



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**annotatie bij HR 22 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:947
(Inzet detentie-informant bij kwetsbare verdachte)**

Crijns, J.H.

Citation

Crijns, J. H. (2024). annotatie bij HR 22 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:947 (Inzet detentie-informant bij kwetsbare verdachte). *Nederlandse Jurisprudentie*, 2024(2), 391-394. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3716223>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3716223>

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

NJ 2024/16

HOGHE RAAD (STRAFKAMER)

22 juni 2021, nr. 20/00257

(Mrs. V. van den Brink, Y. Buruma, A.L.J. van Strien, M.J. Borgers, C. Caminada; A-G mr. A.E. Hartevelt)
m.nt. J.H. Crijns^{*}

Art. 6 lid 1 EVRM; art. 28b lid 1, art. 29 lid 1, art. 126j Sv

RvdW 2021/738

NJB 2021/1989

ECLI:NL:PHR:2021:295

ECLI:NL:HR:2021:947

Stelselmatige inwinning van informatie als bedoeld in art. 126j Sv. Oordeel hof dat geen inbreuk is gemaakt op verklaringsvrijheid bij kwetsbare verdachte onvoldoende gemotiveerd.

Het cassatiemiddel klaagt onder meer over het oordeel van het hof dat de door de verdachte tegenover een niet als zodanig herkenbare opsporingsambtenaar afgelegde verklaring niet in strijd met de verklaringsvrijheid is afgelegd.

De Hoge Raad verwijst naar de ter zake relevante overwegingen in HR 9 maart 2004, NJ 2004/263, m.nt. T.M. Schalken. Voorts overweegt de Hoge Raad dat voor de beoordeling of de verklaringen van de verdachte in strijd met de verklaringsvrijheid zijn afgelegd, tevens de persoon van de verdachte van belang kan zijn, bijvoorbeeld als het (kennelijk) gaat om een zogenoemd kwetsbare verdachte als bedoeld in art. 28b lid 1 Sv.

De verdachte in deze zaak is vanwege psychische problematiek aangemerkt als kwetsbare verdachte. Gelet op de vaststellingen met betrekking tot de gang van zaken bij de voorpleiding, het reguliere verhoor en de daarop volgende stelselmatige informatie-inwinning is het oordeel van het hof dat 'niet zodanig inbreuk is gemaakt op de verklaringsvrijheid van verdachte dat in strijd is gehandeld met art. 29 Sv en art. 6 EVRM' niet zonder meer begrijpelijk. Uit deze vaststellingen volgt immers dat de als kwetsbaar aangemerkte verdachte bij herhaling een beroep op haar zwijgrecht heeft gedaan, dat zij tijdens een onderbreking van — en dus direct volgend op — het politieverhoor is bevraagd door een niet als zodanig kenbare opsporingsambtenaar, terwijl op dat moment de waarborgen ontbraken die in verband met haar kwetsbaarheid bij het politieverhoor waren getroffen (bestaande in de aanwezigheid van een advocaat, de audiovisuele registratie en het volgen van het verhoor door een recherchepsycholoog), en dat de opsporingsambtenaar opeenvolgende vragen heeft gesteld over de betrokkenheid van de verdachte bij de tenlastegelegde brandstichting en over de wijze waarop dat feit is begaan. Daarbij heeft het hof onvoldoende blijk er-

van gegeven de persoon van de verdachte te hebben betrokken bij in het bijzonder de beoordeling van de mate van druk die van de door de niet als zodanig kenbare opsporingsambtenaar ondernomen activiteiten jegens de verdachte kan zijn uitgegaan en de mate waarin de handelingen en gedragingen van de opsporingsambtenaar tot de betreffende verklaringen van de verdachte hebben geleid. De overweging van het hof dat de verdachte, toen zij de camera's op de luchtplaats in de gaten kreeg, ging ontkennen en bleef ontkennen en dat daarom 'de verdachte — ondanks het feit dat het een kwetsbare verdachte betrof en zij in voorarrest zat — in staat was haar wil te bepalen, overeenkomstig die wil te verklaren en zich niet liet beïnvloeden door de SI' (Stelselmatige Informatie Inwinst), doet daaraan niet af. Het cassatiemiddel slaagt.

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 16 januari 2020, nummer 21-006849-17 (NJFS 2020/77; red.), in de strafzaak tegen [verdachte], adv.: mr. J.G. Wiebes, te Lelystad.

Cassatiemiddel:

Middel II, zie 3.1; (red.).

Conclusie A-G mr. A.E. Hartevelt:**1. Inleiding**

1.1. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, heeft bij arrest van 16 januari 2020 het openbaar ministerie niet-ontvankelijk verklaard in het hoger beroep voor zover gericht tegen de vrijspraak van het onder 1 en 3 tenlastegelegde. Het hof heeft de verdachte vrijgesproken van het haar onder 2 en 4 primair ten laste gelegde en haar wegens 4. subsidiair en 5. "de eendaadse samenloop van Opzettelijk brand stichten, terwijl daarvan gemeen gevaar voor goederen te duchten is en Opzettelijk brand stichten, terwijl daarvan levensgevaar en gevaar voor zwaar lichamelijk letsel voor een ander te duchten is en Opzettelijk brand stichten, terwijl daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is en het feit iemands dood ten gevolge heeft (feit 4) en Opzettelijk brand stichten, terwijl daarvan gemeen gevaar voor goederen te duchten is en Opzettelijk brand stichten, terwijl daarvan levensgevaar en gevaar voor zwaar lichamelijk letsel voor een ander te duchten is (feit 5)" veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van zeven jaren, met aftrek van het voorarrest. Verder heeft het hof gelast dat de verdachte ter beschikking zal worden gesteld met bevel tot verpleging van overheidswegen. Daarnaast heeft het hof beslist over vorderingen van benadeelde partijen en twee schadevergoedingsmaatregelen opgelegd aan de verdachte, een en ander zoals nader in het arrest omschreven.

1.2. Het cassatieberoep is ingesteld namens de verdachte en mr. J.G. Wiebes, advocaat te Lelystad, heeft drie middelen van cassatie voorgesteld.

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

2. *Waar het in deze zaak over gaat*

2.1. Deze zaak betreft een brandstichting in een woning met dodelijke afloop. In het kader van het opsporingsonderzoek heeft de officier van justitie op grond van art. 126j Sv bevolen dat een opsporingsambtenaar, zonder dat kenbaar is dat deze optreedt als opsporingsambtenaar, stelselmatig informatie inwint over de verdachte. Dat bevel strekte ertoe dat de opsporingsambtenaar uit de mond van de verdachte informatie zou trachten te verkrijgen die betrekking heeft op de gepleegde strafbare feiten. Daartoe heeft een opsporingsambtenaar (in het arrest aangeduid als de SI, van Stelselmatige Informatie Inwinster) op de luchtplaats van het politiebureau zich tegenover de verdachte voorgedaan als een medegedetineerde. Tijdens een van de gesprekken tussen de SI en de verdachte heeft de verdachte zichzelf belastende uitlatingen gedaan.

2.2. In hoger beroep is namens de verdachte betoogd dat de inzet van de SI onrechtmatig was. Dat diende volgens de raadsman van de verdachte te leiden tot niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie dan wel tot bewijsuitsluiting. Het hof heeft deze verweren verworpen en ten laste van de verdachte bewezenverklaard dat:

“Feit 4 subsidiair

zij op 14 januari 2017 te Amersfoort, opzettelijk brand heeft gesticht in een woning gelegen aan de [a-straat 1], immers heeft verdachte toen aldaar opzettelijk

- terpentine in de hal van voornoemde woning gebracht/gegogen/gesproeid en
- (vervolgens) het ventiel van een bus spuitverf ingedrukt en ingedrukt gehouden en
- (vervolgens) bij de hierdoor verspoten damp/verf een vlam gehouden en
- (vervolgens) de hierdoor ontstane (steek)vlam gericht op/door de in de voordeur van voornoemde woning geplaatste (geopende) brievenbus en/of de goederen en/of stoffering in de zich daarachter bevindende hal,

ten gevolge waarvan die woning en de inboedel van die woning geheel of gedeeltelijk is/zijn verbrand, terwijl daarvan gemeen gevaar voor de inboedel van die woning, en levensgevaar en zwaar lichamelijk letsel voor zich in die woning bevindende personen te duchten was, welk feit de dood van [slachtoffer] ten gevolge heeft gehad;

Feit 5

zij op 14 januari 2017 te Amersfoort, opzettelijk brand heeft gesticht in een woning gelegen aan de [a-straat 1], immers heeft verdachte toen aldaar opzettelijk

- terpentine in de hal van voornoemde woning gebracht/gegogen/gesproeid en
- (vervolgens) het ventiel van een bus spuitverf ingedrukt en ingedrukt gehouden en
- (vervolgens) bij de hierdoor verspoten damp/verf een vlam gehouden en
- (vervolgens) de hierdoor ontstane (steek)vlam gericht op/door de in de voordeur

van voornoemde woning geplaatste (geopende) brievenbus en/of de goederen en/of stoffering in de zich daarachter bevindende hal, ten gevolge waarvan brand is ontstaan, terwijl daarvan gemeen gevaar voor de (inboedel van) overige belendende woningen en levensgevaar en gevaar voor zwaar lichamelijk letsel voor in die belendende woningen aanwezige personen te duchten was.”

2.3. Deze bewezenverklaring steunt op de bewijsmiddelen die door het hof zijn opgenomen in de aanvulling op het verkorte arrest. Deze aanvulling houdt, voor zover relevant, het volgende in:

“7. Het in de wettelijke vorm door politieke informatie inwinster A-4024 opgemaakt proces-verbaal, proces-verbaalnummer I 07-03-2017.2, gedateerd 7 maart 2017, dossierpagina 1389-1391, voor zover inhoudende als relaas en/of bevestigingen van voornoemde verbalisant, zakelijk weergegeven:

(p. 1389) Op 7 maart 2017 kreeg ik de opdracht om op de luchtplaats van het arrestantencomplex te Almere contact te maken met [verdachte]. Op 7 maart 2017, tussen 19.55 en 20.25 uur heb ik op de luchtplaats verbleven en daar gesproken met verdachte [verdachte].

(p. 1390) Ze zei dat ze verdacht werd van brandstichting in een woning, maar zei nu dat haar zusje hierbij om het leven gekomen is. Ik vroeg haar hoe dat dan gegaan was. Ze vertelde mij letterlijk: gewoon, in brand gestoken. Ze maakte met haar hand een gebaar van het aandoen van een aansteker en met de andere hand alsof ze iets in haar hand had. Ze maakt hierbij ook het geluid tsssh. Ze zei dat ze met een graffitibus gespoten had en er vervolgens de vlam bijgehouden had en dat zo de woning in de brand gegaan was.”

2.4. In cassatie wordt geklaagd over de verwerping door het hof van de door de verdediging gevoerde verweren strekkende tot niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie dan wel bewijsuitsluiting.

3. *De bestreden uitspraak*

3.1. Het hof heeft in het bestreden arrest de verweren als volgt samengevat en verworpen:

“Overweging omtrent inzet Stelselmatige Informatie Inwinster ex artikel 126j Sv

Standpunt raadsman

De raadsman van verdachte heeft ter terechtzitting in hoger beroep aangevoerd dat de inzet van de Stelselmatige Informatie Inwinster (hierna: SI) niet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit voldoet en bovendien door de SI inbreuk is gemaakt op de verklaringsvrijheid van verdachte. Hiermee zijn doelbewust en met grove veronachtzaming van de belangen van verdachte haar rechten op een eerlijke behandeling van haar zaak geschonden. Derhalve is sprake van een onherstelbaar vormverzuim als bedoeld in artikel 359a van het Wetboek van Strafvorde-

ring (Sv), waarbij rechten als bedoeld in artikel 6, 8 en 13 EVRM – meer specifiek het zwijgrecht en het nemo tenetur beginsel – zijn geschon- den, alsmede een onevenredige inbreuk is ge- maakt op het privéleven van verdachte. Dit dient (primair) te leiden tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie, dan wel (subsidiar) tot bewijsuitsluiting, aldus de raadsman.

Relevante feiten en omstandigheden

In het proces-verbaal van 17 februari 2017 is aangegeven waarom verdachte als verdachte werd aangemerkt. In dat proces-verbaal staat (onder meer) als resumé:

- verdachte is de dochter van [betrokke- ne 1] en halfzus van het slachtoffer [slachtoffer];
- verdachte is in haar tienerjaren uit huis geplaatst en is meerdere keren opgenomen in een psychiatrische instelling op basis van een IBS of RM;
- zij woont op zich zelf, maar wordt wel begeleid. Zij slikt medicatie in verband met schi- zofrenie. Als ze geen medicatie neemt wordt ze warrig in haar hoofd. Ze verliest dan de werke- lijkheid uit het oog;
- [betrokkene 3], [betrokkene 4] en [be- trokkene 5] verklaarden dat verdachte veel haat had richting haar familie en met name richting haar moeder [betrokkene 1] en zus [betrokkene 2];
- [betrokkene 4] verklaarde dat de wanen bij verdachte 's nachts het ergst waren en zij dan op haar slechtst was;
- op vrijdag 5 mei 2018 probeerde ver- dachte aangifte te doen tegen haar moeder [be- trokkene 1]. Ze werd weggestuurd omdat aan haar verhaal geen touw viel vast te knopen;
- op 15 juni 2015 omstreeks 03.45 uur is de voorgevel van [A] overgoten met brandbare vloeistof en in brand gestoken. Moeder [betrok- kene 1] en halfzus [slachtoffer] woonden daar op dat moment;
- [betrokkene 3] verklaarde dat ze van verdachte zelf of van [betrokkene 2] had ge- hoord dat verdachte de zaak van haar moeder in de fik wilde steken;
- [betrokkene 5] verklaarde dat verdach- te haar eind 2015 vertelde dat ze met wasbenzi- ne brand had gesticht in haar eigen wastafel en onder de indruk was van de steekvlam die ont- stond. Ook had verdachte verteld dat ze wasben- zine had gegooid over de gevel van de zaak waar haar moeder werkte en dat ze die gevel in de fik had gestoken;
- op 3 maart 2016 deed verdachte aangif- te tegen haar moeder van mishandeling en ver- waarlozing. Uit het bij de aangifte gevoegde do- cument kan worden opgemaakt dat verdachte haar moeder dood wenste voor wat ze verdach- te zou hebben aangedaan. Ze zou hebben ge- zegd: 'Mijn familie wil ik dood omdat ze me niet met rust laten';

- op 9 april 2016 werd door de politie aan verdachte medegedeeld dat haar aangifte we- gens verjaring niet in behandeling werd geno- men;

- op 25 april 2016 werd de auto van moe- der [betrokkene 1] voor de deur van haar wo- ning met brandbare vloeistof overgoten en in brand gestoken;

- op 27 december 2016 belde verdachte met de politie. In dit gesprek zei ze dat ze ge- stalkt en bedreigd werd door haar familie. Ze noemde haar moeder een psychopaat en ge- stoord;

- op 11 januari 2017 belde verdachte nog- maals met de politie. In dat gesprek gaf ze aan dat ze gestalkt werd door een oude buurvrouw en haar familie overal zag;

- op 14 januari 2017 werd brand gesticht in de woning (waar onder meer de moeder van verdachte woonde) ten gevolge waarvan [slacht- offer] overleed.

