



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het hanteren van een 'ruisstrategie' bij de opsporing leidt in casu niet tot niet-ontvankelijkheid OM

Crijns, J.H.

Citation

Crijns, J. H. (2022). Het hanteren van een 'ruisstrategie' bij de opsporing leidt in casu niet tot niet-ontvankelijkheid OM. *Nederlandse Jurisprudentie*, 2022(1/2), 56-59. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3257003>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3257003>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

over het gevoerde vermogensrechtelijke beleid. Het feit dat de rechtsvoorganger van ADP feitelijk nauw bij Chuminisan betrokken is geweest, hij tot zijn overlijden bestuurder van Chuminisan is geweest, hij heeft uitgedragen dat hij wilde weten wat Chuminisan met het geschonken geld deed en Chuminisan ingevolge haar doelstelling tot een bepaalde besteding van haar vermogen is gehouden, is naar het oordeel van het hof bij gebreke van andere relevante omstandigheden onvoldoende om een dergelijke rechtsverhouding en een verplichting tot het doen van rekening en verantwoording aan te nemen. Tegen onder meer dit oordeel komt ADP in cassatie op.

De Hoge Raad herhaalt zijn vaste rechtspraak over wanneer een verplichting tot het doen van rekening en verantwoording kan worden aangenomen en welke omstandigheden daarbij onder meer een rol kunnen spelen (HR 9 mei 2014, NJ 2014/251, rov. 3.6). De Hoge Raad vervolgt dat het oordeel van het hof aldus moet worden begrepen dat de door ADP aangevoerde omstandigheden onvoldoende zijn om een verplichting tot het doen van rekening en verantwoording voor Chuminisan aan te nemen. Dat oordeel is volgens de Hoge Raad niet onvoldoende gemotiveerd, omdat het hof in zijn oordeel heeft meegenomen dat het geschonken bedrag tot het vermogen van Chuminisan behoort en het hof daarbij de doelstelling van Chuminisan en de betrokkenheid van de rechtsvoorganger van ADP bij Chuminisan in acht heeft genomen.

Ten aanzien van de subsidiaire vordering van ADP, die in algemene termen was verwoord en strekte tot het in goede justitie treffen van een maatregel, geldt dat ADP deze vordering in feitelijke instanties niet heeft toegelicht, waardoor het hof daarop niet afzonderlijk hoefde in te gaan. De Hoge Raad verwierpt het cassatieberoep.

NJ 2022/3

HOGE RAAD (STRAFKAMER)

9 januari 2018, nr. 16/04441

(Mrs. J. de Hullu, V. van den Brink, E.S.G.N.A.I. van de Griend, A.L.J. van Strien, M.J. Borgers; A-G mr. T.N.B.M. Spronken) m.nt. J.H. Crijns*

Art. 359a Sv; art. 312 lid 2 Sr; art. 3 Politiewet

NJB 2018/222

RvdW 2018/157

ECLI:NL:HR:2018:18

ECLI:NL:PHR:2017:1405

Het hanteren van een 'ruisstrategie' bij de opsporing leidt in casu niet tot niet-ontvankelijkheid OM.

* Prof. mr. J.H. Crijns is hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden.

Tijdens een politieverhoor is aan verdachte en een medeverdachte meegedeeld dat ook een fictieve buit is weggenomen met als doel een gesprek tussen beiden over de overval op gang te brengen. Oordeel hof dat het melden van de fictieve buit niet meer dan een beperkte inbreuk op de grondrechten van verdachte heeft gemaakt en niet zeer risicovol is geweest voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing zodat bij die wijze van opsporing geen sprake is geweest van schending van de beginselen van een behoorlijke procesorde, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is ook niet onbegrijpelijk gelet op de vaststellingen van het hof omtrent de ernst van het feit, het zonder resultaat zijn gebleven van andere opsporingsmethoden, de beperkte mate van misleiding, het verleend zijn van toestemming door de Ovj en de verslaglegging omtrent de inzet van het opsporingsmiddel en de aldus aan de rechter geboden mogelijkheid van controle daarop.

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 26 juli 2016, nummer 23/001493-15, in de strafzaak tegen: [verdachte], adv.: mr. H.K. ter Brake, te Hoorn.

Cassatiemiddel:

Middel zie 2.1; (red.).

Conclusie A-G mr. T.N.B.M. Spronken:

1. Bij arrest van 26 juli 2016 heeft het gerechtshof Amsterdam het vonnis van de rechtbank Noord-Holland van 3 april 2015 bevestigd met verbetering van gronden. In het vonnis heeft de rechtbank de verdachte wegens "diefstal door twee of meer verenigde personen, voorafgegaan en vergezeld van bedreiging met geweld tegen personen, met het oogmerk om die diefstal voor te bereiden en gemakkelijk te maken" veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van drie jaren, met aftrek van voorarrest.
2. Er bestaat samenhang met de zaak met nummer 16/04245. In deze zaak zal ik vandaag ook concluderen.
3. Namens de verdachte heeft mr. H.K. ter Brake, advocaat te Hoorn, één middel van cassatie voorgesteld.
4. Het middel houdt in dat het hof – ik citeer het middel – "aan bedrieglijk optreden van en aan het opmaken van een proces-verbaal met valse inhoud door verbalisanten, met medeweten en goedkeuring van het openbaar ministerie, ten onrechte en ondeugdelijk gemotiveerd niet het rechtsgevolg heeft verbonden dat het openbaar ministerie in zijn vervolging niet ontvankelijk is".
- 4.1. Het gaat in de onderhavige zaak om de inzet van een tactisch plan, ook wel aangeduid als een 'ruisstrategie'. Bij de stukken bevindt zich een pro-

ces-verbaal tactisch plan¹ dat – voor zover hier van belang – het volgende inhoudt:

“1 Aanleiding onderzoek

Op zaterdag 10 augustus 2013, omstreeks 23:25 uur heeft er een overval plaats gevonden op een vrijstaande woonboerderij, gelegen aan de [a-straat 1] te Callantsoog. Ten tijde van de overval waren de twee bewoners aanwezig.

De overval zou zijn gepleegd door minimaal een drietal daders.

De bewoonster [betrokkene 2] zei tegen haar man dat er een aantal malen op de voordeur werd geklopt. De bewoner [betrokkene 1] is vervolgens via de achterdeur naar de voorzijde van de woning gelopen. Hier werd [betrokkene 1] geconfronteerd met een tweetal donker gekleurde overvallers/daders. De derde overvalleur/dader stond ter hoogte van de voordeur en die heeft [betrokkene 1] niet goed waar kunnen nemen. Dit betrof echter ook een donker gekleurde dader. (...)

2 Getuigen vluchtauto

Aan de hand van diverse getuigenverklaringen ontstond het vermoeden dat de daders van de overval waren weggereden in een rode personenauto. Een van de getuigen identificeerde de auto later als een Ford Focus.

3 Controle rode Ford, Focus voorzien van het kenteken [AA-00-BB]

Op zaterdag 10 augustus 2013, omstreeks 23:55 uur, werd door collega's van de Basis Politie Zorg (BPZ) een rode personenauto van het merk Ford, type Focus, voorzien van het kenteken [AA-00-BB] staande gehouden. Dit in opdracht van collega [verbalisant 3] die het voertuig had zien rijden ter hoogte van het Kooypunt te Den Helder. [verbalisant 3] reed achter genoemd voertuig en zag in het voertuig een drietal donker gekleurde personen zitten. (...)

4 Inzittenden rode Ford Focus worden verdachten

In genoemde personenauto zaten de volgende drie personen.

Achternaam:[betrokkene 3]

Voornamen:[voornamen betrokkene 3]

(...)

Achternaam:[medeverdachte]

Voornamen:[voornamen medeverdachte]

(...)

Achternaam:[verdachte]

Voornamen:[voornamen verdachte]

(...)

Op 23 september 2013 zijn de drie inzittenden door de Officier van Justitie mr. AF. van Kooij als verdachten ex art. 27 Sv (...) aangemerkt.

5 Nader onderzoek

In overleg met de Officier van Justitie A.F. van Kooij werd besloten om niet over te gaan tot

aanhouding maar om middels nader onderzoek te proberen de verdachten uit de rode Ford Focus te koppelen aan de plaats delict. Dit was echter niet gelukt en daarom werd het onderzoek stilgelegd.

6 Tactisch plan

6.1 Fictieve buit

Voorafgaand aan de verhoren werd door de Officier van Justitie mr. A.F. van Kooij toestemming gegeven om de verdachten, naast de werkelijk weggenomen buit, te vertellen dat er ook een enveloppe met een geldbedrag door de overvallers was weggenomen. Het noemen van deze buit had als doel een gesprek tussen de beide verdachten over de overval en/of buit te activeren.

Bij deze beslissing zijn eventuele risico's besproken zoals het nemen van onderlinge represailles. Er zou immers gedacht kunnen worden dat één van de daders de buit niet eerlijk verdeeld had. De risico's werden na overleg niet groot geacht. Tijdens de verhoren mocht gesproken worden over een enveloppe met ongeveer €1200,- welke tijdens de overval naast de werkelijke buit zogenaamd ook was weggenomen.

6.2. OVC hal politiebureau

Gezien het feit dat middels printlijsten, telefoontaps en observatie niet gelukt was om de verdachten bewijsbaar op het plaats delict te krijgen en het onderzoek dreigde te worden gearcheveerd, werd besloten over te gaan tot aanhouding van de verdachten, waarna tijdens het Opnemen Vertrouwelijke Communicatie (OVC) getracht zou worden de verdachten bewegen te spreken over de door hen gepleegde overval.

Hiertoe was de hal van het politiebureau te Hoorn, waar de verdachten na verhoor en invrijheidstelling zouden worden geplaatst, voorzien van af luisterapparatuur ten behoeve van de OVC.

6.3. NPG/OVC Taxi

Tevens werd besloten om onder artikel 3 Politiewet middels Non Politieel Gedrag (NPG) na de eventuele invrijheidstelling een taxi aan de verdachten aan te bieden met een politieagent (NPG'er) als taxi-chauffeur. Het doel was dan een vertrouwde omgeving te creëren voor een gesprek. Hiertoe was de taxibus eveneens voorzien van af luisterapparatuur ten behoeve van de OVC 7 Afzien van uitvoering tactisch plan deel 1 Op woensdag 12 november 2014 werden de verdachten [betrokkene 3] en [medeverdachte] aangehouden. De derde verdachte [verdachte] werd niet aangetroffen.

