

Notenkraaker

Het grijze gebied tussen toezicht en opsporing: wanneer er geen sprake (meer) is van toezicht?

Notenkraaker bij HR 30 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1155 (toezicht of opsporing)

Christien Saris*

Dit artikel bespreekt het arrest van de Hoge Raad van 30 juni 2020 (ECLI:NL:HR:2020:1155). Daarin verduidelijkt de Hoge Raad wanneer uitsluitend sprake is van opsporing en niet (meer) van bestuurlijk toezicht en (bestuursrechtelijke) toezichtsbevoegdheden dus niet meer mogen worden ingezet.

De strafkamer van de Hoge Raad heeft in zijn arrest van 30 juni 2020 geoordeeld dat wanneer uit de feiten en omstandigheden van een zaak blijkt dat uitsluitend sprake is van opsporing en dus niet (meer) van bestuurlijk toezicht, de (bestuursrechtelijke) toezichtbevoegdheden niet mogen worden ingezet.¹ Omdat het in de praktijk niet altijd duidelijk is of een toezichthouder zijn onderzoek doet in het kader van bestuurlijk toezicht of (mede of uitsluitend) strafrechtelijk onderzoek, is dit arrest een mooie gelegenheid om daaraan in dit tijdschrift aandacht te besteden. Eén les die uit het arrest getrokken kan worden, is dat de context die voorafgaat aan de oplegging van een punitieve sanctie van groot belang is voor het antwoord op de vraag of sprake is van toezicht of (enkel en alleen van) opsporing.

* Mr. C.M. Saris is advocaat bij Stibbe. Dit artikel is geïnspireerd op het blogbericht dat ik samen met D. de Groot schreef, 'De Hoge Raad verduidelijkt onderscheid tussen toezichts- en opsporingsbevoegdheden', Stibbeblog.nl, augustus 2020. Met dank aan Diederik de Groot voor zijn bijdrage aan dit artikel.

1. HR 30 juni 2020, *Gst.* 2020/107, m.nt. J.M.H.F. Teunissen, *RdvW* 2020/846, *NJB* 2020/1825, *SR Updates* 2020-0239.

Casus: woninginbraak Soest

35

De zaak draait om een veroordeling van een verdachte tot een gevangenisstraf van vier maanden in verband met een woninginbraak (art. 311 lid 1 onder 5 Wetboek van Strafrecht (Sr)) die plaatsvond op 16 februari 2015 in de gemeente Soest. In de procedure stelt de verdachte dat het Openbaar Ministerie (OM) niet-ontvankelijk verklaard moet worden dan wel dat het vergaarde bewijs uitgesloten moet worden, omdat sprake is van schending van het beginsel van *détournement de pouvoir* in de zin van artikel 3:3 jo. artikel 3:1 Algemene wet bestuursrecht (Awb). Op grond van deze bepalingen dient de toezichtbevoegdheid niet te worden ingezet voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is verleend. De reden daarvoor is dat de opsporingsambtenaren volgens de verdachte gebruik hebben gemaakt van hun toezichtbevoegdheden, terwijl dat gebeurde in het kader van de opsporing van strafbare feiten.

Bij het verweer van de verdachte zijn de feiten en de context waarbinnen het onderzoek van de opsporingsambtenaren plaatsvond van belang. Twee politieagenten hielden op 20 februari 2015 een auto stil in Soest met gebruikmaking van de controlebevoegdheid van artikel 5:19 Awb. Op grond van dat artikel is een toezichthouder onder meer bevoegd vervoermiddelen te onderzoeken met betrekking waartoe hij een toezichthoudende taak heeft. Die toezichthoudende taak hield verband met artikel 2:44 lid 1 Algemene plaatselijke verordening

Soest (APV).² Op grond van voornoemd artikel is het verboden op een openbare plaats inbrekerswerktuig te vervoeren of bij zich te hebben. In de APV staat dat overtreding van deze APV-bepaling wordt bestraft met hechtenis van ten hoogste drie maanden of een geldboete van de tweede categorie.³ Op grond van artikel 6:2 lid 1 APV zijn toezichthouders onder meer politieambtenaren werkzaam in de regio Utrecht. Aan het stilhouden van de auto van verdachte was onder meer een briefing voorafgegaan waarin de politieagenten hadden gehoord dat zij moesten uitkijken naar de auto die op naam van de verdachte stond om de bestuurder te controleren. De toezichthouders waren tevens bekend met recente woninginbraken in Soest en wisten dat de verdachte meerdere keren was aangehouden voor vermogensdelicten. Na het stilhouden van de auto vroeg een van de agenten om het identiteitsbewijs van de verdachte en zijn collega zag vanaf de buitenzijde van de auto door de achterraut in de kofferbak inbrekerswerktuigen liggen. Daarop werd de verdachte aangehouden wegens verdenking van overtreding van artikel 2:44 APV en is de auto op grond van artikel 96b Wetboek van Strafvordering (Sv) doorzocht. Voornoemd artikel bepaalt onder meer dat in geval van ontdekking op heterdaad van een strafbaar feit de opsporingsambtenaar bevoegd is om een vervoermiddel te doorzoeken ter inbeslagneming. Op basis van het onderzoek dat daarop volgde, is verdachte veroordeeld voor een woninginbraak op 16 februari 2015 in Soest.