Op 6 maart 2017 werd door de officier van justi- tie het schriftelijk bevel verstrekt ter zake van het stelselmatig inwinnen van informatie door een opsporingsambtenaar.

Verdachte werd op 7 maart 2017 aangehouden. Tijdens de voorgeleiding op 7 maart 2017 gaf verdachte aan gebruik te willen maken van haar zwijgrecht.

Het eerste gesprek tussen de verdachte en de SI vond plaats op 7 maart 2017 tussen 14.00 en 14.30 uur op de luchtplaats van het politiebure- au. Zij voerden een algemeen gesprek over het verblijf in het politiebureau. Verdachte vertelde dat het politiebureau nog niet zo erg is. Ze was meerdere keren opgenomen geweest in een psychiatrische instelling en pas daar was het erg. De SI zag dat verdachte rustig oogde. Ze gaf goed antwoord op de haar gestelde vragen. Verdachte vertelde dat ze uit Vietnam kwam en dat haar moeder geen goede moeder voor haar was. Ze was geestelijk en lichamelijk door haar moeder mishandeld. Verdachte vertelde dat ze door haar familie met rust gelaten wil worden, maar dat ze dat niet doen.

Op 7 maart 2017 omstreeks 17.00 uur vond het eerste (officiële) verhoor plaats van verdachte. Verdachte werd aangemerkt als een kwetsbare verdachte. Ze werd bijgestaan door haar advocaat en ook vond er een audiovisuele registratie plaats van het verhoor. Ook werd het verhoor ge- volgd door een recherche psycholoog. Verdachte gaf aan het begin van het verhoor aan dat ze zou zwijgen. Niettemin verklaarde ze over haar ziek- te, de werking van haar medicijnen en uitge- breid over wat haar door haar moeder en andere familieleden is aangedaan. Het verhoor werd om 19.20 uur onderbroken voor een pauze en werd hervat om 20.45 uur.

Op 7 maart 2017 om 19.55 uur werd verdachte naar de luchtplaats gebracht. Daar bleef ze tot 20.25 uur. Zij sprak toen met de SI. De SI had als

opdracht gekregen niet rechtstreeks te vragen naar de brandstichting, maar een natuurlijk gesprek te laten plaatsvinden.

Volgens het op 7 maart 2017 door de SI opgemaakte proces-verbaal was verdachte veel onrustiger dan de eerste keer toen ze met verdachte sprak. Verdachte praatte sneller en liep meer rond. De SI vroeg verdachte waarom ze op het politiebureau was. Verdachte zei voor vernieling en brandstichting. Verdachte vroeg de SI waarom zij er zat. De SI zei dat ze geld en spullen van haar ouders had gestolen, maar dat ze tegen de politie had gezegd dat ze die had gekregen van haar ouders. Verdachte zei toen dat ze (de SI) niet moest liegen tegen de politie. De advocaat van verdachte had gezegd dat verdachte de waarheid moest vertellen of moest zwijgen. Verdachte zei nogmaals dat ze verdacht werd van vernieling en brandstichting, maar vertelde er nu bij dat haar zusje daarbij om het leven was gekomen. De SI vroeg hoe het dan was gegaan, waarop verdachte zei 'gewoon, in brand gestoken'. Ze maakte met haar hand een gebaar van het aandoen van een aansteker en met de andere hand alsof ze iets in haar hand had. Ze maakte daarbij ook het geluid: 'tsssh'.

De SI vroeg om verduidelijking omdat ze niet begreep wat verdachte bedoelde. Ze zei nogmaals: 'gewoon in brand steken' en maakte daarbij dezelfde gebaren en hetzelfde sissgeluid.

De SI zei dat ze het niet begreep en dat ze ook wel eens geprobeerd had een brandende krant door een brievenbus te gooien, maar dat de krant voordat hij de grond had geraakt was uitgewaaid. De SI vroeg verdachte nogmaals hoe het gegaan was. Verdachte zei dat ze met een graffitibus gespoten had en er vervolgens een vlam had bijgehouden en dat zo de woning in brand was gegaan. De SI zei tegen verdachte dat ze dacht dat steen niet zou branden. Verdachte zei van wel. De SI vroeg aan verdachte of ze aan de voorzijde, de achterzijde of de zijkant van de woning stond. Verdachte zei dat ze aan de voorzijde stond. Later vroeg de SI nogmaals hoe de brand was ontstaan. Verdachte zei toen dat het een houten huis was. De SI vroeg haar of het misschien niet de bedoeling was dat haar zusje hierbij om het leven was gekomen. Verdachte zei dat dat inderdaad niet de bedoeling was. De SI vroeg of verdachte het zou gaan vertellen aan de politie. Verdachte zei dat ze niks zou gaan vertellen en dat ze gebruik zou maken van haar zwijgrecht.

Nadat verdachte had opgemerkt dat er camera's hingen veranderde haar gedrag. Ze zei direct dat ze niks gedaan had. De SI zei dat verdachte toch net had gezegd dat ze brand had gesticht met de spuitbus. Verdachte zei nogmaals dat ze niks gedaan had.

Na een sociaal gesprek over haar moeder, werd er weer over de brand gesproken. De SI vroeg of niemand haar gezien had of dat er ergens een

camera in de straat stond. Verdachte zei dat dit niet kon, omdat zij niks gedaan had. Ze zei dat haar moeder de branden had gesticht en haar de schuld ervan wilde geven.

Op 8 maart 2017 is verdachte weer (officieel) gehoord. Zij heeft toen antwoord gegeven op vragen over haar medicatie en ziekte. Ook heeft verdachte gesproken over haar moeder en andere familieleden en haar jeugd. Op het moment dat verdachte vragen werden gesteld over de brandstichting, heeft zij een beroep gedaan op haar zwijgrecht. Ook in latere verhoren heeft de verdachte geen vragen willen beantwoorden die zagen op het tenlastegelegde.

Relevante regelgeving en jurisprudentie

De inzet en wijze van uitvoering van het stelselmatig inwinnen van informatie door een politieambtenaar vindt wettelijke grondslag in artikel 126j Sv. Voor de inzet en toepassing van deze bevoegdheid volgt uit deze bepaling dat er een verdenking van een misdrijf moet zijn en het bevel in het belang is van het onderzoek.

Mede naar aanleiding van het arrest van het EHRM in de zaak Allan tegen het Verenigd Koninkrijk van 5 november 2002 heeft de Hoge Raad voor de toelaatbaarheid van de inzet van een SI ten opzichte van een (al dan niet in voorlopige hechtenis bevindende) verdachte nadere vereisten geformuleerd, namelijk:

- de bijzondere ernst van het misdrijf moet de inzet van het middel rechtvaardigen (proportionaliteit), terwijl een andere wijze van opsporing redelijkerwijs niet voorhanden is (subsidiariteit);

- de verklaringen mogen niet worden verkregen in strijd met de verklaringsvrijheid van de verdachte zoals gewaarborgd door artikel 29 Sv en artikel 6 EVRM. Daarbij komt betekenis toe aan de proceshouding van verdachte, hetgeen zich in het voorbereidend onderzoek voor en gedurende de periode waarin de informant optreedt heeft afgespeeld, de aard en intensiteit van de door de informant ondernomen activiteiten jegens de verdachte, de mate van druk die daarvan jegens de verdachte kan zijn uitgegaan en de mate waarin de handelingen en gedragingen van de informant tot de desbetreffende verklaringen van de verdachte hebben geleid (HR 9 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9195);

- er moet een voldoende nauwkeurige verslaglegging zijn zodat de rechter in staat wordt gesteld het een en ander te kunnen beoordelen. Naast verslaglegging door middel van verbalisering ligt in de rede dat voor zover dat bij de uitvoering van het opsporingstraject mogelijk is, de communicatie auditief of audiovisueel wordt geregistreerd (HR 19 december 2019, (ECLI:NL:HR:2019:1983).

Het EHRM heeft in de zaak Allan tegen het Verenigd Koninkrijk aangegeven dat het zwijgrecht voortvloeit uit de verklaringsvrijheid van de verdachte en bedoeld is om een verdachte te be-

schermen tegen oneigenlijke druk van de autoriteiten, waardoor (ook) voorkomen wordt dat valse bekendtissen worden afgelegd.

Oordeel hof

Het hof stelt voorop dat niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging als in artikel 359a Sv voorzien rechtsgevolg slechts in uitzonderlijke gevallen in aanmerking komt. 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 verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van haar zaak is tekort gedaan. Met inachtneming van die maatstaf overweegt het hof ten aanzien van het door de raadsman aangevoerde verweer als volgt.

Proportionaliteit en subsidiariteit inzet stelselmatige informatie inwinning

Ten aanzien van de proportionaliteit overweegt het hof dat de bijzondere ernst van het misdrijf waarvan verdachte werd verdacht, te weten brandstichting in een woning ten gevolge waarvan een jong meisje om het leven is gekomen — een strafbaar feit dat wordt bedreigd met een levenslange gevangenisstraf — de inzet van de SI zonder meer rechtvaardigt.

Daarnaast is ook voldaan aan de subsidiariteits-eis. De kans om met minder verstrekkende opsporingsmiddelen dichterbij opheldering van het misdrijf te komen was immers niet reëel. Zo blijkt uit het proces-verbaal aanvraag bevel stelselmatige informatie inwinning dat de tot dan toe ingezette opsporingsbevoegdheden vooralsnog niet genoeg materiaal boden om het scenario dat verdachte betrokken was bij de brandstichting te kunnen verifiëren dan wel falsifiëren. De onderschepte communicatie en het horen van getuigen leverden een aanmerkelijke verdenking op, echter, het verhoren van vrienden en familieleden van verdachte, alsmede het verspreiden van berichten over de brand via het regionale opsporingsprogramma Bureau [...] en het landelijke programma Opsporing Verzocht gaf tot dan toe geen volledig beeld van de toedracht, werkwijze en het motief van de brandstichting. Uit het verrichte onderzoek bleek voorts dat verdachte een geïsoleerd bestaan leidde, waardoor het nagenoeg onmogelijk was om met de inzet van minder ingrijpende bevoegdheden zoals bijvoorbeeld interceptie van telefooncommunicatie of het horen van getuigen de betrokkenheid van verdachte bij het strafbare feit te onderzoeken. Dit werd wel nodig geacht, omdat vooralsnog niet de verwachting was dat het forensische onderzoek een eenduidige aanwijzing voor daderschap zou opleveren. Gelet hierop was het niet de verwachting dat andere, minder ingrijpende, op-

sporingsbevoegdheden bruikbaar resultaat zouden opleveren.

Op grond van het voorgaande was er naar het oordeel van het hof geen redelijk alternatief voor de inzet van de SI beschikbaar. Gelet hierop is het hof van oordeel dat de inzet van de SI onder de gegeven omstandigheden voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Verklaringsvrijheid verdachte

Nu het hof heeft geoordeeld dat de toepassing van artikel 126j Sv voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit komt het voor de vraag te staan of de informatie die van verdachte is verkregen niet in strijd met de in artikel 29, eerste lid, Sv tot uitdrukking gebrachte en de in artikel 6, eerste lid, EVRM besloten liggende verklaringsvrijheid van verdachte is afgelegd, nu toepassing van artikel 126j Sv ten aanzien van een voorlopig gehechte verdachte het gevaar in zicht bergt dat een verdachte op zodanige wijze feitelijk komt te verkeren in een verhoorsituatie waarbij de waarborgen van een formeel verhoor door een politiefunctionaris ontbreken en verklaringen worden verkregen die in strijd met de verklaringsvrijheid van verdachte zijn afgelegd.

Ten aanzien van de proceshouding van verdachte geldt dat zij ten aanzien van de tenlastegelegde feiten steeds een beroep op haar zwijgrecht heeft gedaan. Zij heeft echter op het moment dat zij dacht dat ze met een mede-arrestant op de luchtplaats was zich zelf belast. Uit het proces-verbaal van de SI volgt dat verdachte op vragen van de SI antwoord heeft gegeven, waarbij niet is gebleken dat op verdachte door de SI druk werd uitgeoefend. Verdachte heeft antwoord gegeven omdat zij dacht dat zij sprak met een mede-arrestant en niet omdat zij onder druk werd gezet. Verder geldt dat — toen verdachte op 7 maart 2017 in de gaten kreeg dat er camera's waren geplaatst op de luchtplaats — zij haar betrokkenheid bij het tenlastegelegde ging ontkennen en bleef ontkennen. Daaruit leidt het hof af dat verdachte — ondanks het feit dat het een kwetsbare verdachte betrof en zij in voorarrest zat — in staat was haar wil te bepalen, overeenkomstig die wil te verklaren en zich niet liet beïnvloeden door de SI.

Uit het bovenstaande blijkt dus dat verdachte enerzijds is misleid, maar dat anderzijds door de SI geen of weinig druk is uitgeoefend op verdachte, waardoor het hof van oordeel is dat niet zodanig inbreuk is gemaakt op de verklaringsvrijheid van verdachte dat in strijd is gehandeld met artikel 29 Sv en artikel 6 EVRM.

Verslaglegging

De SI heeft direct na iedere inzet haar bevindingen aan twee collega's medegedeeld — welke collega's daarvan telkens proces-verbaal hebben opgemaakt — en de SI zelf heeft nog dezelfde dag na de gesprekken met verdachte gedetailleerde en uitvoerige processen-verbaal opgesteld. Aan de hand van die processen-verbaal

kan nagegaan worden hoe de gesprekken zijn verlopen en in hoeverre er druk is uitgeoefend. De SI heeft ook in haar processen-verbaal aangegeven welke vragen zij heeft gesteld en hoe vaak.

Opmerking verdient wel dat de processen-verbaal pas na de gesprekken werden opgemaakt, zodat het risico dat relevante informatie niet werd vastgelegd groter was dan wanneer die informatie nog tijdens de gesprekken werd vastgelegd (zoals in het algemeen tijdens een politie-verhoor gebeurt).

Mede gelet op de laatste opmerking valt op dat de gesprekken niet zijn opgenomen, terwijl voorafgaand aan de inzet van de SI duidelijk was dat sprake was van een verdachte met een psychiatrisch ziektebeeld en die van een ernstig strafbaar feit werd verdacht. De politieverhoren van verdachte waren daarom omgeven met veel waarborgen. Zo werd verdachte gehoord, in het bijzijn van haar raadsman, door verbalisanten die gespecialiseerd waren in het verhoor van kwetsbare verdachten en werden de verhoren op beeld en geluid opgenomen. Die waarborgen zijn niet in acht genomen bij de inzet van de SI, terwijl het auditief of audiovisueel opnemen van communicatie gemakkelijk ingepast had kunnen worden binnen de inzet van de SI. Nu dit niet is gebeurd, is naar het oordeel van het hof sprake van een bij het voorbereidend onderzoek begaan onherstelbaar vormverzuim als bedoeld in artikel 359a, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering.

