

# Balanceren tussen waarheidsvinding en rechtsbescherming

*Consequenties van onrechtmatig verkregen  
bewijs in het strafrecht en het bestuursrecht*

Master Thesis T.C. Heijmerink (i487600)

Universiteit Maastricht, juli 2013

Master Nederlands Recht

Profiel: Strafrecht & Staats- en Bestuursrecht

Begeleider: S. Jansen

Aantal woorden: 17.627

## Inhoudsopgave

<b>Lijst met gebruikte afkortingen</b>	<b>p. 4</b>
<b>Hoofdstuk 1. Inleiding en probleemstelling</b>	<b>p. 6</b>
- 1.1. Inleiding	p. 6
- 1.2. Probleemstelling	p. 7
- 1.3. Methode	p. 7
- 1.4. Afbakening	p. 8
<b>Hoofdstuk 2. Strafrecht en bestuursrecht</b>	<b>p. 9</b>
- 2.1. Strafrechtelijk bewijsstelsel	p. 9
- 2.2. Bestuursrechtelijk bewijsstelsel	p. 10
- 2.3. Onrechtmatig	p. 12
<b>Hoofdstuk 3. Onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht</b>	<b>p. 14</b>
- 3.1. Inleiding	p. 14
- 3.2. Wettelijk kader	p. 15
- 3.3. Criteria en consequenties strafrecht	p. 19
o 3.3.1. <i>Strafvermindering</i>	p. 20
o 3.3.2. <i>Bewijsuitsluiting</i>	p. 24
▪ 3.3.2.1. Relativiteit	p. 28
▪ 3.3.2.2. Causaal verband	p. 30
▪ 3.3.2.3. Schade	p. 32
o 3.3.3. <i>Niet-ontvankelijk verklaren OM</i>	p. 32
o 3.3.4. <i>Constateren verzuim</i>	p. 34
- 3.4. Conclusie	p. 37

**Hoofdstuk 4. Onrechtmatig verkregen bewijs in het bestuursrecht** **p. 38**

- 4.1. Inleiding p. 38
- 4.2. Criteria en consequenties bestuursrecht p. 39
  - o 4.2.1. *Strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs* p. 39
    - 4.2.1.1. Belastingkamer Hoge Raad p. 39
    - 4.2.1.2. Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State p. 43
    - 4.2.1.3. Centrale Raad van Beroep p. 46
    - 4.2.1.4. College van Beroep voor het bedrijfsleven p. 47
  - o 4.2.2. *Bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs* p. 48
    - 4.2.2.1. Algemeen beginsel van behoorlijk bestuur p. 49
    - 4.2.2.2. 'Zozeer indruist' p. 50
- 4.3. Conclusie p. 53

**Hoofdstuk 5. Conclusies en aanbevelingen** **p. 55**

- 5.1. Strafrecht p. 55
- 5.2. Bestuursrecht p. 58
  - o 5.2.1. *Strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs* p. 58
  - o 5.2.2. *Bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs* p. 60
- 5.3. Conclusies en aanbevelingen p. 61

**Literatuur** **p. 64**

- Boeken p. 64
- Artikelen p. 66
- Parlementaire stukken p. 71
- Jurisprudentie p. 71

## Lijst met gebruikte afkortingen

AA	Ars Aequi
AB	AB Rechtspraak Bestuursrecht
Abw	Algemene bijstandswet
ABrvS	Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
BNB	Beslissingen in belastingzaken – Nederlandse Belastingrechtspraak
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
DD	Delikt en Delinkwent
diss.	dissertatie
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden
Gst.	Gemeentestem
HR	Hoge Raad der Nederlanden
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
JBPlus	Jurisprudentie Bestuursrecht Plus
LJN	Landelijk jurisprudentie nummer
m.nt.	met noot
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
OM	Openbaar Ministerie
red.	redactie
RM Themis	Rechtsgelerd Magazijn Themis
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Sv	Wetboek van Strafvordering
USZ	Uitspraken Sociale Zekerheid
VAR	Vereniging voor Bestuursrecht (voormalige Vereniging voor Administratief Recht)
WVW	Wegenverkeerswet
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht

“(...) meteen [is] duidelijk welke rol de rechter (...) heeft te vervullen: balanceren of – nog mooier – dansen op een smal koord tussen de afgronden van het gemis aan legitimiteit aan de ene kant en het ontbreken van rechtsvaardigheid aan de andere kant.

Zonder legitimiteit kan hij niet opereren en rechtvaardigheid is zijn streven.”

Voordracht mr. G.J.M. Corstens - Congres Universiteit van Tilburg, 28 november 2008

## **Hoofdstuk 1. Inleiding en probleemstelling**

*"Er is (...) geen sprake van een algeheel verbod van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs."*<sup>1</sup>

### **1.1. Inleiding**

Mevrouw Jansen, bijstandsgerechtigde en alleenstaande moeder van twee kinderen, heeft het niet breed. In het kweken van hennep ziet zij een mogelijkheid haar maandinkomsten op te hogen. Als ze op een dag thuis komt ziet ze tot haar grote schik dat de politie bezig is met het ontmantelen van haar hennepkwekerij. Vrijwel gelijktijdig worden twee verschillende rechtsgangen in werking gezet.

Het openbaar ministerie (hierna: OM) gaat over tot vervolging van mevrouw Jansen wegens het kweken van hennep. Tijdens de strafzaak blijkt dat de politie zonder de daarvoor benodigde machtiging de woning van mevrouw Jansen is binnengetroten. Met de advocaat van mevrouw Jansen is de strafrechter dan ook van mening dat het bewijs onrechtmatig is verkregen en dat het niet mag meewerken tot het bewijs. Omdat er geen ander bewijs voor handen is in onderhavige zaak, wordt mevrouw Jansen vrijgesproken van het tenlastegelegde feit.

Enige tijd later wordt via een besluit van het college van burgemeester en wethouders de bijstandsuitkering van mevrouw Jansen herzien en een deel teruggevorderd omdat zij verzwegen heeft de inkomsten uit de hennepkwekerij aan het college door te geven. Het door mevrouw Jansen gemaakte bezwaar tegen dit besluit wordt afgewezen en ze stelt beroep in. Vol goede moed maakt mevrouw Jansen de gang naar de bestuursrechter; de strafrechter heeft immers geoordeeld dat het bewijs onrechtmatig is verkregen. Desondanks wordt het bewijs, tot grote verbazing van mevrouw Jansen, door de bestuursrechter weldegelijk meegenomen. Haar beroep wordt ongegrond verklaard.

Gedesillusioniseerd gaat mevrouw Jansen naar huis. Niet alleen is haar bijstandsuitkering gekort en moet zij een aanzienlijk bedrag terugbetalen, haar vertrouwen in en begrip van

---

<sup>1</sup> M. Scheltema in zijn noot onder HR 1 juli 1992, *NJ* 1994, 621.

ons rechtsstelsel is tot een dieptepunt gedaald. Hoe is het mogelijk dat hetzelfde bewijsstuk binnen de publiekrechtelijke rechtsgang verschillend wordt gewaardeerd?

## **1.2. Probleemstelling**

Bovenstaande casus is geenszins fictie want samengesteld uit verschillende zaken met betrekking tot onrechtmatig verkregen bewijs in het straf- en bestuursrecht. De vraag welke rechtsgevolgen kunnen worden verbonden aan de constatering dat bewijs onrechtmatig is verkregen, wordt in het strafrecht en het bestuursrecht verschillend beantwoord. Dit is opvallend daar genoemde rechtsgebieden beide publiekrecht betreffen en, zoals in bovenstaande casus, soms hetzelfde bewijsmiddel onderwerp van discussie is. In deze scriptie wil ik inzichtelijk maken welke verschillende rechtsgevolgen kunnen worden verbonden aan door overheidsorganen onrechtmatig verkregen bewijs en welke criteria de strafrechter en de bestuursrechter gebruiken bij het bepalen van een dergelijk rechtsgevolg. Onderzoek hiernaar zal ik doen aan de hand van de volgende probleemstelling:

*Welke criteria hanteert de rechter bij het bepalen van de verschillende rechtsgevolgen welke kunnen worden verbonden aan door overheidsorganen onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht en het bestuursrecht?*

## **1.3. Methode**

Dit onderzoek zal allereerst kort de contouren schetsen van het strafrechtelijke en het bestuursrechtelijke bewijsstelsel (hoofdstuk twee). Ook zal in dit hoofdstuk kort het begrip 'onrechtmatig' worden toegelicht, daarbij aandacht bestedend aan de in dit schrijven gekozen definitie van dit omvangrijke begrip. In het derde en vierde hoofdstuk staat onrechtmatig verkregen bewijs in respectievelijk het strafrecht en het bestuursrecht centraal. In deze hoofdstukken zal genoemde onderzoeksvraag als leidend gelden. Bekeken wordt welke rechtsgevolgen aan een geconstateerde onrechtmatigheid (kunnen) worden verbonden en welke criteria voornoemde rechters hierbij hanteren. In het laatste hoofdstuk (hoofdstuk vijf) zal beantwoording van de onderzoeksvraag centraal staan. Ook zullen hier, naast een vergelijking tussen beide rechtsgebieden, conclusies worden getrokken en aanbevelingen worden gedaan.

#### **1.4. Afbakening**

Van belang is te onderkennen dat deze scriptie een aantal onderwerpen die (nauw) samenhangen met onrechtmatig bewijs niet tot onderwerp van studie heeft. Zo zal bewijsgaring door derden en/of particulieren, bewijsgaring door buitenlandse autoriteiten en onrechtmatig bewijs in het civiele recht niet aan bod komen in dit schrijven.<sup>2</sup> Ook een rechtsvergelijkend perspectief blijft uit.

Wel zal in genoemde hoofdstukken af en toe een uitstapje naar Straatsburg worden gemaakt daar het straf- en bestuursrecht in zekere mate worden genormeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM).

---

<sup>2</sup> Zie hierover onder andere: Corstens 2011, p. 736 e.v.; Embregts 2003, p. 55 en p. 237 – 268; Nijboer 2001, p. 84; Kremer 2001, p. 57 – 70; Rueb 2001, p. 89 – 94; Kremer 1999.



## Hoofdstuk 2. Strafrecht en bestuursrecht

*"De juridische aanpak van de complexe werkelijkheid berust op een reductie van die werkelijkheid."*<sup>3</sup>

### 2.1. Strafrechtelijk bewijsstelsel

In het strafrecht staat het (negatief) sanctioneren van wederrechtelijk gedrag centraal. Het strafrecht regelt wat er gebeurt indien rechtssubjecten normen overtreden.<sup>4</sup> De overheid is zelf ook gebonden aan de wet.<sup>5</sup> Kern van de rechtsstaatgedachte is dat bestraffing slechts dan wordt toegelaten indien op deugdelijke wijze is vastgesteld dat werkelijk een strafbaar feit is begaan en wie daarvoor verantwoordelijk moet worden gehouden. Bij deze vaststelling speelt (het) bewijs(recht) een belangrijke rol.<sup>6</sup>

Het onderwerp van geschil dat aan de rechter wordt voorgelegd in de strafprocedure is hetgeen de verdachte ten laste wordt gelegd. Indien het tenlastegelegde bewezen wordt geacht, kan de verdachte daarvoor worden bestraft. De vorm en inhoud van de strafprocedure zijn sterk geformaliseerd en liggen vast in het Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv).<sup>7</sup> In dit wetboek is een negatief wettelijk bewijsstelsel neergelegd met betrekking tot de eerste vraag van artikel 350 Sv: of de verdachte het hem tenlastegelegde feit heeft begaan. Het bewijsstelsel is *negatief* daar de rechter alleen tot bewezenverklaring over mag gaan als hij zelf door de inhoud van de bewijsmiddelen ervan overtuigd is dat de verdachte het tenlastegelegde feit heeft begaan (artikel 388 Sv). Het bewijsstelsel is *wettelijk* omdat de wet de bewijsmiddelen limitatief opsomt (artikel 339 Sv).<sup>8</sup> Deze bewijsmiddelen mogen worden aangevuld met gegevens van algemene bekendheid die geen bewijs behoeven (artikel 339 lid 2 Sv).

---

<sup>3</sup> Brenninkmeijer 2006, p. 14.

<sup>4</sup> Corstens 2011, p. 1.

<sup>5</sup> Hoewel binnen het strafrecht discussie heerst over de vraag naar de invulling en reikwijdte van het legaliteitsbeginsel wordt algemeen aangenomen dat dit beginsel inhoudt dat geen feit strafbaar is dan uit kracht van een voorafgaande wettelijke strafbepaling (zie artikel 16 Grondwet, artikel 1 Wetboek van Strafrecht en artikel 1 Wetboek van Strafvordering). In het strafrecht heeft het legaliteitsbeginsel vooral betekenis in de sfeer van de rechtszekerheid.

<sup>6</sup> Reijntjes 2009, p. 1, 2.

<sup>7</sup> Hartmann 1998, p. 39.

<sup>8</sup> Jorg, Kelk 2001, p. 267, 268; Fokkens 2006, p. 19.

Alle bewijsmateriaal dat via de wettige bewijsmiddelen kan worden ingebracht, mag in de procedure en ook voor de bewijsbeslissing worden gebezigd, behalve voor zover bewijsmateriaal wordt uitgesloten om redenen van (on)betrouwbaarheid of (on)rechtmatigheid.<sup>9</sup> Noch de wetgever, noch de (cassatie)rechter gaat daarbij zover dat alles wat de betrouwbaarheid en/of rechtmatigheid aan zou kunnen tasten, dient te worden uitgesloten.<sup>10</sup> Onderscheid moet hierbij worden gemaakt tussen schending van de ter terechtzitting geldende bewijsvoeringsregels enerzijds en onregelmatigheden met betrekking tot bewijsgaring en bewijsvoering in het vooronderzoek anderzijds. De rechter zal fouten die tijdens de terechtzitting worden gemaakt altijd pogen te herstellen. Indien dat niet geschiedt, maakt schending van een essentieel zittingsvoorschrift het onderzoek op de terechtzitting ondeugdelijk en leidt dit in beginsel steeds tot vernietiging van het naar aanleiding van dat onderzoek gewezen vonnis of arrest.<sup>11</sup> De sanctie van nietigheid geldt niet voor onregelmatigheden met betrekking tot bewijsgaring en bewijsvoering in het vooronderzoek (zie artikel 256 lid 2 Sv).<sup>12</sup> Dit betekent echter niet dat alle onregelmatigheden zonder gevolg blijven. Zo kan schending van normen in het vooronderzoek ertoe leiden dat het daardoor verkregen materiaal terzijde moet worden geschoven.<sup>13</sup> Het in het volgende hoofdstuk nader te bespreken artikel 359a Sv geeft aan welke (andere) consequenties er aan onrechtmatig verkregen bewijs kunnen worden verbonden.

## **2.2. Bestuursrechtelijk bewijsstelsel**

Het bestuursrecht (of: administratieve recht) bevat regels omtrent het handelen van het openbaar bestuur. In tegenstelling tot het strafrecht draait het in het bestuursrecht in beginsel om handhaving van de publiekrechtelijke regels en herstel van de rechtmatige toestand.<sup>14</sup> Het bestuursrecht biedt zowel handvatten voor de overheid om de samenleving te besturen,<sup>15</sup> alsook waarborgen voor burgers ten opzichte van datzelfde overheidshandelen.<sup>16</sup> Hoewel binnen het bestuursrecht discussie bestaat over de

---

<sup>9</sup> De wetgever heeft lichtvaardige bewezenverklaringen willen tegen gaan door eisen te stellen waaraan de afzonderlijke bewijsmiddelen moeten voldoen. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de beëdiging van getuigen (artikel 290 lid 2 Sv) en de bewijsminima. Zie: Nijboer 2004, p. 493, 494.

<sup>10</sup> Nijboer 2004, p. 498.

<sup>11</sup> Jong, Knigge 2005, p. 217.

<sup>12</sup> Woensel 2004, p. 125.

<sup>13</sup> Knigge 2001, p. 146, 147.

<sup>14</sup> Het bestuur heeft recent meer bevoegdheden gekregen tot het opleggen van bestraffende sancties, zoals de bestuurlijke boete (artikel 5:40 Awb e.v.). Zie onder andere: Michiels 2005, p. 391 – 400, m.n. p. 391, 392.

<sup>15</sup> 'Besturen' ziet op één van de drie overheidsfuncties, te weten: wetgeving, bestuur en rechtspraak.

<sup>16</sup> Van Wijk, Konijnenbelt, Van Male 2011, p. 1.

reikwijdte en invulling van het beginsel van wetmatigheid van bestuur (door Konijnenbelt en Van Male gelijkgesteld met het legaliteitsbeginsel), wordt algemeen aangenomen dat dit beginsel van toepassing is op alle bevoegdheden van bestuursorganen die inbreuk (kunnen) maken op vrijheid of eigendom van bestuurden.<sup>17</sup> Ontbreekt een expliciet wettelijke basis bij overheidsoptreden, dan moet dit optreden als onrechtmatig worden beschouwd.<sup>18</sup>

In het bestuursrecht gaat de kern van elk geschil over de rechtmatigheid van een door een bestuursorgaan genomen besluit. Anders dan in het strafrecht gaat het bestuursprocesrecht hierbij uit van de zogenaamde vrije bewijsleer.<sup>19</sup> Hoewel de exacte omvang en definitie van deze leer in de literatuur niet eenduidig is, lijkt deze leer in ieder geval in te houden dat de vrijheid van het (materiële) bestuursrechtelijke bewijsrecht blijkt uit de geringe binding van de bestuursrechter aan wettelijke bewijsregels. Voorts stellen onder andere Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male<sup>20</sup> dat regels van materieel bewijsrecht, betreffende de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen en de bewijskracht, vrijwel geheel ontbreken in het bestuurs(proces)recht.<sup>21</sup> De wetgever wijst in dit verband op de actieve opstelling van de rechter ten aanzien van het feitenonderzoek. De bestuursrechter moet, binnen de grenzen van het geschil, op zoek gaan naar de materiële waarheid.<sup>22</sup> Volgens Schueler en Tak<sup>23</sup> heeft de rechter aldus een grote mate van vrijheid bij het bepalen van de bewijsomvang, de (toelaatbare) bewijsmiddelen, het verdelen van de bewijslast en het waarden van de bewijskracht.<sup>24</sup>

Daar in het bestuursrecht de vrije bewijsleer geldt, schrijft de Awb de bestuursrechter niet voor wanneer sprake is van, en hoe om te gaan met, onrechtmatig verkregen bewijs. Desondanks brengt de rechtsstaatgedachte met zich dat ook in het bestuursrecht

---

<sup>17</sup> Het accent bij het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel ligt op de voor een bevoegdheid van een bestuursorgaan benodigde wettelijke grondslag.

<sup>18</sup> Van Wijk, Konijnenbelt, Van Male 2011, p. 34, 35; Embregts 2003, p. 52 – 55.

<sup>19</sup> Al in de oudere literatuur over het administratieve procesrecht wordt de vrije bewijsleer als algemeen kenmerk van het bestuursprocesrecht aangevoerd (Kan 1966, p. 519 e.v.). Ook de Afdeling rechtspraak van de Raad van State oordeelde op 21 januari 1988 (AB 1989, 36) dat het administratieve recht, anders dan het strafprocesrecht, een vrije bewijsvoering kent.

<sup>20</sup> Van Wijk, Konijnenbelt, Van Male 2011, p. 556.

<sup>21</sup> Het bestuursrecht kent wel regels van formeel bewijsrecht, te vinden in hoofdstuk 6 tot en met 8 Awb. Overigens wordt het streven om in de Awb regels van materieel bewijsrecht op te nemen in de literatuur in toenemende mate bepleit. Zie bijvoorbeeld: Schlössels, Schuurmans, Koopman, Verburg 2009; Barkhuysen, Schuurmans 2012. Zie in dit verband ook: Schuurmans, Verburg 2012.

<sup>22</sup> Daalder, de Groot, van Breugel 1994 (PG Awb II), p. 175 – 176. Zie ook: Schlössels, Schuurmans, Koopman, Verburg 2009, p. 33.

<sup>23</sup> Zie Schueler 2006, p. 226; Tak 2008, p. 881.

<sup>24</sup> Zie hierover onder andere: Schlössels, Schuurmans, Koopman, Verburg 2009; Schuurmans, Verburg 2012.

onrechtmatig verkregen materiaal niet altijd bruikbaar is in de procedure.

Alvorens in de volgende hoofdstukken te bezien welke rechtsgevolgen aan onrechtmatig verkregen bewijs in respectievelijk het strafrecht (hoofdstuk 3) en het bestuursrecht (hoofdstuk 4) (kunnen) worden verbonden en welke criteria de rechter hierbij hanteert, zal in dit verband eerst kort worden ingegaan op het begrip 'onrechtmatig'.

### **2.3. Onrechtmatig**

Onrechtmatig verkregen bewijs is, kort gezegd, bewijs dat is verkregen in strijd met het recht. Zowel in het strafrecht als in het bestuursrecht wordt er over onrechtmatig verkregen bewijs gesproken wanneer dat bewijs is vergaard in strijd met een wettelijk voorschrift, indien zonder een wettelijke basis wordt gehandeld door overheidsorganen of wanneer de beginselen van een goede procesorde respectievelijk de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet in acht zijn genomen.<sup>25</sup> In dit schrijven zal het volgende onrechtmatigheidsbegrip als leidend worden beschouwd: bewijs dat door overheidsorganen is verkregen in strijd met geschreven en/of ongeschreven regels van strafrecht en/of bestuursrecht.<sup>26</sup>

Het komt ook voor dat de onregelmatigheid met betrekking tot de bewijsgaring plaatsvindt *nadat* het materiaal in handen van justitie is gevallen. Een zeer recent voorbeeld vormt het arrest van het hof 's-Hertogenbosch waarin het hof van oordeel is dat met het vroegtijdig vernietigen van alle monsters van de in een zeecontainer aangetroffen vermeende cocaïne een inbreuk is gemaakt op de rechten van verdachte welke voortvloeien uit artikel 6 EVRM.<sup>27</sup> Het in beginsel rechtmatig verkregen materiaal is tijdens het onderzoek ten onrechte vernietigd, zodat het aan de eis van een eerlijke procesvoering ontleende recht op contra-expertise is gefrustreerd. Met een goede procesorde is evenzeer in strijd het gebruik van materiaal waarmee is 'gesjoemeld' nadat het is verkregen.<sup>28</sup> Omdat ik met Embregts van mening ben dat 'verkrijgen' ruim moet worden opgevat,<sup>29</sup> zal in het navolgende ook in die gevallen waarin het verzuim is opgetreden ná het moment van verkrijging van het materiaal, gesproken worden van

---

<sup>25</sup> Zie hierover uitgebreider: Embregts 2003, p. 50 e.v.

<sup>26</sup> Kaptein 2001, p. 26. Voor deze definitie is mede gekozen daar zij aansluit bij de definitie van 'vormverzuimen': het niet naleven van strafprocesrechtelijke geschreven en ongeschreven vormvoorschriften. Zie: *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, nr. 3, p. 25.

<sup>27</sup> Hof 's-Hertogenbosch 23 april 2013, *LJN* BZ8257.

<sup>28</sup> Knigge 2001, p. 148, 149.

<sup>29</sup> Embregts 2003, p. 50.

onrechtmatig verkregen bewijs. Daaronder moet dan worden verstaan: bewijs *ten aanzien waarvan* geschreven en/of ongeschreven regels van strafrecht en/of bestuursrecht niet zijn nageleefd.<sup>30</sup>

Onrechtmatig verkregen materiaal hoeft niet feitelijk onbetrouwbaar te zijn. Indien dit wel het geval is, zal dit materiaal door de rechter om die reden buiten beschouwing worden gelaten (ongeacht of dit materiaal rechtmatig is verkregen).<sup>31</sup> Denk bijvoorbeeld aan tegenstrijdige verklaringen van een getuige<sup>32</sup> of een onregelmatige geuridentificatieproef.<sup>33</sup> De grondslag voor het feit dat onbetrouwbaar bewijs niet dient te worden gebezigd, is te vinden in het streven naar materiële waarheidsvinding en moet aldus niet worden gezien als sanctie op de eventueel onrechtmatige bewijsgaring.<sup>34</sup> Voor zover de onbetrouwbaarheid van het materiaal niet het resultaat is van onrechtmatige bewijsgaring, valt zij buiten het bestek van deze scriptie.<sup>35</sup>

Voorgaande maakt duidelijk dat onderscheid dient te worden gemaakt tussen de vraag of het bewijs onrechtmatig is verkregen (de onrechtmatigheidsvraag), en de vraag welk rechtsgevolg aan deze constatering moet worden verbonden (de toelaatbaarheidsvraag).<sup>36</sup> In deze scriptie zal beantwoording van laatstgenoemde vraag centraal staan.

