

ANNOTATIE

## **Noot bij HR 4 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3109**

***prof. mr. J.S. Nan***

*Annotatie bij Hoge Raad, 04-11-2014, ECLI:NL:HR:2014:3109 (SR-2014-0451)*

Deze uitspraak is de zoveelste waarin het Openbaar Ministerie (OM) het niet op zich laat zitten dat de feitenrechter een vormfout als bedoeld in artikel 359a Sv sanctioneert. In casu ging het om de bewijsuitsluiting van kinderpornografisch beeldmateriaal na – kort gezegd – een onrechtmatige betreding en doorzoeking van de woning van de verdachte. Dit had vrij spraak van het tenlastegelegde tot gevolg. Een OM-cassatie volgde en opnieuw haalt de cassatiedesk van het Openbaar Ministerie bij de Hoge Raad een overwinning binnen. Het oordeel van het hof kan geen stand houden omdat het onvoldoende is gemotiveerd. Dat berust op het volgende.

Om tot bewijsuitsluiting over te kunnen gaan zal de feitenrechter aardig wat door de wet en de Hoge Raad opgeworpen hobbels moeten overwinnen. Aangenomen dat inderdaad in een voorbereidend onderzoek een onherstelbaar verzuim van vormen heeft plaatsgevonden dat onder het bereik van artikel 359a Sv valt en waardoor het bewijs is verkregen, dan zijn er natuurlijk nog motiveringseisen (zie over dit alles ook R. Kuiper, *Vormfouten: juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014). In de onderhavige zaak neemt de Hoge Raad die nog eens met ons door. Bij de algemene factoren gaat het op de voet van artikel 359a lid 2 Sv om ‘het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt’, door de Hoge Raad aangevuld met de omstandigheden van het geval. Het zal bij bewijsuitsluiting moeten gaan om een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel, dat in aanzienlijke mate is geschonden. Om daadwerkelijk tot bewijsuitsluiting over te gaan bestaan volgens de Hoge

Raad vervolgens eigenlijk slechts drie redenen: 1) het verzekeren van het recht van verdachte op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM), dan wel – als dat niet aan de orde is – 2) 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, althans 3) als het desbetreffende (lichte) vormverzuim, naar uit objectieve gegevens blijkt, zozeer bij herhaling voorkomt dat zijn structureel karakter vaststaat en de verantwoordelijke autoriteiten zich onvoldoende inspanningen hebben getroost overtredingen van het desbetreffende voorschrift te voorkomen.

Als het recht van de verdachte op een eerlijk proces in het geding is, bestaat voor de feitenrechter bijna geen afwegingsruimte meer en zal bewijsuitsluiting moeten volgen. In de andere twee gevallen (waarvan zeker het laatste zich niet snel zal voordoen), moet de normerende werking van bewijsuitsluiting worden afgewogen 'tegen de daarvan te verwachten negatieve effecten en of aldus niet op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan zwaarwegende belangen als de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een – mogelijk zeer ernstig – strafbaar feit, alsmede in voorkomend geval aan de rechten van slachtoffers of hun nabestaanden, mede gelet op uit het EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen tot effectieve bestraffing'.

Op zich heeft het hof in deze zaak voormelde eisen voor ogen gehad toen het overwoog dat, in het licht van artikel 8 EVRM, door de onrechtmatige bewijsvergaring een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate was geschonden en het, nu sprake was van een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht, de bewijsuitsluiting noodzakelijk achtte om toekomstige schendingen te voorkomen. Daarbij heeft het die uitsluiting ook afgewogen tegen het geringe belang van de zaak, welke tot uiting komt door de bescheiden hoeveelheid beeldmateriaal en de ouderdom van het feit. Toch was dit alles niet genoeg.

De Hoge Raad kapittelt het hof 'reeds' omdat het geen aandacht heeft besteed aan de andere factoren van artikel 359a Sv. Het gaat dan om de ernst van het verzuim en het nadeel dat door het verzuim voor de verdachte is ontstaan. Advocaat-generaal Bleichrodt merkt overigens in zijn conclusie op dat ook het belang dat het voorschrift dient niet aan de orde is gekomen (ECLI:NL:PHR:2014:1943), maar kennelijk meent de Hoge Raad dat dit wel het geval is doordat is overwogen dat een belangrijk voorschrift of rechtsbeginsel is geschonden. Een ander voorbeeld van een zaak waarin op verzoek van het Openbaar Ministerie werd gecasseerd omdat niet alle factoren van artikel 359a lid 2 Sv zichtbaar in het oordeel van de feitenrechter waren meegenomen, is HR 9 september 2014, *NJ* 2014/420, m.nt. T.M. Schalken. Een voorbeeld uit de lagere rechtspraak waarin een motiveringsgebrek als het onderhavige schuilt, is Rb. Noord-Holland 23 oktober 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:9936, *NJFS* 2014/270. In die