Mogelijke rechtsgevolgen

De vraag is of, en zo ja, welke rechtsgevolgen aan dit vormverzuim moeten worden verbonden. Bij de beoordeling hiervan dient het hof rekening te houden met de in artikel 359a, tweede lid, Sv genoemde factoren, te: weten het belang van het geschonden voorschrift, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt. Daarnaast moet rekening worden gehouden met de ernst van het feit en de daarmee samenhangende zwaarwegende belangen als de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een (zeer ernstig) strafbaar feit, alsmede de rechten van slachtoffers en hun nabestaanden. Het belang van het geschonden voorschrift betreft in de onderhavige zaak het effectief kunnen controleren van de inzet van het opsporingsmiddel en het daaruit voortkomende bewijsmateriaal, waarbij het in dit geval vooral gaat om de vraag of er geen valse bekentenis is afgelegd en verdachte vrij is geweest haar eigen procespositie te bepalen. Voor wat betreft de ernst van het verzuim neemt het hof in overweging dat het naar zijn oordeel zonder meer mogelijk was geweest de gesprekken op enigerlei wijze op te nemen. Het nadeel van verdachte zit erin dat weliswaar uit dé door de SI opgestelde processen-verbaal blijkt hoe de gesprekken tussen verdachte en de SI zijn verlopen, maar dit

niet auditief dan wel visueel gecontroleerd kan worden. Voor wat betreft de ernst van het feit neemt het hof in aanmerking dat het een bijzondere ernstig misdrijf betreft, te weten brandstichting in een woning ten gevolge waarvan een jong meisje om het leven is gekomen. Het hof is van oordeel dat dit vormverzuim niet dient te leiden tot de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie. Hiervan kan slechts sprake zijn indien 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 een verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekort gedaan. Daarvan is het hof niet gebleken. De vraag die vervolgens voor ligt is of het vormverzuim dient te leiden tot bewijsuitsluiting maar het hof is van oordeel dat daarvan evenmin sprake dient te zijn. Hiervoor geldt in de eerste plaats dat de inhoud en de wijze waarop het gesprek tussen de SI en verdachte is gevoerd gecontroleerd kan worden aan de hand van de uitvoerige en gedetailleerd opgestelde processen-verbaal van de SI. In de tweede plaats geldt dat ook anders dan aan de hand van opnames de betrouwbaarheid van het proces-verbaal (waarin de verdachte over zich zelf belastende uitspraken doet) van de SI kon en kan worden getoetst. Volgens dat proces-verbaal zou verdachte immers hebben verklaard dat zij brand heeft gesticht met behulp van een graffitibus.

Tot het moment dat verdachte heeft verklaard dat ze had gespoten met een graffitibus en daar vervolgens een vlam bij had gehouden, waren er (voor anderen dan de verdachte) nog geen aanwijzingen dat de brand in de woning op die wijze was gesticht. Na deze verklaring van verdachte is het NFI deze wijze van brandstichting gaan onderzoeken en uit dit onderzoek is gebleken dat de brand ook daadwerkelijk op de door verdachte genoemde wijze gesticht kan zijn. De informatie die verdachte in haar gesprek met de SI heeft gegeven moet dan ook daderkennis zijn. In die zin is het proces-verbaal inhoudende de verklaring van verdachte tegenover de SI toch controleerbaar.

Conclusie

Gelet op het voorgaande is het hof in het onderhavige geval van oordeel dat, alle van belang zijnde factoren in ogenschouw nemende, kan worden volstaan met de vaststelling dat sprake is van een onherstelbaar vormverzuim en dat de tweede door verdachte op 7 maart 2017 tegenover de SI afgelegde verklaring voor het bewijs kan worden gebezigd."

(...)

5. Tweede middel

5.1. Het middel klaagt dat het hof ten onrechte het verweer strekkende tot bewijsuitsluiting van alle processen-verbaal die zien op de inzet van de SI heeft verworpen en aan het vastgestelde onherstelbare vormverzuim geen rechtsgevolgen heeft verbonden, terwijl door het vormverzuim geen sprake meer kan zijn van een behandeling van de zaak die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet.

5.2. Aan het middel is allereerst ten grondslag gelegd dat hetgeen in het kader van het eerste middel is aangevoerd als herhaald en ingelast dient te worden beschouwd en dat daaruit volgt dat het hof ten onrechte uitsluitend een onherstelbaar vormverzuim heeft aangenomen vanwege het gegeven dat de gesprekken tussen de SI en de verdachte niet auditief of audiovisueel zijn opgenomen. Verder is aan het middel ten grondslag gelegd dat het hof miskent dat de verdachte tijdens de gesprekken met de SI feitelijk in een verhoorsituatie verkeerde zonder cautie en alle noodzakelijke waarborgen en dat het hof vanwege die schending van art. 6 EVRM en art. 29 Sv onvoldoende deugdelijk en begrijpelijk heeft gemotiveerd waarom de door de SI opgestelde processen-verbaal niet worden uitgesloten van het bewijs.

5.3. Over deze onderdelen van het middel kan ik kort zijn. Uit de bespreking van het eerste middel volgt namelijk reeds dat de klacht dat het hof ten onrechte uitsluitend een onherstelbaar vormverzuim heeft aangenomen vanwege het gegeven dat de gesprekken tussen de SI en de verdachte niet auditief of audiovisueel zijn opgenomen naar mijn mening tevergeefs is voorgesteld. Tevens volgt daaruit dat het hof heeft geoordeeld dat niet in strijd met art. 29 Sv en art. 6 EVRM is gehandeld, terwijl dat oordeel mijns inziens niet onbegrijpelijk is en toereikend is gemotiveerd. Reeds daarom zijn deze onderdelen van het tweede middel naar mijn mening tevergeefs voorgesteld. Ik verwijs korthedshalve naar de bespreking van het eerste middel.

5.4. Voor het overige keert het middel zich specifiek tegen het oordeel van het hof dat het geconstateerde vormverzuim niet dient te leiden tot bewijsuitsluiting. Allereerst wordt aangevoerd dat het hof met zijn overweging dat de inhoud en de wijze waarop het gesprek tussen de SI en de verdachte is gevoerd, gecontroleerd kan worden aan de hand van de uitvoerige en gedetailleerde opgestelde processen-verbaal van de SI miskent dat de inhoud van de door de SI opgestelde processen-verbaal niet kan worden nagegaan. Verder wordt aangevoerd dat het hof, door te beslissen dat de inhoud van de gesprekken voldoende gecontroleerd kan worden aan de hand van de processen-verbaal van de SI, de inhoud van onrechtmatig verkregen bewijs gebruikt als rechtvaardiging van ditzelfde onrechtmatig verkregen bewijs.

5.5. In zijn arresten van 1 december 2020¹³ heeft de Hoge Raad met betrekking tot bewijsuitsluiting als aan een vormverzuim te verbinden rechtsgevolg het volgende overwogen:

“2.4.1 De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321 drie categorieën van gevallen onderscheiden waarin bewijsuitsluiting als rechtsgevolg kan worden verbonden aan een vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv. Allereerst gaat het om gevallen waarin het uitsluiten van bepaalde resultaten van het opsporingsonderzoek van het gebruik voor het bewijs, noodzakelijk is om een schending van artikel 6 EVRM te voorkomen. Deze categorie blijft onverkort bestaan.

2.4.2 De Hoge Raad komt wel tot een wijziging met betrekking tot de twee andere categorieën van gevallen die zijn benoemd in het arrest van 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321. Daarin gaat het om de volgende gevallen waarin bewijsuitsluiting aan de orde kan zijn:

- ‘gevallen waarin het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM niet (rechtstreeks) aan de orde is, maar sprake is van een ander belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel dat in aanzienlijke mate is geschonden’ en ‘toepassing van bewijsuitsluiting noodzakelijk (kan) worden geacht als middel om toekomstige vergelijkbare vormverzuimen die onrechtmatige bewijsgaring tot gevolg hebben te voorkomen en een krachtige stimulans te laten bestaan tot handelen in overeenstemming met de voorgeschreven norm’, alsmede

- ‘de – zeer uitzonderlijke – situatie (waarin het verzekeren van het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM de rechter niet noopt tot toepassing van bewijsuitsluiting en evenmin sprake is van een op zichzelf reeds zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte, maar) waarin 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 getoond om overtredingen van het desbetreffende voorschrift te voorkomen’.

2.4.3 In het arrest van 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321 kent elk van die twee categorieën een afzonderlijk beoordelingskader, met ook specifiek daaraan verbonden eisen met betrekking tot het stellen en onderbouwen van de voor de beoordeling relevante omstandigheden. De Hoge Raad is nu van oordeel dat kan worden volstaan met het navolgende gemeenschappelijke, meer globale beoordelingskader, omdat deze twee categorieën in de praktijk niet

¹³ ECLI:NL:HR:2020:1889 en ECLI:NL:HR:2020:1890.

steeds goed te scheiden zijn en toepassing daarvan als te complex wordt ervaren.

2.4.4 Dit gemeenschappelijke beoordelingskader ziet op gevallen waarin sprake is van een vormverzuim waarbij het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM niet (rechtstreeks) aan de orde is, maar waarbij het gaat om de schending van een ander strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel. In die gevallen geldt als belangrijk uitgangspunt dat de omstandigheid dat de verkrijging van onderzoeksresultaten gepaard is gegaan met een vormverzuim dat betrekking heeft op een ander strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel dan het recht op een eerlijk proces, niet eraan in de weg staat dat die resultaten voor het bewijs van het tenlastegelegde feit worden gebruikt. Is echter sprake van een ernstige schending van een strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel, dan kan onder omstandigheden toepassing van bewijsuitsluiting noodzakelijk worden geacht als rechtsstatelijke waarborg en als middel om met de opsporing en vervolging belaste ambtenaren te weerhouden van onrechtmatig optreden en daarmee als middel om te voorkomen dat vergelijkbare vormverzuimen in de toekomst zullen plaatsvinden. Of daartoe grond bestaat, beoordeelt de rechter aan de hand van de in artikel 359a lid 2 Sv genoemde beoordelingsfactoren en met inachtneming van het onder 2.1.3 genoemde uitgangspunt van subsidiariteit. In het bijzonder dient de rechter te beoordelen of het vormverzuim zodanig ernstig is dat niet met strafvermindering kan worden volstaan, maar bewijsuitsluiting gerechtvaardigd is. Daarbij moet acht worden geslagen op de negatieve effecten die aan bewijsuitsluiting zijn verbonden, gelet op de zwaarwegende belangen van waarheidsvinding, van de vervolging en berechting van (mogelijk zeer ernstige) strafbare feiten, en in voorkomend geval van de rechten van slachtoffers. Voor het bepalen van de ernst van het vormverzuim kan mede betekenis toekomen aan het verwijt dat aan politie en justitie kan worden gemaakt en aan de omstandigheid dat een vormverzuim zich bij herhaling blijkt voor te doen, maar ook aan de omstandigheid dat door politie en justitie al maatregelen zijn getroffen om (verdere) herhaling tegen te gaan.

2.4.5 Los van de hiervoor genoemde gevallen waarin bewijsuitsluiting als rechtsgevolg kan worden verbonden aan een vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv, is er grond voor bewijsuitsluiting indien zich onregelmatigheden hebben voorgedaan die de betrouwbaarheid en accuraatheid van onderzoeksresultaten wezenlijk hebben aangetast. In dat geval berust bewijsuitsluiting niet op de toepassing van artikel 359a Sv, maar vloeit die uitsluiting rechtstreeks voort uit de regel dat de rechter bij de beantwoording van de vraag of het tenlastegelegde kan worden bewezen verklaard, alleen dat bewijsmateriaal

gebruikt dat hij betrouwbaar en bruikbaar vindt.”

5.6. In deze zaak heeft het hof vastgesteld dat niet in strijd met art. 6 EVRM is gehandeld. In het licht daarvan komt het in de overwegingen van het hof besloten liggende oordeel dat het geval waarin het uitsluiten van bepaalde resultaten van het opsporingsonderzoek van het gebruik voor het bewijs noodzakelijk is om een schending van artikel 6 EVRM te voorkomen zich in deze zaak niet voor doet, mij niet onbegrijpelijk voor.

5.7. Verder kan mijns inziens uit de overwegingen van het hof worden opgemaakt dat van een ernstige schending van een strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel naar het oordeel van het hof geen sprake is. Gelet op hetgeen het hof heeft overwogen met betrekking tot de in art. 359a lid 2 Sv genoemde factoren acht ik dat oordeel niet onbegrijpelijk. Daarbij neem ik in het bijzonder in aanmerking dat het hof met betrekking tot de ernst van het verzuim niet meer heeft vastgesteld dan dat het naar zijn oordeel zonder meer mogelijk was geweest de gesprekken op enigerlei wijze op te nemen.

5.8. De overwegingen van het hof dat de inhoud en de wijze waarop het gesprek tussen de SI en de verdachte is gevoerd gecontroleerd kan worden aan de hand van de uitvoerige en gedetailleerd opgestelde processen-verbaal van de SI en dat de betrouwbaarheid van het proces-verbaal van de SI waarin de verdachte over zichzelf belastende uitspraken doet ook anders dan aan de hand van opnames kon en kan worden getoetst, moeten mijns inziens worden gezien tegen de achtergrond van de overweging van de Hoge Raad dat er grond is voor bewijsuitsluiting indien zich onregelmatigheden hebben voorgedaan die de betrouwbaarheid en accuraatheid van onderzoeksresultaten wezenlijk hebben aangetast. In de overwegingen van het hof ligt als zijn oordeel besloten dat daarvan in deze zaak geen sprake is.

5.9. In dat kader kan aan de steller van het middel worden toegegeven dat de inhoud van de door de SI opgestelde processen-verbaal bij gebrek aan opnames van de gesprekken niet kan worden nagegaan, afgezien van de vaststelling van het hof dat de informatie die de verdachte in haar gesprek met de SI heeft gegeven daderkennis moet zijn. Toch doet dit mijns niet af aan het oordeel van het hof dat de inhoud en de wijze waarop het gesprek tussen de SI en de verdachte is gevoerd gecontroleerd kan worden aan de hand van de uitvoerige en gedetailleerd opgestelde processen-verbaal van de SI. Het ontbreken van opnames betekent namelijk niet dat de processen-verbaal daarmee per definitie van onwaarde zijn. In dit geval heeft het hof geoordeeld dat het voor het bewijs gebezigde proces-verbaal van de SI zodanig betrouwbaar en accuraat is dat het voor het bewijs kan worden gebezigd. Dat oordeel acht ik niet onbegrijpelijk en kan, gelet op de selectie- en waarderingsvrijheid van de feitenrechter, in cassatie niet verder worden getoetst.