---

<sup>30</sup>Knigge 2001, p. 149.

<sup>31</sup> Embregts 2003, p. 46, 47; Schalken, Rozemond 1997, p. 1368. Betreffende de betrouwbaarheid van bewijs zie: Buruma 2009, p. 303 – 324.

<sup>32</sup> HR 28 september 2010, *LJN* BN0517.

<sup>33</sup> HR 22 april 2008, *LJN* BC8789 en 29 april 2008, *LJN* BC9956.

<sup>34</sup> De Hoge Raad bepaalt dat indien de betrouwbaarheid van verkregen onderzoeksmateriaal wezenlijk is beïnvloed "het onderzoeksmateriaal (...) reeds om die reden door de rechter buiten beschouwing [zal] worden gelaten." Zie: HR 30 maart 2004, *LJN* AM2533, r.o. 3.6.4. Herhaald in HR 29 januari 2013, *LJN* BY0816 en *LJN* BTY2814.

<sup>35</sup> Dubelaar heeft aangetoond dat uitsluiting van bewijs wegens onbetrouwbaarheid en onrechtmatigheid nogal eens door elkaar wordt gebruikt. Zie: Dubelaar 2009, p. 93 – 105.

<sup>36</sup> Embregts 2003, p. 48, 49.

## Hoofdstuk 3. Onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht

*"Het bewijsrecht is een van de pijlers van de uiteindelijke kwaliteit van het strafrecht, van het rechtskarakter van het strafrecht."*<sup>37</sup>

### 3.1. Inleiding

Het is van betrekkelijk recente datum dat rechtsgevolgen kunnen worden verbonden aan de onrechtmatige verkrijging van bewijsmateriaal in Nederland. In het verleden werden klachten over fouten met betrekking tot de bewijsgaring ter zijde geschoven, voor zover daardoor niet de wettigheid en/of betrouwbaarheid van de bewijsmiddelen werd aangetast. Kentering vormde het arrest van de Hoge Raad uit 1962 inzake een bloedproef.<sup>38</sup> De in dit arrest geïntroduceerde 'exclusionary rule' – die overigens pas later door toedoen van Peters die naam kreeg in Nederland<sup>39</sup> – houdt in dat de resultaten van ongerechtvaardigde inbreuken op de grondrechten van een burger door overheidsorganen begaan in het kader van de strafvordering, niet als bewijs tegen hem mogen worden gebruikt. Dit arrest kwam niet geheel onverwacht; het wordt vaak gezien als een uitvloeisel van de in Amerika al langer gehanteerde exclusionary rule.<sup>40</sup>

Doordat het Tweede Bloedproef-arrest lange tijd een op zichzelf staand arrest bleef, ontstond onzekerheid omtrent de reikwijdte van de uitsluitingsregel. De lagere rechtspraak oordeelde dan ook slechts incidenteel in lijn met het in 1962 door de Hoge Raad gewezen arrest.<sup>41</sup> Pas in 1978 heeft de Hoge Raad definitief de bewijsuitsluitingsregel om redenen van onrechtmatigheden in het vooronderzoek erkend. In het Erwtenspistool-arrest<sup>42</sup> oordeelde de Hoge Raad dat onrechtmatig verkregen bewijs *onder omstandigheden* van het bewijs *kan* worden uitgesloten. Deze door de Hoge Raad aangebrachte nuanceringen zijn kenmerkend voor de wijze waarop de uitsluitingsregel thans toepassing vindt.

---

<sup>37</sup> Jorg, Kelk 2001, p. 267.

<sup>38</sup> HR 26 juni 1962, *NJ* 1962, 470. Zie: Corstens 2011, p. 377.

<sup>39</sup> HR 7 december 1971, *NJ* 1972, 197; Peters 1973, p. 236.

<sup>40</sup> Al in het jaar 1886 oordeelde het US Supreme Court in de zaak *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886), dat het door de verdachte verschaft bewijsmateriaal moest worden uitgesloten. In 1914 wordt de exclusionary rule bevestigd in de zaak *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

<sup>41</sup> Zie Rb. Rotterdam 2 oktober 1973, *NJ* 1974, 89; Hof 's Gravenhage 12 juni 1975 (kenbaar uit HR 16 december 1975, *NJ* 1976, 491); Hof Amsterdam 3 juni 1977, *NJ* 1978, 601.

<sup>42</sup> HR 18 april 1978, *NJ* 1978, 365.

In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op de criteria die de strafrechter hanteert bij het bepalen van de verschillende rechtsgevolgen welke kunnen worden verbonden aan onrechtmatig verkregen bewijs. Bij het bespreken van de verschillende rechtsgevolgen zal vooral aandacht worden besteed aan de mogelijkheid van strafvermindering en bewijsuitsluiting. Alvorens hier nader op in te gaan zal het wettelijk kader worden geschetst. Bovendien zullen in het navolgende de algemene gezichtspunten en factoren worden besproken welke van belang zijn bij de keuze voor een bepaald rechtsgevolg.

### **3.2. Wettelijk kader**

Het Erwtenpistool-arrest in combinatie met de invoering van de motiveringsplicht heeft ervoor gezorgd dat het strafrechtelijk leerstuk van onrechtmatig verkregen bewijs in hoog tempo tot ontwikkeling kwam,<sup>43</sup> in 1995 uitmondend in het opnemen van artikel 359a in het Wetboek van Strafvordering middels de inwerkingtreding van het wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Strafvordering (hierna: de Wet vormverzuimen).<sup>44</sup> Genoemde wet is een uitvloeisel van het in 1993 door de commissie-Moons uitgebrachte rapport 'Recht in vorm'.<sup>45</sup> Met de invoering van artikel 359a Sv in 1996 worden de in de jurisprudentie ontwikkelde sancties op vormverzuimen wettelijk vastgelegd. De wetgever heeft er uitdrukkelijk voor gekozen slechts een wettelijk kader te schetsen waarbinnen de rechter opereert.<sup>46</sup> Artikel 359a Sv luidt als volgt:

*1. De rechtbank kan, indien blijkt dat bij het voorbereidend onderzoek vormen zijn verzuimd die niet meer kunnen worden hersteld en de rechtsgevolgen hiervan niet uit de wet blijken, bepalen dat:*

- a. de hoogte van de straf in verhouding tot de ernst van het verzuim, zal worden verlaagd, indien het door het verzuim veroorzaakte nadeel langs deze weg kan worden gecompenseerd;*
- b. de resultaten van het onderzoek die door het verzuim zijn verkregen, niet mogen bijdragen aan het bewijs van het tenlastegelegde feit;*
- c. het openbaar ministerie niet ontvankelijk is, indien door het verzuim geen sprake kan zijn van een behandeling van de zaak die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet.*

---

<sup>43</sup> Kremer 1999, p. 5; Nijboer 2000, p. 12.

<sup>44</sup> Wijziging van het Wetboek van Strafvordering (vormverzuimen), 14 september 1995, *Stb.* 1995, 441 (i.w.tr. op 2 november 1996).

<sup>45</sup> Met als onderwerp de vormvoorschriften uit het Wetboek van Strafvordering en de aan niet-naleving daarvan te verbinden rechtsgevolgen. Zie: Corstens 1993, p. 9 – 91.

<sup>46</sup> *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, nr. 3, p. 25.

2. Bij de toepassing van het eerste lid, houdt de rechtbank rekening met het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt.

3. Het vonnis bevat de beslissingen vermeld in het eerste lid. Deze zijn met redenen omkleed.

De memorie van toelichting definieert vormverzuimen als zijnde "het niet naleven van strafprocesrechtelijke geschreven en ongeschreven vormvoorschriften (zie ook de artikelen 199 en 256)."<sup>47</sup> Waar de wetgever in de jaren '90 een ruim begrip voorstond,<sup>48</sup> heeft de rechter de reikwijdte van het begrip vormverzuim de afgelopen jaren beperkt. In het hierna nader te bespreken afvoerpipj-arrest van 30 maart 2004 geeft de Hoge Raad een overzicht en samenvatting van de tot dan toe gewezen uitspraken over artikel 359a Sv. Zo bepaalt de Hoge Raad onder andere:

" "Het voorbereidend onderzoek" uit art. 359a Sv heeft uitsluitend betrekking op het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte terzake het aan hem tenlastegelegde feit waarover de rechter die in art. 359a Sv wordt bedoeld, heeft te oordelen. Art. 359a Sv is dus niet van toepassing indien het verzuim is begaan buiten het verband van dit voorbereidend onderzoek.<sup>49</sup> Dat doet zich onder meer voor als het vormverzuim is begaan in het voorbereidend onderzoek inzake een ander dan het aan de verdachte tenlastegelegde feit.<sup>50</sup> Art. 359a Sv is ook niet van toepassing bij vormverzuimen die betrekking hebben op bevelen inzake de toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen welke kunnen worden voorgelegd aan de rechter-commissaris<sup>51</sup> die krachtens de wet belast is met het toezicht op de toepassing dan wel de voortdoring van bepaalde tijdens het voorbereidend onderzoek bevolen vrijheidsbenemende dwangmiddelen en die aan dergelijke verzuimen rechtsgevolgen kan verbinden ten aanzien van de voortzetting van de vrijheidsbeneming."<sup>52</sup>

Voorts is van belang dat het eerste lid van artikel 359a Sv het herstel van het verzuim

<sup>47</sup> *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, nr. 3, p. 25.

<sup>48</sup> *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, nr. 3, p. 2, 3 en p. 24, 25. Bevestigd in HR 6 april 1999, *NJ* 1999, 565 m.nt. Sch.

<sup>49</sup> Verzuim van vormen bij de aanhouding en in verzekeringstelling zijn geen 'vormverzuimen' in de zin van artikel 359a Sv (HR 8 mei 2001, *LJN* AB1566) en een uitleveringsverzoek kan niet tot het voorbereidend onderzoek als bedoeld in artikel 359a Sv worden gerekend (HR 8 juli 2008, *LJN* BC5973).

<sup>50</sup> In HR 29 januari 2013, *LJN* BY2814 stelt de HR dat artikel 359a Sv niet van toepassing is daar de omstandigheid dat het celmateriaal en het verslag DNA-onderzoek in een *andere* zaak uit de databank verwijderd en vernietigd hadden behoren te zijn, niet de gevolgtrekking kan dragen dat dit een vormverzuim oplevert dat is begaan in het kader van het voorbereidend onderzoek in *deze* zaak. Zie in dit verband ook: HR 29 november 2005, *LJN* AU3297; HR 3 maart 2009, *LJN* BG7244; HR 31 mei 2011, *LJN* BP1179; de Winter 2013, p. 595; van Kampen 2013, p. 4.

<sup>51</sup> Zie in dit verband HR 22 juni 2004, *LJN* AO8320.

<sup>52</sup> HR 30 maart 2004, *LJN* AM2533, r.o. 3.4.2.



voorop stelt.<sup>53</sup> Dit sluit aan bij het stelsel van de artikelen 199 en 256 Sv.<sup>54</sup> Indien het geconstateerde verzuim hersteld kan worden heeft de rechter aldus geen keuze en moet dit verzuim worden 'gerepareerd'. Zo is de Hoge Raad in HR 1 juli 2003, *LJN AF9417* van mening dat doordat de in eerste aanleg ontbrekende stukken in hoger beroep alsnog door de advocaat-generaal bij het Hof aan het strafdossier zijn toegevoegd het verzuim dat zich volgens het Hof in eerste aanleg had voorgedaan, is hersteld.<sup>55</sup> Recenter voorbeeld volgt uit HR 13 november 2012, *LJN BX9558*. In deze zaak hebben de verbalisanten al dan niet moedwillig de inhoud van een tapgesprek aangepast (in plaats van "Maar hoeveel wielen moeten ermee" is in de transcriptie van het gesprek opgenomen: "Maar hoeveel moeten ermee"). Rechtbank en hof zijn echter van de gecorrigeerde versie uitgegaan daar de officier deze weglating heeft gecorrigeerd. De Hoge Raad is van mening dat het eventuele vormverzuim is hersteld.<sup>56</sup> Het kan echter ook zo zijn dat een verzuim in eerste aanleg dermate ernstig is, dat dit niet voor herstel vatbaar is. Zo was in het arrest van de Hoge Raad van 4 februari 1997 sprake van misleiding van de rechter. Met het hof was de Hoge Raad van mening dat een dergelijke schending van de beginselen van een behoorlijke procesorde zich niet leende voor herstel bij een behandeling in latere instantie.<sup>57</sup>

Artikel 359a Sv bepaalt tevens dat de rechter pas van de in dit artikel voorgestelde sancties gebruik mag maken indien de rechtsgevolgen van het verzuim niet uit de wet blijken. Als het verzuimde vormvoorschrift bijvoorbeeld met een wettelijke niet-ontvankelijkheid van het OM is bedreigd, moet hij deze sanctie uitspreken en heeft hij geen keuze uit het hierna nader te bespreken sanctiearsenaal van artikel 359a Sv.<sup>58</sup>

Bij het bepalen van de rechtsgevolgen welke verbonden kunnen worden aan (een) vormverzuim(en) dient de rechter rekening te houden met de omstandigheden van het geval en meer specifiek de in het tweede lid van artikel 359a Sv genoemde factoren. Het rechtsgevolg zal door deze factoren moeten worden gerechtvaardigd. De Hoge Raad stelt

---

<sup>53</sup> *Kamerstukken II 1993/94*, 23705, nr. 3, p. 25.

<sup>54</sup> Verschil met genoemde artikelen is dat artikel 359a Sv ziet op herstel van niet met nietigheid bedreigde vormverzuimen door de rechtbank ter zitting waar artikel 199 en 256 Sv zien op herstel van tijdens het voorbereidend onderzoek begane – al dan niet met nietigheid bedreigde – vormverzuimen door de rechter-commissaris respectievelijk de raadkamer. Zie: van Woensel 2004, p. 125 en HR 30 maart 2004, *LJN AM2533*, r.o. 3.3.

<sup>55</sup> Zie in dit verband ook: HR 1 november 2005, *LJN AU 2239* waarin verdachte niet in de gelegenheid was gesteld om contra-expertise te verzoeken daar hij niet op de hoogte was gebracht van de uitslag van een DNA-onderzoek. De zittingsrechter kon verdachte hier op de zitting echter op attenderen waardoor de verdachte ook nog ter terechtzitting in appèl een tegenonderzoek kon verzoeken.

<sup>56</sup> Zie hierover ook de conclusie van A-G Machielse bij HR 13 november 2012, *LJN BX9558*.

<sup>57</sup> HR 4 februari 1997, *LJN ZD0632*, r.o. 14.

<sup>58</sup> *Kamerstukken II 1993/94*, 23705, nr. 3, p. 25. Herhaald in: HR 30 maart 2004, *LJN AM2533*, r.o. 3.3.

daaromtrent in zijn standaardarrest van 30 maart 2004 het volgende:

"De eerste factor is "het belang dat het geschonden voorschrift dient". De tweede factor is "de ernst van het verzuim". Bij de beoordeling daarvan zijn de omstandigheden van belang waaronder het verzuim is begaan. Daarbij kan ook de mate van verwijtbaarheid van het verzuim een rol spelen. De derde factor is "het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt". Bij de beoordeling daarvan is onder meer van belang of en in hoeverre de verdachte door het verzuim daadwerkelijk in zijn verdediging is geschaad."<sup>59</sup>

Bij de eerste factor kan worden gedacht aan bijvoorbeeld de huisvrede bij onrechtmatig binnentreden of de privacy bij het vorderen van gegevens. Ook de tweede factor, de ernst van het verzuim, is van belang voor de keuze van het rechtsgevolg. Geringe vormverzuimen kunnen worden afgedaan met strafvermindering of de enkele constatering van de onrechtmatigheid, terwijl bij zeer ernstige vormverzuimen de niet-ontvankelijkheid van het OM in beeld komt. Hier kan de goede trouw van de verbalisanten die het verzuim hebben veroorzaakt een rol spelen.<sup>60</sup> Bovendien heeft de Hoge Raad er herhaaldelijk op gewezen dat het voor de waardering van de ernst van het verzuim van belang kan zijn of een wel bevoegde autoriteit eveneens een machtiging zou hebben verleend.<sup>61</sup> Wat betreft de derde factor kan het onder omstandigheden voorkomen dat het nadeel voor verdachte ontbreekt. Klassiek voorbeeld volgt uit een arrest van 7 juni 1977. De Hoge Raad oordeelt dat het niet in acht nemen van artikel 29, tweede lid, Sv niet tot nietigheid behoeft te leiden, aangezien "het hier om een juridisch geschoolde verdachte gaat, die door het verzuim geacht kan worden niet te zijn benadeeld in haar verdediging."<sup>62</sup> Bovendien oordeelde de Hoge Raad recent: "het belang van de verdachte dat het gepleegde feit niet wordt ontdekt, [kan] niet (...) worden aangemerkt als een rechtens te respecteren belang, zodat een eventuele schending van dit belang als gevolg van een vormverzuim niet een

---

<sup>59</sup> HR 30 maart 2004, *LJN* AM2533, r.o. 3.5. Herhaald in HR 9 april 2013, *LJN* BX4439.

<sup>60</sup> HR 19 juni 2001, *LJN* AB2202. Zie: Corstens 2011, p. 730 – 732. Zie in dit verband ook: HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322 waarin de Hoge Raad stelt dat bij het bepalen van de ernst van het verzuim ook van belang kan zijn of de desbetreffende opsporingsambtenaren te goeder trouw erop mochten aangaan dat de hun verstrekte machtiging door een bevoegde hulpofficier van justitie was afgegeven.

<sup>61</sup> Zie bijvoorbeeld HR 17 januari 2012, *LJN* BT6553; HR 21 november 2006, *LJN* AY7363; HR 31 mei 2011, *LJN* BP1179 en *LJN* BP6159 (zie hierover ook Schalken in zijn noot onder laatstgenoemd arrest).

<sup>62</sup> HR 7 juni 1977, *LJN* AB9838. Zie ook HR 13 maart 1979, *LJN* AC2933 waarin niet-inachtneming van artikel 29, tweede lid Sv wederom niet de nietigheid van het onderzoek ter terechtzitting en arrest ten gevolge had daar verdachte werd geacht redelijkerwijs niet in zijn verdediging te zijn geschaad omdat verdachte in hoger beroep werd bijgestaan door een raadsman welke in hoger beroep geen beroep op voormeld verzuim had gedaan.

nadeel oplevert als bedoeld in art. 359a, tweede lid, Sv.”<sup>63</sup> Uit HR 22 december 2009, *LJN* BJ9895 blijkt dat de Hoge Raad streng toetst of de feitenrechter voornoemde gezichtspunten in acht neemt. Het derde lid van artikel 359a Sv tot slot bepaalt dat het vonnis de beslissingen vermeld welke het eerste lid van artikel 359a Sv bevat en dat deze met redenen zijn omkleed.<sup>64</sup>

Van de verdediging wordt bovendien een actieve en bekwame houding verwacht indien een beroep wordt gedaan op de rechtsgevolgen zoals genoemd in artikel 359a Sv. Af en toe oordeelt de Hoge Raad dat een door de verdediging gevoerd verweer niet voldoet aan de door hem geformuleerde criteria en aldus niet behoefde te worden besproken door de feitenrechter.<sup>65</sup> De raadsman dient aldus duidelijk en gemotiveerd – aan de hand van de factoren zoals genoemd in artikel 359a, tweede lid, Sv – tot uitdrukking te brengen tot welk rechtsgevolg het door hem aangevoerde verzuim zou moeten leiden.<sup>66</sup> Een verweer dat niet aan genoemde eisen voldoet kan de rechter zonder problemen terzijde schuiven.<sup>67</sup> Voorts kan de rechter een onderzoek naar de juistheid van de feitelijke grondslag van het verweer achterwege laten op grond van zijn in zijn beslissing tot uitdrukking gebrachte oordeel dat het desbetreffende verweer in verband met hetgeen daartoe is aangevoerd niet kan leiden tot één van de sancties zoals genoemd in artikel 359a Sv dan wel dat het verweer, indien gegrond, slechts zou kunnen leiden tot de enkele vaststelling dat een onherstelbaar verzuim is begaan.<sup>68</sup>

Voornoemde zijn algemene gezichtspunten die niet specifiek zijn verbonden met één van de hierna te bespreken rechtsgevolgen die artikel 359a Sv mogelijk maakt. Zoals we in het navolgende zullen zien, vinden we de gezichtspunten in de jurisprudentie omtrent onrechtmatig verkregen bewijs regelmatig terug.

### **3.3. Criteria en consequenties strafrecht**

Indien sprake is van een (in het vooronderzoek begaan) vormverzuim, herstel niet (meer)

---

<sup>63</sup> HR 4 januari 2011, *LJN* BM6673, herhaald in 19 februari 2013, *LJN* BY5322. Deze conclusie van de Hoge Raad wordt door T. Kooijmans – mijns inziens terecht – bekritiseert. Zie: Kooijmans 2011.

<sup>64</sup> Recent heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de motiveringsplicht van art. 359a, derde lid, Sv ten aanzien van een beroep op vormverzuimen niet zo ver gaat dat bij de verwerping van een dergelijk beroep op ieder detail van de argumentatie moet worden ingegaan. Zie: HR 23 april 2013, *LJN* BZ9992.

<sup>65</sup> Zie bijvoorbeeld HR 24 februari 2004, *NJ* 2004, 226; HR 30 maart 2004, *LJN* AO3545; HR 4 november 2008, *LJN* BF0281.

<sup>66</sup> HR 30 maart 2004, *LJN* AM2533, r.o. 3.7. Herhaald in HR 5 april 2005, *NJ* 2005, 301.

<sup>67</sup> Franken 2006, p. 29, 30.

<sup>68</sup> HR 30 maart 2004, *LJN* AM2533, r.o. 3.7.

mogelijk is en de rechtsgevolgen van het verzuim niet uit de wet blijken, is het aan de rechter te beoordelen of aan dat vormverzuim enig rechtsgevolg dient te worden verbonden en zo ja, welk rechtsgevolg. De rechter heeft in dit verband een drietal sancties tot zijn beschikking.<sup>69</sup> Gezien de memorie van toelichting<sup>70</sup> is de minst zware consequentie van het verzuim van voorschriften strafvermindering, gevolgd door bewijsuitsluiting en tot slot de zware sanctie van niet-ontvankelijk verklaren van het OM. Indien zelfs strafvermindering een te zware consequentie zou zijn, kan worden volstaan met de enkele constatering dat vormen zijn verzuimd.

In het navolgende zullen de rechtsgevolgen zoals genoemd in artikel 359a Sv afzonderlijk, in de hiervoor genoemde volgorde, worden besproken. Bovendien zal worden gezien hoe de rechter van deze mogelijkheden gebruik maakt in de praktijk. De nadruk zal hierbij liggen op strafvermindering en bewijsuitsluiting daar dit vaak de geëigende reacties zijn op onrechtmatig verkregen bewijs.

### **3.3.1. Strafvermindering**

Het was nieuw dat artikel 359a Sv strafvermindering in beeld bracht als mogelijke reactie op onregelmatigheden bij de bewijsverkrijging.<sup>71</sup> Dit rechtsgevolg kwam vóór de invoering van artikel 359a Sv slechts voor als sanctie ter compensatie van overschrijding van de uit artikel 6 EVRM voortvloeiende redelijke termijn.<sup>72</sup> Na de inwerkingtreding van artikel 359a Sv in 1996 doet de sanctie van strafvermindering zijn intrede in de jurisprudentie in verband met onrechtmatige bewijsgaring.<sup>73</sup>

In het op 30 maart 2004 door de Hoge Raad gewezen afvoerpijp-arrest formuleert hij algemene regels voor de toepassing van artikel 359a Sv. In dit arrest bepaalt de Hoge Raad onder andere wanneer strafvermindering als reactie op een verzuim in aanmerking komt:

---

<sup>69</sup> Indien sprake is van een vormverzuim (bijvoorbeeld een onrechtmatige doorzoeking) dan mogen aan verschillende onrechtmatige handelingen (openen kasten, doorzoeken dozen etc.) ook verschillende gevolgen worden verbonden (bewijsuitsluiting, strafvermindering etc.). Zie: HR 4 januari 2011, *NJ* 2012, 145.

<sup>70</sup> *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, nr. 3, p. 25.

<sup>71</sup> Bovendien was het opvallend daar de wetgever met invoering van artikel 359a Sv naar eigen zeggen beoogde het buitenwettelijk sanctiearsenaal te codificeren. Zie: *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, nr. 3, p. 25.

<sup>72</sup> Dit was vaste jurisprudentie sinds HR 7 april 1987, *NJ* 1987, 587. Zie: Knigge 2001, p. 147.

