

ANNOTATIE

Noot onder Hoge Raad 18 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:706.

prof. mr. H. de Doelder

Annotatie bij Hoge Raad, 18-04-2017, ECLI:NL:HR:2017:706 (SR-2017-0206)

Op zich een niet opzienbarend arrest, gelet op eerdere uitspraken. Maar goed om alles nog even op een rij te zetten. Betrokkene werd, waarschijnlijk op grond van artikel 5:19 Awb, ter controle aangehouden vanwege het feit dat er in Soest regelmatig werd ingebroken. Nadat de auto van onze latere verdachte tot stilstand was gebracht, ontdekte men bij hem in de auto de aanwezigheid van inbrekerswerktuig, hetgeen een overtreding van artikel 2:44 APV Soest opleverde en later werd hij zelfs vervolgd wegens een specifieke inbraak. Voor de goede orde vermeld ik hieronder even de inhoud van de relevante artikelen: 'Artikel 5:19 Awb 1. Een toezichthouder is bevoegd vervoermiddelen te onderzoeken met betrekking waartoe hij een toezichthoudende taak heeft. 2. Hij is bevoegd vervoermiddelen waarmee naar zijn redelijk oordeel zaken worden vervoerd met betrekking waartoe hij een toezichthoudende taak heeft, op hun lading te onderzoeken. 3. Hij is bevoegd van de bestuurder van een vervoermiddel inzage te vorderen van de wettelijk voorgeschreven bescheiden met betrekking waartoe hij een toezichthoudende taak heeft. 4. Hij is bevoegd met het oog op de uitoefening van deze bevoegdheden van de bestuurder van een voertuig of van de schipper van een vaartuig te vorderen dat deze zijn vervoermiddel stilsthoudt en naar een door hem aangewezen plaats overbrengt. 5. Bij regeling van Onze Minister van Veiligheid en Justitie wordt bepaald op welke wijze de vordering tot stilsthouden wordt gedaan.' 'Artikel 2:44 APV Soest 1. Het is verboden op een openbare plaats inbrekerswerktuigen te vervoeren of bij zich te hebben. 2. Dit verbod is niet van toepassing indien de bedoelde werktuigen niet zijn gebruikt of niet zijn bestemd om zich onrechtmatig de toegang tot een gebouw of erf te verschaffen, onrechtmatig sluitingen te openen of te verbreken, diefstal door middel van braak te vergemakkelijken of het maken van sporen te voorkomen. 3. Het is verboden op een openbare plaats, in de

nabijheid van winkels, een tas of andere voorwerpen bij zich te hebben die er kennelijk toe uitgerust zijn om het plegen van winkeldiefstal te vergemakkelijken.’ De eerste beslissing betreft het feit dat het hof, anders dan de politierechter, geen beslissing had genomen op een verweer strekkende tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de vervolging. Dat moet natuurlijk wel, ook al zit er slechts een verwerping in! De niet-ontvankelijkheid zou (in dit geval) een beslissing zijn steunend op artikel 359a Sv. In het geval dat daarop een succesvol beroep is gedaan, moet er sprake zijn van een vormverzuim dat daarin bestaat dat met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op beginselen van een goede procesorde of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan (vgl. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376, het zogenoemde *Afvoerpipj*-arrest). Door de Hoge Raad wordt dit een ‘uitzonderlijk geval’ genoemd. Volgens de Hoge Raad had het hof het verweer slechts kunnen verwerpen, ‘omdat het aan dat verweer ten grondslag gelegde niet kan leiden tot het oordeel dat aan die maatstaf is voldaan’. Inderdaad verbindt de Hoge Raad thans nooit meer (of nauwelijks) de sanctie van niet-ontvankelijkheid aan een onregelmatige opsporingsmethode. Of het nu een onjuiste publiciteitsactie betreft (HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1792 (*TROS Opgelicht*); HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3024 (*Kopschoppers*)), dan wel een overschrijding van de redelijke termijn (HR 13 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2059, zelfs in jeugdzaken: HR 8 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2465), en zelfs wanneer het een verwerpelijke opsporings- en vervolgingsbeleid betreft (HR 19 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:23 (*Coffeeshops*) en HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:472): het is niet een ‘uitzonderlijk geval’ als bedoeld door de Hoge Raad. Zo de rechter toch zijn afschuw zou willen laten blijken, is hij aangewezen op artikel 9a Sr, dat de mogelijkheid biedt om een schuldigverklaring uit te spreken zonder oplegging van straf. Maar nog interessanter is wellicht de reactie van de Hoge Raad op de beslissing van het hof dat er geen onoverkomelijke vormfouten bij het voorbereidend onderzoek in de strafzaak zijn gemaakt. Artikel 359a Sv betreft immers slechts verzuimen die in het verband met dit voorbereidend onderzoek zijn begaan: ‘De enkele omstandigheid dat door het niet-inachtnemen van een vormvoorschrift een verdenking ontstaat van een aan de verdachte tenlastegelegd feit of voor dat feit relevant bewijsmateriaal wordt aangetroffen, maakt niet dat daardoor een vormverzuim is begaan binnen het verband waarop de rechter bij toepassing van artikel 359a acht slaat.’ In mijn woorden: er is wellicht onrechtmatig gebruik gemaakt van een niet-strafvorderlijke bevoegdheid (namelijk van artikel 5:19 Awb), maar dat kan geen gevolg hebben voor de uiteindelijke strafzaak. Dit gaat (zelfs) de Hoge Raad te ver, hoewel hij zelf ooit heeft aangezet tot deze juridische spitsvondigheden, waarbij bijvoorbeeld te denken valt aan HR 8 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2529: in die zaak was er een bericht na een overval, dat er een blanke man met sportkleding en een negroïde man met een zwarte jas en een muts vandoor waren