5.10. Voor zover aan het middel ten grondslag is gelegd dat het hof, door te beslissen dat de inhoud van de gesprekken voldoende gecontroleerd kan worden aan de hand van de processen-verbaal van de SI, de inhoud van onrechtmatig verkregen bewijs gebruikt als rechtvaardiging van ditzelfde onrechtmatig verkregen bewijs, stel ik mij op het standpunt dat het enkele ontbreken van opnames van de gesprekken niet de conclusie kan dragen dat de door de SI opgemaakte processen-verbaal onrechtmatig verkregen bewijs zouden zijn. Deze processen-verbaal zijn immers niet verkregen door het door het hof vastgestelde vormverzuim. Dat het hof deze processen-verbaal gebruikt bij de beoordeling of door het vastgestelde vormverzuim de betrouwbaarheid en accuraatheid van onderzoeksresultaten is aangetast, acht ik daarom niet onbegrijpelijk. Ook overigens acht ik het oordeel van het hof dat de tweede door verdachte op 7 maart 2017 tegenover de SI afgelegde verklaring voor het bewijs kan worden gebezigd, waarin als oordeel van het hof besloten ligt dat het vormverzuim de betrouwbaarheid en accuraatheid van deze verklaring niet wezenlijk heeft aangetast, niet onbegrijpelijk.

5.11. Gelet op het voorgaande acht ik het oordeel van het hof dat het vormverzuim niet dient te leiden tot bewijsuitsluiting, maar volstaan kan worden met de vaststelling dat sprake is van een onherstelbaar vormverzuim en dat de tweede door verdachte op 7 maart 2017 tegenover de SI afgelegde verklaring voor het bewijs kan worden gebezigd, niet onbegrijpelijk. Dat oordeel is ook toereikend gemotiveerd.

5.12. Het middel faalt in al zijn onderdelen.

Hoge Raad:

2 Waar het in deze zaak om gaat

De advocaat-generaal heeft onder 2.1 als volgt samengevat waar het in deze zaak om gaat:

“Deze zaak betreft een brandstichting in een woning met dodelijke afloop. In het kader van het opsporingsonderzoek heeft de officier van justitie op grond van art. 126j Sv bevolen dat een opsporingsambtenaar, zonder dat kenbaar is dat deze optreedt als opsporingsambtenaar, stelselmatig informatie inwint over de verdachte. Dat bevel strekte ertoe dat de opsporingsambtenaar uit de mond van de verdachte informatie zou trachten te verkrijgen die betrekking heeft op de gepleegde strafbare feiten. Daartoe heeft een opsporingsambtenaar (in het arrest aangeduid als de SI, van Stelselmatige Informatie Inwinster) op de luchtplaats van het politiebureau zich tegenover de verdachte voorgedaan als een medegedetineerde. Tijdens een van de gesprekken tussen de SI en de verdachte heeft de verdachte zichzelf belastende uitlatingen gedaan.”

3 Beoordeling van het tweede cassatiemiddel

3.1 Het cassatiemiddel klaagt onder meer over het oordeel van het hof dat de door de verdachte tegenover een niet als zodanig herkenbare opsporingsambtenaar afgelegde verklaring niet in strijd met de verklaringsvrijheid is afgelegd.

De uitspraak van het hof

3.2.1 Ten laste van de verdachte is bewezenverklaard dat:

“Feit 4 subsidiair

zij op 14 januari 2017 te Amersfoort, opzettelijk brand heeft gesticht in een woning aan de [a-straat 1], immers heeft verdachte toen aldaar opzettelijk

- terpentine in de hal van voornoemde woning gebracht/gegoten/gesproeid en
- (vervolgens) het ventiel van een bus spuitverf ingedrukt en ingedrukt gehouden en
- (vervolgens) bij de hierdoor verspoten damp/verf een vlam gehouden en
- (vervolgens) de hierdoor ontstane (steek)vlam gericht op/door de in de voordeur van voornoemde woning geplaatste (geopende) brievenbus en/of de goederen en/of stoffering in de zich daarachter bevindende hal, ten gevolge waarvan die woning en de inboedel van die woning geheel of gedeeltelijk is/zijn verbrand,

terwijl daarvan gemeen gevaar voor de inboedel van die woning, en levensgevaar en zwaar lichamelijk letsel voor zich in die woning bevindende personen te duchten was, welk feit de dood van [slachtoffer] ten gevolge heeft gehad;

Feit 5

zij op 14 januari 2017 te Amersfoort, opzettelijk brand heeft gesticht in een woning gelegen aan de [a-straat 1], immers heeft verdachte toen aldaar opzettelijk

- terpentine in de hal van voornoemde woning gebracht/gegoten/gesproeid en
- (vervolgens) het ventiel van een bus spuitverf ingedrukt en ingedrukt gehouden en
- (vervolgens) bij de hierdoor verspoten damp/verf een vlam gehouden en
- (vervolgens) de hierdoor ontstane (steek)vlam gericht op/door de in de voordeur van voornoemde woning geplaatste (geopende) brievenbus en/of de goederen en/of stoffering in de zich daarachter bevindende hal, ten gevolge waarvan brand is ontstaan, terwijl daarvan gemeen gevaar voor de (inboedel van) overige belendende woningen en levensgevaar en gevaar voor zwaar lichamelijk letsel voor in die belendende woningen aanwezige personen te duchten was.”

3.2.2 Deze bewezenverklaringen steunen op onder meer het volgende bewijsmiddel:

“7. Het in de wettelijke vorm door politieke informatie inwinster A-4024 opgemaakt proces-verbaal, proces-verbaalnummer I 07-03-2017.2, ge-

dateerd 7 maart 2017, dossierpagina 1389-1391, voor zover inhoudende als relaas en/of bevin-
dingen van voornoemde verbalisant, zakelijk
weergegeven:

(p. 1389) Op 7 maart 2017 kreeg ik de opdracht
om op de luchtplaats van het arrestantencom-
plex te Almere contact te maken met [verdachte].
Op 7 maart 2017, tussen 19.55 en 20.25 uur
heb ik op de luchtplaats verbleven en daar ge-
sproken met verdachte [verdachte].

(p. 1390) Ze zei dat ze verdacht werd van brand-
stichting in een woning, maar zei nu dat haar
zusje hierbij om het leven gekomen is. Ik vroeg
haar hoe dat dan gegaan was. Ze vertelde mij let-
terlijk: gewoon, in brand gestoken. Ze maakte
met haar hand een gebaar van het aandoen van
een aansteker en met de andere hand alsof ze
iets in haar hand had. Ze maakt hierbij ook het
geluid tsssh. Ze zei dat ze met een graffitibus ge-
spoten had en er vervolgens de vlam bijgehou-
den had en dat zo de woning in de brand gegaan
was.”

3.2.3 Het hof heeft ten aanzien van de bewezen-
verklaringen het volgende overwogen:

“Feitelijke situatie

Op 14 januari 2017, omstreeks 3.25 uur, brak er
brand uit in een tussenwoning aan de [a-straat
1] te Amersfoort. De brand ontstond in de hal
van de woning. Op dat moment lagen twee per-
sonen boven te slapen, te weten de 26-jarige
[betrokkene 2] en haar 11-jarige halfzusje
[slachtoffer]. [betrokkene 2] wist zichzelf via
haar slaapkamerraam in veiligheid te brengen.
[slachtoffer] is later door de galarmeerde
brandweer op haar zolderkamer in bed aange-
troffen. Zij was buiten bewustzijn en had geen
hartslag. Buiten werd zij gereanimeerd en met
spoed overgebracht naar het ziekenhuis en later
naar het brandwondencentrum te Beverwijk,
waar zij een dag later aan haar verwondingen
overleed.

Ten tijde van de brand waren de bewoners van
de woningen aan de [a-straat 2] en [a-straat 3]
thuis. Zij werden wakker door de rook in hun wo-
ningen. In beide woningen was sprake van roet-
schade als gevolg van de brand in de woning aan
de [a-straat 1].

Verdenking en motief verdachte

Gedurende het politieonderzoek kreeg het on-
derzoeksteam steeds meer aanwijzingen dat
verdachte betrokken is geweest bij de brand-
stichting. (...) [I]n het proces-verbaal van ver-
denking van 17 februari 2017 [zijn] verschillende
personen genoemd (...) die verklaard hebben
over verdachte als het gaat om de haat tegen
haar moeder en zus [betrokkene 2], het brand
stichten in de eigen wastafel met wasbenzine en
de mogelijke betrokkenheid van verdachte bij de
brandstichting bij de winkel van haar moeder.

Een andere oud-vriendin van verdachte, [be-
trokkene 6], heeft op een later moment, te we-
ten op 31 maart 2017, tegenover de politie ver-

klaard dat verdachte vooral boos was op haar
moeder, zus en broer. Zij verklaarde voorts dat
verdachte aan de telefoon wel eens zei dat ze
naar het benzinestation wilde gaan en benzine
wilde kopen en dat ze dan de auto van haar
moeder in de brand wilde steken, omdat ver-
dachte wilde dat haar moeder zou voelen wat zij
ook voelde.

Op grond van voornoemde omstandigheden
concludeert het hof dat er sprake is van een al
lang bestaande persisterende haat van verdachte
jegens moeder [betrokkene 1], hetgeen als mo-
tief kan gelden voor het tenlastegelegde, welke
haat zich lijkt te uiten in (voornemens tot)
brandstichting. Dat verdachte ook daadwerkelijk
degene is geweest die de brand in de woning van
moeder [betrokkene 1] heeft gesticht, leidt het
hof voorts af uit de volgende feiten en omstan-
digheden.

Overig bewijs

Op 7 maart 2017 wordt verdachte aangehouden.
Diezelfde dag maakt de SI op de luchtplaats van
het arrestantencomplex in Almere contact met
verdachte. De SI maakt hiervan na afloop proces-
verbaal op, waarin zij onder meer het volgende
relateert:

‘Ze zei dat ze werd verdacht van brandstichting
in een woning, maar zei nu dat haar zusje hierbij
om het leven gekomen is. Ik vroeg haar hoe dat
dan gegaan was. Ze vertelde mij letterlijk: ge-
woon, in brand gestoken. Ze maakte met haar
hand een gebaar van het aandoen van een aan-
steker en met de andere hand alsof ze iets in
haar hand had. Ze maakt hierbij ook het geluid
tsssh. Ze zei dat ze met een graffitibus gespoten
had en er vervolgens de vlam bijgehouden had
en dat zo de woning in de brand was gegaan.’

In de woning aan de [a-straat 1] te Amersfoort
waren op het moment van de brand ook [be-
trokkene 7], de broer van verdachte, en [betrok-
kene 1], moeder van verdachte woonachtig. Zij
waren op het moment van de brand echter niet
thuis. De auto van moeder [betrokkene 1] stond
op het moment van de brand wel in de straat ge-
parkeerd. Het zag er dus uit alsof zij thuis was.

Op het kozijn, de muur en de voordeur van de
woning aan de [a-straat 1] is zwarte verf aange-
troffen, zeer waarschijnlijk aangebracht door
middel van een spuitbus. [betrokkene 2] en [be-
trokkene 1] hebben de zwarte strepen bij het
raam niet eerder gezien. Dat maakt het aanne-
melijk dat de strepen rond het tijdstip van de
brand zijn aangebracht.

Uit opgevraagde bankrekeninggegevens van
verdachte blijkt dat op 18 april 2016 een pin-
transactie heeft plaatsgevonden bij de Hema te
Amersfoort waarbij zwarte spuitverf is aange-
kocht.

Voorts blijkt uit de opgevraagde bankrekening-
gegevens van verdachte en een proces-verbaal
van bevindingen van politie van 6 september
2017 dat er op 20 oktober 2016 een pintransactie

heeft plaatsgevonden bij de Gamma te Amersfoort waarbij 5 liter klassieke terpentine van het huismerk Gamma is aangekocht.

De zwarte verf veiliggesteld vanaf het kozijn, de muur en de voordeur van de woning aan de [a-straat 1] is bemonsterd en vergeleken met de verf uit de door de politie bij de Hema aangeschafte soortgelijke spuitbus als de spuitbus die op 18 april 2016 door de verdachte is aangekocht. Het Nederlands Forensisch Instituut heeft een vergelijkend veronderzoek uitgevoerd en komt tot de conclusie dat de zwarte verf uit de spuitbus een alkydverf betreft die alkydhars als bindmiddel betreft en dat dergelijke verf ook is aangetroffen op de woning. De sporen afkomstig van het kozijn, de muur en de voordeur van de woning komen qua bindmiddel samenstelling overeen met de verf uit de door de politie aangekochte Hema spuitbus.

Voorts is door het Nederlands Forensisch Instituut een brand technisch onderzoek verricht naar de woningbrand. In het rapport van 19 oktober 2017 wordt gerelateerd dat in de brandmonsters die zijn veiliggesteld in de woning achter de voordeur, aan de linkerzijde van de dorpel van de woonkamer, op de begane grond aan de linkerzijde van de trap, aan de rechterzijde van het kozijn van de woonkamerdeur en op de begane grond aan de linkerzijde van de trap, vluchtige stoffen zijn aangetoond die van een aardoliedestillaat afkomstig zijn en dat de aangetoonde combinatie van deze stoffen wijst op een product van de subklasse terpentine. Het betreft klassieke terpentine. De aangetroffen sporen kunnen afkomstig zijn van de klassieke terpentine van het huismerk Gamma.

Uit dit brand technisch onderzoek blijkt voorts dat het ontstaansgebied van de brand zich in de gang van de woning bevond en dat de brand nabij de voordeur en/of de kapstok is ontstaan. Een technische oorzaak van de brand kan worden uitgesloten. Door de brandeigenschappen van terpentine moet de brand op enigerlei wijze door een open vlam zijn ontstoken. Brandende kaarsen op de tv-kast in de woonkamer zijn niet van invloed zijn geweest op het ontstaan en/of de ontwikkeling van de brand. Het NFI concludeert dat een spuitbus met verf als vlammenwerper kan worden gebruikt en dat het daarmee mogelijk is om via de brievenbus een brand in de woning te veroorzaken en dat, afhankelijk van hoe de spuitbus wordt bewogen, daarbij ook onverbrande verf op en rondom de brievenbus terecht kan komen.

Gelet op voornoemde feiten omstandigheden, in onderling verband en samenhang bezien, is het hof van oordeel dat wettig en overtuigend bewezen kan worden dat i) de brand in de woning aan de [a-straat 1] te Amersfoort is gesticht door het op enige wijze brengen/gieten/sproeien van terpentine in de hal van die woning en vervolgens deze terpentine, door middel van een spuitbus

met zwarte verf als vlammenwerper door de brievenbus heen, met open vuur in aanraking te brengen en ii) dat het de verdachte is geweest die op deze wijze brand heeft gesticht.

Het hof heeft daarbij met name acht geslagen op de bekende verklaring van de verdachte tegenover de SI inhoudende dat zij de brand in de woning van haar moeder heeft gesticht door middel van een aansteker en een graffitibus, terwijl uit onderzoek van het NFI blijkt dat de betreffende brand — gelet op het sporenbeeld — inderdaad op de wijze als door de verdachte verklaard kan zijn gesticht.