Op donderdag 13 november 2014 werden de twee aangehouden verdachten zakelijk gehoord. Hierbij werd de fictieve buit niet benoemd. Gezien het feit dat beide verdachten aantoonbaar leugenachtig verklaarden over hun aanwezigheid in de rode Ford Focus, werd door de Officier van Justitie Mr. AF. van Kooij besloten om de verdachten op vrijdag 14 november 2014 voor te geleiden bij de Rechter-commissaris van het ar-

¹ Proces-verbaal van 25 november 2014, opgemaakt door verbalisanten [verbalisant 1] en [verbalisant 2], opgenomen in map A, p. 213-215.

rondissement Noord-Holland. Derhalve is besloten om het hierboven beschreven tactische plan (nog) niet uit te voeren.

8 Afwijzing vordering

Op vrijdag 14 november 2014 werden beide verdachten voorgeleid bij de Rechter-commissaris van het arrondissement Noord-Holland.

De Rechter-commissaris wees de vorderingen inbewaaringstelling voor beide verdachten af.

9 Verlenging in verzekeringstelling

Na de afwijzing vordering bleek dat de verdachte [betrokkene 3] buiten de wil van de Officier van Justitie reeds in vrijheid was gesteld. De verdachte [medeverdachte] was echter nog in de rechtbank en door de Officier van Justitie werd besloten de in verzekeringstelling door te laten lopen en de verdachte over te brengen naar het politiebureau te Hoorn voor nader onderzoek.

Op zaterdag 15 november 2014 werd de in verzekeringstelling van verdachte [medeverdachte] in het politiebureau te Hoorn verlengd.

10 Uitvoering tactisch plan deel 2

10.1 Aanhouding [verdachte].

Op vrijdag 14 november 2014 te 21:03 uur werd de voornoemde [verdachte] aangehouden voorgeleid bij een Hulpofficier van Justitie en later in verzekering gesteld.

10.2 Nader verhoor [medeverdachte]

De voornoemde [medeverdachte] is tijdens zijn verlengde in verzekeringstelling nader gehoord. Hij bleef bij zijn eerder afgelegde verklaring. Wel is [medeverdachte] tijdens dit verhoor geconfronteerd met de weggenomen goederen en is hem verteld dat er ook een enveloppe met €1200,- a €1250,- is weggenomen bij de overval. Abusievelijk is door de verhorende rechercheurs [verbalisant 4] en [verbalisant 5] aan [medeverdachte] verteld dat er geld in de weggenomen portemonnee zat.

10.3 Verhoren [verdachte]

De voornoemde [verdachte] is na zijn aanhouding op zaterdag 15 november 2015 twee keer gehoord. Hij ontkend enige betrokkenheid te hebben bij de overval. Hij ontkende tevens in de voornoemde rode Ford Focus gezeten te hebben tijdens de politiecontrole. Ook is [verdachte] tijdens zijn laatste verhoor geconfronteerd met de weggenomen goederen en hem is ook verteld dat er tevens een enveloppe met €1200,- a €1250,- is weggenomen bij de overval.

10.4 Heenzending [medeverdachte]

Op zaterdag 15 november 2014 te 17:48 uur werd de verdachte [medeverdachte] op last van de Officier van Justitie mr. AF. van Kooij heengezonden en in vrijheid gesteld.

10.5 Heenzending [verdachte]

Op zaterdag 15 november 2014 te 17:56 uur werd de verdachte [verdachte] op last van de Officier van Justitie mr. AF. van Kooij heengezonden en in vrijheid gesteld.

10.6 Uitvoering OVC's

Direct na de in vrijheidstelling van de beide verdachten zijn de OVC's zoals vermeld onder de nummers 6.2 en 6.3 van dit proces-verbaal uitgevoerd."

4.2. Het proces-verbaal van het verhoor² waarin de verdachte is verteld over de fictieve buit houdt – voor zover hier van belang – het volgende in:

"V= vraag/opmerking van de verbalisanten

A= antwoord/opmerking van de verdachte
Het verhoor wordt zoveel als mogelijk woordelijk weergegeven.

(...)

V: Wat kan jij verklaren over die overval in Callantsoog?

A: Hoe kan ik daar iets over verklaren?

V: Op 10 augustus 2013 om ongeveer 23:20 uur vind er een overval plaats aan een vrijstaande woning op de [a-straat 1] in Callantsoog. Die overval wordt door drie donkere mannen gepleegd. Er wordt eerst op de deur gebonkt en de aangeefster gaat kijken wie er voor de deur staat. Zij ziet dan een aantal personen voor de deur staan. Op het moment van het banken gaat de bewoner, een man, joko kijken. Hij loopt naar buiten en ziet twee mannen gehurkt in zijn tuin zitten. Hij ziet donkere mannen waarvan er één gezichtsbedekking draagt. Hij spreekt ze aan en vraagt wat ze moeten. De man zonder gezichtsbedekking komt op de man af en vraagt wat hij bedoelt. De man met gezichtsbedekking komt met een staaf op de man aflopen. De man loopt tussen de auto's op het pad door naar de camping van de burens. Hij ziet dan ook nog een derde man aan de voorkant van het huis in zijn tuin staan. De twee in eerste instantie gehurkte mannen spraken volgens de man een andere taal, wij denken dat het Papiamento is geweest.

Dan besluit de man met gezichtsbedekking de woning in te gaan en treft daar de vrouw aan. Hij zegt iets tegen haar. Wat dat zeggen wij niet. Dat is daderinformatie. *Deze man pakt daar een lpad, een portemonnee en een enveloppe met een aanzienlijk geldbedrag weg.*

IN die enveloppe zat een bedrag van ongeveer 1200 a 1250 euro. [cursivering AG]

Wat die vrouw opviel was dat die man een haarnet droeg met aan de zijkant een bult van haar. Wij denken dat jij die man was met de staaf en het haarnet omdat wij denken dat die bult van dreads kwam en zoals wij nu zien, heb jij lange dreads.

Die man gaat met de buit: de pad, portemonnee en enveloppe met geld. [cursivering AG] Vlak daarna wordt er een auto gestart en rijdt weg over de Abbestederweg. Een getuige ziet een rode auto wegrijden dat. Dan kort daarna wordt er bij het Kooypunt een rode Ford Focus gecontroleerd met jullie hierin.

² Proces-verbaal van 15 november 2014, opgemaakt door verbalisanten [verbalisant 5] en [verbalisant 4], opgenomen in map B-02 op p. 379-383.

A: Ik vind het raar dat ik hierover aangesproken wordt. Het kan niet. Ik zat niet in die auto.

(...)

V: De slachtoffers hebben wel wat mee gemaakt. Die vrouw is erg getraumatiseerd. *En dat voor een bedrag van 1250 euro.* [cursivering AG]

A: Waarom zegt u dat tegen mij? Ik was daar niet bij geweest.

V: Je broer en drie politieagenten zeggen dat jij in die auto zat en ik denk dat het een uit de hand gelopen inbraak was.

A: Hoe moet ik u duidelijk maken dat ik het niet was geweest?

V: Jij hebt een slap verweer ten opzichte van de feiten die wij jou voorgelegd hebben. Justitie oordeelt hierover. Wij zijn klaar.

A: Oké.”

4.3. Na hun invrijheidstelling hebben de verdachte en de medeverdachte [medeverdachte] in de hal van het politiebureau en in de door een politieambtenaar bestuurde taxi met elkaar gesproken. Deze gesprekken zijn door de politie opgenomen. In het dossier bevinden zich schriftelijke uitwerkingen van deze OVC-gesprekken. De rechtbank heeft in het door het hof bevestigde vonnis enkele passages uit het gesprek in de taxi tot het bewijs gebezigd, maar niet de passages waarin door de verdachte en de medeverdachte is gesproken over de fictieve buit. Het gaat om de volgende passage:

[verdachte]: Kijk nòh, ik heb hen in de maling genomen want. Ik had niet bij me.
(..) Daarom heb ik tegen hen gezegd dat ik niet in de auto was.

(...)

Ik zei tegen hen, jullie zijn sukfels. Jullie hadden die ene legitimatie moeten vragen. Begrijp je?

[medeverdachte]: Nee ik dacht dat jij ook mijn ehm dat ding nòh...

[verdachte]: Nee jòh

[medeverdachte]: Legitimatie nòh.

[verdachte]: Anders had ik niet tegen hen kunnen liegen nòh.

Je kan geen spullen van mensen gaan pakken met legitimatie op zak en het valt in het huis van de mensen. Dat kan niet [medeverdachte].

[medeverdachte]: Toen ze de dingen vertelden, hebben ze iets gezegd op de laatste dag dat ik voor moest komen. Kwam er iets anders naar voren, er werd gezegd dat van de parkeerplaats van het hotel een, de auto zag een auto voor zich wegscheuren.

[verdachte]: Ik weet heel goed dat toen we wegreden, we reden en daarna gingen we zo snel mogelijk links.

[medeverdachte]: Ja.

[verdachte]: Ze menen te zeggen dat wanneer de politie mij vroeg wie ik was, dat ik mijn twee bankpassen heb gegeven. Hé, matie ik ga nooit, nooit van jouw leven dingen van mensen pakken met één van die kutten/dingen op zak. Want ik ken veel mensen die naar binnen zijn gegaan, die lieten hun paspoort vallen. Hou op. Dan ben je een lul.

(...)

[verdachte]: Maar, kijk nòh, ik had een dag om mijn verhaal voor te bereiden en daar bleef ik bij.”³

4.4. In hoger beroep heeft de raadsman van de verdachte volgens de pleitnota die aan het procesverbaal van de terechtzitting van 26 juli 2016 is gehecht – voor zover voor de beoordeling van het middel van belang – het volgende naar voren gebracht:

“Het bewijs tegen cliënt is in deze kwestie met name gebaseerd op hetgeen door cliënt en zijn broer zou zijn besproken, welk gesprek door middel van de OVC is geregistreerd. Uit hetgeen op pagina 987 ev. van map M (BOB dossier) kan worden afgeleid, is er door de rechter-commissaris een machtiging afgegeven voor een periode van maximaal 7 dagen, welke periode aanvangt op 12 november 2014. Deze machtiging is reeds op 4 november 2014 afgegeven door rc mr. B. Vogel. Voorts blijkt dat er een bevel door de Officier van Justitie is afgegeven. Daarmee lijkt de OVC te voldoen aan de vereisten zoals weergegeven in artikel 126L Sv.