gegaan in een witte combo. Na aanhouding van zo een combo bemerkten de verbalisanten dat zij te maken hadden met twee blanke mannen, die ook qua kleding niet voldeden aan de eerdere omschrijving. Dat was in één oogopslag te zien. De mannen werden toch aangehouden en in de auto bleek zich hennep te bevinden en de fouillering leidde tot de vondst van MDMA. Deze vondsten werden aan hen ten laste gelegd. De Hoge Raad oordeelde dat de vormverzuimen in casu niet waren gemaakt in het kader van een aanhouding op grond van de Opiumwet, doch op grond van verdenking van diefstal, zodat daaruit bezwaarlijk, aldus de Hoge Raad, anders kan volgen dan dat de eventuele onrechtmatige aanhouding *niet* heeft plaatsgevonden in het kader van het voorbereidend onderzoek van de ten laste gelegde overtreding van de Opiumwet. In het hier besproken geval blijkt een soortgelijke redenering toch een brug te ver, met een beroep op de tekst van artikel 132 Sv ('onder het voorbereidend onderzoek wordt verstaan het onderzoek hetwelk aan de behandeling ter terechtzitting voorafgaat') en artikel 132a Sv ('onder opsporing wordt verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen'). De Hoge Raad stelt vast dat de controle van het voertuig (in werkelijkheid) heeft plaatsgevonden in verband met recente inbraken in Soest en kennelijk in zoverre onderzoek in verband met strafbare feiten betrof, waaronder de ten laste gelegde inbraak. Het oordeel van het hof was derhalve ontoereikend gemotiveerd. Ten overvloede wordt nog door de Hoge Raad opgemerkt dat de Hoge Raad in eerdere rechtspraak heeft uitgemaakt dat strafrechtelijke opsporingsmiddelen naast en los van bestuursrechtelijke bevoegdheden mogen worden uitgeoefend, maar dat daarbij wordt uitgegaan van de situatie dat de betrokken ambtenaren ook daadwerkelijk bevoegd zijn tot het uitoefenen van die bevoegdheden. Impliciet wordt hier getwijfeld aan het feit dat de ambtenaren bevoegd zijn geweest de betrokken auto daadwerkelijk te onderzoeken. Als mogelijke rechtsgrond heb ik hiervoor artikel 5:19 Awb genoemd, omdat dat artikel in de kenbare stukken van het arrest naar voren komt. Duidelijk zal echter zijn dat een artikel uit de Awb niet kan worden gebruikt voor controlebevoegdheden in die gevallen dat slechts het strafrecht en niet het bestuursrecht kan worden gebezigd voor de oplegging van sancties. De ambtenaren hadden in dit geval geen toezichthoudende taak en mochten mitsdien ook geen onderzoek doen in de auto. Zo simpel is het.