<sup>73</sup> In HR 7 april 1998, *NJ* 1998, 559 wijst de Hoge Raad expliciet op de mogelijkheid van strafvermindering als sanctie wegens onrechtmatig optreden en in HR 6 april 1999, *LJN* ZD1473 past de Hoge Raad strafvermindering als sanctie op onrechtmatige bewijsgaring voor het eerst expliciet toe. Zie ook: HR 9 mei 2000, *NJ* 2000, 521 en HR 25 juni 2002, *LJN* AD9204.

“Strafvermindering, in die zin dat de hoogte van de op te leggen straf in verhouding tot de ernst van het verzuim wordt verlaagd, komt op grond van het bovenstaande slechts in aanmerking, indien aannemelijk is dat (a) de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden, (b) dit nadeel is veroorzaakt door het verzuim, (c) het nadeel geschikt is voor compensatie door middel van strafvermindering, en (d) strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is.

Opmerking verdient nog dat indien de rechter tot strafvermindering besluit, hij in zijn beslissing niet alleen moet aangeven dat en waarom hij dit rechtsgevolg aan het verzuim verbindt, maar ook in hoeverre hij de straf in verband met het begane vormverzuim vermindert.”<sup>74</sup>

Voor beantwoording van de vraag wanneer het door het verzuim veroorzaakte nadeel langs de weg van strafvermindering kan worden gecompenseerd, kan worden gewezen op de memorie van toelichting bij artikel 359a Sv:<sup>75</sup>

“Strafvermindering kan worden toegepast als het door het vormverzuim ontstane nadeel hierdoor redelijkerwijs kan worden vereffend. Bijvoorbeeld de overschrijding van de redelijke termijn. Een ernstige beperking van verdachtes mogelijkheden zich te verdedigen zal echter niet goed via strafverzachting kunnen worden gecompenseerd.”<sup>76</sup>

Interessant is dat het derde vereiste spreekt over ‘compensatie’. Waar bewijsuitsluiting beoogt een einde te maken aan de onrechtmatige situatie en aldus kan worden opgevat als herstel, stelt strafvermindering iets tegenover het verzuim. Hoewel herstel van de rechtmatige toestand bij onrechtmatigheden mijns inziens voorkeur geniet, komt compensatie in beeld wanneer herstel niet (meer) mogelijk is of indien herstel té verstrekken en/of ongewenste gevolgen heeft. Voorwaarde is dat het nadeel “geschikt” moet zijn voor compensatie in de vorm van strafvermindering; de gezichtspunten uit het tweede lid van artikel 359a Sv moeten dit rechtsgevolg rechtvaardigen. Met Corstens ben ik dan ook van mening dat strafvermindering een passende sanctie is voor minder ernstige vormverzuimen. Als voorbeeld noemt Corstens een doorzoeking waarbij niet aan alle wettelijke eisen is voldaan<sup>77</sup> of het zonder de vereiste toestemming van de officier van justitie stelselmatig observeren van een woning vanaf de openbare weg.<sup>78</sup> Bovendien

---

<sup>74</sup> HR 30 maart 2004, *LJN* AM2533, r.o. 3.6.3.

<sup>75</sup> Embregts 2003, p. 181 – 184.

<sup>76</sup> *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, nr. 3, p. 25.

<sup>77</sup> HR 2 juli 2002, *LJN* AE1738.

<sup>78</sup> HR 21 maart 2000, *LJN* AA5254.

komt strafvermindering in beeld indien het onrechtmatige optreden niet tot bewijsmateriaal heeft geleid en er aldus geen uitsluiting van bewijs kan plaatsvinden. Indien het onrechtmatige optreden niet dermate ernstig is dat de niet-ontvankelijkheid van het OM dient te volgen, biedt strafvermindering een oplossing.<sup>79</sup> Zo laat de Hoge Raad een arrest in stand waarin het hof strafvermindering toepaste in verband met het onrechtmatig afluisteren van telefoongesprekken tussen verdachte en haar advocaten, welk afluisteren niet tot bewijsmateriaal had geleid en volgens het hof niet tot niet-ontvankelijkheid van het OM leidde.<sup>80</sup> In eenzelfde soort zaak oordeelt het hof 's-Hertogenbosch op 21 november 2006<sup>81</sup> dat de directeur van de PI door het standaard opnemen van alle telefoongesprekken die worden gevoerd met de gedetineerde telefoon heeft gehandeld in strijd met de Penitentiaire beginselenwet (hierna: Pbw) alsmede de eigen huisregels:

“Gelet op het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt, vindt het hof aanleiding om compensatie in de vorm van een strafvermindering toe te passen. Het hof betreft hierbij in het bijzonder de ernst van de bedreigingen, mede gelet op de persoon van de verdachte die reeds meermalen is veroordeeld terzake van (...) levensdelicten, alsmede terzake van wapenbezit.”<sup>82</sup>

In HR 19 december 2006, *LJN AZ2145* wordt een schending van het recht op privacy aangenomen daar verbalisanten een afgesloten erf betreden (door over een hekje van één meter hoog te stappen) zonder redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit. Het hof oordeelt dat bewijsuitsluiting niet aan de orde is daar geen sprake is van een 'aanzienlijke schending'. Met het hof is de Hoge Raad van mening dat strafvermindering de juiste reactie is op dit vormverzuim. Hoewel deze zienswijze te verdedigen is, ben ik van mening dat een dergelijke schending van een grondrecht en mensenrecht<sup>83</sup> bewijsuitsluiting tot gevolg zou moeten hebben (hierover later meer).

Het door het verzuim veroorzaakte nadeel wordt ruim uitgelegd; de Hoge Raad staat toe

---

<sup>79</sup> Corstens 2011, p. 734, 735.

<sup>80</sup> HR 15 maart 2005, *LJN AS4638*. Een ander voorbeeld is volgens Corstens gelegen in HR 21 december 2004, *LJN AR5092* waarin een op zichzelf rechtmatige aanhouding met onnodig geweld gepaard gaat.

<sup>81</sup> Hof 's-Hertogenbosch 21 november 2006, *LJN AZ3419*.

<sup>82</sup> Zie in dit verband ook Rb. 's-Hertogenbosch 6 februari 2008, *LJN BC3404*. Het verdient hier opmerking dat de Hoge Raad in HR 27 september 2011, *LJN BQ3765* oordeelde dat van bewijsuitsluiting (of niet-ontvankelijkheid) geen sprake kon zijn, nu het afluisteren van telefoongesprekken van verdachte in de PI niet was geschied in het voorbereidend onderzoek “nu dit immers niet is begaan in het onderzoek tegen de verdachte ter zake van het aan hem tenlastegelegde waarover de rechter die in art. 359aSv wordt bedoeld, heeft te oordelen.”

<sup>83</sup> Respectievelijk artikel 10 Grondwet en artikel 8 EVRM.

dat ook immateriële belangen kunnen worden meegenomen bij het bepalen van de strafmaat.<sup>84</sup> Borgers wijst erop dat het geschonden zijn van de concrete belangen van de verdachte voorheen niet werd opgevat als een noodzakelijke voorwaarde voor het toepassen van strafvermindering terwijl tegenwoordig meer gewicht wordt toegekend aan het daadwerkelijk bestaan van schade of nadeel in de vorm van een concrete schending van de belangen die door de overtreden norm worden beschermd. De rechter dient volgens HR 22 december 2009, *LJN* BJ9895 blijk te geven van het in acht nemen van de gezichtspunten van artikel 359a Sv, waaronder aldus ook het nadeel dat de verdachte door het verzuim heeft ondervonden. De marge om ondanks het ontbreken van nadeel toch tot het verbinden van een rechtsgevolg te komen, is dan ook klein en moet in ieder geval gepaard gaan met een stevige motivering.<sup>85</sup>

Wanneer de rechter besluit tot strafreductie en er sprake is van een aantal door de rechter geconstateerde vormverzuimen, volgt uit HR 26 maart 2013, *LJN* BZ2218 dat de rechter niet hoeft aan te geven in hoeverre elk van die vormverzuimen tot strafvermindering heeft geleid. Voorts verdient het hier opmerking dat, net als bewijsuitsluiting, ook strafvermindering in een enkel geval geen optie is. Dit is vanzelfsprekend het geval indien geen straf wordt opgelegd. In dit verband kan worden gewezen op HR 6 november 2001, *NJ* 2002, 131 waarin een redelijke termijn overschrijding aan de orde was. Daar het hof geen straf maar een maatregel had opgelegd welke zich niet voor reductie leende (te weten plaatsing in een inrichting voor jeugdigen), behoorde strafvermindering niet tot de mogelijkheden. De Hoge Raad volstond met "de enkele vaststelling dat de redelijke termijn is overschreden."<sup>86</sup>

Voorgaande overziend lijkt strafvermindering in beeld te komen als het gaat om een minder ernstig verzuim waarbij in de woorden van de rechter "geen sprake is van een aanzienlijke schending". Voorts wordt voor strafvermindering gekozen in het geval er geen bewijsmateriaal is dat uitgesloten zou kunnen worden en de niet-ontvankelijkheid van het OM niet aan de orde is. Het is echter niet eenvoudig precies aan te geven wanneer strafvermindering dient plaats te vinden en wanneer bewijsuitsluiting de geëigende reactie is op het verzuim van vormen bij het voorbereidend onderzoek. In het navolgende zal nader worden bekeken waar deze grens ligt.

---

<sup>84</sup> Uit HR 6 april 1999, *LJN* ZD1473 volgt de strafmotivering van het hof welke door de Hoge Raad in stand is gelaten: "hoewel zulks niet rechtstreeks de concrete belangen van de verdachte raakt, is er reden deze fout in de strafmaat te verdisconteren. De schending van het immateriële belang van de verdachte bij een integer strafproces verdient enige compensatie."

<sup>85</sup> Borgers 2012, p. 3, 4.

<sup>86</sup> Embregts 2003, p. 171. Zie ook: Hamer, de Bont 2005.

### **3.3.2. Bewijsuitsluiting**

Al in het Tweede Bloedproef arrest uit 1962 heeft de Hoge Raad zich op het standpunt gesteld dat onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal onder omstandigheden niet mag worden gebruikt. Met de invoering van artikel 359a Sv meer dan dertig jaar later is dit deze consequentie van een wettelijke basis voorzien. De memorie van toelichting bij dit artikel stelt:

“Bewijsuitsluiting kan worden toegepast als het bewijs rechtstreeks door het verzuim is verkregen. Er moet dus een direct causaal verband zijn tussen het bewijsmateriaal en het geschonden vormvoorschrift. Alleen datgene wat door het vormverzuim wordt gevonden, komt in aanmerking voor uitsluiting (...)”<sup>87</sup>

Bewijsuitsluiting is logischerwijs slechts mogelijk indien er bewijsmateriaal is dat kan worden uitgesloten, alsook wanneer aan een aantal hierna te bespreken voorwaarden is voldaan. Zo was bewijsuitsluiting in het bekende arrest van de Hoge Raad inzake de zogenoemde ‘Zaanse verhoormethode’ geen optie daar geen van de tijdens het omstreden verhoor afgelegde verklaringen voor het bewijs werd gebruikt.<sup>88</sup> De Hoge Raad stelt in het afvoerpipj-arrest het volgende omtrent bewijsuitsluiting:

“Bewijsuitsluiting kan uitsluitend aan de orde komen indien het bewijsmateriaal door het verzuim is verkregen, en komt in aanmerking indien door de onrechtmatige bewijsgaring een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden. Ook bij bewijsuitsluiting gaat het overigens om een bevoegdheid van de rechter, waarvan de uitoefening in de eerste plaats moet worden beoordeeld in het licht van de wettelijke beoordelingsfactoren van art. 359a, tweede lid, Sv en van de omstandigheden van het geval.”<sup>89</sup>

Er moet aldus (voldoende) causaal verband bestaan tussen het vormverzuim en de verkrijging van het bewijsmateriaal en er moet sprake zijn van een aanzienlijke schending van een belangrijk voorschrift of rechtsbeginsel. De Hoge Raad expliciteert niet wanneer hiervan sprake is. Corstens stelt dat het element van een ‘schending in aanzienlijke mate’ erop duidt “dat er sprake moet zijn van een betrekkelijk ernstig verzuim en dat er ook aantoonbaar nadeel is geleden.”<sup>90</sup> Hij verwijst daarbij naar de gezichtspunten die artikel

---

<sup>87</sup> *Kamerstukken II* 1994/95, 23705, nr. 3, p. 25, 26.

<sup>88</sup> HR 13 mei 1997, *LJN* ZD0705; HR 22 september 1998, *LJN* ZD1277.

<sup>89</sup> HR 30 maart 2004, *LJN* AM2533, r.o. 3.6.4. Nogmaals herhaald in HR 21 december 2010, *LJN* BN8204 en HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322.

<sup>90</sup> Corstens 2011, p. 733, 734.



359a, tweede lid, Sv verschaft.

Van schending in aanzienlijke mate van een belangrijk voorschrift is in ieder geval sprake bij schending van voorschriften die zien op de verklaringsvrijheid van de verdachte. In de regel zal op een dergelijke schending bewijsuitsluiting volgen.<sup>91</sup> Dat geldt ook indien door verdachte verklaringen zijn afgelegde tegenover een undercoveragent die zich heeft voorgedaan als medege-detineerde van de verdachte.<sup>92</sup> Ook kan hier worden gewezen op HR 12 januari 1999, *NJ* 1999, 290 waarin bewijsuitsluiting plaatsvindt daar een telefoongesprek tussen een medeverdachte en zijn advocaat is getapt. In dit soort zaken kan bewijsuitsluiting noodzakelijk zijn ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM.<sup>93</sup> De in dit artikel gegeven waarborgen gelden indien sprake is van een 'criminal charge'<sup>94</sup> (strafvervolging) ex artikel 6 EVRM. Hoewel het begrip criminal charge, net zoals het begrip burgerlijke rechten en verplichtingen<sup>95</sup>, een autonome betekenis heeft, zal hier in het strafrecht vrijwel altijd sprake van zijn. Dit betekent dat de Nederlandse strafvervolging in lijn moet zijn met de in het Europees recht gestelde waarborgen.

Als uitgangspunt hanteert het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) dat de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal primair een zaak is van nationaal recht; het EVRM geeft minimumgaranties.<sup>96</sup> Het EHRM bekijkt 'slechts' of de gehele procedure ('procedure as a whole') in overeenstemming is met artikel 6 EVRM. Bij deze toets wordt gelet op een aantal factoren, waaronder: de betrouwbaarheid en kwaliteit van het bewijsmateriaal, het belang van het bewijs in het geheel van de procedure (steunbewijs), of de verklaringsvrijheid van verdachte is aangetast en de mate waarin en de wijze waarop over de onrechtmatigheden kan worden geklaagd in de nationale procedure.<sup>97</sup> Het

---

<sup>91</sup> HR 30 juni 2009, *LJN* BH3079.

<sup>92</sup> HR 28 maart 2006, *LJN* AU5471.

<sup>93</sup> HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322, r.o. 2.4.4.

<sup>94</sup> Reeds in EHRM 8 juni 1976, Publ. ECHR, Series A Vol. 22, par. 82 (Engel) heeft het EHRM de drie – niet cumulatieve – criteria aangegeven aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of van een criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM kan worden gesproken. In EHRM 21 februari 1984, Publ. ECHR, Series A Vol. 73 (Öztürk) heeft het EHRM deze criteria toegepast in zijn rechtspraak over administratieve sancties.

<sup>95</sup> Zie EHRM Bentham vs. Nederland, 23 oktober 1985, *NJ* 1986, 102.

<sup>96</sup> EHRM 12 juli 1988, Publ. ECHR, Series A, Vol. 140 (Schenk). Bevestigd in EHRM 12 mei 2000, Publ. ECHR, Series A Vol. 146 (Kahn). Deze zienswijze is begrijpelijk daar het aanvaarden van een exclusionary rule zou leiden tot een explosie aan klachten bij het EHRM. Bovendien ligt het onderwerp van onrechtmatig verkregen bewijs nogal gevoelig bij de verschillende landen en is er geen universele manier waarop met deze problematiek wordt omgegaan. Zie: Prakken 1999, p. 321. Toch komt het af en toe voor dat een land door het EHRM op de vingers wordt getikt. Zie in dit verband: EHRM 30 juni 2008, Application no. 22978/05 (Gäfgen).

<sup>97</sup> Lawson 2004, p. 196 e.v.

is dus mogelijk dat onder omstandigheden bewijsuitsluiting plaatsvindt zonder dat aan de vereisten van artikel 359a Sv wordt voldaan. In dit licht stelt de Hoge Raad in HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322 dat:

“(…) een schending van het in art. 8 EVRM gegarandeerde recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer niet zonder meer een inbreuk oplevert op de in art. 6 EVRM vervatte waarborg van een eerlijk proces (vgl. HR 7 juli 2009, *LJN* BH8889, NJ 2009/399) en dat aan een niet gerechtvaardigde inbreuk op het door het eerste lid van art. 8 EVRM gewaarborgde recht in de strafprocedure tegen de verdachte geen rechtsgevolgen behoeven te worden verbonden, mits zijn recht op een eerlijk proces zoals bedoeld in art. 6, eerste lid, EVRM wordt gewaarborgd (vgl. HR 5 oktober 2010, *LJN* BL5629, NJ 2011/169, rov. 4.4.1).”

Borgers merkt in dit verband op dat bewijsuitsluiting in principe wordt gereserveerd voor de situatie waarin het vormverzuim een schending van artikel 6 EVRM behelst.<sup>98</sup> Dit moet mijns inziens als een ondergrens worden opgevat daar bij een geconstateerde schending van artikel 6 EVRM ook tot de niet-ontvankelijkheid van het OM kan worden besloten (hierover later meer). Bovendien is bewijsuitsluiting aan de orde indien sprake is van een op zichzelf reeds zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van verdachte.<sup>99</sup> Dit was bijvoorbeeld het geval in HR 29 mei 2007, *LJN* AZ8795 waar in strijd met de wet een onderzoek in het lichaam (in plaats van *aan* het lichaam) plaatsvond, waarbij in een natuurlijke lichaamsholte van de verdachte een bol cocaïne werd aangetroffen.

Voorts is bewijsuitsluiting aan de orde in een arrest van de Hoge Raad van 23 januari 2001.<sup>100</sup> In deze zaak leidde de vernietiging van de auto waarmee verdachte een dodelijk ongeval had veroorzaakt ertoe dat geen nieuwe reconstructie of nader onderzoek aan die auto kon worden verricht. Met het hof was de Hoge Raad van mening dat de resultaten van de eerdere reconstructie niet tot het bewijs mochten worden gebezigd en niet dat strafvermindering moest worden toegepast. In HR 2 juli 2002, *LJN* AE1738 overwoog de Hoge Raad daarentegen dat de onrechtmatigheid waarvan sprake is wanneer een machtiging tot het binnentreden van een woning is afgegeven op de dag ná het binnentreden in plaats van ervoor – wat in strijd is met artikel 2 Algemene wet op het binnentreden (hierna: Awbi) – niet zonder meer tot bewijsuitsluiting hoeft te leiden. Ook in een machtiging tot binnentreden die was afgegeven door een ongecertificeerde hulp

---

<sup>98</sup> Borgers 2012, p. 3.

<sup>99</sup> Hoewel een schending van artikel 8 EVRM niet zonder meer een inbreuk op artikel 6 EVRM oplevert, is niet uitgesloten dat een inbreuk op eerstgenoemd artikel bewijsuitsluiting tot gevolg heeft.

<sup>100</sup> HR 23 januari 2001, *LJN* AA9594.

officier van justitie zag de Hoge Raad geen reden voor bewijsuitsluiting.<sup>101</sup>

In het afvoerpijp-arrest<sup>102</sup> was onder andere de vraag aan de orde of artikel 2 Politiewet 1993 een voldoende wettelijke legitimatie vormde voor de opsporinghandelingen (elf maal een observatie in 24 maanden van het gedeelte van de straat waaraan de woning van verdachte is gelegen). De Hoge Raad oordeelde dat zelfs indien zou moeten worden aangenomen dat voornoemd artikel niet een voldoende wettelijke legitimatie vormde, niet gezegd kan worden dat daardoor een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in zodanige mate is geschonden dat bewijsuitsluiting zou moeten volgen.<sup>103</sup> Tot een ander oordeel kwam de Hoge Raad in zijn arrest van 9 maart 2004.<sup>104</sup> Deze zaak betrof onder andere de toelaatbaarheid van het stelselmatig inwinnen van informatie op grond van artikel 126j Sv door een opsporingsambtenaar die zich voordoet als medegevangene ingeval de verdachte voorlopig gehecht is.

Hoewel in eerder besproken jurisprudentie strafvermindering volgde op het onrechtmatig opnemen van telefoongesprekken in een PI, heeft de rechtbank 's-Hertogenbosch bij vonnis van 19 februari 2009<sup>105</sup> bepaald dat de opgevraagde telefoonopnamen uit de PI Vught niet mogen bijdragen aan het bewijs daar "de officier van justitie (...) door het opvragen van deze opnamen welbewust heeft geprofiteerd van het feit dat de telefoongesprekken waren opgenomen, terwijl op dat moment al in de jurisprudentie was vastgesteld dat het structureel opnemen van telefoongesprekken door de PI onrechtmatig is."<sup>106</sup> Bewijsuitsluiting is aldus aan de orde indien sprake is van een ernstig verzuim en/of ernstige inbreuk op verdachtes belangen. Dit laatste blijkt ook uit de andere hiervoor genoemde arresten. Zo is uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal aan de orde indien het recht van de verdachte op contra-expertise wegens het vernietigen van bewijsmateriaal (in casu een auto) niet (meer) mogelijk is, indien inbreuk is gemaakt op het recht een advocaat te raadplegen voor verhoor<sup>107</sup> alsook in het geval een opsporingsambtenaar zich voordoet als medegevangene en op deze manier het zwijgrecht van verdachte weet te doorbreken. Voorts is bewijsuitsluiting aan de orde bij schending

---

<sup>101</sup> HR 19 februari 2013, *LJN* BY5321.

<sup>102</sup> HR 30 maart 2004, *LJN* AM2533.

<sup>103</sup> Fokkens 2006, p. 25.

<sup>104</sup> HR 9 maart 2004, *LJN* AN9195.

<sup>105</sup> Rb. 's-Hertogenbosch 19 februari 2009, *LJN* BH3297, r.o. 3.22.

<sup>106</sup> Het verdient hier opmerking dat de Hoge Raad in HR 27 september 2011, *LJN* BQ3765 oordeelde dat van bewijsuitsluiting (of een ander rechtsgevolg) geen sprake kon zijn, nu het afluisteren van telefoongesprekken van verdachte in de PI niet was geschied in het voorbereidend onderzoek "nu dit immers niet is begaan in het onderzoek tegen de verdachte ter zake van het aan hem tenlastegelegde waarover de rechter die in art. 359aSv wordt bedoeld, heeft te oordelen."

<sup>107</sup> HR 30 juni 2009, *LJN* BH3079.

van het recht op huisvrede,<sup>108</sup> het niet (tijdig) geven van de cautie<sup>109</sup> en schending van het beroepsgeheim van een verschoningsgerechtigde.<sup>110</sup> Bovendien kan tot bewijsuitsluiting worden besloten bij schending van het recht op privacy.<sup>111</sup>

De Hoge Raad lijkt de voorkeur te hebben voor strafvermindering als sanctie op onrechtmatig verkregen bewijs en stelt dat bewijsuitsluiting als sanctie terughoudend moet worden toegepast. Deze zienswijze is begrijpelijk daar het processuele gevolg van het uitsluiten van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal kan zijn dat verdachte wordt vrijgesproken.<sup>112</sup> Dit is het geval indien er onvoldoende rechtmatig verkregen bewijsmiddelen zijn om conform de eisen van de artikelen 350 jo. 338 – 344a Sv tot een bewezenverklaring te komen. Het is echter ook mogelijk dat, na het uitsluiten van onrechtmatig bewijsmateriaal, nog wel voldoende rechtmatig verkregen bewijsmateriaal voorhanden is om tot een bewezenverklaring te komen.<sup>113</sup>

Zoals gezegd mag onrechtmatig verkregen materiaal *onder omstandigheden* niet tot het bewijs worden gebezigd. De toepassing van de bewijsuitsluitingsregel is aldus op verschillende onderdelen genuanceerd. Dit houdt in dat niet iedere onrechtmatigheid per definitie leidt tot bewijsuitsluiting. In het navolgende zullen een drietal relativeringen welke zijn aangebracht op de bewijsuitsluitingsregel aan bod komen.

### **3.3.2.1. Relativiteit**

Een nuancering die de Hoge Raad heeft aangebracht is de toepassing van het uit het civiele recht afkomstige relativiteitsvereiste of 'Schutznorm'.<sup>114</sup> Dit vereiste komt erop neer dat onrechtmatig verkregen bewijs slechts dan tot bewijsuitsluiting leidt, indien de verdachte door het onrechtmatig overheidsoptreden is getroffen in een belang dat de

---

<sup>108</sup> HR 16 april 2002, *LJN* AD8887. Een voorbeeld van een schending van huisvrede die te mild is bevonden, biedt het reeds besproken arrest HR 2 juli 2002, *LJN* AE1738.