Ontvankelijkheid OM

Echter, zoals in eerste aanleg reeds uitvoerig is besproken, dient het OM desondanks niet-ontvankelijk te worden verklaard, aangezien er bij het OVC sprake was van een tactisch plan waarbij doelbewust tijdens de verhoren cliënt – en de medeverdachte – is misleid door in strijd met de waarheid te vertellen dat sprake was van een buitgemaakte envelop met daarin een aanzienlijk geldbedrag. Dit, terwijl cliënt erop mocht vertrouwen dat de informatie die aan hem werd voorgehouden juist was.

Middels dit tactisch plan is gehandeld in strijd met de beginselen van een goede procesorde. Er is doelbewust gehandeld, hetwelk een grove veronachtzaming is van de belangen van cliënt. Hiermee is tekort gedaan aan zijn recht op een eerlijke behandeling van de zaak. Het schaden van de belangen van cliënt, kan ook niet meer hersteld kan worden. Immers, kennelijk is de foutieve informatie aanleiding geweest tot het voeren van het gehele gesprek. Dit nadeel kan niet worden opgeheven door slechts die delen van het bewijs uit te sluiten die betrekking hebben op de foutieve informatie. Overigens heeft

³ De voetnoten zijn weggelaten.

de rechtbank in eerste aanleg slechts overwogen dat geen sprake is van een ernstige inbreuk op de beginselen van een behoorlijke procesorde, zonder aan te geven waarom niet.

De verdediging is van mening dat sprake is van een schending van artikel 6 EVRM: Het Europees Hof heeft eerder overwogen dat de keuzevrijheid van de verdachte om al dan niet te verklaren, teniet wordt gedaan op dat de justitiële autoriteiten door misleiding belastende verklaringen weten los te peuteren die zij niet via de reguliere weg wisten te verkrijgen. Weliswaar ging dat bij die zaken om de inzet van een informant, maar de uiteindelijke vraag is gelijk aan de onderhavige: Bij de beantwoording van de vraag of het zwijgrecht in een dergelijke mate is geschonden dat dit een inbreuk oplevert wordt in genoemde kwestie gekeken naar de relatie tussen de verdachte en de informant, op het moment dat de gewraakte verklaring werd gekregen: handelde de informant op dat moment als afgevaardigde van de autoriteiten ('agent of the state'), en is de verdachte niet door de informant tot de verklaring gebracht. Dit wordt weer ingevuld door te kijken of de verklaring ook op die manier en in die vorm zou zijn afgelegd zonder inmenging van de autoriteiten, en of de conversatie waarin de verklaring werd afgelegd de functionele equivalent van een verhoor was.

Onder die omstandigheden zijn de verklaringen niet spontaan afgelegd maar zijn het resultaat van de bewust foutieve en misleidende informatie die tijdens het verhoor aan cliënt is medege-deeld.

Immers, het doel van het tactisch plan, bestaande uit het noemen van een fictieve buit, was het activeren van een gesprek tussen de beide verdachte over de overval en/of de buit. Het is niet goed te destilleren welk deel van het gesprek wel veroorzaakt is door de misleiding, en welk deel van het gesprek niet.

Onder deze omstandigheden moeten de gesprekken die cliënt tijdens de OVC heeft gevoerd worden aangemerkt als onvrijwillig afgelegde verklaringen, en is het zwijgrecht en het recht gevrijwaard te blijven van zelf-incriminatie dus met voeten getreden. Dit levert een schending op van artikel 6 EVRM.

Primair handhaaft de verdediging dan ook het standpunt dat het OM niet-ontvankelijk dient te worden verklaard."

4.5. Het hof heeft in reactie op het door de raadsman gevoerde verweer het volgende overwogen:

"Standpunt van de verdediging

De raadsman heeft aan de hand van een door hem overgelegde en aan het dossier toegevoegde pleitnotitie, betoogd dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk moet worden verklaard in de vervolging. Hiertoe voert hij aan dat er sprake was van een tactisch plan van de politie, in overleg met de Officier van Justitie, waarbij

doelbewust tijdens de verhoren de verdachte is misleid door in strijd met de waarheid te vertellen dat sprake was van een buitgemaakte enveloppe met daarin een aanzienlijk geldbedrag. Vervolgens zijn gesprekken gevoerd tussen hem – de verdachte – en de medeverdachte [medeverdachte] na hun heenzending heimelijk opgenomen. Middels dit tactisch plan is gehandeld in strijd met de beginselen van een goede procesorde. De keuzevrijheid van de verdachte om al dan niet te verklaren is teniet gedaan en daarmee is sprake van een schending van artikel 6 EVRM, aldus de raadsman.

Standpunt van het Openbaar Ministerie

De advocaat-generaal heeft zich op het standpunt gesteld dat het Openbaar Ministerie ontvankelijk is in de vervolging. Zij heeft daartoe, aan de hand van een door haar overgelegd en aan het dossier toegevoegd schriftelijk requisitoir het navolgende aangevoerd. In onderhavige zaak is een zogenaemde 'ruisstrategie' ingezet. Tijdens een verhoor is aan de verdachte een mededeling gedaan over een fictieve buit. Vervolgens heeft er een OVC plaatsgevonden in o.a. de taxi die de verdachte en de medeverdachte wegbracht. De algemene bevoegdheid van artikel 3 van de Politiewet biedt voor het inzetten van een dergelijke strategie de basis. De zaaksofficier heeft hiertoe machtiging verleend en heeft daarbij de proportionaliteit en subsidiariteit op een juiste wijze afgewogen. Er is geen sprake van schending van de beginselen van behoorlijke procesorde, noch van een vormverzuim, zoals dit door de verdachte subsidiair is aangevoerd.

Beoordeling door het hof

Het hof stelt aan de hand van het dossier het volgende vast. Op zaterdag 10 augustus 2013 is de verdachte (en de medeverdachten [medeverdachte] en [betrokkene 3]) naar aanleiding van een melding van een overval in een woning staande gehouden in een rode personenauto; merk Ford, type Focus, voorzien van het kenteken [AA-00-BB]. Op 23 september 2013 zijn de drie inzittenden als verdachten aangemerkt. Besloten is om niet over te gaan tot aanhouding, maar om middels onderzoek te proberen de verdachten uit de rode Ford Focus te koppelen aan de plaats van het delict. Dit is niet gelukt en daarom werd het onderzoek stilgelegd. Op 25 november 2014 is een proces-verbaal Tactisch plan opgemaakt. Hieruit blijkt dat door de zaaksofficier toestemming is gegeven om de verdachten, naast de werkelijk weggenomen buit, te vertellen dat er ook een enveloppe met een geldbedrag van ongeveer € 1.200,00 door de overvallers was weggenomen. Het noemen van deze fictieve buit had als doel een gesprek tussen de beide verdachten over de overval en/of buit op gang te brengen. De verdachten zouden hiertoe worden aangehouden, waarna tijdens het Opnemen Vertrouwelijke Communicatie (OVC) getracht zou worden (in de hal van het politiebureau en in de

taxi die na hun eventuele invrijheidsstelling zou worden aangeboden met een politieagent als taxichauffeur) hun gesprekken op te nemen. Het doel was een vertrouwde omgeving te creëren voor een (onderling) gesprek om aldus de tongen los te maken.

Op 13 november 2014 zijn de medeverdachten [medeverdachte] en [betrokkene 3] aangehouden en verhoord. Hierbij werd de fictieve buit niet genoemd. Op 15 november 2014 is de inverzekeringstelling van de verdachte [medeverdachte] verlengd. Tijdens zijn verlengde inverzekeringstelling is [medeverdachte] nader gehoord. Tijdens dit verhoor is hem verteld dat er ook een enveloppe met € 1.200,00 à € 1.250,00 is weggenomen bij de overval.

Op 14 november 2014 is de verdachte aangehouden voor verhoor. Op 15 november 2014 is de verdachte twee keer gehoord. Tijdens zijn laatste verhoor is hem verteld dat er tevens een enveloppe met € 1.200,00 à € 1.250,00 is weggenomen bij de overval.

Beiden zijn op 15 november 2014 in vrijheid gesteld. Direct na de invrijheidsstelling zijn de hierboven genoemde OVC's uitgevoerd.

Het hof stelt vast dat er in onderhavige verhoorsituatie van de verdachte een enkele mededeling is gedaan aan de verdachte over een fictieve buit. De verdachte heeft op deze mededeling tijdens het verhoor niet inhoudelijk gerepondeerd. Na deze verhoorsituatie zijn aan de verdachten geen verdere vragen gesteld. Op geen enkele wijze is gebleken dat de keuze- en verklaringsvrijheid van de verdachte onder druk is komen te staan. Het is de verdachte die er uiteindelijk voor kiest om de fictieve buit – nadat het verhoor, was beëindigd – ter sprake te brengen. Van een vormverzuim c.q. strijd met artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering (Sv) is dan ook geen sprake.

Het hof is voorts van oordeel dat ook overigens geen sprake is geweest van schending van 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 is tekortgedaan. Blijkens de wetsgeschiedenis van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden ligt aan het Wetboek van Strafvordering de gedachte ten grondslag dat opsporingsmethoden die zeer risicovol zijn voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing, dan wel die inbreuk maken op grondrechten en vrijheden van burgers een voldoende specifieke wettelijke basis behoeven. Daarmee hangt samen dat, zoals door de wetgever eveneens onder ogen gezien, de regeling van opsporingsmethoden niet uitputtend hoeft te zijn. Gelet hierop moet voor een niet specifiek in de wet geregelde wijze van opsporing als in deze zaak aan de orde, worden aangenomen dat de opsporingsautoriteiten bevoegd zijn haar in te zetten indien zij geen disproporti-

onele inbreuk maakt op grondrechten van burgers en niet zeer risicovol is voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing. Ook deze toets kan de inzet van het onderhavige middel doorstaan. Uit het dossier volgt dat het onderzoek naar de woningoverval vast was gelopen en dat dit tactische plan in het kader van de waarheidsvinding is ingezet als laatste redmiddel. Daarbij gelet op de ernst van het feit, een woningoverval gepleegd in de avonduren, waarbij de bewoners zijn bedreigd, de zeer beperkte misleiding, namelijk een enkele aan het strafbare feit gerelateerde mededeling over een fictieve buit, komt het hof tot het oordeel dat het Openbaar Ministerie bij het inzetten van deze methode de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit op een juiste wijze in acht heeft genomen.

Nu ook overigens niet is gebleken van een beletsel ter zake van de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, acht het hof het Openbaar Ministerie ontvankelijk in de vervolging. Het verweer van de raadsman dienaangaande wordt verworpen."