zaak was volgens de rechtbank de Aanwijzing opsporing en vervolging inzake seksueel misbruik geschonden (2010A024, *Stcrt.* 2010/16597). Het ging om voorschriften die beogen te waarborgen dat het verhoor van de aangeefster op zodanige wijze plaatsvindt dat de daarbij afgelegde verklaring van de aangeefster zo betrouwbaar mogelijk kan worden geacht. Haar verklaring was, in het licht van artikel 342 lid 2 Sv, nu volgens de rechtbank niet meer boven iedere twijfel verheven. Omdat aldus een belangrijk strafvorderlijk voorschrift in aanzienlijke mate was geschonden volgens de rechtbank, volgde bewijsuitsluiting van diens verklaring (en de overige bewijsmiddelen uit die bron) en vrijspraak voor dat feit. Geen aandacht wordt in het vonnis evenwel geschonken aan de factoren van artikel 359a lid 2 Sv. Dit vonnis is dan ook onvoldoende gemotiveerd. Een voorbeeld van hoe het stappenplan van artikel 359a Sv wel keurig wordt afgewerkt is Rb. 2 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8273. Ik merk overigens op dat de rechtbank zich het volledige stappenplan had kunnen besparen. Vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is immers dat, zowel binnen als buiten het kader van artikel 359a Sv, bewijs door de rechter reeds buiten beschouwing kan worden gelaten als door het vormverzuim 'de betrouwbaarheid van het in de aanhangige strafprocedure verkregen onderzoeksmateriaal wezenlijk is beïnvloed' (HR 29 januari 2013, *NJ* 2013/145, m.nt. M.J. Borgers). Dat was hier kennelijk het geval.

De in artikel 359a lid 2 Sv genoemde factoren zijn voor een deel communicerende vaten, in de zin dat de ene factor de andere zou kunnen 'goedmaken'. Een voorbeeld ter verduidelijking: het kan zijn dat een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden, maar dat de opsporingsambtenaren te goeder trouw hebben gehandeld. Denk aan een vervallen en verlaten ogend schuurtje waarvan pas *na* binnentreden voor de politie duidelijk wordt dat het om een woning gaat en dus de Awbi had moeten worden nageleefd. Of denk aan de situatie dat voor de verdachte eigenlijk geen nadeel is ontstaan, zoals bij een onrechtmatige, grensoverschrijdende observatie (HR 7 maart 2000, *NJ* 2000/539, m.nt. T.M. Schalken). Daarbij moet worden opgemerkt dat het belang dat het strafbare feit niet ontdekt wordt, geen rechtens te respecteren belang is (vgl. HR 4 januari 2011, *NJ* 2012/145, m.nt. M.J. Borgers). Een verzuim moet dus in zijn geheel worden beschouwd en op waarde worden geschat, alvorens de feitenrechter daadwerkelijk tot het toepassen van een van de rechtsgevolgen kan overgaan. Hij kan niet inzoomen op één aspect en dit zo ernstig vinden dat zijn oordeel reeds dan al geveld is en hij de andere factoren buiten beschouwing laat (behoudens dus daar waar het recht van verdachte op een eerlijk proces geschonden is).

Zoals gezegd acht de Hoge Raad het oordeel van het hof reeds gebrekkig omdat aan de overige factoren geen kenbare aandacht is besteed. Dat doet vermoeden dat de Hoge Raad mogelijk ook moeite zou hebben gehad met het onderhavige oordeel als het hof wel enige woorden aan die andere factoren zou hebben vuilgemaakt. Ten aanzien van de ernst van het verzuim is van

belang op te merken dat de verbalisanten aan de verdachte wel om toestemming hadden gevraagd om binnen te treden en de woning te doorzoeken, maar zij zich daarbij niet hadden gelegitimeerd en evenmin het doel daarvan hadden medegedeeld. Daarom vindt het hof dat van een rechtsgeldige en toereikende toestemming geen sprake is. Ik schat in dat de Hoge Raad vindt dat het met de ernst van het verzuim dus wel meevalt. Het gaat niet om zeer onzorgvuldig handelen van de politie. Met andere woorden, de agenten zijn niet als cowboys zomaar binnengestormd. En welk nadeel zou de verdachte nu werkelijk hebben geleden? Wat dienaangaande eventueel door de verdediging is aangevoerd is niet duidelijk. De ene doorzoeking is de ander niet qua belasting voor de verdachte. Het maakt natuurlijk verschil of alles door de agenten overhoop is gehaald, of dat alleen de computer van verdachte is bekeken of meegenomen. Uit het feit dat het hof zich daarover niet uitlaat doet vermoeden dat een en ander vrij gemoedelijk en met beleid is gegaan.

Niet alleen de rechter, maar ook de verdediging moet bovenvermeld rijtje af als het een verweer ter zake voert. Dat daarbij op de verdachte een aanzienlijke stelplicht rust is inmiddels ook wel duidelijk. Artikel 359a Sv kent zijn eigen 'verweer- en weerleggingsmechanisme', zie HR 17 januari 2012, NJ 2012/253, m.nt. P.A.M. Mevis en HR 19 februari 2013, NJ 2013/148. In dat verband geldt hetzelfde als voor het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt als bedoeld in artikel 359 lid 2, tweede volzin Sv, zij het dat beide verweren wel van elkaar gescheiden moeten worden gehouden. Wordt te weinig gesteld, dan mag de feitenrechter ongemotiveerd aan hetgeen naar voren is gebracht voorbijgaan (zie bijvoorbeeld HR 9 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3541). De feitenrechter merkt dat zelf ook wel met zoveel woorden op (Hof Amsterdam 26 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3278). En als niet (afdoende) op het verweer is gereageerd, hoeft dat evenmin zonder meer tot cassatie te leiden als van een goed onderbouwd verweer eigenlijk geen sprake is (zie HR 9 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3550, *SR Updates* 2014:0508).