<sup>109</sup> HR 6 juli 2010, *LJN* BL5528.

<sup>110</sup> HR 2 oktober 2007, *LJN* BA5632.

<sup>111</sup> HR 14 juni 2005, *LJN* AS8854. De uitspraken HR 10 februari 2009, *LJN* BH2413 en HR 19 december 2006, *LJN* AZ2145 tonen aan dat in het geval van privacy een aanzienlijke mate van schending is vereist om tot bewijsuitsluiting te komen.

<sup>112</sup> Zie bijvoorbeeld hof Leeuwarden 16 augustus 2011, *LJN* BR5400 en hof Amsterdam 20 mei 2009, *LJN* BJ6124.

<sup>113</sup> Nijboer 2001, p. 78, 79; Schalken, Rozemond 1997, p. 1367, 1368. Zie hierover ook Reijntjes in zijn noot onder HR 6 september 2005, *LJN* AT3993.

<sup>114</sup> Hoewel Röling in zijn noot bij HR 26 juni 1962, *NJ* 1963, 31 en Mok in zijn conclusie voor HR 4 december 1979, *NJ* 1980, 356 al pleit voor toepassing van de Schutznorm-leer, duurt het tot 1988 voordat de Hoge Raad in HR 16 februari 1988, *NJ* 1988, 793 deze norm toepast.

overtreden norm beoogt te beschermen.<sup>115</sup>

Voorbeeld van toepassing van het relativiteitsvereiste volgt uit HR 26 maart 2002, *LJN* AD8942. In deze zaak leidde de onrechtmatige doorzoeking van een zolderkamer niet tot uitsluiting van het aldus verkregen bewijsmateriaal (in casu heroïne) daar de zolderkamer toebehoorde aan een ander dan verdachte. Laatstgenoemde had de zolderkamer op eigen gezag in gebruik genomen om heroïne te verbergen, zodat verdachtes belangen niet werden getroffen door de onrechtmatige doorzoeking. Bovendien heeft het Hof Leeuwarden recentelijk nogmaals de werking van de Schutznorm bevestigd. In een door het hof gewezen vonnis op 23 september 2010<sup>116</sup> oordeelt het hof:

“Noch uit artikel 6 van het EVRM, noch uit de door de raadsman aangehaalde jurisprudentie, dan wel enige andere jurisprudentie volgt dat niet langer zou mogen worden uitgegaan van de zogenaamde Schutznorm (...).”

Het belang van de verdachte dat een gepleegd feit niet wordt ontdekt, kan niet als rechtens te respecteren belang worden aangemerkt.<sup>117</sup> Hetzelfde geldt voor het belang van de verdachte dat feiten niet opgespoord worden of dat hij niet veroordeeld wordt.<sup>118</sup> In de literatuur wordt voorts nog bepleit dat overtreding van zogenaamde ‘instructienormen’ niet tot uitsluiting van bewijs kan leiden daar dergelijke normen het belang van de verdachte niet waarborgen maar hooguit *bevorderen*.<sup>119</sup>

Concluderend kan aldus worden gesteld dat de uitsluitingsregel achterwege blijft als de onrechtmatigheid jegens een ander dan de verdachte is begaan en/of het vormverzuim betrekking had op een norm die niet het belang van de verdachte beoogt te beschermen.

Opmerking verdient hier nog dat de Hoge Raad ook in sommige gevallen waarin niet aan het relativiteitsvereiste wordt voldaan, toch een sanctie verbindt aan de onrechtmatige vergaring van bewijsmateriaal. Het gaat hier om uitzonderingsgevallen waarin verregaande belangen nopen tot het oordeel dat bewijsmateriaal moet worden

---

<sup>115</sup> van Woensel 2004, p. 122. Zie bijvoorbeeld HR 21 januari 1997, *LJN* ZD 0619; HR 18 december 1990, *LJN* AD1307; HR 18 september 1989, *LJN* AD0875; HR 18 oktober 1988, *NJ* 1989, 306; HR 2 februari 1988, *LJN* ZC3758.

<sup>116</sup> Hof Leeuwarden 23 september 2010, *LJN* BN8175.

<sup>117</sup> HR 4 januari 2011, *LJN* BM6673. Herhaald in HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322.

<sup>118</sup> Grapperhaus, Nieuwenhuys 1990, p. 771.

<sup>119</sup> Zie hierover onder andere: Embregts 2003, p. 46, 47; Grapperhaus, Nieuwenhuys 1990, p. 772, 773.

uitgesloten.<sup>120</sup>

### 3.3.2.2. Causaal verband

Artikel 359a Sv vereist dat er een causaal verband bestaat tussen de normschending en het aldus verkregen bewijsmateriaal.<sup>121</sup> Indien niet (langer) sprake is van een causaal verband kan niet worden gesproken van onrechtmatig verkregen bewijs en kunnen aldus ook geen rechtsgevolgen zoals genoemd in artikel 359a Sv volgen. Een voorbeeld van een zaak waarbij het causale verband geheel ontbreekt is te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 19 januari 1999:

“De enkele omstandigheid dat een verdachte een verklaring aflegt op een tijdstip waarop hij ten onrechte in verzekering wordt gehouden, brengt nog niet mee dat die verklaring niet voor het bewijs zou mogen worden gebezigd (HR 20 jan. 1987, *NJ* 1987, 688).”<sup>122</sup>

Voorts is geen sprake van onrechtmatig bewijsmateriaal indien het causale verband tussen de onrechtmatige gedraging en het uiteindelijk gevonden bewijsmateriaal is onderbroken of afgezwakt. Recent voorbeeld vormt het arrest van de Hoge Raad van 6 juli 2010.<sup>123</sup> De Hoge Raad oordeelt:

“Het Hof heeft de verklaring van de verdachte die hij heeft afgelegd zonder dat hij tevoren was geweest op zijn zwijgrecht, als onrechtmatig verkregen aangemerkt en van het bewijs uitgesloten. Het oordeel van het Hof dat de nadien ten overstaan van de politie, de hulppofficier van justitie en de Rechter-Commissaris, afgelegde verklaringen van de verdachte die vóór de desbetreffende verhoren uitdrukkelijk op zijn zwijgrecht was geweest, niet van het bewijs uitgesloten behoeven te worden, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is toereikend gemotiveerd, zodat het middel niet tot cassatie kan leiden.”

Het verkrijgen van toestemming is een andere mogelijkheid om de causaliteitsketen te onderbreken. Zo blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 6 februari 2001 dat de enkele omstandigheid dat de bevoegdheid tot het geven van een stopteken ten onrechte zou zijn

---

<sup>120</sup> Bijvoorbeeld wanneer een getuigenverklaring door marteling is verkregen (HR 1 oktober 1996, *NJ* 1997, 90) of wanneer een telefoongesprek tussen een medeverdachte en zijn advocaat is getapt (HR 12 januari 1999, *NJ* 1999, 290).

<sup>121</sup> Zie ook: *Kamerstukken II* 1994/95, 23705, nr. 3, p. 25, 26.

<sup>122</sup> HR 19 januari 1999, *NJ* 1999, 251. Zie ook: HR 13 november 1984, *NJ* 1985, 295. Corstens wijst er op dat men dit ook mede in de sleutel van het hiervoor besproken relativiteitsvereiste kan plaatsen: “de geschonden voorschriften beogen de persoonlijke vrijheid (en niet zozeer de verklaringsvrijheid) te beschermen.” Zie: Corstens 2011, p. 733.

<sup>123</sup> HR 6 juli 2010, *LJN* BL5528. Zie ook: HR 24 februari 2004, *LJN* AO1830; HR 26 januari 1988, *LJN* AD0157; HR 22 september 1981, *LJN* AC7316; HR 25 maart 1980, *LJN* AC6853; HR 4 maart 1980, *NJ* 1980, 415 m.nt. ThWvV.

gebaseerd op artikel 160 Wegenverkeerswet 1994 (hierna: WVW), niet met zich brengt dat de resultaten van een daarna met toestemming van de bestuurder verricht onderzoek niet tot het bewijs zouden mogen worden gebezigd. Door het geven van toestemming is een eventuele onrechtmatigheid bij het onbevoegd geven van een stopteken (of bij het staande houden<sup>124</sup>) niet van invloed op de rechtmatigheid van het vervolgens verkregen bewijsmateriaal.<sup>125</sup> Deze zienswijze heeft de Hoge Raad in HR 7 juli 2009, *LJN* BH9025 nogmaals herhaalt.

Een verwant probleem in dit verband is hoever de onrechtmatigheid zich uitstrekt als er een (lange) keten van onderzoekshandelingen is na de als onrechtmatig aan te duiden schakel. Dit is het leerstuk van de verboden vruchten ('fruits of the poisonous tree'). Mijns inziens kan beter de neutralere term 'secundair onrechtmatig bewijsmateriaal' worden gebezigd daar niet elke onrechtmatigheid tot een verbod leidt.<sup>126</sup> Als voorbeeld kan worden gewezen op Hof Amsterdam 4 mei 1979, *NJ* 1980, 48. De politie had zonder medeweten van de arrestant een sleutel uit diens eigendommen gepakt. Wanneer de politie met behulp van deze sleutel de woning van verdachte binnengaat, wordt daar een revolver aangetroffen. Geconfronteerd met deze vondst bekent de verdachte dat hij een revolver voorhanden heeft gehad. Als indirect resultaat van de onrechtmatigheid wordt de (vondst van de) revolver ook als onrechtmatig gekwalificeerd en mag deze volgens het hof niet tot het bewijs meewerken.<sup>127</sup> Recenter voorbeeld van dit leerstuk is te vinden in Rb. Amsterdam 5 februari 2010, *LJN* BL5687. In deze zaak heeft een huiszoeking plaatsgevonden zonder dat sprake was van een 'informed consent'.<sup>128</sup> Het huisbezoek was derhalve onrechtmatig. De rechtbank oordeelt vervolgens:

"Er is in het onderhavige geval een direct causaal verband tussen het onrechtmatige huisbezoek en het verkregen bewijs. Derhalve moet dit laatste worden gezien als "fruits of the poisonous tree" hetgeen meebrengt dat er sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs."

Hoewel de rechter de voorkeur lijkt te hebben voor de zienswijze dat de

---

<sup>124</sup> HR 8 februari 2000, *NJ* 2000, 316.

<sup>125</sup> Embregts 2003, p. 133 e.v.

<sup>126</sup> In de literatuur komt men ook wel de Duitse term 'Fernwirkung' tegen. Voorts ben ik ook eenmaal de term 'domino-theorie' tegengekomen (in de noot onder ABRvS 25 oktober 2001, *AB* 2001, 384).

<sup>127</sup> Corstens 2011, p. 735, 736.

<sup>128</sup> Uit de standaard jurisprudentie van de CRvB van 11 april 2007, *LJN* BA2410, volgt dat in gevallen waarin sprake is van een onaangekondigd huisbezoek zonder redelijke grond, toestemming van de bewoner moet zijn verleend op basis van zogenoemd informed consent, dat wil zeggen op basis van volledige en juiste informatie over reden en doel van het huisbezoek. Zie hierover: van Kampen 2013.

onderzoeksresultaten *uitsluitend* en/of *slechts* met behulp van het onrechtmatig verkregen bewijs zijn verkregen<sup>129</sup>, ben ik met Knigge van mening dat ook de vruchten die *voornamelijk* het gevolg zijn van de onrechtmatigheid, kunnen worden uitgesloten.<sup>130</sup> De rechter moet mijns inziens de vrijheid hebben, verkregen bewijsmateriaal dat niet uitsluitend, doch in overwegende mate door onrechtmatig opsporingshandelen is verkregen als onrechtmatig te bestempelen.<sup>131</sup>

### **3.3.2.3. Schade**

Of onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen mogen worden gebruikt wordt onder meer afhankelijk gesteld van de vraag in hoeverre de verdachte door het onrechtmatig optreden in zijn verdediging/belang is geschaad.<sup>132</sup> De memorie van toelichting bij artikel 359a Sv stelt hieromtrent:

“(…) de gevolgen van onrechtmatige opsporingsmethoden bij de bewijsgaring [zijn] gerelativeerd. Behalve de eis dat de overtreden norm een belang van de verdachte beoogt te beschermen, moet de verdachte ook daadwerkelijk door de normschending in zijn belang zijn geschaad.”<sup>133</sup>

Het onderdeel van het relativiteitsvereiste dat voorschrijft dat de geschonden norm een belang van de verdachte beoogt te beschermen, wordt hier geconcretiseerd. Ook indien aan het relativiteitsvereiste is voldaan (de geschonden norm ziet in abstracto op de bescherming van de belangen van de verdachte), kan zich de situatie voordoen dat de belangen van de verdachte in concreto niet zijn geschaad (zie het tweede lid van artikel 359a Sv).<sup>134</sup> Indien de rechter het bewijs wél gebruikt, dient hij altijd vast te stellen en te motiveren dat de verdachte niet in zijn verdediging is geschaad.<sup>135</sup>

### **3.3.3. Niet-ontvankelijk verklaren OM**

Het ontnemen van het in artikel 167 Sv vervatte vervolgingsrecht van het OM geldt als de zwaarste van het arsenaal dat artikel 359a Sv te bieden heeft en vindt slechts in zeer

---

<sup>129</sup> Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam 4 mei 1979, *NJ* 1980, 48; HR 9 oktober 1984, *NJ* 1986, 675; Hof 's-Gravenhage 12 november 1986, *LJN* AD3200; HR 31 maart 1987, *NJ* 1988, 167; HR 26 januari 1988, *NJ* 1988, 818; HR 31 mei 1994, *NJ* 1995, 29; HR 21 januari 1997, *NJ* 1997, 309; HR 16 april 2002, *LJN* AD8887; Hof Amsterdam 20 mei 2009, *LJN* BJ6124; Rb. Arnhem 23 september 2010, *LJN* BN8128.

<sup>130</sup> Zie: HR 22 oktober 1991, *LJN* AD1507, r.o. 6.2 en HR 28 februari 1989, *DD* 89.300. Zie ook: Knigge 2001, p. 156.

<sup>131</sup> HR 16 april 2002, *LJN* AD8887 (concl. A-G Wortel onder 8 – 10).

<sup>132</sup> Nijboer 2001, p. 80, 81.

<sup>133</sup> *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, nr. 3, p. 3.

<sup>134</sup> Embregts 2003, p. 148.

<sup>135</sup> HR 2 oktober 1979, *NJ* 1980, 243.



uitzonderlijke gevallen toepassing.<sup>136</sup> Waar bewijsuitsluiting slechts aan de orde is indien sprake is van onrechtmatige bewijsgaring, is de niet-ontvankelijk verklaring van het OM ook voorbehouden voor andere onrechtmatige gedragingen (met andere woorden: indien onfatsoenlijkheden in de opsporing en vervolging aan de orde zijn).<sup>137</sup> In het navolgende zal dan ook kort op dit rechtsgevolg worden ingegaan. De memorie van toelichting bij artikel 359a Sv stelt:

“Indien als gevolg van het verzuim geen sprake kan zijn van een behandeling van een zaak die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet, kan de rechter het openbaar ministerie niet ontvankelijk verklaren. Er moet dan echter sprake zijn van een zodanig ernstig verzuim dat niet volstaan kan worden met bijvoorbeeld strafverlaging of bewijsuitsluiting. Bijvoorbeeld in geval een vervolging heeft plaatsgevonden in flagrante strijd met de beginselen van behoorlijke procesorde.”<sup>138</sup>

Op 19 december 1995<sup>139</sup> wijst de Hoge Raad een standaard arrest (Zwolsman-arrest). In dit arrest geeft de Hoge Raad het criterium voor de niet-ontvankelijkheid van het OM in het kader van de onrechtmatige opsporing. Dit zogeheten Zwolsman-criterium<sup>140</sup> wordt in het afvoerprijs-arrest nogmaals herhaald:<sup>141</sup>

“Voorts kan niet worden uitgesloten dat onrechtmatig optreden van opsporingsambtenaren onder omstandigheden een zodanig ernstige schending van beginselen van een behoorlijke procesorde oplevert dat zulks — ook in een geval waarin overigens voldoende op rechtmatige wijze verkregen bewijsmateriaal voorhanden is — tot niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie dient te leiden. Een zo vergaande sanctie kan in dat geval echter slechts volgen *indien sprake is van ernstige inbreuken op die beginselen, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan* [mijn cursivering, TH]. Van geval tot geval zal dit moeten worden beoordeeld, zodat een algemene regel daarvoor

---

<sup>136</sup> Hoewel deze sanctie in het verleden vaak is gebruikt in verband met overschrijding van de redelijke termijn ex. artikel 6 EVRM heeft de Hoge Raad in HR 17 juni 2008, *LJN* BD 2578 geoordeeld dat een dergelijk overschrijding moet worden gecompenseerd met strafvermindering (bevestigd in HR 16 december 2008, *LJN* BF3181). Desondanks is in een enkel geval van overschrijding van de redelijke termijn tot niet-ontvankelijkheid van het OM besloten, zie: Hof 's-Hertogenbosch 16 januari 2013, *LJN* BZ0191; Rb. Utrecht 26 februari 2013, *LJN* BZ3942.

<sup>137</sup> Al vroeg heeft de rechtspraak bepaald dat niet-ontvankelijkheid van het OM behoort te worden aangenomen, wanneer het OM zich jegens de verdachte zodanig heeft gedragen, dat het instellen van een strafvervolging met een goede procesorde onverenigbaar zou zijn: HR 15 februari 1949, *NJ* 1949, 305; HR 29 mei 1978, *NJ* 1978, 358. Zie ook: Embregts 2003, p. 157.

<sup>138</sup> *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, nr. 3, p. 26.

<sup>139</sup> HR 19 december 1995, *LJN* ZD0328.

<sup>140</sup> In de literatuur wordt ook wel gesproken van het Charles Z.-criterium, zie: Schalken, Rozemond 1997, p. 1367.

<sup>141</sup> HR 30 maart 2004, *LJN* AM2533, r.o. 3.6.5.

bezwaarlijk kan worden gegeven.”<sup>142</sup>

De rechter komt slechts tot niet-ontvankelijkheid van het OM indien door het onrechtmatige optreden van de overheid de eerlijkheid van het proces is aangetast. Dit is het geval indien voldaan is aan het Zwolsman-criterium, sprake is van misleiding van de rechter en/of de moedwillige frustrering van de rechterlijke controle op de verkrijging van bewijsmateriaal,<sup>143</sup> wanneer handelingen in strijd zijn met de grondslagen van het strafproces en met de verhouding tussen het OM en de rechter,<sup>144</sup> wanneer strafbare feiten worden uitgelokt<sup>145</sup> of bij stelselmatig schenden van het verschoningsrecht.<sup>146</sup> In deze gevallen nopen de beginselen van een goede procesorde ertoe het OM zijn vervolgingsrecht te ontnemen. Kanttekening verdient hierbij dat de weging van bijkomende vereisten tot een ander oordeel kan leiden. Zo kan in een uitzonderlijk geval de niet-ontvankelijkheid van het OM worden aangenomen zonder dat de belangen van verdachte zijn geschonden.<sup>147</sup>

In HR 6 november 2012, *LJN* BX4280 (r.o. 2.4) heeft de Hoge Raad nogmaals benadrukt dat “slechts in uitzonderlijke gevallen plaats is voor een niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging (...)”. Indien de rechter tot een dergelijk oordeel komt “gelden voor deze beslissing zware motiveringseisen”, aldus de Hoge Raad.

### **3.3.4. Constaten verzuim**

De rechter die een (onherstelbaar) vormverzuim heeft vastgesteld, heeft de niet gecodificeerde mogelijkheid te volstaan met het oordeel dat een onherstelbaar vormverzuim is begaan.<sup>148</sup> De wetgever heeft deze mogelijkheid expliciet genoemd in de

---

<sup>142</sup> Opmerkelijk is dat in HR 15 november 2011, *LJN* BT2522 een verweer strekkende tot bewijsuitsluiting door het hof wordt verworpen met gebruikmaking van het Zwolsman-criterium. In cassatie ziet de advocaat-generaal geen probleem in het gebruik van de onjuiste maatstaf. Hij concludeert dat het hof terecht niet tot bewijsuitsluiting is overgegaan.

<sup>143</sup> HR 21 juni 2011, *LJN* BP4402; HR 2 februari 2010, *LJN* BJ8641; Hof Amsterdam 31 augustus 2009, *LJN* BJ7026; HR 11 juli 2006, *LJN* AY4978; Hof 's-Gravenhage 5 juli 2001, *LJN* AB2710; HR 8 september 1998, *NJ* 1998, 879; HR 4 februari 1997, *NJ* 1997, 308.

<sup>144</sup> HR 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567. Opvallend is dat het OM niet-ontvankelijk werd verklaard ondanks dat de belangen van verdachte zelf niet waren geschaad. In dit geval was de “zeer fundamentele inbreuk op de beginselen van een behoorlijke procesorde waardoor (...) het wettelijk systeem in de kern is geraakt” voldoende, aldus Corstens (Corstens 2011, p. 732, 733). Dit is (tot noch toe) de enige uitspraak waarin de Hoge Raad het Zwolsman-criterium buiten beschouwing heeft gelaten. Zie in dit verband ook: HR 8 juni 1999, *NJ* 1999, 773.

<sup>145</sup> HR 29 juni 2010, *LJN* BL0655.

<sup>146</sup> Rb. Amsterdam 20 december 2007, *NJ* 2008, 532; Rb. Utrecht 27 juni 2008, *LJN* BE9254; Rb. Rotterdam 17 juni 2008, *LJN* BG4454.

<sup>147</sup> HR 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567. Zie hierover uitgebreider: Embregts 2003, p. 158, 159.

<sup>148</sup> De rechter moet deze beslissing wel motiveren (HR 22 september 1998, *LJN* ZD1277). Zie ook: van Woensel 2004, p. 129; Nijboer 2001, p. 81.

memorie van toelichting bij artikel 359a Sv: "In het ene geval kan de schending van een vormvoorschrift zonder gevolg blijven en in het andere geval zijn fundamentele belangen van de verdachte geschaad."<sup>149</sup> De rechter komt aldus een discretionaire bevoegdheid toe.<sup>150</sup> Een en ander vat de Hoge Raad in zijn arrest van 19 februari 2013 overzichtelijk samen:

"Voorts is van belang dat - gelet op de beoordelingsfactoren als bedoeld in art. 359a, tweede lid, Sv - het wettelijk stelsel aldus moet worden opgevat dat een vormverzuim in de zin van dat artikel niet steeds hoeft te leiden tot een van de daar omschreven rechtsgevolgen. Art. 359a Sv formuleert een bevoegdheid en niet een plicht, en biedt de rechter die een vormverzuim heeft vastgesteld, de mogelijkheid af te zien van het toepassen van een van de daar bedoelde rechtsgevolgen en te volstaan met het oordeel dat een onherstelbaar vormverzuim is begaan. De strekking van de regeling van art. 359a Sv is immers niet dat een vormverzuim hoe dan ook moet leiden tot enig voordeel voor de verdachte."<sup>151</sup>

Het louter constateren van het verzuim komt in uiteenlopende zaken voor. Zo besluit de rechter in HR 6 november 2001, *NJ* 2002, 131 hiertoe daar strafvermindering niet tot de mogelijkheden behoort.<sup>152</sup> Ook in HR 21 december 2010, *LJN* BL7688 is de enkele constatering dat vormen zijn verzuimd aan de orde. Volgens de steller van het middel is sprake van een vormverzuim omdat bij verkrijging van videobeelden door de politie niet is voldaan aan de eisen van artikel 126nd Sv. De Hoge Raad is met het hof van oordeel dat "mochten er al vormen zijn verzuimd (...) welke vormen niet meer kunnen worden hersteld, dan acht het hof dit verzuim niet van dien aard dat daarop de sanctie van bewijsuitsluiting dient te staan, maar dat met de constatering daarvan kan worden volstaan."<sup>153</sup> Hierbij overweegt de Hoge Raad dat, ondanks dat verdachtes privacy mogelijk is geschonden als gevolg van het zonder vordering afgeven van de beelden, dit niet betekent dat een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden. In een uitspraak van het Hof Amsterdam<sup>154</sup> blijkt uit een

---

<sup>149</sup> *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, nr. 3, p. 5.

<sup>150</sup> Overigens heeft de rechter ook de mogelijkheid een ander rechtsgevolg aan het vormverzuim te verbinden. De minister van Justitie heeft duidelijk gemaakt dat "het (...) zeker niet de bedoeling [is] van het voorgestelde artikel 359a de ontwikkelingen in de praktijk te bevriezen." De wetgever heeft aldus niet willen uitsluiten dat de rechter nieuwe sancties ontwikkeld. Zie: *Kamerstukken II* 1994/95, 23705, nr. 6, p. 9, 10.