4.6. Het middel concentreert zich op de stelling, dat de integriteit en geloofwaardigheid van de opsporing door de misleiding die deel uitmaakt van het tactische plan, zodanig in de kern zijn aangetast, dat het hof het OM niet-ontvankelijk had behoren te verklaren. Daaraan doet volgens de steller van het middel niet af "dat de verklaringsvrijheid van de verdachte niet zou zijn geschonden". Hieruit leid ik af dat over een schending van het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel waarop door de raadsman op de zitting van het hof nog wel een beroep is gedaan, en welk beroep het hof heeft verworpen, in cassatie kennelijk niet meer wordt geklaagd, zodat ik geen aanleiding zie bij de beoordeling van het middel op dit aspect verder in te gaan.

4.7. Het hof heeft vastgesteld dat de inzet van het tactisch plan een niet in de wet geregelde opsporingsmethode is. Volgens het hof is er echter geen sprake geweest van schending van 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 is tekortgedaan.

4.8. Als het gaat om de inzet van niet specifiek in de wet geregelde opsporingsmethoden is het vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat opsporingsambtenaren op grond van art. 3 Politiewet 2012 en art. 141 en 142 Sv bevoegd zijn deze in te zetten, mits daarmee slechts een beperkte inbreuk wordt

gemaakt op grondrechten van burgers⁴ en de methode niet zeer risicovol is voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing.⁵ Daarbij spelen ook de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit een rol.⁶ Zo kan het sturen van zogenaamde 'stille sms's' om een indicatie te krijgen waar de verdachte zich bevindt of het gebruik van een IMSI-catcher om het gebied af te bakenen waarin de mobiele telefoon van de verdachte wordt gesignaleerd, volgens de Hoge Raad door de beugel, tenzij daardoor gelet op de duur, intensiteit en frequentie een min of meer compleet beeld wordt verkregen van het persoonlijke leven van de betrokkene.⁷ Eenzelfde afweging maakte de Hoge Raad in de zogenaamde smartphone zaken waarin het ging om het onderzoek in een in beslaggenomen smartphone.⁸

4.9. Daarnaast is het van belang hoe transparant er verslag wordt gedaan van de gebruikte opsporingsmethode en op welk niveau de beslissing tot het toepassen van een opsporingsmethode wordt genomen. Dergelijke factoren die een rol spelen bij de beoordeling of een opsporingsmethode niet zeer risicovol is voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing heeft de Hoge Raad ontleend aan de wetgeschiedenis van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden.⁹ De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden houdt – voor zover hier van belang – het volgende in:

"De voorgestelde regeling van de opsporingsbevoegdheden berust op de volgende uitgangspunten. Deze uitgangspunten stemmen in belangrijke mate overeen met die van de PEC.

Opsporingsbevoegdheden dienen zowel naar inhoud als naar procedure en controle goed te worden geregeld.

Opsporingsmethoden die zeer risicovol zijn voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing, dan wel die een inbreuk maken op grond-

rechten van burgers, behoeven een voldoende specifieke basis in het Wetboek van Strafvordering.

Het openbaar ministerie heeft op grond van artikel 148 Sv het gezag over de opsporing. Dit betekent dat het openbaar ministerie, onverlet de beheersverantwoordelijkheid van de korpsbeheerder, beslist over de te onderzoeken zaken en de te gebruiken opsporingsbevoegdheden, met dien verstande dat voor zeer ingrijpende bevoegdheden een machtiging van de rechter-commissaris is vereist. Van het gebruik van opsporingsbevoegdheden moet expliciet verslag worden opgemaakt. Niet alleen de inhoud van de informatie, maar ook de wijze waarop de informatie is verkregen, dient te worden vastgelegd. Op die manier wordt het mogelijk de wijze van informatieverwerving te controleren. In beginsel dienen de gebruikte bevoegdheden in het openbaar ter terechtzitting te kunnen worden verantwoord. Alleen indien een zwaarwegend opsporingsbelang zulks vordert kan informatie worden afgeschermd.

(...)

Het Wetboek van Strafvordering bevat geen systematische beschrijving van opsporingsbevoegdheden. Het is niet de bedoeling geweest van de concipiënten van het wetboek om het opsporingsonderzoek systematisch te beschrijven, maar om bevoegdheden te creëren ten behoeve van de strafrechtelijke afdoening van delicten. Leidend daarbij is geweest dat bevoegdheden die ingrijpen op de vrijheid of op andere grondrechten van burgers, een specifieke regeling behoeven. De regeling hoeft niet uitputtend te zijn."¹⁰

4.10. Over de vraag wanneer een opsporingsmethode zeer risicovol is voor de integriteit en de beheersbaarheid van de opsporing schrijft Buruma:

"Wat onder integriteit van de opsporing moet worden verstaan als categorie naast het handelen overeenkomstig grondrechten is voor debat vatbaar. In elk geval gaat het niet zozeer om de concrete rechten van verdachten, maar om het algemene belang dat de bij de rechtspleging betrokken autoriteiten handelen overeenkomstig hun algemene taak om misdaad op rechtmatige wijze te bestrijden; dat betekent bijvoorbeeld dat de opsporing niet opzettelijk gepaard gaat met ongerechtvaardigde persoonlijke verrijking van de betrokken ambtenaren, of met de bevordering van andere ernstige misdrijven dan die waarop de opsporing gericht is, of met misleiding van de met toezicht en rechtspraak belaste autoriteiten met het opzet dezelve beoordeling te beïnvloeden. Essentieel voor het waarborgen van die integriteit is de notie van de controleerbaarheid. In de PEC speelde die integriteit een grote rol – wij herinneren aan de groei-informatant en het doorlaten van drugs – en citeren:

4 Zie bijvoorbeeld HR 19 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0328, NJ 1996/249, m.nt. Schalken, HR 5 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2023, NJ 2001/518, HR 28 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9817, NJ 2009/224, HR 20 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF5603, NJ 2009/225, m.nt. Borgers, HR 6 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7084, NJ 2009/503, HR 13 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9338, NJ 2013/413, m.nt. Borgers, HR 7 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:23, NJ 2014/188, m.nt. Schalken, en HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:477, NJ 2014/352, m.nt. Schalken.

5 HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0070, NJ 2012/159, rov. 2.6. Zie ook B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 291.

6 Vgl. de conclusie van mijn ambtgenoot Bleichrodt (ECLI:NL:PHR:2014:623, onder 41) voorafgaand aan HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1563, NJ 2015/114.

7 HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1563, NJ 2015/114, en HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1562, NJ 2015/115, m.nt. Van Kempen. Zie ook M.J. Borgers, "Normering van 'lichte' opsporingsmethoden", *DD* 2015/15, afl. 3, p. 143-155.

8 HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584, NJ 2017/229, HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:588, NbrS 2017/172, m.nt. T. Urbanus, en HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:592, NJ 2017/230, m.nt. T. Kooijmans.

9 HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0070, NJ 2012/159, rov. 2.6.

¹⁰ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, 3, p. 3 en 9.

'Het gaat niet alleen om de vraag wat er mag, maar ook om de vraag hoe toezicht en gezag worden uitgeoefend. Dit volgens het adagium: geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid, geen verantwoordelijkheid zonder verantwoording'.¹¹

4.11. Dat de mate waarin het openbaar ministerie gezag uitoefent over de politie en de controleerbaarheid en transparantie van de opsporing een belangrijke rol spelen, kan ook worden gelezen in de rechtspraak van de Hoge Raad. Zo hechtte de Hoge Raad in twee arresten van 20 december 2011 belang aan de omstandigheid dat bij het gecontroleerd leveren van paracetamol en cafeïne door een groothandel in farmaceutische grondstoffen aan een persoon die verdacht werd van het plegen van voorbereidingshandelingen in het kader van de Opiuwet, een schriftelijke overeenkomst met de officier van justitie ten grondslag lag.¹² In de zaak over het gebruik van de IMSI-catcher overwoog de Hoge Raad onder meer dat voor de inzet van het apparaat toestemming was gegeven door de officier van justitie.¹³ Ten slotte overwoog de Hoge Raad in het arrest over de 'stille sms'jes' dat het hof onder meer had vastgesteld dat het opsporingsmiddel met toestemming van de officier van justitie was ingezet, zodat uiteindelijk voldoende duidelijkheid is verkregen over de inzet van de methode en uitvoering die werd gegeven aan door de officier van justitie op grond van de art. 126g, 126m en 126 Sv gegeven bevelen.¹⁴

4.1. In het licht van deze jurisprudentie begrijp ik het oordeel van het hof zo, dat de opsporingsambtenaren op grond van art. 3 Politiewet 2012 en/of art. 141 en 142 Sv bevoegd waren tot het inzetten van het tactisch plan, zijnde een niet specifiek in de wet geregeld opsporingsmethode, omdat daardoor niet meer dan een beperkte inbreuk werd gemaakt op de grondrechten van de verdachte, dit niet zeer risicovol was voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing en dat de inzet van het tactisch plan voldeed aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

4.2. Daarbij heeft het hof vastgesteld dat door de politie een proces-verbaal tactisch plan is opge maakt en dat daaruit blijkt dat de officier van justitie toestemming heeft gegeven voor de inzet van het tactische plan, terwijl daarin tevens verantwoording wordt afgelegd over de aanleiding, de wijze waarop aan het plan uitvoering is gegeven en hoe de mogelijke risico's zijn betrokken bij de besluitvorming.

4.3. In de toelichting op het middel wordt de stelling betrokken dat onder meer door het opma-

ken van het proces-verbaal van verhoor met daarin de onjuiste mededelingen "de integriteit en geloofwaardigheid van de opsporing in de kern (zeer) is aangetast". Ik meen dat het tegendeel het geval is. Was dat niet gebeurd, dan had achteraf niet meer kunnen worden vastgesteld wat de verbalisanten tegen de verdachte hebben gezegd, terwijl dat nu juist van groot belang is bij de beoordeling of door de opsporingsmethode niet meer dan een beperkte inbreuk wordt gemaakt op de grondrechten van in dit geval de verdachte. De vermelding van de onjuiste mededelingen komt in samenhang met het proces-verbaal tactisch plan de controleerbaarheid van de inzet van het tactische plan juist ten goede, zodat het vermelden van de onjuiste mededelingen in het proces-verbaal naar mijn mening niet in negatieve zin kan worden betrokken bij de beantwoording van de vraag of de inzet van het tactische plan zeer risicovol is voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing.

