

ANNOTATIE

Annotatie bij Hoge Raad 12 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1159.

mr. D.G.J. Grimmelikhuijzen

Annotatie bij Hoge Raad, 12-09-2023, ECLI:NL:HR:2023:1159 (SR-2023-0146)

1. Vanaf halverwege de jaren tachtig wordt in beleidsstukken uitgedragen dat criminaliteitsbestrijding niet slechts een exclusieve overheidsaangelegenheid kan zijn, maar dat ook voor de maatschappij een taak is weggelegd. Onder het mom van ‘responsabilisering’ is een deel van de verantwoordelijkheid voor veiligheid, en de bestrijding en preventie van criminaliteit bij maatschappelijke organisaties en in het verlengde daarvan de individuele burger gelegd (*Kamerstukken II* 1984/85, 18995, nr. 2, p. 15). Die handschoen is ook opgepakt. Niet enkel uit ideële, maar ook uit commerciële overwegingen zijn organisaties, ondernemingen en individuen zich gaan begeven op het terrein van strafrechtelijke handhaving. Daar is – bijvoorbeeld vanuit het oogpunt van capaciteitsbesparing – best iets voor te zeggen, maar het roept ook vragen op.

Strafrechtelijk handelen is immers sterk gereguleerd. Zo kan strafvordering slechts plaatsvinden ‘op wijze bij wet voorzien’ en zijn de rollen van de verschillende actoren binnen de strafrechtspleging scherp afgebakend. Door opsporing, vervolging en berechting te concentreren bij een beperkt aantal publieke actoren is het mogelijk te normeren en te controleren. Dat (ogenschijnlijk) gesloten systeem wordt echter opengemaakt wanneer ook andere, private actoren zich in de strafrechtelijke rechtshandhaving mengen. Dan ontstaat ook direct de vraag hoe het gedrag van zulke niet-klassiek-strafrechtelijke actoren genormeerd dient te worden en naar welke maatstaf.

2. Het bovenstaande wordt goed geïllustreerd door de casus die aanleiding gaf tot het hier te bespreken arrest. De vraag die daarin centraal staat, is wat de gevolgen moeten zijn van bewijs

dat op mogelijk onrechtmatige wijze is vergaard door personen die formeel geen opsporingsambtenaar zijn. In dit geval betrof het een particulier recherchebureau dat ingeschakeld was door de makers van een televisieprogramma om informatie in te winnen over een potentiële stalker. Medewerkers van dit bureau hadden daartoe een peilbaken geplaatst onder de auto van de vermeende stalker. Op basis van de via het peilbaken verkregen gegevens kon de latere verdachte gelokaliseerd worden en werd ter plaatse overgegaan op fysieke observatie. Zowel de peilbakengegevens, als een verklaring naar aanleiding van de fysieke observatie, zijn vervolgens als bewijs ingebracht in de latere strafzaak tegen de verdachte. De rechtmatigheid van het gebruik van dit bewijs is zowel in eerste aanleg, als in hoger beroep zonder succes door de verdediging bestreden.

3. Die gang van zaken geeft aanleiding tot een aantal vragen. Als eerste kan men zich afvragen of een particulier recherchebureau zich überhaupt mag bedienen van zo een ingrijpend middel als een peilbaken. En vervolgens, indien die vraag negatief beantwoord wordt, of die gegevens dan gebruikt mogen worden als bewijs in een strafzaak. Aan wie kan zo een onrechtmatigheid dan toegerekend worden en wat zijn daarvan de gevolgen in een concrete strafzaak?

4. Om te beoordelen of het handelen van het particuliere recherchebureau rechtmatig was, dient eerst helder te zijn welk beoordelingskader toegepast moet worden. Dat volgt niet uit het Wetboek van Strafvordering, onder andere omdat particuliere onderzoekers niet onder de actoren vallen die genoemd worden als opsporingsambtenaar in artikel 141 en 142 Sv. Toch is het ook niet zo dat de particuliere recherche hierdoor geheel gelijkgesteld kan worden met de overige 'gewone burgers' (C. Fijnaut, 'Bedrijfsmatige georganiseerde particuliere opsporing en (het Wetboek van) s/Strafvordering', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 696). De markt voor particuliere recherche is namelijk sinds 1997 gereguleerd via de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus (Wpbr). Dit betekent dat, hoewel voor de beoordeling van de onrechtmatigheid in beginsel het kader van artikel 6:162 BW geldt, de daaruit voortvloeiende normen (mede) gekleurd worden door de toepasselijke sectorale gedragscodes (F.W. Bleichrodt, *Over burgers en opsporing* (rede Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 14).