<sup>151</sup> HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322, r.o. 2.4.1. Hier wordt onder andere verwezen naar HR 23 januari 2001, *NJ* 2001, 327 en HR 30 maart 2004, *LJN* AM2533 r.o. 3.6.1.

<sup>152</sup> Strafvermindering was geen optie daar geen straf maar een maatregel - te weten plaatsing in een inrichting voor jeugdigen - was opgelegd welke zich niet voor reductie leende. Zie: Hamer, de Bont 2005.

<sup>153</sup> Deze redenatie komt vaker voor, zie: Rb. Arnhem 21 juni 2010, *LJN* BM8534; Rb. Utrecht 26 mei 2011, *LJN* BQ9721.

<sup>154</sup> Hof Amsterdam 10 december 2010, *LJN* BO9652.

proces-verbaal ter zitting dat door verbalisant een aantal gesprekken is ontdekt die aan een geheimhouder zijn toe te schrijven. De gesprekken zijn door de officier van justitie beoordeeld en vervolgens op zijn last vernietigd. Volgens het hof is niet gebleken dat de inhoud van de gesprekken is gebruikt als sturingsinformatie. Omdat niet is gebleken dat verdachte hierdoor in enig strafvorderlijk belang is geschaad, is het hof van oordeel dat kan worden volstaan met de enkele constatering dat vormen zijn verzuimd. In een uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch<sup>155</sup> is verdachte voorafgaand aan het eerste verhoor niet in de gelegenheid gesteld een raadsman te consulteren. Daar verdachte na dit eerste verhoor meerdere bekennende verklaringen heeft afgelegd, kan volgens de rechtbank worden volstaan met de enkele constatering dat vormen zijn verzuimd. Voorts is 'de loutere constatering' aan de orde in enkele zaken waarbij de ernst van het verzuim gering wordt geacht daar een bevoegde autoriteit wel/ook een machtiging zou hebben verleend.<sup>156</sup>

Bovendien verdient HR 17 januari 2006, *NJ* 2006, 495 bespreking. Verbalisanten zijn na melding van een sterke weedlucht onrechtmatig (in strijd met artikel 7, tweede lid, Awbi) binnentreden in een woning. Op de grond van de woning treffen de opsporingsambtenaren weed aan waarna de komst van de rechter-commissaris wordt afgewacht. Bij de daaropvolgende doorzoeking wordt 49 kilo softdrugs inbeslaggenomen. Het hof is van oordeel dat de uit de rechtmatige doorzoeking verkregen onderzoeksresultaten niet als rechtstreeks gevolg van het eerdere onrechtmatig binnentreden door de opsporingsambtenaren van het bewijs hoeven te worden uitgesloten en volstaat met de constatering van de onrechtmatigheid van het binnentreden. In dit oordeel van het hof ligt volgens de Hoge Raad besloten dat geen uitzondering moet worden gemaakt voor wat betreft een deel van hetgeen door de rechter-commissaris is aangetroffen en inbeslaggenomen, te weten 2795 gram 'weed', die in eerste instantie reeds door de opsporingsambtenaren was waargenomen nadat zij onrechtmatig de woning van verdachte waren binnentreden. De Hoge Raad stelt dat het oordeel van het hof geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en in het licht van de door het hof vastgestelde omstandigheden van het geval niet onbegrijpelijk is.

Voorgaande overziend kan worden gesteld dat de enkele constatering dat vormen zijn verzuimd voornamelijk aan de orde is indien het verzuim niet van dien aard is dat daarop

---

<sup>155</sup> Rb. 's-Hertogenbosch 8 november 2011, *LJN* BU3578.

<sup>156</sup> Zie bijvoorbeeld HR 17 januari 2012, *LJN* BT6553; Hof 's-Gravenhage 23 april 2010, *LJN* BM4475; Hof 's-Gravenhage 27 juni 2008, *LJN* BD9061; Hof Leeuwarden 19 februari 2010, *LJN* BL5274; Rb. 's-Hertogenbosch 18 januari 2008, *LJN* BC1798.

de sanctie van bewijsuitsluiting dient te staan. Voorts moeten de in het tweede lid van artikel 359a Sv genoemde belangen de enkele constatering dat er vormen zijn verzuimd rechtvaardigen. Zo komt men vaak de redenering tegen dat verdachte niet in enig strafvorderlijk belang is geschaad, er geen belangrijk strafvorderlijk voorschrift is geschaad en, indien dit al zo mocht zijn, er geen sprake is van een aanzienlijke schending. Gezien voorgaande zal het louter constateren van een verzuim vrijwel nooit aan de orde (mogen) zijn bij onrechtmatige bewijsgaring. Tot slot verdient het hier opmerking dat in veel van de hiervoor genoemde zaken de mogelijkheid van strafvermindering onbesproken blijft (hierover later meer).

### **3.4. Conclusie**

In dit hoofdstuk is besproken wanneer een onrechtmatigheid in een strafrechtelijke procedure tot een rechtsgevolg leidt en hoe vervolgens de keuze voor een bepaald rechtsgevolg wordt gemaakt. Indien is geconstateerd dat bewijs onrechtmatig is verkregen, volgt doorgaans bewijsuitsluiting of strafvermindering. De keuze voor het rechtsgevolg is afhankelijk van de omstandigheden van het geval waaronder begrepen het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt. De bewijsuitsluitingsregel wordt genuanceerd toegepast wegens het vereiste van relativiteit, causaal verband en schade.

De niet-ontvankelijk verklaring van het OM is de geëigende reactie indien de eerlijkheid van het gehele proces is aangetast. Het zich aan de andere kant van het spectrum bevindende enkele constateren dat zich een vormverzuim heeft voorgedaan, is aan de orde wanneer verdachte niet in enig strafvorderlijk belang is geschaad en/of de ernst van het verzuim gering is.

## Hoofdstuk 4. Onrechtmatig verkregen bewijs in het bestuursrecht

*“Anders dan in het strafproces is de beroepsrechter niet gebonden aan stringente voorschriften en/of rechtsregels aangaande de bewijsmiddelen en de waardering daarvan.”<sup>157</sup>*

### 4.1. Inleiding

Hoewel de vraag naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs voornamelijk speelt in het strafrecht, heeft dit leerstuk zich de afgelopen decennia ook naar het bestuursrecht uitgebreid. Niet in de laatste plaats daar het strafrecht en het bestuursrecht(elijke handhavingsrecht) naar elkaar toegroeien. De Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) kent tegenwoordig bestuurlijke boetebevoegdheden zodat het strafrecht niet meer de exclusieve functie heeft om te straffen. Bovendien vormt artikel 6 EVRM een gezamenlijk kader voor de normering van zowel de strafrechtelijke als de punitief-bestuursrechtelijke sanctionering.<sup>158</sup>

In het bestuursrecht kan onrechtmatig verkregen bewijs op twee verschillende manieren het bestuursrechtelijk traject binnenkomen. In verreweg de meeste gevallen is sprake van bewijs dat in een *strafrechtelijk* onderzoek onrechtmatig is verkregen. Hoewel het substantieel minder voorkomt kan materiaal ook in een *bestuursrechtelijke* procedure onrechtmatig zijn verkregen. Als grote lijn geldt dat bewijsmateriaal slechts in uitzonderlijke gevallen ontoelaatbaar wordt geacht, waarbij voornoemd onderscheid van belang is. In het navolgende zal dan ook worden gezien dat voor beide trajecten verschillende uitsluitingsregimes gelden.

In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op de criteria die de bestuursrechter hanteert bij het bepalen van de verschillende rechtsgevolgen welke kunnen worden verbonden aan onrechtmatig verkregen bewijs. Ook de verschillende rechtsgevolgen die aan een dergelijke constatering kunnen worden verbonden zullen worden besproken, daarbij onderscheid makend tussen *strafrechtelijk* onrechtmatig verkregen bewijs en *bestuursrechtelijk* onrechtmatig verkregen bewijs.

---

<sup>157</sup> CRvB 23 april 1986, RSV 1986, 230; CRvB 22 november 1991, RSV 1992, 199.

<sup>158</sup> Michiels 2005, p. 391 – 400, m.n. p. 391, 392.

## **4.2. Criteria en consequenties bestuursrecht**

Zoals hiervoor beschreven geldt in het bestuursrecht de vrije bewijsleer. De bestuursrechter heeft – anders dan de strafrechter en de burgerlijke rechter – niet te maken met regels van materieel bewijsrecht zodat de hij alle vrijheid heeft de materiële waarheid te achterhalen. Voorts is de bestuursrechter niet gebonden aan de uitkomsten van de bewijsvoering in straf- of civielrechtelijke procedures.<sup>159</sup> Bovendien brengt de eigen aard van het bestuursrecht met zich dat relatief veel fouten bij de bewijsgaring in de bezwaarschriftprocedure kunnen worden hersteld terwijl met toepassing van artikel 6:22 Awb ook een schending van een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel door de rechter kan worden gepasseerd.<sup>160</sup> Desondanks kan het ook in het bestuursrecht voorkomen dat bij de bewijsgaring zodanig fundamentele normen zijn geschonden dat het verkregen bewijs niet kan worden gebruikt.<sup>161</sup> In het navolgende zal worden bekeken hoe de bestuursrechter omgaat met dergelijk onrechtmatig verkregen bewijs.

### **4.2.1. Strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs**

Het bestuursrecht maakt veelvuldig gebruik van het in het kader van een strafrechtelijk onderzoek verkregen bewijsmateriaal, bijvoorbeeld een strafrechtelijk frauderapport dat wordt gebruikt om een vermeende samenwoning te bewijzen. Het overgrote deel van de jurisprudentie omtrent onrechtmatig verkregen bewijs die men in het bestuursrecht aantreft, heeft dan ook betrekking op onrechtmatig verkregen materiaal dat in het kader van een strafrechtelijk onderzoek is verkregen. In het navolgende zal worden bekeken hoe de hoogste bestuursrechtelijke rechtscolleges omgaan met het waarderen en sanctioneren van dit bewijs.

#### **4.2.1.1 Belastingkamer Hoge Raad**

In 1992 is door de belastingkamer van de Hoge Raad een belangrijk arrest gewezen waarin stapsgewijs is aangegeven hoe om te gaan met strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs. De in HR 1 juli 1992, *NJ* 1994, 621 ontwikkelde en in latere rechtspraak

---

<sup>159</sup> Verbeek 2012.

<sup>160</sup> Het oude artikel 6:22 Awb maakte het voor een bestuursorgaan dat op bezwaar of administratief beroep beslist en voor de bestuursrechter mogelijk een besluit in stand te laten "ondanks schending van een vormvoorschrift" indien de belanghebbenden hierdoor niet werden benadeeld. Recent is artikel 6:22 Awb verruimd. De zinsnede "een vormvoorschrift" is vervangen door "een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel". Zie: *Stb.* 2012, 682.

<sup>161</sup> *Kamerstukken II* 2003-04, 29702, nr. 3, p. 131, 132.

herhaalde<sup>162</sup> formule bestaat uit een aantal elementen welke in het navolgende besproken zullen worden.

Al in de vroegste rechtspraak maakt de bestuursrechter duidelijk dat hij zich niet conformeert aan een voorliggend strafrechtelijk oordeel waarbij hij de nadruk legt op het verschil in bewijsstelsels.<sup>163</sup> In zijn uitspraak van 1 juli 1992 stelt de fiscale kamer van de Hoge Raad expliciet dat er in het bestuursrecht geen rechtsregel bestaat die ieder gebruik van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs verbiedt. Laatstgenoemde benadrukt hierbij het zelfstandig rechterlijk oordeel. De memorie van toelichting bij de invoering van de Vierde Tranche Awb herhaalt deze zienswijze en overweegt dat de eigen aard van het bestuursrecht en het strafrecht zich tegen dergelijke gelijkstelling verzetten.<sup>164</sup> De opvatting heerst aldus dat wanneer bewijsmateriaal in het strafrecht is uitgesloten, dit niet betekent dat het materiaal evenmin in een bestuursrechtelijke procedure kan worden gebruikt.<sup>165</sup>

Het in het strafrecht geldende vereiste van relativiteit is volgens de belastingkamer van de Hoge Raad ook van belang in fiscale zaken; het gebruik van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs is niet ongeoorloofd, als het materiaal niet *jegens* de belanghebbende op onrechtmatige wijze is verkregen. Het cassatiemiddel in het arrest van 1 juli 1992 ketste hier op af. In genoemde zaak was bij een huiszoeking bij de accountant van belanghebbende materiaal in beslag genomen. In de strafrechtelijke procedure was reeds vastgesteld dat de huiszoeking onrechtmatig was. Daar de huiszoeking slechts jegens de accountant onrechtmatig was, kon de belanghebbende in de fiscaalrechtelijke procedure geen beroep doen op de onrechtmatigheid van het bij de huiszoeking verkregen bewijsmateriaal. In een uitspraak van 13 december 1995 komt de Hoge Raad tot een gelijklopende conclusie.<sup>166</sup>

Voorts heeft de belastingkamer van de Hoge Raad in zijn arrest van 1 juli 1992 bepaald dat het gebruik van het materiaal in strijd moet zijn met enig algemeen beginsel van

---

<sup>162</sup> Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 22 april 2005, *LJN* AT5435.

<sup>163</sup> CRvB 23 april 1986, RSV 1986, 230; CRvB 22 november 1991, RSV 1992, 199.

<sup>164</sup> *Kamerstukken II* 2003-04, 29702, nr. 3, p. 131, 132.

<sup>165</sup> Zie HR 27 juni 2001, *LJN* AB2314 met concl. Wattel; HR 27 februari 2004, *LJN* AF5556 met concl. Wattel; HR 21 maart 2008, *LJN* BA8179 met concl. Wattel. Zie in dit verband ook: HR 10 maart 1999, *LJN* AA2713 en HR 19 juni 1996, *LJN* AA1946.

<sup>166</sup> In HR 13 december 1995, *LJN* AA3171 wordt een huiszoeking gedaan in een pand dat niet bij belanghebbende in gebruik is. De Hoge Raad oordeelt in r.o. 3.5. dat "de enkele omstandigheid dat de tijdens de huiszoeking aangetroffen documenten tegenover de gebruiker van het pand mogelijk onrechtmatig zijn verkregen, niet eraan in de weg behoefde te staan dat de Inspecteur deze als bewijsmiddelen tegenover belanghebbende gebruikte."



behoorlijk bestuur.<sup>167</sup> Klassiek voorbeeld vormt een belastingzaak uit 1982<sup>168</sup> waarin belanghebbende een zogenaamde relaaskaart had ondertekend nadat hem was verzekerd dat niet meer tot naheffing zou worden overgegaan. Dit werd echter toch gedaan. Het hof was van oordeel dat de belastinginspecteur in strijd met de “in het algemeen rechtsbewustzijn levende beginselen van behoorlijk bestuur” zou hebben gehandeld indien de relaaskaart voor het bewijs zou worden gebruikt. Niet wordt gespecificeerd welk beginsel hier is geschonden. In een uitspraak van het Hof Leeuwarden<sup>169</sup> heeft de Inspecteur in de fase van het hoger beroep zonder toestemming van het hof een onderzoek ingesteld bij particulieren. De Inspecteur heeft de schijn gewekt dat hij bevoegd was tot het stellen van vragen en dat de particulieren tot medewerking verplicht waren. Het hof acht dit in strijd met de beginselen van zorgvuldigheid en ‘fair play’. De inbreuk op deze beginselen is van zodanige orde dat het resultaat van dat onderzoek in deze procedure van het bewijs moet worden uitgesloten. Hoewel de Hoge Raad in zijn arrest van 1 juli 1992 het zorgvuldigheidsbeginsel expliciet noemt, kan ook schending van een ander beginsel tot bewijsuitsluiting leiden.<sup>170</sup> De Hoge Raad stelt echter veelal direct de vraag of sprake is van een gedraging die ‘zozeer indruist’ en bekijkt vaak niet of kan worden gesproken van strijd met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.<sup>171</sup>

Van belang in dit verband is dat de Hoge Raad in zijn arrest van 1 juli 1992 stelt dat schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur doorgaans niet aan de orde is wanneer van het bewijsmateriaal ook zonder wettelijke belemmering kennis had kunnen worden genomen.<sup>172</sup> Hoewel deze relativering van de uitsluitingsregel in het strafrecht geen rol van betekenis speelt, is het in het bestuursrecht één van de voornaamste voorwaarden waarom een onrechtmatig verkregen bewijsverweer niet slaagt. De reden hiervoor is dat het (fiscale) bestuursrecht veel en ruime inlichtingen- en medewerkingsplichten kent waardoor bewijsmateriaal vaak ook zonder wettelijke

---

<sup>167</sup> Zie ook Rb. Rotterdam 2005, *LJN* AU7199, r.o. 2.4.1.

<sup>168</sup> Hof Arnhem 11 november 1982, *BNB* 1984/194. Opmerking verdient hier dat het in deze zaak gaat om *bestuursrechtelijk* onrechtmatig verkregen bewijs.

<sup>169</sup> Hof Leeuwarden 29 november 2011, nr. 10/00326, V-N 2012/14.6.

<sup>170</sup> Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 21 november 2005, *LJN* AU7199, r.o. 2.4.1.

<sup>171</sup> Zie bijvoorbeeld HR 9 september 1992, *LJN* ZC5051 (zie ook: HR 9 september 1992, *LJN* BH 8233 en HR 9 september 1992, *LJN* ZC5054); HR 23 november 1994, *LJN* AA2982; HR 27 februari 2004, *LJN* AF5556; HR 21 maart 2008, *LJN* BA8179; HR 25 april 2008, *LJN* BA3823; HR 27 april 2012, *BNB* 2012, 192.

<sup>172</sup> Uit de woorden ‘had kunnen nemen’ blijkt dat een theoretische mogelijkheid volstaat; het is irrelevant of de inspecteur onder de feitelijke omstandigheden daadwerkelijk van diens wettelijke bevoegdheden gebruik zou hebben gemaakt. Zie: Embregts 2003, p. 277.

belemmering had kunnen worden verkregen.<sup>173</sup>

Indien het bestuursorgaan het bewijs ook op rechtmatige wijze had kunnen verkrijgen, zal het onrechtmatig verkregen bewijs in beginsel niet worden uitgesloten. Dit is anders indien het bewijsmateriaal op een wijze is verkregen welke zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik ervan onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht (hierna: het zozeer indruist-criterium).<sup>174</sup> Wattel: "de opsporende overheid moet zich een overheid onwaardig gedragen hebben" en "van 'zozeer onbehoorlijk' [is pas] sprake als de betrokken ambtenaren kwade trouw of bewuste schending van grondrechten verweten kan worden".<sup>175</sup> Gezien de zwaarte van het criterium ben ik met Wattel en Embregts van mening dat indien is voldaan aan dit criterium, per definitie bewijsuitsluiting moet volgen, onafhankelijk van de vraag naar relativiteit en causaliteit.<sup>176</sup> Of dit ook de zienswijze van de Hoge Raad is valt te betwijfelen, in HR 13 december 1995, *LJN* AA3171 speelde het zozeer indruist-criterium geen rol meer daar op grond van de relativiteitsleer het bewijs reeds toelaatbaar werd geacht.

Slechts in uitzonderlijke gevallen is sprake van ernstig onrechtmatig overheidsoptreden (Embregts spreekt van 'schokkend onbehoorlijk gedrag'<sup>177</sup>). Dit is bijvoorbeeld het geval indien de FIOD de rechter-commissaris misleidt, en daardoor verleidt, tot het verlenen van een verlof tot huiszoeking.<sup>178</sup> Ook uitgesloten wordt materiaal dat is verkregen door middel van schending van een, al dan niet afgeleid, verschoningsrecht van een advocaat door inbeslagneming van dossiers onder een door die advocaat in een fiscale strafzaak tot

---

<sup>173</sup> Bijvoorbeeld artikel 4:2 en 6:5 Awb, artikel 65 Algemene Bijstandswet, artikel 47 Algemene wet inzake rijksbelastingen en artikel 53a Wet werk en bijstand. Zie ook: HR 1 juli 1992, *NJ* 1994, 621, r.o. 3.2.5.

<sup>174</sup> Zie HR 1 juli 1992, *NJ* 1994, 621; HR 9 september 1992, *LJN* ZC5051; HR 12 maart 1997, *LJN* ZC6589; HR 27 februari 2004, *LJN* AF5556; HR 21 maart 2008, *LJN* BA8179; HR 25 april 2008, *LJN* BA3823. Uit jurisprudentie van vóór 1 juli 1992 blijkt dat de bestuursrechter bij bewijsuitsluiting eenzelfde soort inbreuken voor ogen had. Zie: CRvB 23 april 1986, RSV 1986, 230; CRvB 22 november 1991, RSV 1992, 199; HR 2 maart 1988, *LJN* ZC3774.

<sup>175</sup> Concl. Wattel bij HR 27 februari 2004, *LJN* AF5556 en Concl. Wattel bij HR 27 juni 2001, *LJN* AB2314. Overigens ben ik van mening dat ook een per ongeluk geschonden verschoningsrecht tot bewijsuitsluiting zou moeten leiden.

<sup>176</sup> Zo kan in het strafrecht ook de niet-ontvankelijkheid van het OM worden aangenomen zonder dat belangen van verdachte zijn geschonden (HR 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567). Zie: Embregts 2003, p. 280 – 283; Wattel 1992.

<sup>177</sup> Embregts 2003, p. 279 – 283.

<sup>178</sup> HR 9 september 1992, *LJN* ZC5051 (zie ook: HR 9 september 1992, *LJN* BH 8233 en HR 9 september 1992, *LJN* ZC5054). Opmerkelijk is dat in dit arrest alsnog wordt getoetst of het bewijs ook zonder misleiding verkregen zou zijn. Op grond van het standaardarrest van 1 juli 1992 zou dit geen rol moeten spelen indien materiaal is verkregen op een wijze die 'zozeer indruist'.

zijn bijstand ingeschakelde accountant.<sup>179</sup> In een uitspraak van het Hof Amsterdam van 24 oktober 2000<sup>180</sup> is sprake van het onaangekondigd binnenvallen in een coffeeshop door een Horeca-Interventieteam (includerende politie). Aldaar wordt de dienstdoende barkeeper ondervraagd na hem verboden te hebben te telefoneren met de twee firmanten van de onderneming. Ook hier is het hof van oordeel dat de afgelegde verklaring moet worden uitgesloten van het bewijs. Een opvallende zaak waarin niet aan genoemd criterium is voldaan, vormt HR 21 maart 2008, *LJN* BA8179 (KB-Lux affaire). Hoewel de in deze zaak ter discussie staande microfiches "waarschijnlijk waren ontvreemd bij de KB-Luxbank", is de Hoge Raad met het hof van mening dat dit materiaal niet is verkregen op een manier die 'zozeer indruist'.

Tot slot heeft de Hoge Raad bepaald dat al het vorenbesprokene in gelijke mate geldt voor zowel de enkelvoudige belastingheffing als voor de verhoging.<sup>181</sup> Eerstgenoemde kan niet worden aangemerkt als 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM; de verhoging van de aanslag is daarentegen in feite een beboeting voor het doen van geen of een onjuiste aangifte waarop artikel 6 EVRM aldus van toepassing is.<sup>182</sup> De Hoge Raad maakt tussen beide echter geen onderscheid daar – zoals reeds besproken – artikel 6 EVRM geen regels bevat over de toelaatbaarheid van bewijs en dit artikel aldus niet tot een onderscheid dwingt.<sup>183</sup> Volgens de Hoge Raad maakt het wat betreft het al dan niet toelaten van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs geen verschil of sprake is van een procedure inzake een beboeting of een niet-punitieve procedure.<sup>184</sup>

#### **4.2.1.2. Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State**

Ook de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) is van oordeel dat er geen rechtsregel bestaat die "ieder gebruik verbiedt van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs."<sup>185</sup> Dat de bestuursrechter een zelfstandig oordeel dient te vormen omtrent de hem voorgelegde feiten blijkt bijvoorbeeld uit ABRvS 26 november

---

<sup>179</sup> HR 12 maart 1997, *LJN* ZC6589.

<sup>180</sup> Hof Amsterdam 24 oktober 2000, V-N 2001/6.8. Kenbaar uit concl. van Wattel bij HR 27 februari 2004, *LJN* AF5556.

<sup>181</sup> HR 1 juli 1992, *NJ* 1994, 621.