Het Hof acht voorts redengevend dat er met de bankpas van verdachte op 18 april 2016 een spuitbus zwarte verf bij de Hema is aangeschaft. Dit omdat de eerst ten tijde van de brandstichting — naar het hof vaststelt door middel van een spuitbus — op en nabij de voordeur van de woning aan de [a-straat 1] aangebrachte zwarte verf qua bindmiddel overeenkomt met de door de politie op 4 april 2017 bij de Hema aangeschafte referentie-spuitbus zwarte verf en de brandstichting is gepleegd door middel van een spuitbus als vlammenwerper. Daarbij telt mee dat bij de doorzoeking van de woning van verdachte geen spuitbus zwarte verf is aangetroffen en verdachte geen redelijke de redengevendheid ontzenuwende verklaring heeft gegeven.

Het hof acht — gelet op de bijzonder grote hoeveelheid — tevens redengevend dat er met de bankpas van verdachte op 20 oktober 2016 bij de Gamma 5 liter klassieke terpentine is aangeschaft. Dit omdat er bij de brand terpentine als brandversnellend middel is gebruikt en er bij de doorzoeking van de woning van verdachte geen terpentine is aangetroffen, terwijl verdachte ook hiervoor geen redelijke die redengevendheid ontzenuwende verklaring heeft gegeven.

(...)

Alles afwegende acht het hof wettig en overtuigend bewezen dat verdachte het onder 4 subsidiair en 5 tenlastegelegde heeft begaan.”

3.2.4 Volgens het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep heeft de raadsman van de verdachte daar het woord gevoerd overeenkomstig de pleitnota die aan het proces-verbaal is gehecht. Deze pleitnota houdt onder meer in:

“In onderhavige zaak staat de inzet van een bijzondere opsporingsbevoegdheid op grond van artikel 126j Sv centraal. Het gaat in casu om het stelselmatig inwinnen van informatie door politieambtenaar A-4024, de Stelselmatige Informatie-inwinst (verder te noemen SI) ten behoeve van het onderzoek. De vraag ligt voor of de opsporingsbevoegdheid op rechtmatige wijze is ingezet en uitgevoerd.

(...)

In het kader van de opsporing heeft de officier van justitie reeds voor de strafrechtelijke aanhouding besloten tot de inzet van een bijzondere opsporingsbevoegdheid ten behoeve van het

stelselmatig inwinnen van informatie door een politieambtenaar op grond van artikel 126j Sv. Het Openbaar Ministerie is hiertoe in dit vroege stadium overgegaan, nu er weinig aanknopingspunten waren voor verder onderzoek, bekend was dat [verdachte] een geïsoleerd bestaan leefde en haar contacten vooral bestonden uit gesprekken met hulpverleners en geheimhouders. Voorts waren er aanwijzingen dat er bij haar sprake zou zijn van een stoomis van de geestvermogens.

Hieruit volgt dat voor de aanhouding bekend was dat [verdachte] een kwetsbare verdachte (...) betrof en dat werd gevreesd dat zij niet zou verklaren. Middels het bevel wordt tevens duidelijk dat voor de aanhouding stappen werden gezet om het [verdachte] toekomende zwijgrecht te omzeilen. Hiermee staat vast dat in het kader van de vervolging meer waarde werd toegekend aan het opsporingsbelang, en op voorhand inbreuk werd gemaakt op het recht van [verdachte] zich te beroepen op haar zwijgrecht. Echter juist vanwege de kwetsbaarheid hadden de rechten van [verdachte] als verdachte extra dienen te worden gewaarborgd en niet met voeten mogen worden getreden.

Hoewel de kwetsbaarheid van [verdachte] niet in geschil is, wordt volledigheidshalve verwezen naar het inmiddels beschikbare 'Aanvullend Triple onderzoek Pro Justitia d.d. 31 juli 2019', opgesteld door [betrokkene 8], psychiater, [betrokkene 9], GZ-psycholoog en [betrokkene 10], forensisch milieuonderzoeker. Rapporteur [betrokkene 8] stelt op pagina 34 van de rapportage:

'De gespreksduur van 2 uur vergt maximale inspanning van betrokkene. Haar concentratie maar ook de coherentie van haar verhaal nemen naarmate de tijd verstrijkt duidelijk af.'

De inzet van de SI vond met name plaats op momenten dat [verdachte] in geestelijk opzicht volledig was uitgeput. Het Openbaar Ministerie heeft derhalve ingezet op de meest kwetsbare momenten van een kwetsbare verdachte.

(...)

In de pleitnota (pagina 5 en 6) worden de diverse momenten dat [verdachte] voorafgaand en tussen de politieverhoren door werd geconfronteerd met de SI, beschreven onder verwijzing naar de relevante pagina's in het dossier. Tijdens de politieverhoren deden betrokkenen politieambtenaren voorkomen alsof zij rekening hielden met de toestand van cliënte. Immers zij kan enkel 1 tot 1,5 uur haar concentratie vasthouden, raakt dan volledig uitgeput en dient te pauzeren. Inmiddels is duidelijk dat zij tijdens pauzes, tussen de politieverhoren werd blootgesteld aan de dwingende vraagstelling van de SI. Derhalve werd dit middel bewust ingezet op de meest kwetsbare momenten van [verdachte] op het politiebureau. Momenten die uitdrukkelijk bedoeld waren als pauzes betreffen in feite een

voortzetting van het politieverhoor, zonder dat de cautie werd gegeven of de raadsman bijstand kon geven.

Indien een verdachte is aangehouden en zijn vrijheid wordt ontnomen, is per definitie sprake van een uiterst moeilijke situatie waarbij hij grote geestelijke druk en impact ervaart. Voor een psychisch kwetsbare persoon zoals [verdachte], zal deze druk als nog veel heviger worden ervaren.

De rechtbank acht met het Openbaar Ministerie van belang dat [verdachte] dagelijks werd gezien door een psychiater. Echter ten einde vast te stellen of ongeoorloofde druk wordt toegepast, kan bezwaarlijk als criterium voor de toelaatbaarheid van het middel gelden, de vraag of een verdachte al dan niet in een psychose is geraakt.

(...)

Desbetreffende SI, A-4024 is op 8 januari 2019 als getuige gehoord. SI geeft aan dat haar is verteld dat [verdachte] een kwetsbare verdachte was/is. Dat zij verstandelijk niet de leeftijd had, die zij in werkelijkheid heeft. Haar is niet verteld dat [verdachte] mogelijk in een psychose kon raken. Zij heeft verdere instructies gekregen dat zij diende te achterhalen wat er exact was gebeurd. Hieraan werd later de vraag toegevoegd of er een brandbare stof is gebruikt. Met SI is besproken dat zij een geringe mate van druk zou uitoefenen. Op welke wijze de druk zou worden uitgevoerd en of daarin grenzen zijn gesteld, is niet concreet besproken. Het gesprek mocht niet meer dan 'iets oncomfortabel' zijn. SI legt voorts uit dat met een 'natuurlijk gesprek' wordt bedoeld. Het gesprek is er voor bedoeld dat specifieke onderwerpen aan de orde komen. Zij omschrijft desgevraagd dat zij het gesprek niet 'losjes' wilde voeren.

Voorts wordt verklaard:

'U raadsman, vraagt hoe ik sturing geef tijdens het gesprek. Er zijn natuurlijk een aantal onderwerpen die besproken moeten worden; om die aan de orde te laten komen, stuur je het gesprek een bepaalde richting uit. U vraagt mij of de vragen als sturingsmiddel zijn gebruikt. Dat klopt, die zijn benoemd in het proces-verbaal.' (zie: pagina 4 proces-verbaal van verhoor d.d. 8 januari 2019).

(...)

SI beschrijft dat [verdachte] talloze malen heeft verklaard dat zij niets had gedaan. Een en ander impliceert dat tevens talloze malen de vraag is gesteld of dit wel het geval was c.q. het gesprek een zeer dwingend karakter had.

SI was niet bekend met de psychische problematiek van [verdachte]. SI kon derhalve evenmin inschatten op welke wijze de door haar uitgeoefende druk door haar gesprekspartner werd ervaren. [verdachte] omschrijft de druk door SI als aanzienlijk en dwingend. Niet voorbijgegaan mag worden aan de stelling van [verdachte] dat

zij had gebeld om van de luchtplaats af te mogen. Men liet haar staan, met als gevolg dat zij zich niet kon onttrekken aan SI. Van in vrijheid afgelegde verklaringen door een volledig uitgeputte verdachte kan onder deze omstandigheden geen sprake zijn.(...)

Het wordt duidelijk dat het middel is bedoeld voor situaties waarbij de verdachte in vrijheid is, dan wel in ieder geval zich kan onttrekken aan de SI. Hiervan is in casu geen sprake geweest. Het kan niet de bedoeling zijn dat het middel wordt ingezet omdat het Openbaar Ministerie voorziet dat de verdachte een beroep zal doen op het zwijgrecht. Miskent wordt dat [verdachte] na haar aanhouding, naast de ervaren psychische druk en angst, geen enkele mogelijkheid had om zich te onttrekken aan de SI. Voorts is van belang dat de inzet van de SI achterwege zou zijn gebleven indien niet voordien het vermoeden bestond dat [verdachte] zich zou gaan beroepen op haar zwijgrecht. Enig doel van de inzet van artikel 126j Sv is derhalve geweest om het zwijgrecht van [verdachte] te doorbreken juist omdat zij kampt met psychische problemen en dus kwetsbaar is. Het kan niet zo zijn dat juist om deze redenen haar recht om te zwijgen wordt gefrustreerd."

3.2.5 Het hof heeft de in de cassatiemiddelen bedoelde verweren als volgt samengevat en verworpen:

"Overweging omtrent inzet Stelselmatige Informatie Inwinsters ex artikel 126j Sv
Standpunt raadsman

De raadsman van verdachte heeft ter terechtzitting in hoger beroep aangevoerd dat de inzet van de Stelselmatige Informatie Inwinsters (hierna: SI) niet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit voldoet en bovendien door de SI inbreuk is gemaakt op de verklaringsvrijheid van verdachte. Hiermee zijn doelbewust en met grove veronachtzaming van de belangen van verdachte haar rechten op een eerlijke behandeling van haar zaak geschonden. Derhalve is sprake van een onherstelbaar vormverzuim als bedoeld in artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering (Sv), waarbij rechten als bedoeld in artikel 6, 8 en 13 EVRM – meer specifiek het zwijgrecht en het nemo tenetur beginsel – zijn geschonden, alsmede een onevenredige inbreuk is gemaakt op het privéleven van verdachte. Dit dient (primair) te leiden tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie, dan wel (subsidiar) tot bewijsuitsluiting, aldus de raadsman.

Relevante feiten en omstandigheden
In het proces-verbaal van 17 februari 2017 is aangegeven waarom verdachte als verdachte werd aangemerkt. In dat proces-verbaal staat (onder meer) als resumé:

- verdachte is de dochter van [betrokkene 1] en halfzus van het slachtoffer [slachtoffer];
- verdachte is in haar tienerjaren uit huis geplaatst en is meerdere keren opgenomen in

een psychiatrische instelling op basis van een IBS of RM;

- zij woont op zich zelf, maar wordt wel begeleid. Zij slikt medicatie in verband met schizofrenie. Als ze geen medicatie neemt wordt ze warrig in haar hoofd. Ze verliest dan de werkelijkheid uit het oog;

- [betrokkene 3], [betrokkene 4] en [betrokkene 5] verklaarden dat verdachte veel haat had richting haar familie en met name richting haar moeder [betrokkene 1] en zus [betrokkene 2];

- [betrokkene 4] verklaarde dat de wanen bij verdachte 's nachts het ergst waren en zij dan op haar slechtst was;

- op vrijdag 5 mei 2018 probeerde verdachte aangifte te doen tegen haar moeder [betrokkene 1]. Ze werd weggestuurd omdat aan haar verhaal geen touw viel vast te knopen;

- op 15 juni 2015 omstreeks 03.45 uur is de voorgevel van [A] overgoten met brandbare vloeistof en in brand gestoken. Moeder [betrokkene 1] en halfzus [slachtoffer] woonden daar op dat moment;

- [betrokkene 3] verklaarde dat ze van verdachte zelf of van [betrokkene 2] had gehoord dat verdachte de zaak van haar moeder in de fik wilde steken;

- [betrokkene 5] verklaarde dat verdachte haar eind 2015 vertelde dat ze met wasbenzine brand had gesticht in haar eigen wastafel en onder de indruk was van de steekvlam die ontstond. Ook had verdachte verteld dat ze wasbenzine had gegooid over de gevel van de zaak waar haar moeder werkte en dat ze die gevel in de fik had gestoken;

- op 3 maart 2016 deed verdachte aangifte tegen haar moeder van mishandeling en verwaarlozing. Uit het bij de aangifte gevoegde document kan worden opgemaakt dat verdachte haar moeder dood wenste voor wat ze verdachte zou hebben aangedaan. Ze zou hebben gezegd: 'Mijn familie wil ik dood omdat ze me niet met rust laten';

- op 9 april 2016 werd door de politie aan verdachte medegedeeld dat haar aangifte wegens verjaring niet in behandeling werd genomen;

- op 25 april 2016 werd de auto van moeder [betrokkene 1] voor de deur van haar woning met brandbare vloeistof overgoten en in brand gestoken;

- op 27 december 2016 belde verdachte met de politie. In dit gesprek zei ze dat ze gestalkt en bedreigd werd door haar familie. Ze noemde haar moeder een psychopaat en gestoord;

- op 11 januari 2017 belde verdachte nogmaals met de politie. In dat gesprek gaf ze aan dat ze gestalkt werd door een oude buurvrouw en haar familie overal zag;

- op 14 januari 2017 werd brand gesticht in de woning (waar onder meer de moeder van verdachte woonde) ten gevolge waarvan [slacht-offer] overleed.

Op 6 maart 2017 werd door de officier van justitie het schriftelijk bevel verstrekt ter zake van het stelselmatig inwinnen van informatie door een opsporingsambtenaar.

Verdachte werd op 7 maart 2017 aangehouden. Tijdens de voorgeleiding op 7 maart 2017 gaf verdachte aan gebruik te willen maken van haar zwijgrecht.

Het eerste gesprek tussen de verdachte en de SI vond plaats op 7 maart 2017 tussen 14.00 en 14.30 uur op de luchtplaats van het politiebureau. Zij voerden een algemeen gesprek over het verblijf in het politiebureau. Verdachte vertelde dat het politiebureau nog niet zo erg is. Ze was meerdere keren opgenomen geweest in een psychiatrische instelling en pas daar was het erg. De SI zag dat verdachte rustig oogde. Ze gaf goed antwoord op de haar gestelde vragen. Verdachte vertelde dat ze uit Vietnam kwam en dat haar moeder geen goede moeder voor haar was. Ze was geestelijk en lichamelijk door haar moeder mishandeld. Verdachte vertelde dat ze door haar familie met rust gelaten wil worden, maar dat ze dat niet doet.