Particuliere recherchebureaus zijn vergunningsplichtig en dienen voor het verkrijgen en behouden van hun vergunning te voldoen aan bepaalde kwaliteitseisen. Nu bevat de Wpbr zelf weinig houvast voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het handelen van recherchebureaus en hun medewerkers in concrete gevallen, maar dit is anders voor de Privacygedragscode particuliere recherchebureaus. In die gedragscode zijn onder meer normen en overwegingen te vinden ten aanzien van de inzet van onderzoekshandelingen die

een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen kunnen opleveren. Nu is de code opgesteld door de sector zelf, maar deze is via artikel 23a van de Regeling particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus als voorwaarde voor vergunningsverlening verplicht gesteld, en wordt in de rechtspraak ook als leidraad genomen voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het handelen van particuliere recherchebureaus (zie ook E.M. Moerman, *Inburgeren in de opsporing* (diss. Rotterdam), Rotterdam: s.n. 2016, p. 221-225).

De gedragscode omvat ook het onderwerp 'observatie' (art. 7.4). Als buitengrens wordt daarbij genomen dat geen 'min of meer volledig beeld wordt verkregen van bepaalde aspecten van iemands leven' (vgl. art. 126g Sv en art. 285b Sr). Ook de toelaatbaarheid van het plaatsen van een (gps-)peilbaken komt aan bod. Dit is onder omstandigheden toegestaan, zij het slechts bij bedrijfsauto's en niet – zoals in de casus het geval was – bij een privévoertuig. De toelichting bij artikel 7.4 laat de deur in zulke gevallen echter wel op een kier staan waar gesteld wordt dat gebruik van zo een middel 'doorgaans geen rechtvaardiging [vindt] in de aard van de opdracht'. Het woord 'doorgaans' impliceert immers de mogelijkheid van een uitzondering (zie ook de overwegingen van het hof, aangehaald in r.o. 2.3.3).

Het vaststellen van een onrechtmatigheid is echter slechts de eerste stap. Hoe moet die onrechtmatigheid vervolgens meegewogen worden in de strafzaak tegen de verdachte? Om die vraag te kunnen beantwoorden moet eerst onderscheid gemaakt worden tussen gevallen waarbij de politie of het openbaar ministerie bepaalde gegevens of voorwerpen als het ware 'in de schoot geworpen' krijgen en gevallen waarbij de opsporingsdiensten bemoeienis hebben gehad met het op onrechtmatige wijze verkrijgen van bepaalde bewijsmiddelen.

In dat tweede geval is sprake van zogenoemde 'inmenging'. Deze inmenging is problematisch in het licht van artikel 8 lid 2 EVRM, nu voor iedere inmenging in de persoonlijke levenssfeer door het 'openbaar gezag' een wettelijke grondslag is vereist (S. Brinkhoff, *Startinformatie in het strafproces* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, p. 42-48). Indien sprake is van overheidsdienaren die op enigerlei wijze direct of indirect betrokken zijn bij de onrechtmatige gegevensvergaring of zulk gedrag hebben 'geïnitieerd of gefaciliteerd', dan kan die onrechtmatigheid de opsporingsdiensten ook worden toegerekend (HR 14 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX7471, r.o. 3.9). In de praktijk heeft deze benadering nogal eens tot gevolg dat de beoordeling van onrechtmatigheden die begaan zijn door personen die geen opsporingsambtenaar zijn voornamelijk in de sleutel van de inmenging gezet wordt, en er minder aandacht uitgaat naar het onrechtmatige karakter van de handeling zelf. Dat is enerzijds te begrijpen nu het strafrecht nu eenmaal over de normering van de in de wet genoemde categorieën personen gaat, en het (al dan niet onrechtmatige gedrag) van burgers onderling in principe een kwestie is voor het burgerlijk recht. De vraag is echter of het vanuit het perspectief van de verdachte, ten aanzien van wie op onrechtmatige wijze is gehandeld,

veel troost biedt dat het een particuliere rechercheur was die de onrechtmatigheid begaan heeft en geen opsporingsambtenaar in formele zin, zeker wanneer op die wijze verzameld materiaal vervolgens in een strafzaak als bewijs wordt ingebracht.