<sup>182</sup> Voor verzuimboeten: EHRM 21 februari 1984, Publ. ECHR, Series A Vol. 73 (Öztürk) en voor vergrijpboeten: EHRM 24 februari 1994, Publ. ECHR, Series A Vol. 248 (Bendenoun). Bevestigd in HR 19 juni 1985, *BNB* 1986, 29. Uit EHRM 10 december 1982, Publ. ECHR, Series A Vol. 56 (Foti) volgt dat bij boeteoplegging sprake is van een criminal charge zodra door de belastingdienst jegens de belastingplichtige een handeling is verricht, waaraan deze in redelijkheid de verwachting heeft kunnen ontlenen dat de inspecteur een boete zal opleggen.

<sup>183</sup> EHRM 12 juli 1988, Publ. ECHR, Series A Vol. 140 (Schenk).

<sup>184</sup> Embregts 2003, p. 269 – 293; Wattel 2001, p. 96 e.v.

<sup>185</sup> ABRvS 3 oktober 1997, *JB* 1997, 283; ABRvS 4 februari 2000, *LJN* AA4965.

2008.<sup>186</sup> In deze zaak steunt het ter discussie staande afwijzingsbesluit op feiten uit een strafdossier. Dit staf dossier was in de eerste plaats gebruikt voor een strafzaak waarin ook appellant verdacht was geweest en waar de rechtbank het OM niet-ontvankelijk verklaarde wegens onrechtmatige bewijsgaring. De Afdeling is echter van oordeel dat de feiten het afwijzingsbesluit kunnen dragen daar het in de bestuursrechtelijke procedure gebruikte bewijs niet de onrechtmatige tapverslagen omvatte.<sup>187</sup>

Zoals bij de belastingkamer speelt ook bij de Afdeling het relativiteitsvereiste een rol. In ABRvS 9 april 2008, *LJN BC9069* wordt door de persoon die een boete opgelegd heeft gekregen, gesteld dat er is binnengetreten in de woning zonder een daartoe strekkende machtiging. De beboete persoon is echter niet de bewoner van de woning. De Afdeling is dan ook van mening dat laatstgenoemde niet kan worden aangemerkt als degene wiens belang is getroffen door het zonder machtiging binnentreden. De door de opsporingsambtenaren geconstateerde feiten mogen dan ook tegenover de beboete persoon worden gebruikt.<sup>188</sup>

Ook het zo zeer indruist-criterium vindt toepassing in de rechtspraak van de Afdeling:

“In het administratiefrechtelijke geding is zodanig bewijs slechts dan niet toegestaan, indien het bewijs is verkregen op een wijze, die zo zeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.”<sup>189</sup>

Ondanks dat niet snel is voldaan aan het ‘zo zeer indruist’-criterium, wordt er zo nu en dan een beroep op gedaan. Zo stelt appellant zich in ABRvS 3 oktober 1997, JB 1997, 283 op het standpunt dat het door de politie in zijn huis aangetroffen bewijs, dat ten grondslag ligt aan de intrekking van zijn jachtvergunning, onrechtmatig is verkregen daar de politie zonder zijn toestemming zijn huis is binnengetreten. De Afdeling oordeelt echter dat de politie met toestemming van echtgenote van appellant (en eveneens medebewoonster van de woning) de woning is binnengetreten en dat geen sprake is van een handelwijze die ‘zo zeer indruist’. Tot een zelfde oordeel komt de Afdeling in ABRvS 4 februari 2000.<sup>190</sup> In deze zaak heeft de burgemeester bij besluit het horecabedrijf van appellant gesloten daar

---

<sup>186</sup> ABRvS 26 november 2008, *LJN BG5316*.

<sup>187</sup> Verbeek 2012, p. 40 – 43.

<sup>188</sup> Zie ook ABRvS 21 januari 2009, *LJN BH0484*.

<sup>189</sup> ABRvS 3 oktober 1997, JB 1997, 283. Zie ook: ABRvS 4 februari 2000, *LJN AA4965*; ABRvS 18 februari 2003, *LJN AF6640*; ABRvS 7 juli 2009, 200903757/1/V3; ABRvS 22 juli 2011, *LJN BR3222*.

<sup>190</sup> ABRvS 4 februari 2000, *LJN AA4965*.

bij een huiszoeking in dit horecabedrijf drugs is aangetroffen. Appellanten hebben, onder verwijzing naar het feit dat de strafzaak omtrent hetzelfde feitencomplex is geseponeerd wegens onrechtmatig verkregen bewijs, betoogd dat het bewijsmateriaal dat ten grondslag is gelegd aan de sluiting van het horecabedrijf buiten beschouwing moet worden gelaten. Dit betoog faalt. Wel is sprake van bewijsmateriaal dat is verkregen op een wijze die 'zozeer indruist' in een zaak waarin een verklaring aan de orde is welke is afgelegd met schending van artikel 5:10a Awb (zwijgrecht) daar betrokkene ten onrechte geen cautie is gegeven. Het tijdens dat gesprek verkregen bewijs wordt uitgesloten.<sup>191</sup>

De in het arrest van 1 juli 1992 door de Hoge Raad genoemde algemene beginselen van behoorlijk bestuur noemt de Afdeling niet. Ook toetsing aan het zorgvuldigheidsbeginsel blijft uit. Regelmatig komt men zinsneden tegen vergelijkbaar met de volgende:

"In die procedure [de bestuursrechtelijke] is het gebruik van zodanig [strafrechtelijk onrechtmatig verkregen] bewijs slechts dan niet toegestaan, indien dit is verkregen op een wijze, die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht (...)."<sup>192</sup>

In het hierboven geciteerde wordt direct doorgestoten naar de 'zozeer indruist-vraag' zonder stil te staan bij de mogelijkheid dat het *gebruik* van dergelijk bewijs in strijd kan zijn met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Indien het gebruik van het materiaal in strijd is met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur – bijvoorbeeld het door de Hoge Raad in zijn standaardarrest van 1 juli 1992 expliciet genoemde zorgvuldigheidsbeginsel – kan dit immers tot de conclusie leiden dat het bewijs moet worden uitgesloten. Er lijkt echter vanuit te worden gegaan dat materiaal dat strafrechtelijk onrechtmatig is verkregen *slechts dan* wordt uitgesloten indien dit materiaal is *verkregen* op een wijze die 'zozeer indruist'. In de woorden van Damen wordt het "ultieme criterium" door de Afdeling als "enige criterium" gehanteerd.<sup>193</sup>

De Afdeling heeft zich (nog) niet uitgelaten over de vraag of onrechtmatig verkregen bewijs toelaatbaar is als het ook op rechtmatige wijze had kunnen worden verkregen. Reden hiervoor is waarschijnlijk gelegen in het feit dat deze vraag doorgaans aan de orde

---

<sup>191</sup> Rb. Arnhem 23 september 2010, *LJN* BN8128.

<sup>192</sup> ABRvS 18 februari 2003, *LJN* AF6640. Zie ook: ABRvS 3 oktober 1997, JB 1997, 283; ABRvS 4 februari 2000, *LJN* AA4965; ABRvS 7 juli 2009, 200903757/1/V3; ABRvS 22 juli 2011, *LJN* BR3222.

<sup>193</sup> ABRvS 4 februari 2000, AB 2000, 242, m.nt. Damen.

komt bij de in het sociale zekerheidsrecht en belastingrecht voorkomende inlichtingen- en medewerkingsplichten welke rechtsgebieden behoren tot de competentie van respectievelijk de Centrale Raad van Beroep en de belastingkamer van de Hoge Raad.<sup>194</sup>

#### **4.2.1.3. Centrale Raad van Beroep**

Al ruim twintig jaar gelden stelde de Centrale Raad van Beroep (hierna: de Centrale Raad) dat de beroepsrechter niet is gebonden aan stringente bewijsvoorschriften.<sup>195</sup> In latere rechtspraak maakt de Centrale Raad duidelijk dat hij zich niet conformeert aan een voorliggend strafrechtelijk oordeel waarbij hij de nadruk legt op het verschil in bewijsstelsels.<sup>196</sup> Bovendien kan een algemene regel dat onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal te allen tijde buiten beschouwing moet blijven, niet worden aanvaard.<sup>197</sup>

Ook bij de Centrale Raad speelt het relativiteitsvereiste een rol van betekenis: "de omstandigheid dat een huisbezoek een onrechtmatig karakter draagt, brengt naar het oordeel van de Raad (...) mee dat de bevindingen van dat huisbezoek in beginsel niet mogen worden gebruikt bij de beoordeling van het recht op bijstand van degene jegens wie dat huisbezoek onrechtmatig is."<sup>198</sup> Bovendien vindt het zozeer indruist-criterium toepassing in de rechtspraak van de Centrale Raad:

"Het gebruik van beweerdelijk onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen is immers volgens vaste rechtspraak van de Raad (...) slechts dan niet toegestaan, indien deze zijn verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht."<sup>199</sup>

Zoals reeds gezegd is aan dit criterium niet snel voldaan. Zo slaagde in CRvB 17 januari 2012, *LJN* BV1783 de hoger beroepsgrond, inhoudende dat ten onrechte zonder

---

<sup>194</sup> Embregts 2003, p. 269 – 293.

<sup>195</sup> CRvB 23 april 1986, RSV 1986, 230; CRvB 22 november 1991, RSV 1992, 199.

<sup>196</sup> CRvB 27 april 1999, USZ 1999, 201. Herhaald in CRvB 7 maart 2006, *LJN* AV6349. Bovendien oordeelt de Centrale Raad dat handelen van bestuursorganen "niet wordt beheerst door de strafvorderlijke regels van bewijs en bewijsvergaring, maar door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur" (CRvB 10 juni 2004, *LJN* AP1520).

<sup>197</sup> Rb. Rotterdam 30 oktober 1992, TAR 1993/18 (hoewel het hier een uitspraak van de rechtbank betreft is dit een zaak die in hoger beroep bij de Centrale Raad zou zijn behandeld daar dit geschil ambtenarenrecht betreft). Zie ook: CRvB 24 november 2009, *LJN* BK4530.

<sup>198</sup> CRvB 24 november 2009, *LJN* BK4530.

<sup>199</sup> CRvB 31 juli 2012, *LJN* BX3201. Zie ook: CRvB 28 november 1995, *LJN* ZB1493; CRvB 30 januari 1996, *LJN* ZB5919; CRvB 27 april 1999, USZ 1999, 201; CRvB 11 juli 2002, *LJN* AE6088; CRvB 22 januari 2004, *LJN* AO3220; CRvB 10 juni 2004, *LJN* AP1520; CRvB 11 januari 2005, *LJN* AS2268; CRvB 6 april 2006, *LJN* AW1847; CRvB 13 augustus 2009, *LJN* BJ5660; CRvB 17 januari 2012, *LJN* BV1783; CRvB 24 januari 2013, *LJN* BY9361.

toestemming van de officier van justitie gebruik is gemaakt van informatie uit het strafrechtelijk onderzoek, niet. De Centrale Raad laat in deze zaak de vraag of sprake is van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in het midden daar hij van oordeel is dat aan het zozeer indruist-criterium niet is voldaan. In CRvB 29 januari 2002, *LJN* AE3170 stelt appellant zich op het standpunt dat gedaagde ten onrechte gebruik heeft gemaakt van onrechtmatig verkregen bewijs nu de betreffende douaneambtenaar (nog) niet bevoegd was de van appellant in beslag genomen stukken te kopiëren. Ook hier is de Centrale Raad van oordeel dat aan voornoemd criterium niet is voldaan.<sup>200</sup>

Gelijk de Afdeling laat ook de Centrale Raad zich niet uit over de door de belastingkamer van de Hoge Raad uitgezette lijn dat ook schending van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur tot bewijsuitsluiting kan leiden. Zoals in het vorige citaat gezien geldt ook voor de Centrale Raad dat strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs *slechts dan* niet is toegestaan, indien het bewijs is verkregen op een wijze die 'zozeer indruist'.<sup>201</sup>

De Centrale Raad heeft zich wel uitgelaten over de vraag of onrechtmatig verkregen bewijs toelaatbaar is als het ook op rechtmatige wijze had kunnen worden verkregen. Zo worden in CRvB 28 november 1995<sup>202</sup> stukken die bij een strafrechtelijke procedure als onrechtmatig verkregen waren beoordeeld, in de bestuursrechtelijke procedure wel toegelaten. Volgens de Centrale Raad kan de vraag naar de onrechtmatigheid van de huiszoeking in het midden blijven daar het gaat om gegevens waarvan de uitkerende instantie, ook indien de huiszoeking niet zou hebben plaatsgevonden, zonder wettelijke belemmering kennis zou kunnen nemen. Alle van belang zijnde informatie dient namelijk ingevolge de inlichtingenplicht van artikel 30, tweede lid, (oud) Algemene Bijstandswet<sup>203</sup> (hierna: Abw) te worden verstrekt, aldus de Centrale Raad.<sup>204</sup>

#### **4.2.1.4. College van Beroep voor het bedrijfsleven**

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het College) oordeelt over geschillen op het terrein van het sociaaleconomisch bestuursrecht en een aantal

---

<sup>200</sup> Zie ook: CRvB 15 november 2011, *LJN* BU4707; CRvB 19 juni 2012, *LJN* BW8756.

<sup>201</sup> Zie onder andere: CRvB 28 november 1995, *LJN* ZB1493; CRvB 30 januari 1996, *LJN* ZB5919; CRvB 27 april 1999, USZ 1999, 201; CRvB 29 januari 2002, *LJN* AE3170; CRvB 11 juli 2002, *LJN* AE6088; CRvB 22 januari 2004, *LJN* AO3220; CRvB 10 juni 2004, *LJN* AP1520; CRvB 11 januari 2005, *LJN* AS2268; CRvB 6 april 2006, *LJN* AW1847; CRvB 13 augustus 2009, *LJN* BJ5660; CRvB 17 januari 2012, *LJN* BV1783; CRvB 19 juni 2012, *LJN* BW8756; CRvB 31 juli 2012, *LJN* BX3201; CRvB 24 januari 2013, *LJN* BY9361.

<sup>202</sup> CRvB 28 november 1995, *LJN* ZB1493. Zie in dit verband ook: CRvB 30 januari 1996, *LJN* ZB5919.

<sup>203</sup> Thans artikel 65, eerste lid, Abw.

<sup>204</sup> Embregts 2003, p. 269 – 293.

economische wetten.<sup>205</sup> In de rechtspraak van het College is de vraag naar de toelaatbaarheid van al dan niet onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal zelden aan de orde.

In een uitspraak van het College van 12 juni 2007 faalt het door appellant gevoerde betoog dat de ten overstaan van de FIOD/ECD afgelegde verklaring niet als bewijs kan worden meegenomen omdat de cautie niet is gegeven. Het College oordeelt:

“Het feit dat bewijsmiddelen op strafrechtelijk onrechtmatige wijze zijn verkregen vormt geen beletsel voor een bestuursorgaan om daarvan gebruik te maken. Op grond van vaste bestuursrechtelijke jurisprudentie moet worden geconcludeerd dat gebruikmaking van bewijs slechts dan niet is toegestaan, indien het bewijs is verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.”<sup>206</sup>

Voorts merkt het College op dat ook toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb – er niet toe leidt dat geen gebruik zou mogen worden gemaakt van de door appellant afgelegde verklaring. In een uitspraak van 26 april 2012 overweegt het College dat “in het bestuursrecht gebruik van bewijsmateriaal dat in een strafvorderlijke of strafrechtelijke procedure is gekwalificeerd als onrechtmatig verkregen slechts dan is toegestaan, indien het bewijs is verkregen op een wijze die zozeer indruist (...).”<sup>207</sup> Ik ga er vanuit dat het College hier bedoelt dat het gebruik van zodanig bewijsmateriaal slechts dan *niet* is toegestaan indien is voldaan aan het zozeer indruist-criterium.

In CbB 19 september 2001, *LJN AD3796* staat een aan een transportbedrijf opgelegde anti-dumping heffing centraal. Hoewel het College het standpunt van verweerder – inhoudende dat de gegevens waarop de inspecteur zijn conclusie grondt ook op andere wijze verkregen hadden kunnen worden – onjuist acht, toont deze zaak aan dat ook het College de zienswijze ondersteunt dat indien materiaal op rechtmatige wijze had kunnen worden verkregen, het bewijs toelaatbaar moet worden geacht.

#### **4.2.2. Bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs**

Als hoofdregel van bewijslastverdeling geldt in het bestuursrecht dat het in beginsel aan

---

<sup>205</sup> Zoals de Mededingingswet en de Telecommunicatiewet.

<sup>206</sup> CbB 12 juni 2007, *LJN BA7438*.

<sup>207</sup> CbB 26 april 2012, *LJN BW6727*. Van een dergelijke handelwijze was in deze zaak geen sprake.



het bestuur is om de juistheid van de feitelijke grondslag van het bestreden besluit aan te tonen. Dit vloeit voort uit de aard van de publiekrechtelijke besluitvorming. Steun voor deze hoofdregel kan worden gevonden in artikel 3:2 Awb dat stelt dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis vergaart omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen (zie in dit kader ook artikel 7:11 Awb).<sup>208</sup> Met name wanneer het gaat om een voor de betrokken burger belastend besluit, rust de bewijslast op het bestuursorgaan.<sup>209</sup> Het is mogelijk dat bij de bewijsgaring door een bestuursorgaan (on)geschreven regels van bestuursrecht worden geschonden.

Hoewel de bestuursrechter aanzienlijk minder vaak wordt geconfronteerd met bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs dan met de strafrechtelijke equivalent, komt het af en toe voor. In het navolgende zal worden gezien welk uitsluitingsregime de bestuursrechter hanteert met betrekking tot bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs.

#### **4.2.2.1. Algemeen beginsel van behoorlijk bestuur**

Bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs wordt uitgesloten indien een bestuursorgaan handelt in strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en/of een algemeen beginsel van procesrecht. In dit verband kan worden gewezen op een zaak omtrent het zonder toestemming openen van een kofferbak door een controleur. Het hof achtte het zodanig handelen in strijd met één van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer specifiek het zorgvuldigheidsbeginsel. Met het hof is de Hoge Raad van mening dat de controlebevoegdheid wordt begrensd door voornoemde beginselen.<sup>210</sup> Uitsluiting van het bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs was aan de orde bij het vorderen van inlichtingen of inzage ex artikel 47 Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR) jegens de belanghebbende terwijl de vordering diende om bewijs te verkrijgen inzake een kwestie die reeds onder de rechter was.<sup>211</sup> In deze zaak is sprake van schending van de algemene beginselen van procesrecht daar de bewijsgaring plaatsvindt tijdens de rechterlijke fase.<sup>212</sup>

Uitsluiting van het bewijs is bovendien aan de orde bij schending van het

---

<sup>208</sup> Uit een bijzonder wettelijk voorschrift kan een bepaalde verdeling van de bewijslast voortvloeien.

<sup>209</sup> ABRvS 11 juni 1998, AB 297.

<sup>210</sup> HR 4 november 1992, BNB 1993, 90. De Hoge Raad achtte het optreden van de controleur in casu niet onzorgvuldig.

<sup>211</sup> HR 10 februari 1988, BNB 1988, 160.

<sup>212</sup> Ter onderscheiding van onrechtmatig verkregen bewijs spreekt Koeman, indien bewijs is verkregen in strijd met de regels van procesrecht, van onregelmatig verkregen bewijs. Zie: Koeman 2001, p. 49 – 56. Zie ook: Embregts 2003, p. 289.

verschoningsrecht van een notaris door rijksaccountants die zich aandienen voor een normaal boekenonderzoek ter controle van de eigen belastingplicht van de notaris, maar vervolgens op eigen gezag snuffelen in dossiers over cliënten van de notaris. De vruchten daarvan werden vervolgens door de inspecteur gebruikt om naheffingsaanslagen overdrachtsbelasting op te leggen aan die cliënten.<sup>213</sup> Ook kan hier worden gewezen op een zaak waarin een opsporingsinstantie haar opsporingsbevoegdheden gebruikt ter verkrijging van voor de belastingheffing van belang zijnde gegevens, zonder dat haar onderzoek (mede) is gericht op de opsporing van een strafbaar feit. Wegens schending van het beginsel van *détournement de pouvoir*<sup>214</sup> wordt het aldus verkregen bewijs uitgesloten. Ditzelfde geldt voor het al eerder besproken arrest waarin een persoon wordt gevraagd een zogenaamde relaaskaart te ondertekenen voor administratieve doeleinden, waarna op basis van deze kaart een naheffingsaanslag aan de persoon wordt opgelegd.<sup>215</sup> Het hof was van oordeel dat de belastinginspecteur had gehandeld in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur indien de relaaskaart voor het bewijs zou worden gebruikt.<sup>216</sup>

#### **4.2.2.2. 'Zozeer indruist'**

Onrechtmatig verkregen bewijs dat in een bestuursrechtelijke procedure is verkregen, wordt tegenwoordig steeds vaker getoetst aan het uit het arrest van de belastingkamer van 1 juli 1992 afkomstige zozeer indruist-criterium. Zo was dit criterium aan de orde in een zaak waar een ambtenaar een controlebezoek bracht aan een woning boven een kledingreparatiewinkel waar hij twee werkende vreemdelingen zonder tewerkstellingsvergunning aantrof. De ambtenaar was zonder toestemming van de bewoner de woning binnengetrepen terwijl hij daartoe niet bevoegd was. De rechter oordeelt dat het bewijs is verkregen op een wijze die zozeer indruiste tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het bewijs niet mag worden gebruikt ter motivering van het boetebesluit. Ook de verklaring van de aangetroffen bewoner (tevens venoot van het naaiatelier) mocht als 'verboden vrucht' niet meewerken aan het bewijs.<sup>217</sup> In CRvB 9 juni 2009, *LJN* BI9724 is vaststelling van het recht op bijstand aan de orde. Daar dit niet gaat om een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM en geen sprake is van bewijs dat is verkregen op een manier die 'zozeer

<sup>213</sup> Hof Den Haag 3 juli 1989, *BNB* 1990, 160.

<sup>214</sup> Het verbod van *détournement de pouvoir* houdt in dat een door de wet gegeven bevoegdheid uitsluitend mag worden gebruikt voor het doel waartoe de wetgever haar aan het bestuursorgaan heeft gegeven. Zie: Van Wijk, Konijnenbelt, Van Male 2011, p. 321 – 323.

<sup>215</sup> Hof Arnhem 11 november 1982, *BNB* 1984/194.

<sup>216</sup> Wattel 2001, p. 95 – 107.

<sup>217</sup> Voorzitter Rb. Haarlem 22 mei 2008, *JV* 2008, 263. Zie in dit verband ook: ABRvS 7 mei 2009, *JB* 2008, 140 (in laatstgenoemde zaak mocht het bewijs wel worden gebruikt).

indruist' is geen sprake van onrechtmatig verkregen bewijs. Ook in Rb. Rotterdam 3 februari 2010, *LJN* BL2092 oordeelt de rechtbank dat "bewijsuitsluiting alleen aan de orde [is] indien dat bewijs is verkregen op een wijze die zozeer indruist (...)".

Op 11 april 2007<sup>218</sup> heeft de Centrale Raad in een standaardarrest bepaald dat in gevallen waarin sprake is van een onaangekondigd huisbezoek zonder redelijke grond, toestemming van de bewoner moet zijn verleend op basis van 'informed consent', dat wil zeggen op basis van volledige en juiste informatie over reden en doel van het huisbezoek. Voor de beantwoording van de vraag of dit materiaal toelaatbaar is, grijpt de Centrale Raad terug naar het zozeer indruist-criterium uit HR 1 juli 1992, *NJ* 1994, 621. In casu is volgens de Centrale Raad sprake van een niet-gerechvaardigde inbreuk op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer zodat deze handelwijze voldoet aan het zozeer indruist-criterium. De Centrale Raad is van oordeel dat de resultaten van het in onderhavige zaak ter discussie staande huisbezoek als onrechtmatig verkregen bewijs buiten beschouwing moeten worden gelaten daar het in rechte toelaten van dit bewijs neer zou komen op een schending van artikel 6 EVRM.<sup>219</sup> In dit verband heeft de Centrale Raad op 12 januari 2010<sup>220</sup> besloten dat, indien inbreuk is gemaakt op het huisrecht van betrokkene, alles wat de handhavingsmedewerkers bij het onrechtmatige huisbezoek in de kamer van betrokkene hebben waargenomen, als onrechtmatig verkregen bewijs bij de beoordeling van het recht op bijstand van betrokkene buiten beschouwing dient te blijven.

In ABRvS 31 oktober 2012, AB 2013, 72 moest met spoed een hennepkwekerij worden ontmanteld vanwege brand- en elektrocutiegevaar. De aan de machtiging tot binnentreden klevende gebreken waren volgens de Afdeling niet van dien aard dat gebruik van de bij die binnentreding verkregen informatie zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid moest worden gevergd, dat het college zijn besluit niet op die informatie mocht baseren. Opvallend is dat de Afdeling in deze zaak het geconstateerde gebrek een plaats geeft bij de beantwoording van de vraag of kostenverhaal mogelijk is. Hoewel volgens artikel 5:25 Awb bestuursdwang en kostenverhaal als regel samengaan, maakt de Afdeling hier een uitzondering. De Afdeling ziet grond voor het oordeel dat het college de kosten niet op de overtreder heeft mogen

---

<sup>218</sup> CRvB van 11 april 2007, AB 2007, 149. Zie bijvoorbeeld ook CRvB 14 april 2009, *LJN* BI4324.