Op 7 maart 2017 omstreeks 17.00 uur vond het eerste (officiële) verhoor plaats van verdachte. Verdachte werd aangemerkt als een kwetsbare verdachte. Ze werd bijgestaan door haar advocaat en ook vond er een audiovisuele registratie plaats van het verhoor. Ook werd het verhoor gevolgd door een recherche psycholoog. Verdachte gaf aan het begin van het verhoor aan dat ze zou zwijgen. Niettemin verklaarde ze over haar ziekte, de werking van haar medicijnen en uitgebreid over wat haar door haar moeder en andere familieleden is aangedaan. Het verhoor werd om 19.20 uur onderbroken voor een pauze en werd hervat om 20.45 uur.

Op 7 maart 2017 om 19.55 uur werd verdachte naar de luchtplaats gebracht. Daar bleef ze tot 20.25 uur. Zij sprak toen met de SI. De SI had als opdracht gekregen niet rechtstreeks te vragen naar de brandstichting, maar een natuurlijk gesprek te laten plaatsvinden.

Volgens het op 7 maart 2017 door de SI opge maakte proces-verbaal was verdachte veel onrustiger dan de eerste keer toen ze met verdachte sprak. Verdachte praatte sneller en liep meer rond. De SI vroeg verdachte waarom ze op het politiebureau was. Verdachte zei voor vernieling en brandstichting. Verdachte vroeg de SI waarom zij er zat. De SI zei dat ze geld en spullen van haar ouders had gestolen, maar dat ze tegen de politie had gezegd dat ze die had gekregen van haar ouders. Verdachte zei toen dat ze (de SI) niet moest liegen tegen de politie. De advocaat van verdachte had gezegd dat verdachte de waarheid moest vertellen of moest zwijgen. Ver-

dachte zei nogmaals dat ze verdacht werd van vernieling en brandstichting, maar vertelde er nu bij dat haar zusje daarbij om het leven was gekomen. De SI vroeg hoe het dan was gegaan, waarop verdachte zei 'gewoon, in brand gestoken'. Ze maakte met haar hand een gebaar van het aandoen van een aansteker en met de andere hand alsof ze iets in haar hand had. Ze maakte daarbij ook het geluid: 'tsssh'.

De SI vroeg om verduidelijking omdat ze niet begreep wat verdachte bedoelde. Ze zei nogmaals: 'gewoon in brand steken' en maakte daarbij dezelfde gebaren en hetzelfde siggeluid.

De SI zei dat ze het niet begreep en dat ze ook wel eens geprobeerd had een brandende krant door een brievenbus te gooien, maar dat de krant voordat hij de grond had geraakt was uitgewaaid. De SI vroeg verdachte nogmaals hoe het gegaan was. Verdachte zei dat ze met een graffitibus gespoten had en er vervolgens een vlam had bijgehouden en dat zo de woning in brand was gegaan. De SI zei tegen verdachte dat ze dacht dat steen niet zou branden. Verdachte zei van wel. De SI vroeg aan verdachte of ze aan de voorzijde, de achterzijde of de zijkant van de woning stond. Verdachte zei dat ze aan de voorzijde stond. Later vroeg de SI nogmaals hoe de brand was ontstaan. Verdachte zei toen dat het een houten huis was. De SI vroeg haar of het misschien niet de bedoeling was dat haar zusje hierbij om het leven was gekomen. Verdachte zei dat dat inderdaad niet de bedoeling was. De SI vroeg of verdachte het zou gaan vertellen aan de politie. Verdachte zei dat ze niks zou gaan vertellen en dat ze gebruik zou maken van haar zwijgrecht.

Nadat verdachte had opgemerkt dat er camera's hingen veranderde haar gedrag. Ze zei direct dat ze niks gedaan had. De SI zei dat verdachte toch net had gezegd dat ze brand had gesticht met de spuitbus. Verdachte zei nogmaals dat ze niks gedaan had.

Na een sociaal gesprek over haar moeder, werd er weer over de brand gesproken. De SI vroeg of niemand haar gezien had of dat er ergens een camera in de straat stond. Verdachte zei dat dit niet kon, omdat zij niks gedaan had. Ze zei dat haar moeder de branden had gesticht en haar de schuld ervan wilde geven.

Op 8 maart 2017 is verdachte weer (officieel) gehoord. Zij heeft toen antwoord gegeven op vragen over haar medicatie en ziekte. Ook heeft verdachte gesproken over haar moeder en andere familieleden en haar jeugd. Op het moment dat verdachte vragen werden gesteld over de brandstichting, heeft zij een beroep gedaan op haar zwijgrecht. Ook in latere verhoren heeft de verdachte geen vragen willen beantwoorden die zagen op het tenlastegelegde.

Relevante regelgeving en jurisprudentie

De inzet en wijze van uitvoering van het stelselmatig inwinnen van informatie door een politie-

ambtenaar vindt wettelijke grondslag in artikel 126j Sv. Voor de inzet en toepassing van deze bevoegdheid volgt uit deze bepaling dat er een verdenking van een misdrijf moet zijn en het bevel in het belang is van het onderzoek.

Mede naar aanleiding van het arrest van het EHRM in de zaak Allan tegen het Verenigd Koninkrijk van 5 november 2002 heeft de Hoge Raad voor de toelaatbaarheid van de inzet van een SI ten opzichte van een (al dan niet in voorlopige hechtenis bevindende) verdachte nadere vereisten geformuleerd, namelijk:

- de bijzondere ernst van het misdrijf moet de inzet van het middel rechtvaardigen (proportionaliteit), terwijl een andere wijze van opsporing redelijkerwijs niet voorhanden is (subsidiariteit);

- de verklaringen mogen niet worden verkregen in strijd met de verklaringsvrijheid van de verdachte zoals gewaarborgd door artikel 29 Sv en artikel 6 EVRM. Daarbij komt betekenis toe aan de proceshouding van verdachte, hetgeen zich in het voorbereidend onderzoek voor en gedurende de periode waarin de informant optreedt heeft afgespeeld, de aard en intensiteit van de door de informant ondernomen activiteiten jegens de verdachte, de mate van druk die daarvan jegens de verdachte kan zijn uitgegaan en de mate waarin de handelingen en gedragingen van de informant tot de desbetreffende verklaringen van de verdachte hebben geleid (HR 9 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9195 (NJ 2004/263, m.nt. T.M. Schalken; red.));

- er moet een voldoende nauwkeurige verslaglegging zijn zodat de rechter in staat wordt gesteld het een en ander te kunnen beoordelen. Naast verslaglegging door middel van verbalisering ligt in de rede dat voor zover dat bij de uitvoering van het opsporingstraject mogelijk is, de communicatie auditief of audiovisueel wordt geregistreerd (HR 19 december 2019, (ECLI:NL:HR:2019:1983 (NJ 2020/217, m.nt. T. Kooijmans; red.)).

Het EHRM heeft in de zaak Allan tegen het Verenigd Koninkrijk aangegeven dat het zwijgrecht voortvloeit uit de verklaringsvrijheid van de verdachte en bedoeld is om een verdachte te beschermen tegen oneigenlijke druk van de autoriteiten, waardoor (ook) voorkomen wordt dat valse bekentenissen worden afgelegd.

Oordeel hof

Het hof stelt voorop dat niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging als in artikel 359a Sv voorzien rechtsgevolg slechts in uitzonderlijke gevallen in aanmerking komt. 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 verdachte aan diens recht op een eerlijke behan-

deling van haar zaak is tekort gedaan. Met inachtneming van die maatstaf overweegt het hof ten aanzien van het door de raadsman aangevoerde verweer als volgt.

Proportionaliteit en subsidiariteit inzet stelselmatige informatie inwinsten

Ten aanzien van de proportionaliteit overweegt het hof dat de bijzondere ernst van het misdrijf waarvan verdachte werd verdacht, te weten brandstichting in een woning ten gevolge waarvan een jong meisje om het leven is gekomen — een strafbaar feit dat wordt bedreigd met een levenslange gevangenisstraf — de inzet van de SI zonder meer rechtvaardigt.

Daarnaast is ook voldaan aan de subsidiariteits-eis. De kans om met minder verstreckende opsporingsmiddelen dichterbij opheldering van het misdrijf te komen was immers niet reëel. Zo blijkt uit het proces-verbaal aanvraag bevel stelselmatige informatie inwinning dat de tot dan toe ingezette opsporingsbevoegdheden vooralsnog niet genoeg materiaal boden om het scenario dat verdachte betrokken was bij de brandstichting te kunnen verifiëren dan wel falsifiëren. De onderschepte communicatie en het horen van getuigen leverden een aanmerkelijke verdenking op, echter, het verhoren van vrienden en familieleden van verdachte, alsmede het verspreiden van berichten over de brand via het regionale opsporingsprogramma Bureau Hengeveld en het landelijke programma Opsporing Verzocht gaf tot dan toe geen volledig beeld van de toedracht, werkwijze en het motief van de brandstichting. Uit het verrichte onderzoek bleek voorts dat verdachte een geïsoleerd bestaan leidde, waardoor het nagenoeg onmogelijk was om met de inzet van minder ingrijpende bevoegdheden zoals bijvoorbeeld interceptie van telefooncommunicatie of het horen van getuigen de betrokkenheid van verdachte bij het strafbare feit te onderzoeken. Dit werd wel nodig geacht, omdat vooralsnog niet de verwachting was dat het forensische onderzoek een eenduidige aanwijzing voor daderschap zou opleveren. Gelet hierop was het niet de verwachting dat andere, minder ingrijpende, opsporingsbevoegdheden bruikbaar resultaat zouden opleveren.

Op grond van het voorgaande was er naar het oordeel van het hof geen redelijk alternatief voor de inzet van de SI beschikbaar. Gelet hierop is het hof van oordeel dat de inzet van de SI onder de gegeven omstandigheden voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Verklaringsvrijheid verdachte

Nu het hof heeft geoordeeld dat de toepassing van artikel 126j Sv voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit komt het voor de vraag te staan of de informatie die van verdachte is verkregen niet in strijd met de in artikel 29, eerste lid, Sv tot uitdrukking gebrachte en de in artikel 6, eerste lid, EVRM besloten liggende

verklaringsvrijheid van verdachte is afgelegd, nu toepassing van artikel 126j Sv ten aanzien van een voorlopig gehechte verdachte het gevaar in zicht bergt dat een verdachte op zodanige wijze feitelijk komt te verkeren in een verhoorsituatie waarbij de waarborgen van een formeel verhoor door een politiefunctionaris ontbreken en verklaringen worden verkregen die in strijd met de verklaringsvrijheid van verdachte zijn afgelegd. Ten aanzien van de proceshouding van verdachte geldt dat zij ten aanzien van de tenlastegelegde feiten steeds een beroep op haar zwijgrecht heeft gedaan. Zij heeft echter op het moment dat zij dacht dat ze met een mede-arrestant op de luchtplaats was zich zelf belast. Uit het proces-verbaal van de SI volgt dat verdachte op vragen van de SI antwoord heeft gegeven, waarbij niet is gebleken dat op verdachte door de SI druk werd uitgeoefend. Verdachte heeft antwoord gegeven omdat zij dacht dat zij sprak met een mede-arrestant en niet omdat zij onder druk werd gezet. Verder geldt dat – toen verdachte op 7 maart 2017 in de gaten kreeg dat er camera's waren geplaatst op de luchtplaats – zij haar betrokkenheid bij het tenlastegelegde ging ontkennen en bleef ontkennen. Daaruit leidt het hof af dat verdachte – ondanks het feit dat het een kwetsbare verdachte betrof en zij in voorarrest zat – in staat was haar wil te bepalen, overeenkomstig die wil te verklaren en zich niet liet beïnvloeden door de SI.

Uit het bovenstaande blijkt dus dat verdachte enerzijds is misleid, maar dat anderzijds door de SI geen of weinig druk is uitgeoefend op verdachte, waardoor het hof van oordeel is dat niet zodanig inbreuk is gemaakt op de verklaringsvrijheid van verdachte dat in strijd is gehandeld met artikel 29 Sv en artikel 6 EVRM.

Verslaglegging

De SI heeft direct na iedere inzet haar bevindingen aan twee collega's medegedeeld – welke collega's daarvan telkens proces-verbaal hebben opgemaakt – en de SI zelf heeft nog dezelfde dag na de gesprekken met verdachte gedetailleerde en uitvoerige processen-verbaal opgesteld. Aan de hand van die processen-verbaal kan nagegaan worden hoe de gesprekken zijn verlopen en in hoeverre er druk is uitgeoefend. De SI heeft ook in haar processen-verbaal aangegeven welke vragen zij heeft gesteld en hoe vaak.

Opmerking verdient wel dat de processen-verbaal pas na de gesprekken werden opgemaakt, zodat het risico dat relevante informatie niet werd vastgelegd groter was dan wanneer die informatie nog tijdens de gesprekken werd vastgelegd (zoals in het algemeen tijdens een politie-verhoor gebeurt).

Mede gelet op de laatste opmerking valt op dat de gesprekken niet zijn opgenomen, terwijl voorafgaand aan de inzet van de SI duidelijk was dat sprake was van een verdachte met een psy-

chiatrisch ziektebeeld en die van een ernstig strafbaar feit werd verdacht. De politieverhoren van verdachte waren daarom omgeven met veel waarborgen. Zo werd verdachte gehoord, in het bijzijn van haar raadsman, door verbalisanten die gespecialiseerd waren in het verhoor van kwetsbare verdachten en werden de verhoren op beeld en geluid opgenomen. Die waarborgen zijn niet in acht genomen bij de inzet van de SI, terwijl het auditief of audiovisueel opnemen van communicatie gemakkelijk ingepast had kunnen worden binnen de inzet van de SI. Nu dit niet is gebeurd, is naar het oordeel van het hof sprake van een bij het voorbereidend onderzoek begaan onherstelbaar vormverzuim als bedoeld in artikel 359a, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering.

Mogelijke rechtsgevolgen

De vraag is of, en zo ja, welke rechtsgevolgen aan dit vormverzuim moeten worden verbonden. Bij de beoordeling hiervan dient het hof rekening te houden met de in artikel 359a, tweede lid, Sv genoemde factoren, te weten het belang van het geschonden voorschrift, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt. Daarnaast moet rekening worden gehouden met de ernst van het feit en de daarmee samenhangende zwaarwegende belangen als de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een (zeer ernstig) strafbaar feit, alsmede de rechten van slachtoffers en hun nabestaanden. Het belang van het geschonden voorschrift betreft in de onderhavige zaak het effectief kunnen controleren van de inzet van het opsporingsmiddel en het daaruit voortkomende bewijsmateriaal, waarbij het in dit geval vooral gaat om de vraag of er geen valse bekentenis is afgelegd en verdachte vrij is geweest haar eigen procespositie te bepalen. Voor wat betreft de ernst van het verzuim neemt het hof in overweging dat het naar zijn oordeel zonder meer mogelijk was geweest de gesprekken op enigerlei wijze op te nemen. Het nadeel van verdachte zit erin dat weliswaar uit de door de SI opgestelde processen-verbaal blijkt hoe de gesprekken tussen verdachte en de SI zijn verlopen, maar dit niet auditief dan wel visueel gecontroleerd kan worden. Voor wat betreft de ernst van het feit neemt het hof in aanmerking dat het een bijzondere ernstig misdrijf betreft, te weten brandstichting in een woning ten gevolge waarvan een jong meisje om het leven is gekomen.