4.4. Het met toestemming van de officier van justitie en na afweging van de betrokken eventuele risico's tijdens een verhoor doen van één onjuiste mededeling aan de verdachte, terwijl de inzet van deze opsporingsmethode uitgebreid is verantwoord in processen-verbaal, is naar mijn mening niet vergelijkbaar met bijvoorbeeld de door Keulen en Knigge gegeven voorbeelden van opsporingsmethoden die zeer risicovol zijn voor de integriteit en de beheersbaarheid van de opsporing, namelijk: het infiltreren in criminele organisaties, het doorlaten van drugs, de pseudokoop en de pseudoverkoop.¹⁵

4.5. Ik meen dan ook dat het oordeel van het hof, dat in casu de inzet van het tactisch plan niet zeer risicovol was voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing, niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Het is ook niet onbegrijpelijk en toereikend gemotiveerd.

4.6. Ten overvloed merk ik nog op dat het hof nog bij zijn oordeel had kunnen betrekken, dat door de rechter-commissaris op grond van art. 126l lid 4 Sv een machtiging was verleend voor het opnemen van vertrouwelijke communicatie in de hal van het politiebureau en in de taxibus.¹⁶

4.7. Gelet op het vorenstaande ben ik van mening dat het kennelijke oordeel van het hof dat de opsporingsambtenaren op grond van art. 3 Politiewet 2012 en/of art. 141 en 142 Sv bevoegd waren tot het inzetten van het tactische plan en dat de inzet van het tactische plan geen grond oplevert het openbaar ministerie niet-ontvankelijk te verklaren in de vervolging niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Het is voorts niet onbegrijpelijk en toereikend gemotiveerd.

5. Het middel faalt.

11 Y. Buruma, in: Melai/Groenhuijsen e.a. (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, art. 126g-126gg, aant. 7 (bijgewerkt tot 1 april 2001).

12 HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0070, NJ 2012/159, rov. 2.6, en HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0199, rov. 2.6.

13 HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1562, NJ 2015/115, m.nt. Van Kempen, rov. 3.6.

14 HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1563, NJ 2015/114, rov. 2.5.

15 B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 291.

16 Zo nam de Hoge Raad bij zijn oordeel in de zaak over 'stille sms'jes' ook in aanmerking dat het hof had vastgesteld dat een machtiging van de rechter-commissaris als bedoeld in art. 126m lid 5 Sv was verstrekt. Zie HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1563, NJ 2015/114, rov. 2.5.

Hoge Raad:**2 Beoordeling van het middel**

2.1 Het middel klaagt over de verwerping door het Hof van het verweer dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk in de vervolging moet worden verklaard en komt in het bijzonder op tegen 's Hofs oordeel dat de wijze van opsporing in het onderhavige geval geen bijzondere risico's oproept voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing.

2.2.1 Ten laste van de verdachte is bewezenverklaard dat:

“hij op 10 augustus 2013 te Callantsoog, gemeente Schagen, tezamen en in vereniging met een ander, met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening in/uit een woning, gelegen aan de [a-straat 1], heeft weggenomen een iPad (merk Apple) en een portemonnee met inhoud, toebehorende aan [betrokkene 1], welke diefstal werd voorafgegaan en vergezeld van bedreiging met geweld tegen [betrokkene 1] en/of [betrokkene 2], gepleegd met het oogmerk om die diefstal voor te bereiden en gemakkelijk te maken welke bedreiging met geweld hierin bestond dat hij, verdachte,

- vermomd met een bivakmuts en/of een panty over het hoofd op [betrokkene 1] afliep terwijl hij een ijzeren staaf van ongeveer 30 centimeter lang vasthield en

- vervolgens die woning van [betrokkene 1] en [betrokkene 2] is binnen gegaan en

- tegen [betrokkene 2] dreigend heeft gezegd ‘mevrouw, open de kluis’ en ‘Pak je tas!’, terwijl hij, verdachte, voortdurend in die woning rondliep met die ijzeren staaf.”

2.2.2 Het Hof heeft het in het middel bedoelde verweer als volgt samengevat en verworden:

“De ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie

Standpunt van de verdediging

De raadsman heeft aan de hand van een door hem overgelegde en aan het dossier toegevoegde pleitnotitie, betoogd dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk moet worden verklaard in de vervolging. Hiertoe voert hij aan dat er sprake was van een tactisch plan van de politie, in overleg met de Officier van Justitie, waarbij doelbewust tijdens de verhoren de verdachte is misleid door in strijd met de waarheid te vertellen dat sprake was van een buitgemaakte enveloppe met daarin een aanzienlijk geldbedrag. Vervolgens zijn gesprekken gevoerd tussen hem – de verdachte – en de medeverdachte [medeverdachte] na hun heenzendend heimelijk opgenomen. Middels dit tactisch plan is gehandeld in strijd met de beginselen van een goede procesorde. De keuzevrijheid van de verdachte om al dan niet te verklaren is teniet gedaan en daarmee is sprake van een schending van artikel 6 EVRM, aldus de raadsman.

Standpunt van het Openbaar Ministerie

De advocaat-generaal heeft zich op het standpunt gesteld dat het Openbaar Ministerie ontvankelijk is in de vervolging. Zij heeft daartoe aan de hand van een door haar overgelegd en aan het dossier toegevoegd schriftelijk requisitoir het navolgende aangevoerd. In onderhavige zaak is een zogenoemde ‘ruisstrategie’ ingezet. Tijdens een verhoor is aan de verdachte een mededeling gedaan over een fictieve buit. Vervolgens heeft er een OVC plaatsgevonden in o.a. de taxi die de verdachte en de medeverdachte wegbraagt. De algemene bevoegdheid van artikel 3 van de Politiewet biedt voor het inzetten van een dergelijke strategie de basis. De zaaksofficier heeft hiertoe machtiging verleend en heeft daarbij de proportionaliteit en subsidiariteit op een juiste wijze afgewogen. Er is geen sprake van schending van de beginselen van behoorlijke procesorde, noch van een vormverzuim, zoals dit door de verdachte subsidiair is aangevoerd.

Beoordeling door het hof

Het hof stelt aan de hand van het dossier het volgende vast. Op zaterdag 10 augustus 2013 is de verdachte (en de medeverdachten [medeverdachte] en [betrokkene 3]) naar aanleiding van een melding van een overval in een woning staande gehouden in een rode personenauto, merk Ford, type Focus, voorzien van het kenteken [AA-00-BB]. Op 23 september 2013 zijn de drie inzittenden als verdachten aangemerkt. Besloten is om niet over te gaan tot aanhouding, maar om middels onderzoek te proberen de verdachten uit de rode Ford Focus te koppelen aan de plaats van het delict. Dit is niet gelukt en daarom werd het onderzoek stilgelegd. Op 25 november 2014 is een proces-verbaal Tactisch plan opgemaakt. Hieruit blijkt dat door de zaaksofficier toestemming is gegeven om de verdachten, naast de werkelijk weggenomen buit, te vertellen dat er ook een enveloppe met een geldbedrag van ongeveer € 1.200,00 door de overvallers was weggenomen. Het noemen van deze fictieve buit had als doel een gesprek tussen de beide verdachten over de overval en/of buit op gang te brengen. De verdachten zouden hiertoe worden aangehouden, waarna tijdens het Opnemen Vertrouwelijke Communicatie (OVC) getracht zou worden (in de hal van het politiebureau en in de taxi die na hun eventuele invrijheidsstelling zou worden aangeboden met een politieagent als taxichauffeur) hun gesprekken op te nemen. Het doel was een vertrouwde omgeving te creëren voor een (onderling) gesprek om aldus de tongen los te maken.

Op 13 november 2014 zijn de medeverdachten [medeverdachte] en [betrokkene 3] aangehouden en verhoord. Hierbij werd de fictieve buit niet genoemd. Op 15 november 2014 is de verzekeringstelling van de verdachte [medeverdachte] verlengd. Tijdens zijn verlengde verzekeringstelling is [medeverdachte] nader gehoord. Tijdens dit verhoor is hem verteld dat er ook een

enveloppe met € 1.200,00 à € 1.250,00 is weggenomen bij de overval.

Op 14 november 2014 is de verdachte aangehouden voor verhoor. Op 15 november 2014 is de verdachte twee keer gehoord. Tijdens zijn laatste verhoor is hem verteld dat er tevens een enveloppe met € 1.200,00 à € 1.250,00 is weggenomen bij de overval.

Beiden zijn op 15 november 2014 in vrijheid gesteld. Direct na de invrijheidstelling zijn de hierboven genoemde OVC's uitgevoerd.

Het hof stelt vast dat er in onderhavige verhoorsituatie van de verdachte een enkele mededeling is gedaan aan de verdachte over een fictieve buit. De verdachte heeft op deze mededeling tijdens het verhoor niet inhoudelijk gerepsondeerd. Na deze verhoorsituatie zijn aan de verdachten geen verdere vragen gesteld. Op geen enkele wijze is gebleken dat de keuze- en verklaringsvrijheid van de verdachte onder druk is komen te staan. Het is de verdachte die er uiteindelijk voor kiest om de fictieve buit – nadat het verhoor was beëindigd – ter sprake te brengen. Van een vormverzuim c.q. strijd met artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering (Sv) is dan ook geen sprake.

Het hof is voorts van oordeel dat ook overigens geen sprake is geweest van schending van 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 is tekortgedaan. Blijkens de wetsgeschiedenis van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden ligt aan het Wetboek van Strafvordering de gedachte ten grondslag dat opsporingsmethoden die zeer risicovol zijn voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing, dan wel die inbreuk maken op grondrechten en vrijheden van burgers een voldoende specifieke wettelijke basis behoeven. Daarmee hangt samen dat, zoals door de wetgever eveneens onder ogen gezien, de regeling van opsporingsmethoden niet uitputtend hoeft te zijn. Gelet hierop moet voor een niet specifiek in de wet geregelde wijze van opsporing als in deze zaak aan de orde, worden aangenomen dat de opsporingsautoriteiten bevoegd zijn haar in te zetten indien zij geen disproportionele inbreuk maakt op grondrechten van burgers en niet zeer risicovol is voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing. Ook deze toets kan de inzet van het onderhavige middel doorstaan. Uit het dossier volgt dat het onderzoek naar de woningoverval vast was gelopen en dat dit tactische plan in het kader van de waarheidsvinding is ingezet als laatste redmiddel. Daarbij gelet op de ernst van het feit, een woningoverval gepleegd in de avonduren, waarbij de bewoners zijn bedreigd, de zeer beperkte misleiding, namelijk een enkele aan het strafbare feit gerelateerde mededeling over een fictieve buit, komt het hof tot het oordeel dat het Open-

baar Ministerie bij het inzetten van deze methode de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit op een juiste wijze in acht heeft genomen.