<sup>219</sup> Zie in dit verband ook CRvB 30 september 2008, *LJN* BF5166; CRvB 13 april 2010, *LJN* BM3125; CRvB 12 juni 2012, *LJN* BW8666; CRvB 8 januari 2013, *LJN* BY7954; CRvB 5 maart 2013, *LJN* BZ3688.

<sup>220</sup> CRvB 12 januari 2010, *LJN* BK8928. Bevestigd in CRvB 5 maart 2013, *LJN* BZ3688.

verhalen.<sup>221</sup>

Van bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs is géén sprake bij het ondervragen van de buurman van appellant door een fraudecontroleur daar geen ongeoorloofde inbreuk op de privacy van appellant werd gemaakt.<sup>222</sup> Ook in CRvB 27 april 1999, USZ 1999, 201 is het bewijs niet onrechtmatig verkregen ondanks dat de opsporingsfunctionaris zich in een horecagelegenheid als klant had voorgedaan. De Centrale Raad oordeelt dat de wijze van bewijsgaring door het bestuursorgaan niet onrechtmatig is gezien de publiekelijk toegankelijke werkplek van appellant.

Voorts is van belang dat bij besluiten waar bestraffende sancties worden opgelegd, de bestuursrechter dezelfde waarborgen aan de bestrafte burger moet bieden als de strafrechter aan de verdachte. Dit volgt uit artikel 6, derde lid, EVRM. Een van die waarborgen is het 'nemo tenetur'-beginsel (artikel 5:10a, eerste lid, Awb).<sup>223</sup> Dit beginsel is slechts van toepassing op bewijsmateriaal dat zijn bestaan dankt aan de bestrafte burger (zoals verklaringen van de verdachte en door hemzelf opgestelde documenten).<sup>224</sup> Als het om een bestraffende sanctie gaat, is voorts de Salduz-jurisprudentie<sup>225</sup> van toepassing.<sup>226</sup> Voorgaande speelt voornamelijk een rol bij de bestuurlijke boete.<sup>227</sup>

Waar het bij strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs van belang is of het bewijs ook op rechtmatige wijze had kunnen worden verkregen, doet dit volgens Embregts en Wattel bij bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs niet ter zake.<sup>228</sup> Hier verdient opmerking dat hun standpunt is gebaseerd op arresten uit 1992 en 1988.<sup>229</sup> In beide arresten, die ook nog eens vrij oud zijn, is de vraag of het bewijs zonder wettelijke belemmering op rechtmatige wijze had kunnen worden verkregen niet expliciet aan de orde. Het is dus maar de vraag of de bestuursrechter bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs buiten beschouwing laat indien is voldaan aan genoemd criterium.

---

<sup>221</sup> Zie voor vergelijkbare overwegingen: ABRvS 18 december 2012, *LJN* BY7389.

<sup>222</sup> CRvB 7 november 2001, USZ 2002/3

<sup>223</sup> Het nemo tenetur-beginsel behelst het recht van een verdachte niet mee te hoeven werken aan voor hem belastende bewijslevering.

<sup>224</sup> Zie: EHRM 17 december 1996, Publ. ECHR, Series A Vol. 300-A (Saunders); EHRM JB tegen Zwitserland, 3 mei 2001, *NJ* 2003, 354.

<sup>225</sup> In de zaak Salduz overweegt het EHRM dat artikel 6 EVRM eist dat een verdachte toegang tot een raadsman ("access to a lawyer") moet krijgen vanaf het moment dat de ondervraging door de politie aanvangt. Afwijking van deze hoofdregel is alleen mogelijk in uitzonderlijke gevallen, op basis van dwingende redenen. Zie: EHRM Salduz tegen Turkije, 27 november 2008, *NJ* 2009, 214.

<sup>226</sup> Zie in dit verband: CRvB 9 juni 2009, *LJN* BI9724; CRvB 19 mei 2009, *AB* 2009/370.

<sup>227</sup> Zie hierover uitgebreider: Bröring, Naves 2010.

<sup>228</sup> Embregts 2005, paragraaf 2.2.; Wattel 2001, p. 99 e.v.

<sup>229</sup> HR 4 november 1992, *BNB* 1993/90; HR 10 februari 1988, *BNB* 1988/160.

Hoewel dit mijns inziens wel wenselijk is – daar het bestuursorgaan in dergelijk geval kan worden verweten dat hij van de hem beschikbare informatie- en inlichtingenplichten geen gebruik heeft gemaakt – is dit in rechtspraak van de hoogste bestuursrechters<sup>230</sup> noch bevestigd, noch ontkracht. Daar de jurisprudentie (tot nu toe) niet spreekt over genoemd criterium ga ik er voorsnog van uit dat dit criterium geen rol speelt bij bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs.

### **4.3. Conclusie**

In dit hoofdstuk is besproken wanneer een onrechtmatigheid in een bestuursrechtelijke procedure tot bewijsuitsluiting leidt. Hierbij moet onderscheid worden gemaakt tussen strafrechtelijk en bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs. In ieder geval geldt dat indien bewijsmateriaal in het strafrechtelijk traject is uitgesloten, dit niet betekent dat het materiaal evenmin in een bestuursrechtelijke procedure kan worden gebruikt. De bestuursrechter dient zelfstandig tot een antwoord op de toelaatbaarheidsvraag te komen.

Strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs wordt uitgesloten volgens de door de belastingkamer van de Hoge Raad op 1 juli 1992 uitgezette lijn waarbij het gebruik van het materiaal in strijd moet zijn met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Hierbij spelen het uit het strafrecht afkomstige relativiteitsvereiste en causaal verband een rol. Voorts is van belang dat bewijsmateriaal dat ook zonder wettelijke belemmering had kunnen worden verkregen, doorgaans niet wordt uitgesloten. Dit is anders indien het materiaal is verkregen op een wijze die 'zozeer indruist'; het materiaal wordt dan uitgesloten van het bewijs. De hoogste bestuursrechters lijken laatstgenoemde criterium als enige criterium te hanteren. Onduidelijk is of, indien aan het zozeer indruist-criterium is voldaan, het vereiste van relativiteit en/of causaal verband ertoe kan/kunnen leiden dat het materiaal desondanks wordt toegelaten.

Bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs wordt uitgesloten indien het materiaal is verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik van dergelijk materiaal onder alle

---

<sup>230</sup> Slechts in Rb. Arnhem 15 november 2004, *LJN* AR5927 kom ik dit criterium tegen. In deze zaak heeft verweerder in strijd met zijn eigen privacyreglement bewijs van oneigenlijk e-mailgebruik door eiser vergaard. De rechtbank is van oordeel dat het gebruik van het materiaal in strijd moet worden geacht met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (het zorgvuldigheidsbeginsel). Voorts oordeelt de rechtbank dat de geschonden norm een belang van de betrokkene beoogt te beschermen en het bestuursorgaan het bewijs niet ook op rechtmatige wijze had kunnen verkrijgen. Bovendien oordeelt de rechtbank dat aan het zozeer indruist-criterium niet is voldaan.

omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht. Hoewel in het verleden schending van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (vaak, maar niet altijd, het zorgvuldigheidsbeginsel) of van procesrecht voldoende was om het aldus verkregen materiaal uit te sluiten van het bewijs, is dat tegenwoordig amper tot niet terug te vinden in de bestuursrechtelijke rechtspraak. Verder ga ik er zoals gezegd van uit dat het bij bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs niet terzake doet of het materiaal ook op rechtmatige wijze had kunnen worden verkregen.

## Hoofdstuk 5. Conclusies en aanbevelingen

*"Nothing can destroy a government more quickly than its failure to observe its own laws, or worse, its disregard of the charter of its own existence."*<sup>231</sup>

In voorgaande hoofdstukken is bekeken welke criteria de rechter hanteert bij het bepalen van de verschillende rechtsgevolgen welke kunnen worden verbonden aan door overheidsorganen onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht en het bestuursrecht. In dit hoofdstuk zullen conclusies worden getrokken en aanbevelingen worden gedaan.

### 5.1. Strafrecht

In hoofdstuk drie is beschreven welke criteria de strafrechter hanteert bij het bepalen van het rechtsgevolg van onrechtmatig verkregen bewijs. Alle omstandigheden van het geval, waaronder begrepen het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt, spelen mee bij de keuze voor een bepaald rechtsgevolg. Bovendien wordt de bewijsuitsluitingsregel genuanceerd toegepast wegens het vereiste van relativiteit, causaal verband en schade.

Bij onrechtmatig verkregen bewijs vindt doorgaans bewijsuitsluiting of strafvermindering plaats. De Hoge Raad geeft de voorkeur aan laatstgenoemde. In de literatuur is de nodige kritiek geuit op de mogelijkheid van strafvermindering. Zo stelt Mevis:

"het is ronduit onvoldoende om de burger die van de rechter vraagt de overheid aan het recht te onderwerpen (de burger kan dit niet zelf) af te schepen met een 'compensatie' in de vorm van een strafvermindering waarmee hij als verdachte wellicht blij is, maar waarmee hij als rechtsburger fundamenteel in de kou blijft staan."<sup>232</sup>

Hoewel iets milder gestemd is ook Embregts geen voorstander van strafvermindering bij geconstateerde onrechtmatige bewijsgaring. Bewijsuitsluiting blijft volgens haar de aangewezen sanctie. Zij stelt onder andere dat strafvermindering geen gelijkwaardig

---

<sup>231</sup> U.S. Supreme Court Justice Tom C. Clark in *Mapp vs. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

<sup>232</sup> Mevis 1995, p. 259, 260.

alternatief voor bewijsuitsluiting kan zijn.<sup>233</sup>

Mijns inziens moet de sanctie van strafvermindering niet als alternatief voor bewijsuitsluiting worden gezien. Strafvermindering dient slechts aan de orde te zijn indien bewijsuitsluiting een te vergaande sanctie is of indien bewijsuitsluiting niet mogelijk is vanwege het simpele feit dat er geen bewijs is dat kan worden uitgesloten.<sup>234</sup> De gecodificeerde mogelijkheid van strafvermindering zorgt ervoor dat verzuimen kunnen worden gesanctioneerd welke anders 'onbestraft' zouden blijven. Ik sluit dan ook aan bij de woorden van van Dorst die stelt dat deze sanctie "de rechter een instrument [lijkt] te bieden om genuanceerder op vormverzuimen te reageren dan met de botte bijl van de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie of bewijsuitsluiting zou kunnen."<sup>235</sup>

Gezien de soms verstrekkende processuele gevolgen van het uitsluiten van bewijs komt de genuanceerde toepassing van de bewijsuitsluitingsregel mij tot op zekere hoogte juist voor. De in het tweede lid van artikel 359a Sv genoemde gezichtspunten alsook de in de jurisprudentie ontwikkelde factoren zorgen voor een genuanceerde afweging van alle bij een zaak betrokken belangen. Keerzijde van dezelfde medaille is de rechtsonzekerheid die hiermee gepaard gaat. In de niet aflatende stroom aan strafrechtelijke jurisprudentie omtrent dit onderwerp is het moeilijk een duidelijke lijn te ontwaren. Voornamelijk de grens tussen strafvermindering en bewijsuitsluiting lijkt een flexibele. Het gevaar is mijns inziens gelegen in het risico dat rechters kiezen voor strafvermindering in gevallen waarin bewijsuitsluiting de geëigende reactie is (dit laatste is het geval indien sprake is van een aanzienlijke schending van een belangrijk voorschrift of rechtsbeginsel). Dit risico is realistischer indien het processuele gevolg van bewijsuitsluiting vrijspraak is. In dit licht lijken de verzuimen die onder het predicaat 'geen aanzienlijke schending' worden geschaard, ingrijpender te worden. Zo kunnen wat mij betreft vraagtekens worden gezet bij het toepassen van strafvermindering wegens het zonder redelijk vermoeden van schuld betreden van een afgesloten erf waar de verdachte woont.<sup>236</sup> Zoals eerder gezegd betreft het hier een inbreuk op een grondrecht en mensenrecht. Gezien het zwaarwegende belang dat het geschonden voorschrift dient (te weten het recht op privacy), de beperkte ernst van het feit waarvoor verdachte is veroordeeld en het geringe nadeel dat daardoor wordt

---

<sup>233</sup> Indien de sanctie van strafvermindering wordt toegepast bij onrechtmatige bewijsgaring manifesteert zich volgens Embregts het gevaar dat verzuim en sanctie worden ontkoppeld. Die ontkoppeling dient te worden tegengegaan op het vlak van de onrechtmatige bewijsgaring: bewijsuitsluiting (en niet strafvermindering) is de meest passende sanctie in dat geval, aldus Embregts. Zie: Embregts 2003, p. 183, 184.

<sup>234</sup> Zie bijvoorbeeld: HR 15 maart 2005, *LJN* AS4638.

<sup>235</sup> van Dorst 1996, p. 274.

<sup>236</sup> HR 19 december 2006, *LJN* AZ2145.



veroorzaakt lijkt mij bewijsuitsluiting het enige juiste hieraan te verbinden rechtsgevolg. Ook bij een doorzoeking van een woning waarbij de machtiging tot binnentreden de dag ná het binnentreden is afgegeven,<sup>237</sup> het zonder de vereiste toestemming van de officier van justitie stelselmatig observeren van een woning vanaf de openbare weg<sup>238</sup> en bij het door een ongecertificeerde hulp officier van justitie afgeven van een machtiging tot binnentreden<sup>239</sup> ben ik van mening dat bewijsuitsluiting en niet strafvermindering de geëigende reactie is om de hiervoor genoemde redenen.

De grens tussen niet-ontvankelijk verklaren van het OM enerzijds en bewijsuitsluiting anderzijds is mijns inziens duidelijker te trekken. Ik sluit wat dit betreft aan bij de woorden van Embregts: "(...) de sanctie waarbij het openbaar ministerie niet-ontvankelijk wordt verklaard [ziet] niet zozeer (...) op de onrechtmatige *bewijsgaring*, maar veeleer (...) op de onrechtmatige *gedraging*. (...)" Zij stelt voorts dat het OM niet-ontvankelijk dient te worden verklaard indien door het onrechtmatig overheidsoptreden de eerlijkheid van het proces is aangetast.<sup>240</sup> Zoals gezien is hiervan slechts in uitzonderlijke gevallen sprake.

De enkele constatering dat vormen zijn verzuimd vindt toepassing indien de ernst van het verzuim gering is en de belangen van verdachte niet zijn geschaad. Verschil met de mogelijkheid van strafvermindering is erin gelegen dat bij laatstgenoemde de verdachte daadwerkelijk nadeel moet hebben ondervonden. Beide rechtsgevolgen liggen relatief dicht bij elkaar. Des te opmerkelijker is het dan ook dat in veel van de besproken jurisprudentie waarin wordt gekozen voor het enkel constateren van het verzuim, de mogelijkheid van strafvermindering onbesproken blijft. Dit is bijvoorbeeld het geval in HR 21 december 2010, *LJN* BL7688 waar verdachte een taakstraf opgelegd heeft gekregen. Volgens de steller van het middel is sprake van een vormverzuim daar bij verkrijging van videobeelden door de politie niet is voldaan aan de eisen van artikel 126nd Sv. Reden dat de mogelijkheid van strafvermindering niet wordt genoemd kan er in zijn gelegen dat de raadsman van verdachte niet (duidelijk en gemotiveerd) tot uitdrukking heeft gebracht dat het door hem aangevoerde verzuim tot strafvermindering zou moeten leiden. Immers, de rechter behoeft een door de verdediging gevoerd verweer dat niet voldoet aan de door hem geformuleerde criteria niet te bespreken. Strafvermindering lijkt mij in genoemde zaak echter de geëigende reactie op het verzuim. In dit verband kan ook worden gewezen

---

<sup>237</sup> HR 2 juli 2002, *LJN* AE1738.

<sup>238</sup> HR 21 maart 2000, *LJN* AA5254.

<sup>239</sup> HR 19 februari 2013, *LJN* BY5321.

<sup>240</sup> Embregts 2003, p. 165.

op het arrest van de Hoge Raad van 17 januari 2006.<sup>241</sup> In dit arrest stemt de Hoge Raad in met de zienswijze van het hof welke in lijn is met de conclusie van advocaat-generaal Machielse. Laatstgenoemde stelt dat het tweede lid van artikel 7 Awbi geen belangrijk strafvorderlijk voorschrift is, noch dat sprake is van een aanzienlijke schending. In deze lijn concludeert Machielse, mijns inziens terecht, dat de Hoge Raad het beroep op bewijsuitsluiting zal verwerpen. Het is echter opmerkelijk dat zowel de Hoge Raad alsook Machielse de mogelijkheid van strafvermindering niet noemt, daar deze sanctie zich qua zwaarte bevindt tussen bewijsuitsluiting enerzijds en de loutere constatering van een verzuim anderzijds. Gelijk bij de hiervoor genoemde zaken zou ook in de uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch,<sup>242</sup> waarin verdachte voorafgaand aan het eerste verhoor niet in de gelegenheid is gesteld een raadsman te consulteren, strafvermindering mijns inziens een passender reactie zijn. Voorts plaats ik vraagtekens bij een aantal zaken waarbij wordt volstaan met de enkele constatering dat vormen zijn verzuimd omdat een bevoegde autoriteit wel/ook een machtiging zou hebben verleend.<sup>243</sup>

## **5.2. Bestuursrecht**

In het vierde hoofdstuk is beschreven dat de bestuursrechter in de huidige praktijk maar één smaak kent wat betreft het te verbinden rechtsgevolg aan onrechtmatig verkregen bewijs, te weten bewijsuitsluiting. Bezien is welke criteria de bestuursrechter daarbij hanteert. Onderscheid moet daarbij worden gemaakt tussen *strafrechtelijk* onrechtmatig verkregen bewijs en *bestuursrechtelijk* onrechtmatig verkregen bewijs.

### **5.2.1. Strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs**

Ondanks de meer dan vijf elementen bevattende lijn welke de belastingkamer van de Hoge Raad in 1992 heeft uitgezet wat betreft strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs, lijkt het zozeer indruist-criterium meer en meer een op zichzelf staand criterium te (zijn ge)worden. Hoewel ik van mening ben dat bewijsuitsluiting altijd moet volgen indien aan het zozeer indruist-criterium is voldaan, huldig ik voorts de opvatting dat óók de algemene beginselen van behoorlijk bestuur tot genoemd rechtsgevolg zouden moeten kunnen leiden (onafhankelijk van het zozeer indruist-criterium maar met inachtneming van het causaliteitsvereiste en het vereiste van relativiteit). Immers, het bestuursrecht

---

<sup>241</sup> HR 17 januari 2006, *NJ* 2006, 495.

<sup>242</sup> Rb. 's-Hertogenbosch 8 november 2011, *LJN* BU3578.

<sup>243</sup> Zie bijvoorbeeld HR 17 januari 2012, *LJN* BT6553; Hof 's-Gravenhage 23 april 2010, *LJN* BM4475; Hof 's-Gravenhage 27 juni 2008, *LJN* BD9061; Hof Leeuwarden 19 februari 2010, *LJN* BL5274; Rb. 's-Hertogenbosch 18 januari 2008, *LJN* BC1798.

wordt genormeerd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur welke duiding geven aan de gedragsregels welke de verhouding beheersen tussen de overheid en de burger. Bovendien legt het zozeer indruist-criterium de lat té hoog waardoor onrechtmatig verkregen bewijs vrijwel nooit zal worden uitgesloten in het bestuursrecht.

Volgens Embregts is er voor de belastingkamer van de Hoge Raad meer reden dan voor de overige hoogste bestuursrechtelijke rechtscolleges om direct door te stoten naar de 'zozeer indruist' vraag daar in fiscale zaken doorgaans al het bewijsmateriaal ook op rechtmatige wijze had kunnen worden verkregen. Indien dit het geval is, kan inderdaad enkel nog met de vervulling van genoemd criterium tot bewijsuitsluiting worden besloten.<sup>244</sup> Hoewel ik me wat betreft voorgaande wil aansluiten bij Embregts ben ik voorts van mening dat de belastingkamer van de Hoge Raad in zijn jurisprudentie omtrent strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs er goed aan zou doen ook te toetsen aan de algemene beginselen. Het overslaan van deze stap heeft tot gevolg dat het zozeer indruist-criterium het enige criterium lijkt te worden. Hoewel het direct doorstoten naar de zozeer indruist-vraag in veel gevallen zonder problemen zal zijn – zo kan bijvoorbeeld in de zaak omtrent het tekenen van de relaaskaart naast schending van de algemene beginselen ook het zozeer indruist-criterium worden aangenomen<sup>245</sup> – zijn er situaties denkbaar waarbij materiaal is verkregen in strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, doch dat aan het zozeer indruist-criterium niet is voldaan.

De overige hoogste bestuursrechtelijke colleges lijken het zozeer indruist-criterium als enige criterium te hanteren. Zowel in de rechtspraak van de Afdeling alsook in de rechtspraak van de Centrale Raad en het College omtrent strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs komt men regelmatig de redenering tegen dat "zodanig bewijs slechts dan niet is toegestaan, indien het bewijs is verkregen op en wijze, die zozeer indruist (...)". Voor zover hiermee wordt bedoeld dat uitsluiting van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs *slechts dan* aan de orde is indien aan het zozeer indruist-criterium is voldaan, duidt dit mijns inziens op een foutieve lezing van het op 1 juli 1992 gewezen arrest. Bedoeld in dit arrest is dat indien sprake is van bewijsmiddelen waarvan de inspecteur ook zonder wettelijke belemmering kennis had kunnen nemen (en het gebruik van dit bewijs aldus geen strijd oplevert met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur), het gebruik van dergelijk bewijsmateriaal slechts dan niet is toegestaan indien voldaan is aan het zozeer indruist-criterium. Strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs

---

<sup>244</sup> Embregts 2003, p. 291, 292.

<sup>245</sup> Hof Arnhem 11 november 1982, *BNB* 1984/194.

kan volgens genoemd arrest aldus ook worden uitgesloten bij schending van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (met inachtneming van het vereiste van relativiteit en causaliteit). Echter, in vrijwel geen enkele uitspraak van de overige hoogste bestuursrechtelijke colleges verschijnen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ten tonele (en indien dit al het geval is, dan slechts terloops zonder dat er expliciet aan wordt getoetst).

Opvallend is in dit verband dat in de rechtspraak van de Afdeling en de Centrale Raad het relativiteitsvereiste een rol speelt (het College heeft zich hier niet over uitgelaten). Bovendien is het bij de Centrale Raad en het College van belang te bezien of het onrechtmatig verkregen bewijs ook op rechtmatige wijze had kunnen worden verkregen (de Afdeling heeft zich hier niet over uitgelaten). In grote lijnen volgen de hoogste bestuursrechtelijke colleges aldus de zienswijze van de Hoge Raad. Verschil lijkt erin gelegen dat genoemde colleges onrechtmatig verkregen bewijs *slechts dan* uitsluiten indien aan het zozeer indruist criterium is voldaan. Desalniettemin toetsen de meeste bestuursrechtelijke colleges wel degelijk aan de vereisten van causaliteit en relativiteit. Mijns inziens is het van tweeën één: *ofwel* bewijsuitsluiting kan ook plaatsvinden door schending van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur waarbij causaliteit en relativiteit een rol spelen, *ofwel* het zozeer indruist-criterium is het 'ultieme criterium' waarbij het antwoord op de vraag naar causaliteit en relativiteit geen rol speelt. Het is thans onduidelijk welke lijn de hoogste bestuursrechters hanteren.

Mijns inziens zouden alle hoogste bestuursrechtelijk colleges de in 1992 door de belastingkamer van de Hoge Raad uitgezette lijn moeten volgen, met als kanttekening dat onrechtmatig bewijs per definitie moet worden uitgesloten indien aan het zozeer indruist-criterium is voldaan (ongeacht de vraag naar causaliteit en relativiteit). Dit sluit aan bij het strafrecht waar de niet-ontvankelijkheid van het OM kan worden aangenomen zonder dat belangen van de verdachte zijn geschonden. De nu door de bestuursrechters gehanteerde lijn is niet eenduidig en veelal te kort door de bocht. Bovendien legt het zozeer indruist-criterium als enige criterium de lat te hoog. Het volgen van de door de belastingkamer van de Hoge Raad op 1 juli 1992 uitgezette lijn zou betekenen dat in het bestuursrecht vaker een onrechtmatig verkregen bewijs verweer zou kunnen worden gevoerd met betrekking tot strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs. Wanneer aannemelijk wordt gemaakt dat het bewijsmateriaal *jegens* belanghebbende onrechtmatig is verkregen en het gebruik van het materiaal in strijd is met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (wat doorgaans – maar dus niet altijd! – niet het geval is indien het

materiaal ook zonder wettelijke belemmering had kunnen worden verkregen), moet het bewijs worden uitgesloten. Volgens de lijn van de belastingkamer van de Hoge Raad hoeft aan het zozeer indruist-criterium dan niet te zijn voldaan.