In het geval de opsporingsdiensten bepaald, op onrechtmatige wijze verkregen bewijs 'in de schoot geworpen krijgt', is het uitgangspunt dat die onrechtmatigheid niet aan het gebruik als bewijs in een strafzaak in de weg staat (zie bijv. de KB-Lux-affaire). Het voorgaande betekent overigens niet dat onrechtmatigheden die geheel zonder inmenging van overheidsdienaren zijn gepleegd *nooit* een gevolg kunnen hebben in een strafzaak. Uit een recent overzichtsarrest over vormverzuimen (HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, SR 2020-0374, m.nt. Blom) volgt dat ook aan vormverzuimen die buiten het voorbereidend onderzoek zijn begaan rechtsgevolgen kunnen worden verbonden, indien zij 'van bepalende invloed [zijn] geweest op het verloop van het opsporingsonderzoek naar en/of de (verdere) vervolging van de verdachte'. Ondanks dat formeel gezien zulke verzuimen buiten het toepassingsbereik van artikel 359a Sv vallen, dient voor de beoordeling van zulke onrechtmatigheden alsnog aansluiting gezocht te worden bij de voor de toepassing van artikel 359a Sv ontwikkelde criteria en wegingsfactoren. Zo kan bijvoorbeeld bewijsuitsluiting volgen, indien de onrechtmatigheid dusdanig is dat gebruik van het op die wijze verkregen materiaal een schending van het in artikel 6 EVRM gegarandeerde recht op een eerlijk proces zou opleveren (vgl. EHRM 5 februari 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0205JUD007442001 (*Ramanauskas/Litouwen*)).

5. In het onderhavige arrest zet de Hoge Raad het kader ten aanzien van onrechtmatigheden die begaan zijn door personen die geen opsporingsambtenaren zijn nog eens uiteen, en vult dit op onderdelen aan. Wanneer de vraag voorligt of bewijsuitsluiting zou moeten volgen, dient eerst te worden vastgesteld dat het materiaal dat op onrechtmatige wijze is verzameld ook is *gebruikt* bij het opsporingsonderzoek en/of de vervolging naar/van de verdachte. En, indien dit het geval is, of de resultaten van bepalende invloed zijn geweest op (beslissingen aangaande) opsporing en/of vervolging. Zo ja, dan kan aansluiting gezocht worden bij de beoordelingsfactoren uit artikel 359a lid 2 Sv en het uitgangspunt van subsidiariteit om te bepalen wat het gepaste rechtsgevolg van de vastgestelde onrechtmatigheid dient te zijn. Bewijsuitsluiting ligt in de rede in twee gevallen. Als eerste wanneer bewijsuitsluiting noodzakelijk is om een schending van artikel 6 EVRM te voorkomen. De tweede aanleiding voor bewijsuitsluiting is ongeoorloofde betrokkenheid van opsporingsambtenaren bij de onrechtmatige handeling die een ernstige schending van een strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel op zou leveren. De Hoge Raad licht nader toe wanneer sprake kan zijn van zulke betrokkenheid: namelijk wanneer het onrechtmatige gedrag van anderen dan opsporingsambtenaren door hen is geïnitieerd of gefaciliteerd. Daaronder valt ook het

‘welbewust laten begaan en/of voorduren’ van het onrechtmatige gedrag. Met die laatste toevoeging lijkt de Hoge Raad het kader iets aan te scherpen ten opzichte van eerdere – door de Hoge Raad zelf in zijn overwegingen ter vergelijking aangehaalde – jurisprudentie.