Nu ook overigens niet is gebleken van een beletsel ter zake van de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, acht het hof het Openbaar Ministerie ontvankelijk in de vervolging.

Het verweer van de raadsman dienaangaande wordt verworpen.”

2.2.3 Bij de stukken van het geding bevindt zich voorts het door het Hof aangehaalde proces-verbaal tactisch plan van 25 november 2014, opgemaakt door de verbalisanten [verbalisant 1] en [verbalisant 2], waarin het tactisch plan is opgenomen, inhoudende:

“Proces-verbaal Tactisch plan

(...)

Wij verbalisanten, [verbalisant 1] en [verbalisant 2], beiden brigadier, rechercheur en werkzaam bij het overvallenteam van de Politieregio Noord-Holland, verklaren het volgende:

1. Aanleiding onderzoek

Op zaterdag 10 augustus 2013, omstreeks 23:25 uur heeft er een overval plaats gevonden op een vrijstaande woonboerderij, gelegen aan de [a-straat 1] te Callantsoog. Ten tijde van de overval waren de twee bewoners aanwezig.

De overval zou zijn gepleegd door minimaal een drietal daders.

De bewoonster [betrokkene 2] zei tegen haar man dat er een aantal malen op de voordeur werd geklopt. De bewoner [betrokkene 1] is vervolgens via de achterdeur naar de voorzijde van de woning gelopen. Hier werd [betrokkene 1] geconfronteerd met een tweetal donker gekleurde overvallers/daders. De derde overvaller/dader stond ter hoogte van de voordeur en die heeft [betrokkene 1] niet goed waar kunnen nemen. Dit betrof echter ook een donker gekleurde dader. Eén van de daders droeg een bivakmuts en had een ijzeren staaf in zijn hand die ongeveer 30 centimeter lang was. De bivakmuts had bij de mond en ogen licht omliggende randen. [betrokkene 1] voelde zich bedreigd omdat één van de daders op hem afliep en vervolgens de tweede dader ook in zijn richting kwam lopen. [betrokkene 1] is vervolgens tussen twee geparkeerde auto's weggerend om hulp te gaan halen. [betrokkene 1] is vervolgens naar de bewoners op de [a-straat 2] gerend om vervolgens de politie in kennis te stellen.

2. Getuigen vluchtauto

Aan de hand van diverse getuigenverklaringen ontstond het vermoeden dat de daders van de overval waren weggereden in een rode personenauto.

Een van de getuigen identificeerde de auto later als een Ford Focus.

3. Controle rode Ford, Focus voorzien van het kenteken [AA-00-BB]

Op zaterdag 10 augustus 2013, omstreeks 23:55 uur, werd door collega's van de Basis Politie Zorg (BPZ) een rode personenauto van het merk Ford, type Focus, voorzien van het kenteken [AA-00-BB] staande gehouden. Dit in opdracht van collega [verbalisant 3] die het voertuig had zien rijden ter hoogte van het Kooypunt te Den Helder. [verbalisant 3] reed achter genoemd voertuig en zag in het voertuig een drietal donker gekleurde personen zitten. Vervolgens is genoemd voertuig staande gehouden en zijn de identiteiten vastgesteld van de inzittenden.

4. Inzittenden rode Ford Focus worden verdachten

In genoemd personenauto zaten de volgende drie personen.

Achternaam: [betrokkene 3]

Voornamen: [voornamen betrokkene 3]

Geb.datum: [geboortedatum] 1978

Geb.plaats: [geboorteplaats]

Achternaam: [medeverdachte]

Voornamen: [voornamen medeverdachte]

Geb.datum: [geboortedatum] 1980

Geb.plaats: [geboorteplaats]

Achternaam: [verdachte]

Voornamen: [voornamen verdachte]

Geb.datum: [geboortedatum] 1985

Geb.plaats: [geboorteplaats]

Op 23 september 2013 zijn de drie inzittenden door de Officier van Justitie mr. A.F. van Kooij als verdachten ex art. 27 Sv binnen het onderzoek 10STOCKTON aangemerkt.

5. Nader onderzoek

In overleg met de Officier van Justitie A.F. van Kooij werd besloten om niet over te gaan tot aanhouding maar om middels nader onderzoek te proberen de verdachten uit de rode Ford Focus te koppelen aan de plaats delict. Dit was echter niet gelukt en daarom werd het onderzoek stilgelegd.

6. Tactisch plan

6.1. Fictieve buit

Voorafgaand aan de verhoren werd door de Officier van Justitie mr. A.F. van Kooij toestemming gegeven om de verdachten, naast de werkelijk weggenomen buit, te vertellen dat er ook een enveloppe met een geldbedrag door de overvalers was weggenomen. Het noemen van deze buit had als doel een gesprek tussen de beide verdachten over de overval en/of buit te activeren.

Bij deze beslissing zijn eventuele risico's besproken zoals het nemen van onderlinge represailles. Er zou immers gedacht kunnen worden dat één van de daders de buit niet eerlijk verdeeld had. De risico's werden na overleg niet groot geacht. Tijdens de verhoren mocht gesproken worden over een enveloppe met ongeveer € 1200,- welke tijdens de overval naast de werkelijke buit zogenaamd ook was weggenomen.

6.2. OVC hal politiebureau

Gezien het feit dat middels printlijsten, telefoontaps en observatie niet gelukt was om de verdachten bewijsbaar op het plaats delict te krijgen en het onderzoek dreigde te worden gearchiveerd, werd besloten over te gaan tot aanhouding van de verdachten, waarna tijdens het Opnemen Vertrouwelijke Communicatie (OVC) getracht zou worden de verdachten weg te spreken over de door hen gepleegde overval.

Hiertoe was de hal van het politiebureau te Hoorn, waar de verdachten na verhoor en invrijheidstelling zouden worden geplaatst, voorzien van af luisterapparatuur ten behoeve van de OVC. 6.3. NPG/OVC Taxi

Tevens werd besloten om onder artikel 3 Politiewet middels Non Politieel Gedrag (NPG) na de eventuele invrijheidstelling een taxi aan de verdachten aan te bieden met een politieagent (NPG'er) als taxi-chauffeur. Het doel was dan een vertrouwde omgeving te creëren voor een gesprek. Hiertoe was de taxibus eveneens voorzien van af luisterapparatuur ten behoeve van de OVC.

7. Afzien van uitvoering tactisch plan deel 1

Op woensdag 12 november 2014 werden de verdachten [betrokkene 3] en [medeverdachte] aangehouden. De derde verdachte [verdachte] werd niet aangetroffen.

Op donderdag 13 november 2014 werden de twee aangehouden verdachten zakelijk gehoord. Hierbij werd de fictieve buit niet benoemd.

Gezien het feit dat beide verdachten aantoonbaar leugenachtig verklaarden over hun aanwezigheid in de rode Ford Focus, werd door de Officier van Justitie mr. A.F. van Kooij besloten om de verdachten op vrijdag 14 november 2014 voor te geleiden bij de Rechter-commissaris van het arrondissement Noord-Holland. Derhalve is besloten om het hierboven beschreven tactische plan (nog) niet uit te voeren.

8. Afwijzing vordering

Op vrijdag 14 november 2014 werden beide verdachten voorgeleid bij de Rechter-commissaris van het arrondissement Noord-Holland.

De Rechter-commissaris wees de vorderingen inbewaringstelling voor beide verdachten af.

9. Verlenging in verzekeringstelling

Na de afwijzing vordering bleek dat de verdachte [betrokkene 3] buiten de wil van de Officier van Justitie reeds in vrijheid was gesteld. De verdachte [medeverdachte] was echter nog in de rechtbank en door de Officier van Justitie werd besloten de in verzekeringstelling door te laten lopen en de verdachte over te brengen naar het politiebureau te Hoorn voor nader onderzoek.

Op zaterdag 15 november 2014 werd de in verzekeringstelling van verdachte [medeverdachte] in het politiebureau te Hoorn verlengd.

10. Uitvoering tactisch plan deel 2

10.1. Aanhouding [verdachte].

Op vrijdag 14 november 2014 te 21:03 uur werd de voornoemde [verdachte] aangehouden, voorgeleid bij een Hulpofficier van Justitie en later in verzekering gesteld.

10.2. Nader verhoor [medeverdachte]

De voornoemde [medeverdachte] is tijdens zijn verlengde in verzekeringstelling nader gehoord. Hij bleef bij zijn eerder afgelegde verklaring. Wel is [medeverdachte] tijdens dit verhoor geconfronteerd met de weggenomen goederen en is hem verteld dat er ook een enveloppe met € 1200,- a € 1250,- is weggenomen bij de overval. Abusievelijk is door de verhorende rechercheurs [verbalisant 4] en [verbalisant 5] aan [medeverdachte] verteld dat er geld in de weggenomen portemonnee zat.

10.3. Verhoren [verdachte]

De voornoemde [verdachte] is na zijn aanhouding op zaterdag 15 november 2015 twee keer gehoord. Hij ontkent enige betrokkenheid te hebben bij de overval. Hij ontkende tevens in de voornoemde rode Ford Focus gezeten te hebben tijdens de politiecontrole. Ook is [verdachte] tijdens zijn laatste verhoor geconfronteerd met de weggenomen goederen en hem is ook verteld dat er tevens een enveloppe met € 1200,- a € 1250,- is weggenomen bij de overval.

10.4. Heenzending [medeverdachte]

Op zaterdag 15 november 2014 te 17:48 uur werd de verdachte [medeverdachte] op last van de Officier van Justitie mr. A.F. van Kooij heengezonden en in vrijheid gesteld.

10.5. Heenzending [verdachte]

Op zaterdag 15 november 2014 te 17:56 uur werd de verdachte [verdachte] op last van de Officier van Justitie mr. A.F. van Kooij heengezonden en in vrijheid gesteld.

10.6. Uitvoering OVC's

Direct na de in vrijheidstelling van de beide verdachten zijn de OVC's zoals vermeld onder de nummers 6.2 en 6.3 van dit proces-verbaal uitgevoerd."