Inhoud arrest 30 juni 2020 en het daaraan voorafgegangene procesverloop

Het procesverloop in deze strafzaak is lang en de zaak is overigens nog niet afgerond. De rechtsvraag die door de verdediging van de verdachte is opgeworpen, is onder tussentijdse twee maal bij de Hoge Raad en het hof Arnhem-Leeuwarden aan de orde geweest. In het eerste arrest, van 14 december 2015, oordeelde het hof dat de enkele omstandigheid dat de politie belangstelling had voor de verdachte in verband met recent in Soest gepleegde inbraken, maar (nog) niet over een aanwijzing beschikte die verdachte in verband bracht met die inbraken, nog niet maakt dat de jegens de verdachte uitgeoefende bevoegdheden hebben plaatsgevonden in het kader van het voorbereidend onderzoek.⁴ In zijn arrest van 18 april 2017 constateerde de Hoge Raad een motive-

ringsgebrek.⁵ Hij oordeelde onder meer dat het hof het op bewijsuitsluiting gerichte verweer ontoereikend gemotiveerd heeft verworpen. De Hoge Raad oordeelde dat het hof geen vaststellingen gedaan heeft omtrent de feitelijke gang van zaken met betrekking tot het optreden van de politie en evenmin heeft onderzocht op welke wettelijke grondslag de politie is overgegaan tot controle van het voertuig. Na verwijzing oordeelt het hof op 30 maart 2018 opnieuw dat de politieambtenaren op goede gronden gebruik hebben gemaakt van hun bevoegdheden en dat derhalve geen sprake is van misbruik van bevoegdheden.⁶ De politieambtenaren hebben de auto stilgehouden en een aanvang gemaakt met de verdere bevoegdheden op grond van artikel 5:19 Awb. Daarna ontstond de verdenking als gevolg van een waarneming van buiten de auto zonder gebruikmaking van de verdere bevoegdheden van artikel 5:19 Awb. De doorzoeking die daarop plaatsvond, kon volgens het hof plaatsvinden op grond van artikel 96b Sv nadat de verdenking was ontstaan dat zich in de auto inbrekerswerktuigen bevonden. De Hoge Raad is het met dat oordeel niet eens en vernietigt daarom ook deze uitspraak. De Hoge Raad oordeelt in navolging van de conclusie van advocaat-generaal Spronken⁷ dat de politieagenten ten onrechte gebruik hebben gemaakt van hun toezichtbevoegdheden op grond van artikel 5:19 Awb omdat *uitsluitend* sprake was van opsporing op het moment dat het voertuig van de verdachte werd stilgehouden. Daarvoor acht de Hoge Raad de daaraan voorafgegangene context van belang, waaronder de bekendheid van de agenten met de recente woninginbraken in Soest en de aan de controle voorafgegangene briefing waarin zij hadden gehoord dat het voertuig van verdachte meerdere keren was weggereden voor de politie en het eerder niet gelukt was om de verdachte staande te houden. Volgens de Hoge Raad ligt in de vaststelling van deze feiten besloten dat de aan de doorzoeking voorafgegangene controle, bestaande uit het doen stilhouden van de auto en het vorderen van inzage in de bescheiden, heeft plaatsgevonden in verband met eerdere woninginbraken in Soest. Daarom betrof het een onderzoek in verband met strafbare feiten en kan het uitsluitend aangemerkt worden als opsporing als bedoeld in artikel 132a Sv. Onder opsporing wordt op grond van dit artikel verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Dat betekent volgens de Hoge Raad dat de agenten geen toepassing konden geven aan de in artikel 5:19 Awb neergelegde bevoegdheden. De Hoge Raad verwijst daarbij naar artikel 1:6 aanhef en onder a Awb waaruit volgt dat de hoofdstukken 2 tot en met 8 en 10 van de Awb niet van toepassing zijn op de opsporing en vervolging van strafbare feiten. Vandaar dat artikel 5:19 Awb volgens de

2. <https://decentrale.regelgeving.overheid.nl/cvdr/XHTMLoutput/Actueel/Soest/CVDR360150.html>.

3. Art. 6:1 APV. Op grond van art. 125 Gemeentewet kan de APV overigens ook bestuursrechtelijk gesanctioneerd worden.

4. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 december 2015, zaaknr. 21/003026-15 (niet gepubliceerd).