6. Tot slot nog twee overwegingen naar aanleiding van onderhavig arrest. De eerste ten aanzien van de uitkomst van het cassatieberoep. Diende de informatie die voortvloeide uit het plaatsen van het peilbaken van het bewijs uitgesloten te worden? Het hof beantwoordt die vraag negatief, en de Hoge Raad laat dat oordeel in stand. De stappen uit de voorgaande paragraaf hoeven daarvoor niet eens allemaal doorlopen te worden. Dat is eigenlijk zonde, nu de onrechtmatigheid van het handelen van het particuliere recherchebureau feitelijk buiten beschouwing is gebleven. Er wordt als het ware van achteren naar voren geredeneerd, door te stellen dat nu er zich geen geval voordoet als genoemd in r.o. 2.5.4 (kortweg: geen schending art. 6 EVRM, geen inmenging), er geen bewijsuitsluiting zou kunnen volgen en het dus ook niet langer relevant is of het bewijs van ‘bepalende invloed is geweest’, en ook niet of de wijze waarop het bewijs is verkregen onrechtmatig is. Hoewel technisch-juridisch allicht juist, is dat in het kader van de op dit onderwerp toch wel broodnodige rechtsontwikkeling te betreuren. Het is dan ook te kort door de bocht om, zoals het hof dat deed, te stellen dat de rechtmatigheid van de bewijsvergaring door de particuliere recherche, een vraag is van civielrechtelijke aard, die dus verder buiten beschouwing kan blijven (vgl. concl. A-G E.J. Hofstee 16 mei 2023, ECLI:NL:PHR:2023:509, par. 23-24). Zeker nu de roep om publiek-private samenwerking in strafrechtelijke context de laatste jaren steeds sterker wordt, is voldoende afbakening van de ruimte tussen de particuliere recherche en formele opsporingsambtenaren wenselijk. En juist waar de grenzen vervagen door samenwerking – en de kans groter wordt (of dit zelfs expliciet het doel van de samenwerking is) dat materiaal dat verzameld is door particuliere onderzoekers, ingebracht wordt als bewijs in een strafzaak – dient bij uitstek de strafrechter, vanuit strafrechtelijk perspectief, de zaak zo volledig mogelijk te beoordelen (vgl. Hof 's-Gravenhage 27 januari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:57 en ECLI:NL:GHDHA:2022:58 (*Proeftuin-verzekeringsfraude*)). Op die wijze kan de praktijk ook de bouwstenen geboden worden om samenwerking verder op verantwoorde wijze vorm te geven.

In het verlengde van dat laatste ligt ook de tweede overweging ten aanzien van het arrest. Die ziet op het verder uitwerken van het criterium voor ‘inmenging’. Onder ‘initiëren en faciliteren’ vallen nu expliciet ook vormen van (bewust) nalaten door opsporingsambtenaren die kennis hebben van eventuele, door anderen begane onrechtmatigheden. Dat is in beginsel toe te juichen nu voorkomen moet worden dat de verleiding ontstaat de ogen bewust te sluiten, om zodoende toch maar gebruik te kunnen maken van bewijs dat anders mogelijk onbruikbaar zou zijn. Het mag immers nooit zo zijn dat gebruik (of: misbruik) gemaakt wordt van (samenwerking met) private partners om strafrechtelijke waarborgen te omzeilen. In

zulke gevallen dient dan ook uitgesloten te worden dat publieke actoren profiteren van onrechtmatigheden die begaan worden door private actoren (Th.A. de Roos, 'Burgers, overheid, rechtshandhaving en eigenrichting', *Tijdschrift voor Criminologie* 2000, afl. 4, p. 316). In dat kader zou het allicht juist aan te raden zijn om al in een vroeg stadium overleg plaats te laten vinden tussen private en publieke onderzoekers, zeker als het gezamenlijke doel is om bewijs te verzamelen dat bruikbaar is in een latere strafzaak. In zulke gevallen is inmenging zelf niet zozeer bezwaarlijk, indien dit tot doel heeft om overkoepelende strafrechtelijke waarden te garanderen en zodoende te komen tot bewijsvergaring die niet alleen voldoet aan de voor de particuliere onderzoekers gestelde kaders, maar tevens aan de algemeen-strafrechtelijke. In dat opzicht biedt een aangescherpt inmengingscriterium ook kansen. Indien eerder aansprakelijkheid aan de zijde van de publieke onderzoekers aangenomen kan worden voor onrechtmatige handelingen door private samenwerkingspartners, dan kan dit ook als prikkel dienen om ervoor zorg te dragen dat zulke onrechtmatigheden voorkomen worden. Dat kan door afstemming in een concrete zaak, maar ook door meer algemene overlegstructuren of door het harmoniseren van de toepasselijke regelgeving. Dat vergt echter wel dat juist door de publieke actoren verantwoordelijkheid wordt genomen, en regie wordt gevoerd. Die aansporing geldt overigens niet alleen voor publieke actoren in praktische samenwerkingsituaties, maar geldt net zozeer – meer op afstand – voor de wetgever en beleidsmakers. Die inspanning mag echter ook van de overheid verwacht worden gezien haar nog altijd unieke, publieke verantwoordelijkheid voor strafrechtelijke rechtshandhaving.