2.3.1 Het Hof heeft vastgesteld dat tijdens een verhoor door de politie aan de verdachte en een medeverdachte is medegedeeld dat naast de werkelijk weggenomen buit ook een fictieve buit, bestaande uit een enveloppe met een geldbedrag, is weggenomen, met als doel een gesprek tussen de beide verdachten over de overval en/of de buit op gang te brengen.

2.3.2 Aan de verwerping van het verweer strekkende tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie in de vervolging heeft het Hof ten grondslag gelegd dat het melden van de fictieve buit niet meer dan een beperkte inbreuk heeft gemaakt op de grondrechten van de verdachte en niet zeer risicovol is geweest voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing zodat bij die wijze van opsporing in het onderhavige geval geen sprake is geweest van schending van 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 is tekortgedaan.

2.3.3 Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie in de vervolging komt als in art. 359a Sv voorzien rechtsgevolg immers 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 (vgl. HR 30 maart 2004,

ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376, rov. 3.6.5).

2.3.4 Dat oordeel is ook niet onbegrijpelijk, mede gelet op de in de overwegingen van het Hof besloten liggende vaststellingen omtrent:

- de ernst van het feit, te weten een woningoverval in de avonduren, waarbij de bewoners zijn bedreigd;
- het zonder resultaat zijn gebleven van andere opsporingsmethoden;
- de beperkte mate van misleiding, bestaande uit een enkele aan het strafbare feit gerelateerde mededeling over een fictieve buit;
- het verleend zijn van toestemming door de Officier van Justitie;
- de verslaglegging omtrent de inzet van het opsporingsmiddel en de aldus aan de rechter geboden mogelijkheid van controle daarop.

2.4 Het middel faalt.

(...)

5 *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt de bestreden uitspraak, maar uitsluitend wat betreft de duur van de opgelegde gevangenisstraf;

vermindert deze in die zin dat deze twee jaren en elf maanden belooft;

verwerpt het beroep voor het overige.

Noot

1. In casu is gebruik gemaakt van de zogenoemde ruisstrategie. Tijdens het verhoor van de verdachten van een gewapende overval op een woning heeft de politie een fictieve buit ter sprake gebracht teneinde de verdachten te bewegen hierover met elkaar in gesprek te gaan wanneer zij na hun verhoren in vrijheid zouden worden gesteld. Een slimme tactische zet die ook effectief is gebleken: de verdachten gingen tijdens de door de politie gefaciliteerde taxirit richting huis inderdaad met elkaar aan de praat over de fictieve buit. Deze gesprekken werden met goedkeuring van de rechter-commissaris heimelijk opgenomen als gevolg waarvan het net rondom de verdachten zich verder sloot. Zonder meer succesvol, maar bij het gebruik van een dergelijke

lijke methode kunnen ook de nodige kanttekeningen worden geplaatst. Ten eerste rijst de vraag hoe deze werkwijze zich verhoudt tot de verklaringsvrijheid van de verdachte, nu deze tot spreken wordt aangezet met behulp van misleidende informatie. Ten tweede kan de vraag worden gesteld of een dergelijke methode wel rechtmatig kan worden ingezet gegeven het feit dat een expliciete wettelijke basis hiervoor ontbreekt. Hoewel in feitelijke aanleg ook het eerste bezwaar nog een rol speelde, spitst de discussie in cassatie zich toe op het tweede aspect. Het hof, advocaat-generaal Spronken en de Hoge Raad zijn vervolgens eensluidend in hun oordeel: in het licht van de specifieke omstandigheden van het geval kon het gebruik van de ruisstrategie door de beugel.

2. In reactie op het verweer van de verdediging in feitelijke aanleg dat het OM niet-ontvankelijk moest worden verklaard wegens schending van de beginselen van een goede procesorde als gevolg van de inzet van de ruisstrategie, had het hof geoordeeld dat daartoe geen aanleiding bestond nu de gewraakte methode in het onderhavige geval geen bijzondere risico's opriep voor de integriteit en de beheersbaarheid van de opsporing, had het hof geoordeeld dat daartoe geen aanleiding bestond nu de gewraakte methode in het onderhavige geval geen bijzondere risico's opriep voor de integriteit en de beheersbaarheid van de opsporing. Dit oordeel van het hof was gebaseerd op de inmiddels bestendige lijn dat methoden die een expliciete wettelijke basis ontberen niettemin op grond van artikel 3 Politiewet 2012 kunnen worden ingezet zolang geen sprake is van een ernstige en/of stelselmatige inbreuk op grondrechten en deze niet zeer risicovol zijn voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing (zie onder meer HR 1 juli 2014, NJ 2015/114, m.nt. Van Kempen). Bij het oordeel dat van dit laatste in casu geen sprake was betrof het hof onder meer de omstandigheden dat het om een enkele fictieve mededeling ging, dat toestemming van de officier van justitie voor de gehanteerde methode was verkregen en dat over de inzet daarvan ook transparantie was betracht, zodat controle naderhand mogelijk was. Ook toetste het hof aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit, in welk verband het hof meewoog dat het een ernstig feit betrof en dat het opsporingsonderzoek tegen de verdachten al geruime tijd was vastgelopen. Zowel de A-G als de Hoge Raad schaarde zich zonder al teveel omhaal van woorden achter dit oordeel van het hof, waarbij de A-G nog overwoog dat – anders dan de steller van het middel betoogde – de integriteit van de opsporing juist was gediend met het proces-verbaal waarin de ruisstrategie was beschreven, omdat juist door dit proces-verbaal controle kon worden uitgeoefend op de wijze waarop de ruisstrategie in casu was ingezet. Ook stelde zij met verwijzing naar Keulen en Knigge (B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 291) dat bij methoden die risico's voor de integriteit en de beheersbaarheid van de opsporing oproepen aan heel andere methoden moet worden gedacht, zoals het infiltreren in criminele organisaties en het doorlaten van drugs. Tot slot benadrukte zij dat de door de verdediging gewraakte werkwijze niet alleen was afge-

stemd met de officier van justitie maar dat ook de rechter-commissaris een machtiging had verleend voor het opnemen van de vertrouwelijke communicatie na afloop van het verhoor in de wachtruimte van het politiebureau en tijdens de taxirit naar huis. Kortom: al met al niet bepaald omstandigheden waarin de integriteit en de beheersbaarheid van de opsporing groot gevaar hadden gelopen.

3. Betekent dit dan dat er niets aan te merken is op de inzet van een dergelijke methode? Misschien niet vanuit het perspectief van de wettelijke grondslag zoals die aan de orde was in cassatie, maar vanuit het perspectief van de verklaringsvrijheid rijzen wellicht duidelijker bezwaren. Feit is immers dat hier verklaringen worden afgelegd die zonder de heimelijke en misleidende inmenging van politiezijde niet (in die vorm) zouden zijn afgelegd. Strookt een dergelijke werkwijze wel met de verklaringsvrijheid zoals die onder meer wordt gegarandeerd in art. 29 Sv? Dat misleiding van overheidswege gevolgen kan hebben voor de verklaringsvrijheid, is immers nog niet zo lang geleden uitgebreid aan de orde geweest in de *Mr. Big*-uitspraken van de Hoge Raad (zie HR 17 december 2019, NJ 2020/216 en HR 17 december 2019, NJ 2020/217, m.nt. T. Kooijmans), waarin de Hoge Raad overwoog dat voor de beoordeling van de vraag of de verklaringsvrijheid van de verdachte door de inzet van de *Mr. Big*-methode is aangetast, in het bijzonder van belang is 'het verloop van het opsporingstraject, de eventueel reeds door de verdachte ingenomen proceshouding met betrekking tot de strafbare feiten waarvan hij wordt verdacht, de mate van (psychische) druk die in dat traject op de verdachte is uitgeoefend, de mate en de wijze van binnen dat traject toegepaste misleiding van de verdachte en de bemoeienis die opsporingsambtenaren hebben gehad met de inhoud van (wezenlijke onderdelen van) de door de verdachte afgelegde verklaring'. Voorts is volgens de Hoge Raad bij die beoordeling van belang 'de duur en intensiteit van dat traject, de strekking en frequentie van de contacten met de verdachte zelf en de in het vooruitzicht gestelde positieve of negatieve consequenties als de verdachte wel of juist geen opheldering geeft over bepaalde zaken'.

4. Hoe dient de inzet van de ruisstrategie te worden beoordeeld in het licht van deze omstandigheden? Ten eerste valt natuurlijk op dat in geval van de *Mr. Big*-methode een veel verdergaande vorm van misleiding aan de orde is dan in het kader van de ruisstrategie: waar het in casu ging om een enkele fictieve mededeling tijdens een formeel verhoor gaat het bij de *Mr. Big*-methode om het langdurig spinnen van een web van leugens door undercoveragenten door middel van het sluiten van vriendschap met de verdachte en/of het met hem aangaan van zakelijke betrekkingen, het optuigen van een fictieve criminele organisatie, het schetsen van enerzijds aantrekkelijke financiële vooruitzichten bij het afleggen van een bekende verklaring en het schetsen van doemscenario's bij het uitblij-

ven van een bekende verklaring. Vergeleken hierbij verbleekt de misleiding zoals die aan de orde is bij de ruisstrategie. Een tweede relevant verschil is dat het in het kader van de *Mr. Big*-methode onmiskenbaar om een verhoorsituatie gaat: op het moment dat de verdachte zijn (bekenkende) verklaringen aflegt, is hij immers in (indringend) gesprek met een of meer undercoveragenten, waarbij het gesprek ook door de undercoveragenten wordt gestuurd in de richting van het afleggen van verklaringen met betrekking tot het strafbare feit. In het onderhavige geval waarin de ruisstrategie is ingezet, is daarvan geen sprake. De bewuste verklaringen zijn immers door de verdachten afgelegd op een moment dat zij al waren heengezonden en in een situatie waarin zij niet door een opsporingsambtenaar werden bevestigd. Nu het uiteindelijk de verdachten zelf zijn die ervoor hebben gekozen om de fictieve buit – nadat het verhoor al was beëindigd – ter sprake te brengen, oordeelde het hof dat in casu geen sprake was van een verhoorsituatie die vragen oproep in het licht van art. 29 Sv. Dit oordeel van het hof valt in het licht van de omstandigheden van het geval goed te begrijpen, waarbij – zo voeg ik daar zelf aan toe – het feit dat het gesprek tussen de verdachten door de politie werd afgeluisterd daar op zichzelf niets aan afdoet. Hooguit zou de vraag kunnen worden gesteld of de bescherming die de verklaringenvrijheid biedt, zich niet buiten de directe verhoorsituatie zou moeten uitstrekken in gevallen waarin tijdens het verhoor methoden worden ingezet die effect buiten de directe verhoorsituatie beogen te sorteren. Zou in dergelijke gevallen niet kunnen worden betoogd dat sprake is van een in zekere zin verlengde verhoorsituatie, waarin de verklaringenvrijheid nog steeds bescherming verdient? Bij veelvuldiger en verstrekkender inzet van ruisstrategieën een benadering die verdere doordiening verdient, maar op dit moment zijn binnen de jurisprudentie geen aanknopingspunten voor een dergelijk benadering te vinden. Ook lijkt het op voorhand een lastig te operationaliseren benadering, omdat moeilijk te bepalen zal zijn in welke gevallen de verklaringenvrijheid al dan niet verlengde bescherming behoeft.