Het hof is van oordeel dat dit vormverzuim niet dient te leiden tot de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie. Hiervan kan slechts sprake zijn indien 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 een verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn

zaak is tekort gedaan. Daarvan is het hof niet gebleken.

De vraag die vervolgens voor ligt is of het vormverzuim dient te leiden tot bewijsuitsluiting maar het hof is van oordeel dat daarvan evenmin sprake dient te zijn. Hiervoor geldt in de eerste plaats dat de inhoud en de wijze waarop het gesprek tussen de SI en verdachte is gevoerd gecontroleerd kan worden aan de hand van de uitvoerige en gedetailleerd opgestelde processen-verbaal van de SI. In de tweede plaats geldt dat ook anders dan aan de hand van opnames de betrouwbaarheid van het proces-verbaal (waarin de verdachte over zich zelf belastende uitspraken doet) van de SI kon en kan worden getoetst. Volgens dat proces-verbaal zou verdachte immers hebben verklaard dat zij brand heeft gesticht met behulp van een graffitibus.

Tot het moment dat verdachte heeft verklaard dat ze had gespoten met een graffitibus en daar vervolgens een vlam bij had gehouden, waren er (voor anderen dan de verdachte) nog geen aanwijzingen dat de brand in de woning op die wijze was gesticht. Na deze verklaring van verdachte is het NFI deze wijze van brandstichting gaan onderzoeken en uit dit onderzoek is gebleken dat de brand ook daadwerkelijk op de door verdachte genoemde wijze gesticht kan zijn. De informatie die verdachte in haar gesprek met de SI heeft gegeven moet dan ook daderkennis zijn. In die zin is het proces-verbaal inhoudende de verklaring van verdachte tegenover de SI toch controleerbaar.

Conclusie

Gelet op het voorgaande is het hof in het onderhavige geval van oordeel dat, alle van belang zijnde factoren in ogenschouw nemende, kan worden volstaan met de vaststelling dat sprake is van een onherstelbaar vormverzuim en dat de tweede door verdachte op 7 maart 2017 tegenover de SI afgelegde verklaring voor het bewijs kan worden gebezigd."

Het oordeel van de Hoge Raad

3.3.1 In zijn arrest van 9 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9195 (*NJ* 2004/263, m.nt. T.M. Schalken; *red.*), heeft de Hoge Raad het volgende overwogen naar aanleiding van de vraag naar de toelaatbaarheid van het stelselmatig inwinnen van informatie door een opsporingsambtenaar ingeval een verdachte van zijn vrijheid is beroofd, terwijl die opsporingsambtenaar zich onder een andere identiteit, dus zonder dat voor de verdachte kenbaar is dat hij optreedt als opsporingsambtenaar, bevindt in de omgeving van de verdachte op de plaats waar deze is ingesloten:

"5.4 Mede in het licht van de wetsgeschiedenis biedt art. 126j Sv een voldoende duidelijke en voorzienbare wettelijke grondslag als bedoeld in art. 8 EVRM voor het stelselmatig inwinnen van informatie waarbij een opsporingsambtenaar, zonder dat kenbaar is dat hij als zodanig op-

treedt, onder een andere identiteit in de omgeving van de verdachte verkeert en, met schending van diens vertrouwen, met de verdachte in contact komt.

5.5 Uit de ontstaansgeschiedenis van die bepaling en van de titel waarin zij is opgenomen volgt dat daaronder ook is begrepen het inwinnen van informatie door contacten met de verdachte zelf, terwijl tekst noch geschiedenis van die bepaling steun biedt aan de opvatting dat een dergelijk inwinnen van informatie op voorhand is uitgesloten ten aanzien van een verdachte die zich in voorlopige hechtenis bevindt.

5.6 Het vorenoverwogene neemt niet weg dat toepassing van art. 126j Sv ten aanzien van een voorlopig gehechte verdachte licht het gevaar in zich bergt dat de verdachte op zodanige wijze feitelijk komt te verkeren in een verhoorsituatie waarbij de waarborgen van een formeel verhoor door een politiefunctionaris ontbreken, dat aldus verklaringen worden verkregen die in strijd met de in art. 29, eerste lid, Sv tot uitdrukking gebrachte en in art. 6, eerste lid, EVRM besloten liggende verklaringsvrijheid van de verdachte zijn afgelegd. Gelet daarop zal vooreerst bij de toetsing van een zodanige toepassing van art. 126j Sv aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit uitgangspunt moeten zijn dat die toepassing eerst in aanmerking komt als de bijzondere ernst van het misdrijf zulks rechtvaardigt en andere wijzen van opsporing redelijkerwijs niet voorhanden zijn.

5.7 Indien aan voornoemd uitgangspunt is voldaan, kan de rechter voor de vraag komen te staan of informatie van de verdachte niet in strijd met voormelde bepalingen is verkregen. De beantwoording van die vraag hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. Daarbij komt onder meer betekenis toe aan de proceshouding die de verdachte met betrekking tot de strafbare feiten waarvan hij wordt verdacht heeft ingenomen en hetgeen zich in het voorbereidend onderzoek voor en gedurende de periode waarin de informant optreedt heeft afgespeeld, de aard en intensiteit van de door de informant ondernomen activiteiten jegens de verdachte, de mate van druk die daarvan jegens de verdachte kan zijn uitgegaan en de mate waarin de handelingen en gedragingen van de informant tot de desbetreffende verklaringen van de verdachte hebben geleid (vgl. EHRM 5 november 2002, Appl. nr. 48539/99 (*NJ* 2004/262; *red.*), *Allan v. The United Kingdom*).

5.8 Zowel in het geval dat de rechter bevindt dat de hier bedoelde toepassing van art. 126j Sv niet strookt met de daaraan op grond van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit te stellen eisen, als in het geval dat de rechter bevindt dat die toepassing wel aan die eisen voldoet, maar tot het oordeel komt dat de verklaringen van de verdachte in strijd met zijn verklaringsvrijheid zijn afgelegd, past daarop in

de regel slechts uitsluiting van het bewijs van die verklaringen.”

3.3.2 Voor de beoordeling of de verklaringen van de verdachte in strijd met zijn verklaringsvrijheid zijn afgelegd, kan tevens de persoon van de verdachte van belang zijn, bijvoorbeeld als het (kennelijk) gaat om een zogenoemd kwetsbare verdachte als bedoeld in artikel 28b lid 1 Sv, dat wil zeggen: een jeugdige verdachte of een verdachte met een psychische stoornis of een verstandelijke beperking. De persoon van de verdachte kan in het bijzonder van belang zijn bij de beoordeling van de mate van druk die van de door een niet als zodanig kenbare opsporingsambtenaar ondernomen activiteiten jegens de verdachte kan zijn uitgegaan, en de mate waarin de handelingen en gedragingen van de opsporingsambtenaar tot de betreffende verklaringen van de verdachte hebben geleid.

3.4.1 De verdachte is vanwege psychische problematiek aangemerkt als kwetsbare verdachte. Zij werd bij haar voorgeleiding en ook later die dag tijdens het reguliere politieverhoor bijgestaan door haar advocaat. Er vond een audiovisuele registratie plaats van het verhoor en het verhoor werd gevolgd door een recherche-psycholoog. Tijdens de voorgeleiding en het daarop volgende politieverhoor heeft de verdachte aangegeven gebruik te willen maken van haar zwijgrecht.

Het politieverhoor werd na ruim twee uur onderbroken voor een pauze om 19.20 uur en de verdachte werd om 19.55 uur naar de luchtplaats gebracht. Daar verbleef zij gedurende 30 minuten samen met de niet als zodanig kenbare opsporingsambtenaar (de “SI”). Deze vroeg de verdachte waarom zij op het politiebureau was. De verdachte die in de veronderstelling verkeerde dat zij met een medearrestant sprak, zei dat zij daar voor brandstichting en vernieling was en noemde later dat bij de brandstichting waarvan zij werd verdacht haar zusje om het leven was gekomen. Vervolgens vroeg de opsporingsambtenaar onder meer hoe het was gegaan, waar ze had gestaan en hoe de brand was ontstaan, waarbij de opsporingsambtenaar ook herhaaldelijk om verduidelijking van de gegeven antwoorden vroeg. De verdachte beantwoordde die vragen, waarbij zij onder meer zei “gewoon, in brand gestoken”, waarbij zij met haar hand een gebaar maakte van het aandoen van een aansteker en met de andere hand alsof zij iets in haar hand had, en – na verdere vragen van de opsporingsambtenaar – ook zei dat ze met een graffitibus had gespoten en vervolgens de vlam had bijgehouden, waardoor de woning in brand was gegaan. De verdachte vermeldde ook dat zij in het politieverhoor gebruik zou maken van haar zwijgrecht, waarop zij nadien ook daadwerkelijk opnieuw een beroep deed.

3.4.2 Gelet op deze vaststellingen is het oordeel van het hof dat “niet zodanig inbreuk is gemaakt op de verklaringsvrijheid van verdachte dat in strijd is gehandeld met artikel 29 Sv en artikel 6 EVRM” niet zonder meer begrijpelijk. Uit deze vaststellingen volgt immers dat de als kwetsbaar aangemerkte

verdachte bij herhaling een beroep op haar zwijgrecht heeft gedaan, dat zij tijdens een onderbreking van – en dus direct volgend op – het politieverhoor is bevraagd door een niet als zodanig kenbare opsporingsambtenaar, terwijl op dat moment de waarborgen ontbraken die in verband met haar kwetsbaarheid bij het politieverhoor waren getroffen (bestaande in de aanwezigheid van een advocaat, de audiovisuele registratie en het volgen van het verhoor door een researchpsycholoog), en dat de opsporingsambtenaar opeenvolgende vragen heeft gesteld over de betrokkenheid van de verdachte bij de tenlastegelegde brandstichting en over de wijze waarop dat feit is begaan. Daarbij heeft het hof onvoldoende blijk ervan gegeven de persoon van de verdachte te hebben betrokken bij in het bijzonder de beoordeling van de mate van druk die van de door de niet als zodanig kenbare opsporingsambtenaar ondernomen activiteiten jegens de verdachte kan zijn uitgegaan en de mate waarin de handelingen en gedragingen van de opsporingsambtenaar tot de betreffende verklaringen van de verdachte hebben geleid. De overweging van het hof dat de verdachte, toen zij de camera's op de luchtplaats in de gaten kreeg, ging ontkennen en bleef ontkennen en dat daarom “de verdachte – ondanks het feit dat het een kwetsbare verdachte betrof en zij in voorarrest zat – in staat was haar wil te bepalen, overeenkomstig die wil te verklaren en zich niet liet beïnvloeden door de SI”, doet daaraan niet af.

3.4.3 Het cassatiemiddel slaagt.

(...)

5 Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt de uitspraak van het hof;
- wijst de zaak terug naar het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, opdat de zaak opnieuw wordt berecht en afgedaan.

Noot

1. Misleiding is een vast onderdeel in de gereedschapskist van de opsporingsdiensten. In feite behoren alle bijzondere opsporingsbevoegdheden – die zich kenmerken door hun heimelijke karakter – tot de familie van misleidende tactieken. Daarbij variëren de wijzen waarop en de mate waarin van misleiding gebruik wordt gemaakt: het plaatsen van een telefoontap is immers van een andere orde dan een pseudokoöperatie of de inzet van een infiltrant, waarbij met name het verschil in actieve bemoeienis door de opsporingsdiensten met de totstandkoming van het belastende bewijsmateriaal in het oog springt. Het is dan ook niet zozeer de vraag of misleiding als opsporingstactiek als zodanig is toegestaan, maar veeleer onder welke omstandigheden en binnen welke grenzen dit het geval is. Naast de meer algemene grenzen van het bestaan van een verdenking van een misdrijf van een zekere

ernst en de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, springen daarbij in het bijzonder twee meer specifieke grenzen in het oog. Ten eerste het *Tallon*-criterium, dat de opsporing voorhoudt dat de verdachte niet tot andere strafbare feiten mag worden gebracht dan die waarop diens opzet reeds van tevoren was gericht (vgl. onder meer art. 126h lid 2 Sv), welk vereiste met name van belang is in situaties waarin de misleiding voorafgaat aan of plaatsvindt gedurende het plegen van een of meer strafbare feiten, zoals in geval van pseudokoop/-verkoop en infiltratie. Ten tweede het vereiste dat de misleiding er niet toe mag leiden dat de verdachte in een situatie komt te verkeren waarin diens verklaringsvrijheid in het gedrang komt. Dit vereiste is met name van belang in situaties waarin misleiding als middel wordt ingezet om de verdachte aan de praat te krijgen over diens vermeende betrokkenheid bij een reeds gepleegd strafbaar feit. Hierbij kan de misleiding vrij beperkt en onschuldig zijn, zoals in geval van de zogenoemde ruisstrategie tijdens het (formele) verhoor van de verdachte(n), waarbij hij/zij onjuiste informatie krijgen voorgespiegeld, in de hoop daarmee (op een later moment) de tongen los te krijgen (vgl. HR 9 januari 2018, NJ 2022/3, m.nt. J.H. Crijns). De misleiding kan echter ook verdergaande en verre van onschuldige vormen aannemen, zoals in het geval van het opzetten van een zogenoemde *Mr. Big*-operatie, waarin een complete schijnwereld rond de (op vrije voeten verkerende) verdachte wordt opgetuigd, met de bedoeling hem ertoe te verleiden (bekennende) verklaringen af te leggen (vgl. HR 17 december 2019, NJ 2020/216, m.nt. T. Kooijmans (*Kaatsheuvel*) en HR 17 december 2019, NJ 2020/217, m.nt. T. Kooijmans (*Posbank*); zie ook recent HR 12 december 2023, ECLI:NL:HR:2023:1700). In dit verband geldt dat naarmate de misleiding verdergaande vormen aanneemt het gevaar op een ontoelaatbare inbreuk op de verklaringsvrijheid van de verdachte navenant toeneemt, waarbij een en ander sterk afhankelijk is van de concrete omstandigheden van het geval. In dat verband komt niet in de laatste plaats betekenis toe aan de vraag of de verdachte die aan de misleidende tactieken van de opsporingsdiensten ten prooi valt, zich in detentie bevindt. Indien dat het geval is, kan hij zich immers niet aan de situatie onttrekken, waarmee een inbreuk op de verklaringsvrijheid eerder in beeld komt.

