, al is het maar omdat hij (naar eigen zeggen cynisch) veronderstelt dat men zich anders niet aan die maximumsnelheid zou houden. Wat de politieagenten in kwestie er dan van zou moeten weerhouden de door hen als lastig ervaren regelgeving te respecteren wanneer na overtreding geen sanctionering volgt blijft in het midden, ondanks dat Buruma – gelukkig – het belang van die regelgeving wel zegt te onderkennen. Buruma 2013, p. 494.

dat volgens de verklaringen van La Serpe én het Openbaar Ministerie ook gold voor de eis van La Serpe dat zijn verklaringen over Holleeder buiten de stukken zouden worden gehouden. Bovendien mag worden aangenomen dat de rechtbank ook dit gegeven onder het uitgangspunt zou hebben geschaard dat, uitgaande van een bewezenverklaring, het belang van een verdachte dat het gepleegde feit niet wordt ontdekt niet kan worden aangemerkt als een rechtens te respecteren belang.

De consequentie van de schematische benadering die de rechtbank voorstaat lijkt daarmee te zijn dat ook voor bewijsuitsluiting geldt dat deze slechts plaats heeft wanneer de Schutznorm zich daar niet tegen verzet en van dat uitgangspunt slechts hoeft te worden afgeweken wanneer die Schutznorm wordt gerelativeerd. Dat laatste is voorbehouden aan gevallen die onder het aangescherpte Karman-criterium vallen. Een schending van dat criterium is echter dermate ernstig dat dit slechts tot de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie kan leiden. De onrechtmatige verkrijging van bewijsmiddelen, ook wanneer belangrijke strafvorderlijke voorschriften in aanzienlijke mate zijn geschonden, zou daarmee zonder consequenties kunnen blijven tenzij de belangen van de verdachte, anders dan zijn algemene belang dat de opsporende en vervolgende overheid zich niet van onrechtmatige middelen bedient teneinde bewijs te vergaren of een veroordeling veilig te stellen, door dat onrechtmatig handelen zijn geschonden. Het maatschappelijk belang bij een integer opsporings- en vervolgingsapparaat en een enigszins effectief model van sanctionering van dat apparaat wanneer dit onrechtmatig handelt, heeft binnen het strakke schema van de rechtbank geen plaats, anders dan in de uiterst uitzonderlijke Karman-situatie. Dat is een verontrustende stand van zaken, niet alleen in de context van de kroongetuigenproblematiek, maar ook voor de integriteit van het strafproces als geheel. Of de rechtbank tot toepassing van de Karman-doctrine zou zijn overgegaan wanneer zij geoordeeld had dat de rechtsstatelijke positie van het Openbaar Ministerie in het geding was, bijvoorbeeld bij de gang van zaken rond de ontnemingstoezegging, kan uit het vonnis niet volgen, maar ik waag het met het oog op de ten aanzien van de figuur van de kroongetuige ingezette instrumentalistische lijn te betwijfelen.

Het Nederlandse strafproces en de behandeling van strafzaken is geheel ingericht op de veronderstelling dat opsporingsambtenaren onder leiding van het magistratelijk Openbaar Ministerie zich aan de regels houden, naar waarheid verbaliseren, zowel belastende als ontlastende bewijsmiddelen aan het procesdossier toevoegen, en in zijn algemeenheid naast het opsporingsbelang tevens oog houden voor het maatschappelijk belang én het belang van de individuele verdachte, die voor onschuldig dient te worden gehouden tot het moment dat een rechter anders beslist. In het huidige politieke klimaat, waar in het bijzonder de nadruk ligt op *law and order* en de versterking van de rol van Officieren van Justitie als misdaadbestrijders ten koste van hun rol als magistraten, zijn *checks and balances* onontbeerlijk. Juist het strafproces voorziet in een doorlopende toetsing van de gedragingen van het opsporings- en vervolgingsapparaat. De steeds verdergaande beperking van dat strafproces tot primair een vervolging en berechting van een individuele verdachte miskent het belang van die *checks and balances* en miskent dat het opsporings-

en vervolgingsapparaat niet inherent integer is, niet uit zichzelf binnen de grenzen van de rechtsstaat blijft, maar grenzen opgelegd moet krijgen van de wetgever welke grenzen moeten worden bewaakt door de onafhankelijke rechter. Dat was nu juist bij uitstek de les van Van Traa, die zowel het probleem als de oplossing voor dat probleem kernachtig verwoordde in de belangrijkste aanbeveling van diens eindrapport: de rechtsstaat duldt geen ongetoetst of ongecontroleerd domein in de rechtshandhaving en opsporing, en de verschillende machten dienen hun verantwoordelijkheid te nemen waarbij de wetgever dient te normeren, de uitvoerende macht zich aan die normen dient te houden, en de rechterlijke macht de toepassing van de gebruikte methoden aan de normen dient te toetsen.<sup>532</sup> Vertrouwen is goed, maar controle is beter.

Dit betekent dat een versterking of vervanging van de gebrekkige fundamenten van de kroongetuigenregeling, net als ten tijde van de zaak Lorsé, primair een verantwoordelijkheid van de wetgever is, en niet aan de rechtspraak kan worden overgelaten. Die verantwoordelijkheid is des te groter nu de rechtspraak sinds die zaak Lorsé en andere in die periode behandelde kroongetuigenzaken de mogelijkheden tot bestraffing van onrechtmatig overheidsoptreden aanzienlijk heeft ingeperkt en er thans een situatie dreigt te ontstaan waarin het Openbaar Ministerie zich zelfstandig (geheel) los kan maken van het door de wetgever neergelegde kader. Daarmee ontstaat alsnog de situatie die de wetgever juist heeft willen voorkomen: een invulling van de kroongetuigenregeling die ongenormeerd en voor een groot deel ongecontroleerd wordt overgelaten aan de opsporingspraktijk. Dat brengt mij tot de volgende conclusies en aanbevelingen.

---

532 Zie het citaat in paragraaf 1.1.2.