5. HR 18 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:706, NJ 2017/456, m.nt. B.F. Keulen, TPWS 2017/42, NJB 2017/1041, RvdW 2017/539, NBSTRAF 2017/194, SR Updates 2017-0206, m.nt. H. de Doelder.

6. Hof Arnhem-Leeuwarden 30 maart 2018, zaaknr. 21/002666-17 (niet gepubliceerd).

7. Conclusie A-G 19 mei 2020, ECLI:NL:PHR:2020:494.

Hoge Raad geen grondslag biedt voor het toepassen van de in die bepaling neergelegde bevoegdheden van een toezichthouder, indien die bevoegdheidsuitoefening in de concrete omstandigheden van het geval uitsluitend kan worden aangemerkt als opsporing in de zin van artikel 132a Sv.

Nadere analyse

Het verschil in de uitkomst van deze zaak tussen het hof en de Hoge Raad zit in de beoordeling van de aan de doorzoeking van de auto voorafgegangene omstandigheden. De Hoge Raad betreft de hele context die vooraf is gegaan aan het doen stilhouden van de auto terwijl het hof daar geen blijk van geeft. De Hoge Raad leidt uit de kennis bij de politieagenten van recente woninginbraken in Soest en de aan de controle voorafgegangene briefing waarin zij op het spoor waren gezet van de auto van verdachte, af dat sprake was van opsporing toen zij gebruikmaakten van de hiervoor genoemde bevoegdheden op grond van artikel 5:19 Awb. Volgens de Hoge Raad kan uit die omstandigheden louter (uitsluitend) worden afgeleid dat sprake was van opsporing toen de agenten de auto stielden en vroegen om het identiteitsbewijs van de verdachte. De agenten hadden derhalve volgens de Hoge Raad geen gebruik kunnen maken van hun bevoegdheden in artikel 5:19 Awb. Artikel 1:6 Awb staat in de weg aan de inzet van toezichtbevoegdheden bij de opsporing van strafbare feiten. Dit arrest is in lijn met een eerder arrest van 3 april 2018 waarnaar de Hoge Raad in zijn arrest overigens verwijst.⁸ Ook in die zaak oordeelde hij dat het onderzoek van de agenten in de concrete omstandigheden van het geval uitsluitend kon worden aangemerkt als opsporing in de zin van artikel 132a Sv en dat de toezichtbevoegdheden ten onrechte waren ingezet. In die zaak ging het ook om strafrechtelijke veroordelingen vanwege een woninginbraak in de gemeente Zwijndrecht welke steunden op bewijs dat agenten hadden verkregen na stilhouding van een auto op grond van de Wegenverkeerswet 1994. Dat uitsluitend sprake was van opsporingshandelingen leidde de Hoge Raad onder meer af uit de omstandigheid dat de politieagenten in kwestie bezig waren met onder meer de controle van in- en uitgaand verkeer in verband met vele woninginbraken in Zwijndrecht en dat de agenten een stopteken aan de bestuurder van het voertuig gaven na raadpleging van de politiestructuren waaruit volgde dat de tenaamgestelde van de auto meerdere ‘aandachtvestigingen’ op zijn naam had staan. Het arrest van de Hoge Raad van 30 juni 2020 is in zoverre dan ook een bevestiging van eerdere jurisprudentie.