2. Wanneer we ons concentreren op de in het onderhavige arrest centraal staande verhouding tussen misleiding en de verklaringsvrijheid als gevolg van de inzet van een undercoveragent (en daarmee het eerdergenoemde *Tallon*-criterium voor nu verder laten rusten), dan zien we dat de Hoge Raad daarvoor de laatste jaren het volgende kader heeft geschetst. Vooropgesteld zij dat art. 126j Sv – de bevoegdheid tot stelselmatige informatie-inwinning – als wettelijke grondslag voor de inzet van een dergelijke undercoveroperatie kan dienen, ook wanneer het gaat om het inwinnen van informatie bij de verdachte zelf. Het feit dat de wetgever bij

stelselmatige informatie-inwinning vooral heeft gedacht aan de situatie waarin een opsporingsambtenaar de omgeving van de verdachte heimelijk bevaagt, staat er op zichzelf niet aan in de weg dat ook de verdachte zelf als bron van informatie wordt aangewend. Dit geldt zowel in de situatie waarin de verdachte zich in vrijheid bevindt als in de situatie waarin de verdachte gedetineerd is. In het standaardarrest waarin dit werd vooropgesteld (HR 9 maart 2004, NJ 2004/263, m.nt. T.M. Schalken), overwoog de Hoge Raad met betrekking tot de inzet van een detentie-informant evenwel 'dat toepassing van art. 126j Sv ten aanzien van een voorlopig gehechte verdachte licht het gevaar in zich bergt dat de verdachte op zodanige wijze feitelijk komt te verkeren in een verhoorsituatie waarbij de waarborgen van een formeel verhoor door een politiefunctionaris ontbreken, dat aldus verklaringen worden verkregen die in strijd met de in art. 29, eerste lid, Sv tot uitdrukking gebrachte en in art. 6, eerste lid, EVRM besloten liggende verklaringsvrijheid van de verdachte zijn afgelegd' (r.o. 5.6). Bij de in het licht van de concrete omstandigheden van het geval te beantwoorden vraag of van een dergelijke ontoelaatbare inbreuk op de verklaringsvrijheid van de verdachte sprake is, 'komt onder meer betekenis toe aan de proceshouding die de verdachte met betrekking tot de strafbare feiten waarvan hij wordt verdacht heeft ingenomen en hetgeen zich in het voorbereidend onderzoek voor en gedurende de periode waarin de informant optreedt heeft afgespeeld, de aard en intensiteit van de door de informant ondernomen activiteiten jegens de verdachte, de mate van druk die daarvan jegens de verdachte kan zijn uitgegaan en de mate waarin de handelingen en gedragingen van de informant tot de desbetreffende verklaringen van de verdachte hebben geleid' (r.o. 5.7). Voorts komen de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in beeld als algemene normerende beginselen, waarmee moet worden voorkomen dat tot een al te lichtvaardige inzet van dit ingrijpende middel wordt overgegaan. Met dit kader gaf de Hoge Raad een vervolg aan het *Allan*-arrest van het EHRM, waarin eveneens de rechtmatigheid van een detentie-informant aan de orde was (EHRM 5 november 2002, appl. nr. 48539/99, NJ 2004/262, *Allan t. Verenigd Koninkrijk*).

3. Voor de inzet van vergaande misleidende tactieken jegens verdachten die zich op vrije voeten bevinden, schetste de Hoge Raad een kader in de zogenoemde *Mr. Big*-arresten (HR 17 december 2019, NJ 2020/216, m.nt. T. Kooijmans (*Kaatsheuvel*) en HR 17 december 2019, NJ 2020/217, m.nt. T. Kooijmans (*Posbank*)). Hierin komen voor de beoordeling van de vraag of en in hoeverre dergelijke tactieken een ontoelaatbare inbreuk op de verklaringsvrijheid van de verdachte maken vergelijkbare, maar op de specifieke *Mr. Big*-situatie toegesneden factoren naar voren, te weten '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'. Bij de beoordeling hiervan zijn voorts 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' (r.o. 5.2.2). In beide kaders komt duidelijk naar voren dat uiteindelijk de concrete omstandigheden van het geval bepalen of met de undercoveroperatie al dan niet in strijd met de verklaringsvrijheid van de verdachte is gehandeld (vgl. in dit verband ook EHRM (GK) 10 maart 2009, nr. 4378/02 (ECLI:NL:XX:2009:BJ2228), *Bykov t. Rusland*), maar dat hierbij in ieder geval betekenis moet worden toegekend aan de (initiële) proceshouding van de verdachte alsmede aan de wijze waarop de undercoveragenten zich hebben opgesteld en de vraag in hoeverre hun gedrag aan de basis heeft gelegen aan de (belastende) verklaringen van de verdachte.

4. De belangrijkste toevoeging van het onderhavige arrest ten opzichte van het bestaande kader voor de inzet van de detentie-informant is dat de Hoge Raad expliciteert dat bij de beoordeling of de verklaringen van verdachte al dan niet in strijd met de verklaringsvrijheid zijn afgelegd, ook de persoon van de verdachte van belang kan zijn, bijvoorbeeld als het (kennelijk) gaat om een kwetsbare verdachte. De persoon van de verdachte kan in het bijzonder van belang zijn bij de beoordeling van de mate van druk die van de door de undercoveragent ondernomen activiteiten jegens verdachte kan zijn uitgegaan, alsmede de mate waarin handelingen en gedragingen van de undercoveragent tot de (belastende) verklaringen van de verdachte hebben geleid. Voor wat betreft de vraag wat in dit verband als een kwetsbare verdachte heeft te gelden, sluit de Hoge Raad — zonder daar overigens een nadere toelichting op te geven — aan bij het begrip kwetsbare verdachte als bedoeld in art. 28b lid 1 Sv. Die bepaling bevat weliswaar geen definitie van het begrip, maar op basis van achterliggende EU-regelgeving kunnen onder dit begrip worden begrepen: 'alle verdachten en beklaagden die door hun leeftijd, geestelijke of lichamelijke toestand of handicap niet in staat zijn een strafprocedure te begrijpen en er effectief aan deel te nemen', waarbij 'een vermoeden van kwetsbaarheid' volstaat voor de noodzaak tot het treffen van extra beschermende maatregelen (vgl. de Aanbeveling van de Europese Commissie van 27 november 2013 betreffende procedurele waarborgen voor kwetsbare personen die verdachte of beklaagde zijn in een strafprocedure (2013/C 378/02); zie hierover ook de conclusie voor NJ 2019/315). Op basis van deze aanvullende factor van de (kwetsbare) persoon van de verdachte casseert de Hoge Raad vervolgens het arrest van het hof waarin het hof had geoordeeld dat de verklarings-

vrijheid van de verdachte niet in het gedrang was gekomen, waarbij het hof mede betekenis had toegekend aan het feit dat de verdachte direct stopte met het afleggen van belastende verklaringen toen zij in de gaten kreeg dat er camera's hingen op de luchtplaats waar zij met de detentie-informant in gesprek was. Hieruit leidde het hof af dat de verdachte — ondanks haar kwetsbare persoon — op dat moment wel degelijk in staat was haar wil te bepalen en overeenkomstig haar wil te handelen. De A-G kon het hof hierin volgen, maar deze motivering overtuigde de Hoge Raad niet. In ieder geval had het hof er naar het oordeel van de Hoge Raad onvoldoende blijk van gegeven de persoon van de verdachte te hebben betrokken bij 'in het bijzonder' de beoordeling van de mate van druk die van de activiteiten van de detentie-informant jegens de verdachte kan zijn uitgegaan en de mate waarin deze tot de belastende verklaringen van de verdachte hebben geleid.

5. Zoals hiervoor al benoemd, heeft de Hoge Raad in zijn eerdere jurisprudentie al duidelijk gemaakt dat de concrete omstandigheden van het geval uiteindelijk bepalend zijn voor het antwoord op de vraag of de verklaringsvrijheid al dan niet op ontoelaatbare wijze in de verdrukking is gekomen als gevolg van het gebruik van misleidende tactieken binnen de opsporing. Dat de Hoge Raad in het onderhavige arrest de (kwetsbare) persoon van de verdachte rekent tot een van de relevante omstandigheden van het geval behoeft in dit licht geen verbazing te wekken. Uiteindelijk gaat het immers om de mate van druk op de verdachte en het al dan niet causale verband tussen deze druk en het afleggen van belastende verklaringen door de verdachte. Dat bij de beoordeling van deze aspecten mede betekenis toekomt aan de persoon van de verdachte, zeker wanneer deze als kwetsbaar kan worden gekenschetst, ligt voor de hand. Het belang van dit arrest ligt dan ook met name in het feit dat de feitenrechter de kwetsbare persoon van de verdachte — zo daarvan sprake is — voortaan nadrukkelijk als relevante factor in zijn beoordeling en motivering met betrekking tot de invloed van de misleiding op de verklaringsvrijheid van de verdachte dient te betrekken. Met dit arrest onderstreept de Hoge Raad voorts — zij het impliciet — het belang van de verklaringsvrijheid als integraal onderdeel van het recht op een eerlijk proces. De verklaringsvrijheid dient er immers niet alleen toe de betrouwbaarheid van de verklaringen te waarborgen (zie in dit verband onder meer het recente arrest HR 12 december 2023, ECLI:NL:HR:2023:1700), maar ook om de verdachte in de gelegenheid te stellen tijdens het verhoor een eigen procespositie en -strategie te kiezen (zie hierover uitgebreider J.H. Crijns & M.J. Dubelaar, 'Erosion of the Right to Silence in Dutch Criminal Justice', in: L. Eidam, M. Lindemann & A. Ransiek (ed.), *Interrogation, Confession, and Truth*, Baden-Baden: Nomos 2020, p. 123-150). Wanneer vervolgens — nota bene in de pauzes van het formele verhoor waarin door het treffen van aanvullende

maatregelen wordt tegemoetgekomen aan de bijzondere kwetsbare positie van de verdachte — door middel van misleiding een situatie wordt gecreëerd waarin al deze waarborgen nu juist ontbreken, komt de verklaringsvrijheid al snel onder druk te staan. In zoverre zullen undercoveroperaties jegens kwetsbare verdachten — zeker wanneer zij zich in detentie bevinden en zich als gevolg daarvan niet aan de situatie kunnen onttrekken — al vrij snel vraagtekens kunnen oproepen in het licht van de verklaringsvrijheid van deze verdachten. Hierbij moet men in het achterhoofd houden dat het EHRM in gevallen waarin de verdachte zich tijdens het formele verhoor op zijn zwijgrecht heeft beroepen, het daaropvolgende gebruik van misleiding buiten de context van een formele verhoorsituatie reeds als zodanig — nog los van de (eventueel te actieve) opstelling van de informant — ziet als een van de situaties waarin sprake kan zijn van ontoelaatbare druk ('improper compulsion') op de verklaringsvrijheid van de verdachte (vgl. EHRM (GK) 13 september 2016, nrs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09, NJ 2017/452, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen (*Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), met verwijzing naar eerdergenoemde *Allan*-uitspraak). In zoverre zijn de marges op voorhand al smal.

6. Hoewel dit aspect in cassatie slechts een bijrol speelt — mede omdat de daarop betrekking hebbende deklacht door de Hoge Raad onbesproken blijft — kan met dit alles in het achterhoofd worden gesteld dat de gewraakte undercoveroperatie ook niet uitblinkt waar het gaat om het naleven van het vereiste van subsidiariteit. Het bevel tot het inzetten van de detentie-informant was immers al voorafgaand aan de aanhouding van de verdachte door de officier van justitie verleend, onder meer omdat de verwachting was dat de verdachte zich tijdens het verhoor op haar zwijgrecht zou beroepen (hetgeen zij bij haar eerste verhoor ook deed). Deze proactieve gang van zaken kon in het licht van de omstandigheden van het geval weliswaar de goedkeuring wegdragen van het hof (alsmede van de A-G), maar overtuigt in het licht van het subsidiariteitsvereiste toch niet geheel. De verdachte was ten tijde van het afgeven van het bevel immers nog niet verhoord, wat toch de vraag doet rijzen of dat eerste verhoor (of de eerste reeks van verhoren) niet kon worden afgewacht alvorens tot de inzet van een detentie-informant werd overgegaan. *With the benefit of hindsight* kan daaraan worden toegevoegd dat het relatieve gemak waarmee de detentie-informant de verdachte tot belastende verklaringen wist te brengen, doet vermoeden dat het verkrijgen van een bekende verklaring tijdens een regulier verhoor — ondanks haar initiële beroep op haar zwijgrecht — ook geen onhaalbare kaart zou zijn geweest. Indien deze redenering wordt gevolgd, biedt dit arrest daarmee niet alleen enige aanvullende bescherming aan kwetsbare verdachten die in undercoveroperaties betrokken raken, maar ook een impliciete boodschap aan de opsporingsautoriteiten dat zij niet al te snel tot de inzet van ingrijpende underco-

veroperaties mogen overgaan zolang zij meer conventionele middelen tot hun beschikking hebben.

J.H. Crijns

NJ 2024/17

HOGE RAAD (STRAFKAMER)

21 november 2023, nr. 22/01250

(Mrs. M.J. Borgers, A.L.J. van Strien, C. Caminada;

A-G mr. B.F. Keulen)

m.nt. H.D. Wolswijk

Bijlage IV Richtlijn 92/43/EEG inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (Habitatrichtlijn); onderdeel a) 'dieren' Dieren plantensoorten van communautair belang die strikt moeten worden beschermd; art. 3.5 lid 1 Wet natuurbescherming; art. 1 lid 3 Waterschapswet; art. 3.2a Waterwet

RvdW 2023/1133

NJB 2023/2833

ECLI:NL:PHR:2023:860

ECLI:NL:HR:2023:1607

OM-cassatie. 1. Uit het geheel van de overwegingen van het hof blijkt dat het de juiste maatstaf — de gedraging kan in het kader van de uitvoering van de overheidstaak niet anders dan door bestuursfunctionarissen worden verricht — heeft aangelegd bij zijn oordeel dat het waterschap immuniteit toekomt. 2. Het oordeel dat het waterschap immuniteit toekomt is niet zonder meer begrijpelijk. Het feitelijk plaatsen van onbeschermdde (muskusrat)klemmen kan naar zijn aard en gelet op het wettelijk systeem ook door anderen dan bestuursfunctionarissen in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak worden verricht.

Het hof heeft het OM niet-ontvankelijk verklaard in de vervolging van het waterschap wegens poging tot het doden of vangen van bevers in hun natuurlijke verspreidingsgebied door het plaatsen van (muskusrat)klemmen.

De Hoge Raad herhaalt relevante overwegingen uit NJ 1998/367, m.nt. J. de Hullu (Pikmeer II).

1. Het hof heeft — niet onbegrijpelijk — geoordeeld dat het tenlastegelegde plaatsen van onbeschermdde (muskusrat)klemmen door het waterschap, plaatsvond ter uitvoering van de in art. 1 lid 3 Waterschapswet juncto art. 3.2a Waterwet aan het waterschap opgedragen taak zo goed mogelijk zorg te dragen voor het voorkomen van schade aan waterstaatswerken veroorzaakt door muskus- en beverratten. Met de overweging dat voor het aannemen van immuniteit 'beslissend [is] of de ten laste gelegde gedraging exclusief is in die zin, dat zij niet anders dan in het kader