5. Dat neemt niet weg dat de vraag kan worden gesteld hoeveel misleiding de opsporingspraktijk zich kan permitteren alvorens de integriteit en de beheersbaarheid van de opsporing in het geding komen. Er lijkt zich in de jurisprudentie een zekere glijdende schaal af te tekenen: een enkele misleidende mededeling tijdens het verhoor kan kennelijk door de beugel, het andere uiterste van een web van leugens zoals dat wordt gesponnen in het kader van de *Mr. Big*-methode roept ernstige vragen op, niet in de laatste plaats in het licht van de verklaringenvrijheid. De vraag is wat rechtens is in het grote grijze gebied dat daartussen ligt. Een eerdere bescheiden analyse van feitenrechtspraak van de afgelopen jaren – van zowel voor als na de *Mr. Big*-arresten van de Hoge Raad – lijkt uit te wijzen dat de feitenrechter bereid is best ver te gaan waar het de inzet van misleiding in

het kader van de opsporing betreft, zolang undercoveragenten niet al te sturend te werk gaan (zie J.H. Crijns & M.J. Dubelaar, 'Mr. Big een maatje te groot voor Nederland? Over de toelaatbaarheid en de normering van undercoveroperaties', *Ars Aequi* 2020, p. 748-764). De vraag is of dat erg is. Dienen politie en justitie te allen tijde met open vizier te strijden of is een zekere mate van misleiding inherent aan de opsporing van ernstige vormen van criminaliteit? Op deze wijze geformuleerd, is het laatste het geval. Wie alleen al naar de regeling van de verschillende bijzondere opsporingsbevoegdheden kijkt zoals ons wetboek die sinds 2000 kent, weet dat heimelijkheid en misleiding inmiddels schering en inslag zijn in het kader van de opsporing van ernstige criminaliteit. Vaak zijn opsporingsambtenaren dan alleen op afstand of indirect aanwezig en blijven zij goedgeleed passief (bijv. in geval van stelselmatige observatie, het tappen van telefoons en het opnemen van vertrouwelijke communicatie), maar soms interacteren zij ook – zij het undercover – direct en actief met de verdachte (bijv. in het geval van stelselmatige inwinning van informatie en infiltratie). Zeker waar het direct en actief undercover optreden betreft, zal de heimelijkheid doorgaans ook gepaard gaan met misleiding, alleen al door het feit dat de opsporingsambtenaar zich als iemand anders voordoeft dan hij/zij in werkelijkheid is. De vraag is dus niet of we misleiding van overheidswege in het kader van de opsporing goedkeuren, maar veeleer in welke mate, onder welke omstandigheden en in welke contexten we dit doen. Een blik op de wettelijke regeling leert dat we in dat verband bereid zijn ver te gaan, zij het onder vigeur van een strikte wettelijke regeling die de nodige waarborgen bevat die de integriteit en de beheersbaarheid van de opsporing beogen te bewaken. Tegen die achtergrond rijzen vragen dan ook met name daar waar een duidelijk op de specifieke situatie toegesneden wettelijke regeling ontbreekt. Zo figureert de *Mr. Big*-methode ergens in het schemergebied tussen stelselmatige inwinning van informatie en infiltratie (vgl. in dit verband onder meer de conclusie van A-G Bleichrodt van 18 juni 2019 in de *Posbank*-zaak, ECLI:NL:PHR:2019:648, onder 67 e.v.), terwijl voor de veel minder vergaande ruisstrategie moet worden teruggevallen op de algemene wettelijke grondslag van artikel 3 Politiewet 2012. Voor deze laatste is dan wel vereist dat geen ernstige inbreuken op grondrechten worden gemaakt en – in deze context belangrijker – de integriteit en de beheersbaarheid van de opsporing niet in gevaar worden gebracht. Een inhoudelijk richtsnoer hoe ver de misleiding in dat verband mag gaan en waaruit deze zoal mag bestaan, vloeit daar echter nog niet direct uit voort.

6. Bij deze stand van zaken lijkt de belangrijkste les van de onderhavige uitspraak te zijn dat bij de inzet van misleidende methoden zoals de ruisstrategie transparantie en controleerbaarheid de sleutelwoorden zijn. Dat er misleid wordt, is op zichzelf het punt niet. Het gaat erom dat daarover transparantie wordt betracht, opdat de integriteit en de be-

heersbaarheid van de opsporing niet in gevaar worden gebracht. Of dat ook betekent dat er anders dan de algemene grenzen van proportionaliteit en subsidiariteit geen inhoudelijke grenzen worden gesteld aan de mate en wijze van misleiding zolang daarover maar transparantie wordt betracht, zal de toekomst moeten uitwijzen. Op basis van de *Mr. Big-jurisprudentie* weten we dat de verklaringsvrijheid op zichzelf wel een grens vormt, maar dan moet er wel eerst sprake zijn van een verhoorsituatie. En ook wanneer een dergelijke situatie zich voordoet, is er wel degelijk het nodige toegestaan wat betreft misleidende tactieken, zolang opsporingsambtenaren voldoende passief blijven. In die zin lijkt integriteit in deze context dan ook vooral te moeten worden uitgelegd als de noodzaak van controleerbaarheid en het afleggen van verantwoording over de gehanteerde methode en niet zozeer als een inhoudelijke eis van het met open vizier tegemoet treden van de verdachte. Niet voor niets haalt A-G Spronken in haar conclusie onder 4.10 dan ook Buruma aan, waar hij stelt dat essentieel voor het waarborgen van integriteit de notie van controleerbaarheid is. Dit standpunt kan alleen maar worden onderschreven. Dat neemt niet weg dat het onderhavige arrest nieuwsgierig maakt naar de vraag welke mate en welke wijzen van misleiding tijdens het verhoor of de verhoorsituatie al dan niet door de beugel kunnen. Dat er ook inhoudelijke grenzen zullen zijn, ligt immers wel voor de hand. Zo stellen Corstens/Borgers & Kooijmans dat de verdachte niet in strijd met de waarheid mag worden voorgehouden dat zijn medeverdachten al hebben bekend (zie G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers & T. Kooijmans, Deventer: Wolters Kluwer 2021, IX.4). Veel meer dan dit voorbeeld weten we over deze inhoudelijke grenzen echter niet en ook na dit arrest blijft de vraag welke mate en welke vormen van misleiding opsporingsambtenaren zich tijdens het verhoor kunnen permitteren nog goeddeels onbeantwoord.

J.H. Crijns

NJ 2022/4

HOGE RAAD (STRAFKAMER)

2 november 2021, nr. 20/02026

(Mrs. V. van den Brink, Y. Buruma, M. Kuijer; A-G mr. A.E. Harteveld)
m.nt. A.J. Machielse*

Art. 180 Sr

RvdW 2021/1084

ECLI:NL:PHR:2021:734

ECLI:NL:HR:2021:1569

* Mr. A.J. Machielse is oud-A-G bij de Hoge Raad en emeritus hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

Wederspannigheid: werkzaam in de rechtmatige uitoefening van de bediening.

De politieambtenaar die uitvoeringshandelingen verricht in het kader van een aanhouding is in beginsel werkzaam in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening cfm. art. 180 Sr. De strafrechter kan tot een ander oordeel komen o.g.v. het ontbreken van noodzaak en/of proportionaliteit van het desbetreffende overheidsop treden. I.c. kon het hof oordelen dat de politie de effecten van het gebruik van lachgas door de verdachte niet hoefde af te wachten.

De politieambtenaar die uitvoeringshandelingen verricht in het kader van de aanhouding van een verdachte is in beginsel werkzaam in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening cfm. art. 180 Sr.

Bij de beoordeling of zich omstandigheden voordoen die tot het oordeel leiden dat de uitoefening van de bediening niet rechtmatig is, kan de strafrechter de noodzaak en proportionaliteit van het desbetreffende overheidsop treden betrekken (vgl. HR 7 oktober 2014, NJ 2014/529, m.nt. Schalken).

Het hof heeft vastgesteld dat een van de verbalisanten na binnenkomst in de kamer van de verdachte haar heeft meegedeeld dat zij was aangehouden voor mishandeling van haar moeder. De verbalisant probeerde het gesprek met de verdachte aan te gaan, maar zij viel hem telkens in de rede. Daarop heeft de verbalisant de arm van de verdachte vastgepakt en – nadat zij haar arm terugtrok – geprobeerd de verdachte te laten opstaan door aan haar arm te trekken. Toen de verdachte opnieuw haar arm terugtrok, heeft de verbalisant meer kracht gebruikt en de verdachte tegen de muur gedrukt. 's Hof's verwerping van het verweer dat de verbalisanten bij de aanhouding van de verdachte niet in de rechtmatige uitoefening van hun functie hebben gehandeld omdat geen sprake was van een dreigende situatie, zodat zij het uitwerken van de effecten van het gebruik van lachgas hadden moeten afwachten, is in het licht van deze gang van zaken – en gelet op de beperkte mate van de door de verbalisanten toegepaste dwang – niet onbegrijpelijk.

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Den Haag van 26 juni 2020, nummer 22-005755-19, in de strafzaak tegen [verdachte], adv.: mr. J.A. Hoste, te 's-Gravenhage.

Cassatiemiddel:

Middel zie 2.1; (red.).

Conclusie A-G mr. A.E. Harteveld:

1. De verdachte is bij arrest van 26 juni 2020 door het Gerechtshof Den Haag vrijgesproken van het onder 1. tenlastegelegde en wegens 2. “wederspannigheid”, veroordeeld tot een taakstraf voor de duur van twintig uren te vervangen door tien dagen hechtenis, waarvan de helft voorwaardelijk, met aftrek van voorarrest.