Toezicht versus opsporing

Strafrecht en bestuursrecht raken elkaar vooral bij de handhaving.⁹ Om ongewenste vermenging van rechts-sferen tegen te gaan is in artikel 1:6 onder a Awb bepaald dat de Awb niet van toepassing is op de opsporing en vervolging van strafbare feiten.¹⁰ De woninginbraak in Soest laat zien dat deze scheidslijn in de Awb niet betekent dat het in de praktijk gelijk duidelijk is of sprake is van bestuurlijk toezicht of (mede of uitsluitend) strafrechtelijke opsporing. Problemen ontstaan bijvoorbeeld als dezelfde ambtenaren beide bevoegdheden hebben, dus zowel bestuursrechtelijk toezicht houden als opsporingsbevoegdheden hebben. De APV is illustratief in dit verband. Op grond van artikel 6:2 lid 1 APV zijn toezichthouders naast politieambtenaren werkzaam in de regio Utrecht, in elk geval ook buitengewoon opsporingsambtenaren van Soest en functionarissen van de Regionale Uitvoeringsdienst Utrecht. Een toezichthouder in de zin van artikel 5:11 Awb is een persoon die bij of krachtens wettelijk voorschrift is belast met het houden van toezicht op in dit geval de naleving van de APV. De hiervoor genoemde toezichthouders hebben een groot aantal bevoegdheden die zij kunnen uitoefenen tegen *een ieder*. Naast het in deze zaak besproken onderzoek van vervoermiddelen (art. 5:19 Awb) gaat het om onder meer het betreden van plaatsen (art. 5:15 Awb), het vorderen van inlichtingen (art. 5:16 Awb), het vorderen van een identiteitsbewijs (art. 5:16a Awb) en de inzage in zakelijke gegevens en bescheiden (art. 5:17 Awb). Als sprake is van toezicht dan geldt in beginsel een medewerkingsplicht (art. 5:20 Awb). Wordt niet of niet tijdig medewerking verleend dan is bestuurs- of strafrechtelijke sanctionering (niet opvolgen ambtelijk bevel (art. 184 Sr)) mogelijk. Welke bestuursrechtelijke sancties (boete, last onder dwangsom of bestuursdwang) opgelegd kunnen worden, bepaalt de bijzondere wet.¹¹ De APV-toezichthouders kunnen ook in hun hoedanigheid van opsporingsambtenaar opereren en hebben dan hun strafrechtelijke pet op. De bevoegdheden van opsporingsambtenaren in het kader van opsporing zijn vastgelegd in het Wetboek van Strafvordering. Opsporing is gericht tot de *verdachte* en ziet op de werkzaamheden van opsporingsambtenaren ter vaststelling of in concrete gevallen een strafbaar feit is gepleegd. Voorbeelden van opsporingsbevoegdheden zijn onder meer het vaststellen van de identiteit van de verdachte en het staande houden en aanhouden (art. 52 en 53 Sv), de stelselmatige observatie (art. 126g Sv) en het tappen van telefoongesprekken (art. 126m Sv). Bij opsporing is een verdachte in beginsel niet verplicht om mee te werken aan het opsporingsonderzoek. De verdachte komt namelijk het zwijgrecht toe en hij kan in

8. HR 3 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:487, NJ 2018/296, m.nt. T. Kooijmans, NJB 2018/837, RvdW 2018/491, NBSTRAF 2018/193, SR Updates 2018-0149, m.nt. J.H.J. Verbaan.

9. Dit volgt uit het advies van de Raad van State in verband met de Eerste tranche van de Awb, vgl. Kamerstukken II 1988/89, 21221, B, p. 12.

10. Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3, p. 43.

11. C.M. Saris & F. Ribeiro Bártolo, ‘Wijziging Algemene wet bestuursrecht op komst: sanctionering medewerkingsplicht door middel van last onder bestuursdwang en dwangsom’, Stibbeblog.nl, februari 2020.

beginsel niet worden gedwongen om aan zijn eigen veroordeling mee te werken (het zogenoemde *nemo tenetur*-beginsel). Vandaar dat het voor degene die met toezicht of opsporing wordt geconfronteerd belangrijk is te weten welke pet de toezichthouder op heeft. Is sprake van toezicht dan geldt zoals hiervoor is opgemerkt (in beginsel) de medewerkingsplicht. Is sprake van opsporing dan geldt dat (in beginsel) niet. Het antwoord op de vraag of sprake is van bestuursrechtelijk of (mede) strafrechtelijk optreden, zal afhangen van de feiten en omstandigheden waaronder het onderzoek plaatsvindt. Dat de beoordeling daarvan ook voor de rechter niet eenvoudig is, illustreert deze zaak goed.

Afronding

Ofschoon de wetgever in artikel 1:6 Awb duidelijk heeft bepaald dat de meeste hoofdstukken van deze wet niet zien op opsporing, maar alleen op toezicht, is het in de praktijk veelal niet meteen duidelijk of sprake is van toezicht of opsporing, wanneer toezicht in opsporing is overgegaan (ook wel sfeerovergang genoemd) of wanneer toezicht en opsporing parallel lopen (ook wel sfeercumulatie genoemd). Dat heeft er bovendien mee te maken dat toezichthouders net zoals in deze casus verschillende petten op kunnen hebben. De les die uit deze zaak getrokken kan worden, is dat de context van een zaak van evident belang is om te kunnen bepalen of sprake is van toezicht of van opsporing. Daarvoor zijn wat mij betreft alle feiten en omstandigheden die hebben geleid tot gebruikmaking van de toepaste bevoegdheden door de toezichthouder in kwestie relevant. Die context geeft antwoord op de vraag wanneer sprake is van opsporing en wanneer de bevoegdheidsuitoefening van een toezichthouder in de concrete omstandigheden van het geval uitsluitend kan worden aangemerkt als opsporing. Dat betekent dan ook dat duidelijk uit het dossier (proces-verbaal, verklaringen enz.) moet blijken wat die context is. De uitkomst in deze zaak zal nog afgewacht moeten worden. De zaak ligt nu ter behandeling bij het hof in Amsterdam. Het hof zal moeten oordelen of het OM niet-ontvankelijk geacht moet worden dan wel dat het vergaarde bewijs tot bewijsuitsluiting dient te leiden.