### **5.2.2. Bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs**

Bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs werd in het verleden zo nu en dan uitgesloten indien sprake was van schending van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (vaak, maar niet altijd, het zorgvuldigheidsbeginsel) of een algemeen beginsel van procesrecht. De schaarse voorbeelden van jurisprudentie waarin schending van dergelijke beginselen aan de orde is, dateren uit de jaren tachtig en negentig. Tegenwoordig komen we het in 1992 door de belastingkamer van de Hoge Raad geïntroduceerde zozeer indruist-criterium – dat in beginsel betrekking had op *strafrechtelijk* onrechtmatig verkregen bewijs – tegen bij de toets of *bestuursrechtelijk* onrechtmatig verkregen bewijs al dan niet moet worden uitgesloten. Het verschil met strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs is dat het criterium ‘zonder wettelijke belemmering’ tot nog toe geen navolging heeft gekregen in de jurisprudentie omtrent bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs. Dat betekent dat wat betreft de toelaatbaarheid van *bestuursrechtelijk* onrechtmatig verkregen bewijs het antwoord op de vraag of het bewijs ook op rechtmatige wijze had kunnen worden verkregen, er niet toe doet. Het bestuursorgaan wordt juist verweten niet van de mogelijkheid tot rechtmatige verkrijging gebruik te hebben gemaakt.

Mijns inziens is schending van het zorgvuldigheidsbeginsel voldoende grond om bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs uit te sluiten.<sup>246</sup> Het zozeer indruist-criterium geldt mijns inziens als bovengrens; indien daaraan is voldaan zal het materiaal per definitie moeten worden uitgesloten. Er is aldus een verschil tussen de waardering en het verbinden van een rechtsgevolg aan onrechtmatig verkregen bewijs naar gelang dit strafrechtelijk dan wel bestuursrechtelijk onrechtmatig is verkregen. De overweging van de rechtbank Roermond op 7 juli 2010<sup>247</sup> welke luidt: “De rechter kan en zal (...) in het midden laten of van onrechtmatig verkregen bewijs in strafrechtelijke zin sprake is nu in elk geval niet is gebleken dat bewijs is verkregen op een wijze, die zozeer indruist (...)”, is aldus onjuist. Het omgekeerde is mijns inziens wel correct; indien is voldaan aan het zozeer indruist-criterium – bijvoorbeeld bij schending van het verschoningsrecht – maakt het voor het resultaat geen verschil of het materiaal in een strafrechtelijk onderzoek of in

---

<sup>246</sup> Zie hierover Concl. Wattel bij HR 27 februari 2004, *LJN* AF5556 onder 4.11.

<sup>247</sup> Rb. Roermond 7 juli 2010, *LJN* BN0961.

een bestuursrechtelijk onderzoek is verkregen; in beide gevallen zal het bewijs moeten worden uitgesloten van de bestuursrechtelijke procedure.

### **5.3. Conclusies en aanbevelingen**

Waar het bestuursrecht geen geschreven regels van bewijsrecht kent – ook niet over de consequenties van onrechtmatige bewijsgaring – bevat artikel 359a Sv wel regels, in het bijzonder geeft dit artikel de consequenties weer die kunnen worden verbonden aan onrechtmatige bewijsgaring. Of deze consequenties ook daadwerkelijk aan onrechtmatige bewijsgaring worden verbonden, is aan het oordeel van de strafrechter overgelaten. Zowel in het bestuursrecht als in het strafrecht is aldus sprake van een vrije waardering door de rechter wat betreft de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs.<sup>248</sup>

In de strafrechtspraak omtrent onrechtmatig verkregen bewijs lijkt een voorkeur zichtbaar voor waarheidsvinding boven rechtsbescherming. Bij een aantal (grens)gevallen wordt gekozen voor strafvermindering boven bewijsuitsluiting of voor het enkel constateren van het verzuim boven strafvermindering. Ik wil niet zo ver gaan te zeggen dat we ons op een hellend vlak begeven, maar laten we oppassen dat het vlak niet gaat hellen. Bovendien zorgen de vele gezichtspunten, wegingsfactoren en de in de rechtspraak ontwikkelde relativeringen ervoor dat de rechtszekerheid in het gedrang komt.

In de bestuursrechtspraak heerst onduidelijkheid omtrent de vraag hoe om te gaan met onrechtmatig verkregen bewijs. Wat betreft *strafrechtelijk* onrechtmatig verkregen bewijs wordt de door de belastingkamer van de Hoge Raad in 1992 uitgezette lijn grotendeels gevolgd. Echter, vaak wordt slechts bekeken of aan het zwaarwegende zozeer induist-criterium is voldaan – wat enkel in uitzonderlijke gevallen zo zal zijn – terwijl de minder strenge toets aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur achterwege blijft. Hoewel uitsluiting van *bestuursrechtelijk* onrechtmatig verkregen bewijs in het verleden nog plaatsvond wegens schending van een algemeen beginsel is ook hier het zozeer induist-criterium in opmars.

Wat betreft de consequenties die aan een geconstateerde onrechtmatigheid kunnen worden verbonden heeft de bestuursrechter volgens de huidige praktijk slechts te kiezen uit één smaak, in tegenstelling tot het kwartet aan mogelijkheden dat de strafrechter ter beschikking staat. Toch lijkt de bestuursrechter in een recente zaak een ander gevolg te

---

<sup>248</sup> Embregts 2003, p. 310 – 312.

verbinden aan vermeend onrechtmatig verkregen bewijs. Hoewel de Afdeling in ABRvS 31 oktober 2012, AB 2013, 72 bewijsuitsluiting niet opportuun acht, ziet de Afdeling grond voor het oordeel dat het college de kosten niet op de overtreder heeft mogen verhalen. Het op deze manier verlagen van de kosten voor degene jegens wie het materiaal onrechtmatig is verkregen, kan met enige fantasie worden gezien als een bestuursrechtelijke equivalent van strafvermindering. Hoewel in casu bewijsuitsluiting plaats had kunnen vinden op grond van schending van het zorgvuldigheidsbeginsel geniet deze creatieve oplossing van de Afdeling voorkeur boven het andere alternatief: niets doen. Al met al lijkt het mij hoog tijd voor een bestuursrechtelijke equivalent van het afvoerpijp-arrest.

Voor het strafrecht en het bestuursrecht gelden verschillende bewijsstelsels. Bovendien huldig ik de opvatting dat de bestuursrechter niet gebonden is aan het strafrechtelijk oordeel, maar dat hij zelfstandig tot een antwoord op de toelaatbaarheidsvraag dient te komen. Het komt mij dan ook niet vreemd voor dat er verschillende (uitsluitings)regimes gelden wat betreft onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht enerzijds en *bestuursrechtelijk* onrechtmatig verkregen bewijs anderzijds. Echter, wat betreft *strafrechtelijk* onrechtmatig verkregen bewijs ben ik van mening dat het opmerkelijk en zelfs onwenselijk is dat er verschillende (uitsluitings)regimes gelden in het strafrecht en het bestuursrecht. Het in het verleden veelgehoorde argument dat het strafrecht punitief van aard is terwijl in het bestuursrecht handhaving centraal staat, geldt tegenwoordig niet meer onverkort. Het bestuursrecht heeft de afgelopen jaren een meer punitief karakter gekregen; veel gebruikt voorbeeld vormt de bestuurlijke boete. Het onderscheid tussen beide publiekrechtelijke rechtsgebieden is op onderdelen aldus niet meer zo helder als in het verleden het geval was. Deze ontwikkeling heeft ervoor gezorgd dat het tegenwoordig moeilijk(er) te verantwoorden is dat wat betreft *strafrechtelijk* onrechtmatig verkregen bewijs twee verschillende uitsluitingsregimes bestaan binnen de publiekrechtelijke rechtsgang; te meer wanneer hetzelfde bewijsmiddel onderwerp van discussie is.

Hoewel van een gelijkenschakeling van de gevolgen van de inbreuken op fundamentele burgerrechten in het bestuurs- en het strafrecht niet zonder meer sprake hoeft te zijn,<sup>249</sup> zou er weldegelijk gestreefd moeten worden naar een meer uniforme omgang met strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs. Niet alleen komt dit de rechtszekerheid ten goede, ook de eenheid binnen de publiekrechtelijke rechtsgang is hiermee gediend.

---

<sup>249</sup> RB. Amsterdam, 5 februari 2010, *LJN* BL5687.

## Literatuurlijst

- BOEKEN

**Corstens 1993**

G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering 1993*, Arnhem: Gouda Quint 1993

**Corstens 2011**

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

**Daalder, de Groot, van Breugel 1994**

E.J. Daalder, G.R.J. de Groot, J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht Tweede Tranche*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1994 (PG Awb II).

**de Jong, Knigge 2005**

D.H. de Jong, G. Knigge, *Teksten Strafvordering*, Kluwer 2005.

**Embregts 2003**

M.C.D. Embregts, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003.

**Hartmann 1998**

A.R. Hartmann, P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht*, Gouda Quint 1998.

**Hartmann 2011**

A.R. Hartmann, *Over de grenzen van de dogmatiek en intofuzzylaw*, Apeldoorn: Maklu, 2011

**Jorg, Kelk 2001**

N. Jorg, C. Kelk, *Strafrecht met mate*, Amsterdam: Gouda Quint 2001.



**Kan 1966**

J.M. Kan, *Bewijzen in het administratieve recht*, RMThemis 1966.

**Kaptein 2001**

H.J.R. Kaptein, *Onrechtmatig verkregen bewijs*, Nijmegen: Ars AequiLibri 2001.

**Knigge 2001**

G. Knigge, *Leerstukken van het strafprocesrecht*, Gouda Quint 2001.

**Kremer 1999**

M. Kremer, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, (diss. Groningen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

**Nijboer 2000**

J.F. Nijboer, *De taken van de strafrechter*, Gouda Quint 2000.

**Reijntjes 2009**

J.M. Reijntjes, *Nederlandse Strafvordering*, Deventer Kluwer 2009.

**Schlössels, Schuurmans, Koopman, Verburg 2009**

R.J.N. Schlössels, Y.E. Schuurmans, R.J. Koopman, D.A. Verburg, *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, VAR-Reeks 142.

**Schueler 2006**

Schueler in Damen/Bröring, *Bestuursrecht 2*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

**Tak 2008**

A.Q.C. Tak, *Het Nederlandse bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, Nijmegen: WLP 2008.

**Van Wijk, Konijnenbelt, Van Male 2011**

Van Wijk/Konijnenbelt, Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Reeds Business: Amsterdam 2011.

- ARTIKELEN

**Barkhuysen, Schuurmans 2012**

T. Barkhuysen, Y. E. Schuurmans, *Waarheidsvinding in het bestuursrecht*, Nederlands Juristenblad 2012/1265.

**Borgers 2012**

M.J. Borgers, *De toekomst van artikel 359a Sv*, Delikt en Delinkwent, 2012, 25.

**Brenninkmeijer 2006**

A.F.M. Brenninkmeijer, *De strijd om het bewijs*, in: Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2006.

**Bröring, Naves 2010**

H.E. Bröring, H.K. Naves, *Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht*, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag 2010, p. 460-464.

**Buruma 2009**

Y. Buruma, *Betrouwbaar bewijs*, Delikt en Delinkwent 2009, p. 303 – 324.

**Buruma 2013**

Y. Buruma, *Als de politie zich niet aan de wet houdt...*, Nederlands Juristenblad, 2013/494, afl. 10.

**de Winter 2013**

R. de Winter, *Heeft de Hoge Raad emoties? Over bewijsuitsluiting en onrechtmatig verkregen bewijs*, Nederlands Juristenblad, 2013/1253, afl. 10.

**Dubelaar 2009**

M.J. Dubelaar, *Betrouwbaarheid versus rechtmatigheid in strafzaken*, RM Themis 2009 - 3, p. 93 – 105.

**Embregts 2005**

M.C.D. Embregts, *Onrechtmatig verkregen bewijs in fiscalibus*, Fiscaal Weekblad FED 2005, 30.

**Fokkens 1980**

J.W. Fokkens, *Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal 1*, Advocatenblad, 7 november 1980.

**Fokkens 1981**

J.W. Fokkens, *Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal 2*, Advocatenblad, 9 januari 1981.

**Fokkens 1981**

J.W. Fokkens, *Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal 3*, Advocatenblad, 23 januari 1981.

**Fokkens 1981**

J.W. Fokkens, *Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal 4*, Advocatenblad, 6 februari 1981.

**Fokkens 1981**

J.W. Fokkens, *Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal 5*, Advocatenblad, 20 februari 1981.

**Fokkens 2006**

J.W. Fokkens, *Veranderingen in het bewijsrecht*, in: *Strafblad* 2006, p. 19.

**Franken 2006**

A.A. Franken, *Strafrechtelijk bewijs: enkele hoofdlijnen in de recente jurisprudentie*, *Strafblad*, 2006, p. 28 – 35.

**Franken 2009**

A.A. Franken, *Proportionaliteit en subsidiariteit in de opsporing*, *Delikt en Delinkwent*, 2009, 8.

**Gare, Nijboer 1999**

D. Gare, H. Nijboer, *Onmiddellijkheid heroverwogen*, *Rode draad 'Bewijs en Bewijsrecht'*, 1999.

**Grapperhaus, Nieuwenhuys 1990**

M.J. Grapperhaus, J. Nieuwenhuys, *De gevolgen van onrechtmatige bewijsgaring; een overzicht*, Nederlands Juristenblad, 26 mei 1990, afl. 21.

**Hamer, de Bont 2005**

G.P. Hamer, T. de Bont, *Sanctionering van overschrijding van de redelijke termijn en vormverzuimen bij vrijheidsbenemende maatregelen; een regeling verzuimd?*, in: Delikt en Delinkwent 2005, 77.

**Jurgens 2006**

G.T.J.M. Jurgens, *De Wet OM-afdoening: bestuurlijke beboeting in het strafrecht*, Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, 2006, 10.

**Kampen 2013**

P.T.C. van Kampen, *'Informed consent' en de rechtspraak ex artikel 359a Sv*, Delikt en Delinkwent, 2013, 15.

**Kaptein 2001**

H.J.R. Kaptein, *Over de zin van onrechtmatig verkregen bewijs*, in: Onrechtmatig verkregen bewijs, H.J.R. Kaptein, Ars Aequi Libri, Nijmegen 2001.

**Knapen 2003**

M. Knapen, *Advocaten kunnen in het punitief bestuursrecht vaker een "onrechtmatig verkregen bewijs"-verweer voeren*, Advocatenblad, 16 mei 2003.

**Koeman 2001**

N.S.J. Koeman, *Onrechtmatig bewijs in het bestuursprocesrecht*, in: Onrechtmatig verkregen bewijs, H.J.R. Kaptein, Ars Aequi Libri, Nijmegen 2001.

**Kooijmans 2011**

T. Kooijmans, *Elk nadeel heb z'n voordeel? Artikel 359a Sv en de ontdekking van het strafbare feit*, Delikt en Delinkwent, 2011, 78.

**Kremer 2001**

M. Kremer, *De gevonden waarheid*, in: Onrechtmatig verkregen bewijs, H.J.R. Kaptein, Ars AequiLibri, Nijmegen 2001.

**Lawson 2004**

R.A. Lawson, *Hoe exclusief dient de 'exclusionary rule' te zijn?*, in: Via Straatsburg – Liber amicorum Egbert Meyer (pp. 181 – 205), P.D. Duyx, P.D.J. van Zeven, Nijmegen 2004: Wolf Legal Publishers.

**Maanicus 2009**

R. Maanicus, *Recente uitspraken over uitsluiting onrechtmatig verkregen bewijs*, Advocatenblad, 8 mei 2009.

**Mevis 1995**

P.A.M. Mevis, *De rechtsgevolgen van onrechtmatigheden in het vooronderzoek*, in: Dynamisch strafrecht (Corstens-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1995.

**Michiels 2005**

F.C.M.A. Michiels, *Straffen buiten het strafrecht om, deel II; Strafsancties in het bestuursrecht: een begaanbare weg*, in: Strafblad, 2005, p. 391 – 400.

**Nijboer 2001**

J.F. Nijboer, *Onrechtmatige bewijsgaring en de uitsluiting van het aldus verkregen bewijsmateriaal in strafzaken*, in: Onrechtmatig verkregen bewijs, H.J.R. Kaptein, Ars AequiLibri, Nijmegen 2001.

**Nijboer 2004**

J.F. Nijboer, *Legaliteit en het strafrechtelijk bewijsrecht; uitholling van het wettelijk bewijsstelsel in strafzaken?*, in: Ars Aequi Libri 2004, 53, p. 492 – 503.

**Peters 1973**

A.A.G. Peters, *Illegale radiozender 'De Marconist'*, Ars Aequi Libri 1973, p. 236 – 253.

**Prakken 1999**

E. Prakken, *De strafprocessuele Schutznorm gerelativeerd?*, NJB 12 februari 1999, afl. 6.

**Rueb 2001**

A.S. Rueb, *Onrechtmatig bewijs in civiele zaken*, in: Onrechtmatig verkregen

bewijs, H.J.R. Kaptein, *Ars Aequi Libri*, Nijmegen 2001.

**Schalken, Rozemond 1997**

T.M. Schalken, K. Rozemond, *Nieuwe opsporingsmethoden: dient elke onrechtmatigheid te worden gesanctioneerd? Beschouwing naar aanleiding van de Zaanse verhoormethode*, *Nederlands Juristenblad*, 29 augustus 1997, afl. 30.

**Schuurmans, Verburg 2012**

Y.E. Schuurmans, D.A. Verburg, *Bestuursrechtelijk bewijsrecht in de jaren '10: opklaringen in het hele land*, *JBPlus* 2012, p. 117 – 138.

**Spijkerman 2011**

J. Spijkerman, *Vormverzuimen in het strafrecht: hoe zat het ook alweer?*, *Advocatenblad*, 16 december 2011.

**van Dorst 1996**

A.J.A. van Dorst, *Een via della Conciliazione in het strafproces? Iets over strafvermindering als sanctie op vormverzuimen*, in: C.J.G. Bleichrodt e.a., *Mens en recht* (Meijers-bundel), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

**van Kampen 2013**

P.T.C. van Kampen, *'Informed consent' en de rechtspraak ex artikel 359a Sv*, *Delikt en Delinkwent*, 2013, 15.

**van Woensel 2004**

A.M. van Woensel, *Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal*, in: *Delikt en Delinkwent* 2004, 10.

**Verbeek 2012**

J.L. Verbeek, *Twee procedures, twee werkelijkheden? Feitenvaststelling bij samenloop van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving*, *JBplus*, 2012.

**Wattel 1992**

P.J. Wattel, *Fiscaal gebruik van strafvorderlijk onrechtmatig verkregen bewijs*, *WFR* 1992, 1839.

**Wattel 2001**

P. J. Wattel, *Onrechtmatig verkregen bewijs in het belastingprocesrecht*, in: *Onrechtmatig verkregen bewijs*, H.J.R. Kaptein, *Ars Aequi Libri*, Nijmegen 2001, p. 95 – 107.

**Wattel 2012**

P. Wattel, *Onrechtmatig verkregen bewijs*, *Nederlands Juristenblad*, 2012/2023, afl. 36.

- PARLEMENTAIRE STUKKEN

*Stb.* 1995, 441.

*Kamerstukken II* 1993/94, 23705, nr. 3.

*Kamerstukken II* 1994/95, 23705, nr. 6.

*Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3.

*Stb.* 2012, 682.

- JURISPRUDENTIE

**Hoge Raad**

HR 15 februari 1949, *NJ* 1949, 305

HR 26 juni 1962, *NJ* 1963, 31

HR 26 juni 1962, *NJ* 1962, 470

HR 7 december 1971, *NJ* 1972, 197

HR 7 juni 1977, *LJN* AB9838

HR 18 april 1978, *NJ* 1978, 365

HR 29 mei 1978, *NJ* 1978, 358

HR 13 maart 1979, *LJN* AC2933

HR 2 oktober 1979, *NJ* 1980, 243

HR 4 december 1979, *NJ* 1980, 356

HR 4 maart 1980, *NJ* 1980, 415

HR 25 maart 1980, *LJN AC6853*  
HR 22 september 1981, *LJN AC7316*  
HR 9 oktober 1984, *NJ 1986, 675*  
HR 13 november 1984, *NJ 1985, 295*  
HR 19 juni 1985, *BNB 1986, 29*  
HR 20 januari 1987, *NJ 1987, 688*  
HR 31 maart 1987, *NJ 1988, 167*  
HR 7 april 1987, *NJ 1987, 587*  
HR 26 januari 1988, *LJN AD0157*  
HR 2 februari 1988, *LJN ZC3758*  
HR 10 februari 1988, *BNB 1988, 160*  
HR 10 februari 1988, *BNB 1988/160*  
HR 16 februari 1988, *NJ 1988, 793*  
HR 2 maart 1988, *LJN ZC3774*  
HR 18 oktober 1988, *NJ 1989, 306*  
HR 28 februari 1989, *DD 89.300*  
HR 18 september 1989, *LJN AD0875*  
HR 18 december 1990, *LJN AD1307*  
HR 22 oktober 1991, *LJN AD1507*  
HR 1 juli 1992, *NJ 1994, 621*  
HR 9 september 1992, *LJN ZC5051 en LJN ZC5054*  
HR 9 september 1992, *LJN BH8233*  
HR 9 september 1992, *LJN ZC5054*  
HR 4 november 1992, *BNB 1993, 90*  
HR 31 mei 1994, *NJ 1995, 29*  
HR 23 november 1994, *LJN AA2982*  
HR 13 december 1995, *LJN AA3171*  
HR 19 december 1995, *LJN ZD0328*  
HR 19 juni 1996, *LJN AA1946*  
HR 1 oktober 1996, *NJ 1997, 90*  
HR 21 januari 1997, *LJN ZD 0619*  
HR 4 februari 1997, *LJN ZD0632*  
HR 12 maart 1997, *LJN ZC6589*  
HR 13 mei 1997, *LJN ZD0705*  
HR 7 april 1998, *NJ 1998, 559*  
HR 8 september 1998, *NJ 1998, 879*



HR 22 september 1998, *LJN* ZD1277  
HR 12 januari 1999, *NJ* 1999, 290  
HR 19 januari 1999, *NJ* 1999, 251  
HR 10 maart 1999, *LJN* AA2713  
HR 6 april 1999, *LJN* ZD1473  
HR 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567  
HR 8 juni 1999, *NJ* 1999, 773  
HR 8 februari 2000, *NJ* 2000, 316  
HR 21 maart 2000, *LJN* AA5254  
HR 9 mei 2000, *NJ* 2000, 521  
HR 23 januari 2001, *LJN* AA9594  
HR 8 mei 2001, *LJN* AB1566  
HR 19 juni 2001, *LJN* AB2202  
HR 27 juni 2001, *LJN* AB2314  
HR 6 november 2001, *NJ* 2002, 131  
HR 26 maart 2002, *LJN* AD8942  
HR 16 april 2002, *LJN* AD8887  
HR 25 juni 2002, *LJN* AD9204  
HR 2 juli 2002, *LJN* AE1738  
HR 1 juli 2003, *LJN* AF9417  
HR 24 februari 2004, *LJN* AO1830  
HR 27 februari 2004, *LJN* AF5556  
HR 9 maart 2004, *LJN* AN9195  
HR 30 maart 2004, *LJN* AM2533  
HR 30 maart 2004, *LJN* AO3545  
HR 22 juni 2004, *LJN* AO8320  
HR 21 december 2004, *LJN* AR5092  
HR 15 maart 2005, *LJN* AS4638  
HR 5 april 2005, *NJ* 2005, 301  
HR 14 juni 2005, *LJN* AS8854  
HR 6 september 2005, *LJN* AT3993  
HR 1 november 2005, *LJN* AU 2239  
HR 29 november 2005, *LJN* AU3297  
HR 17 januari 2006, *NJ* 2006, 495  
HR 28 maart 2006, *LJN* AU5471  
HR 11 juli 2006, *LJN* AY4978

HR 21 november 2006, *LJN* AY7363  
HR 19 december 2006, *LJN* AZ2145  
HR 29 mei 2007, *LJN* AZ8795  
HR 2 oktober 2007, *LJN* BA5632  
HR 21 maart 2008, *LJN* BA8179  
HR 22 april 2008, *LJN* BC8789  
HR 25 april 2008, *LJN* BA3823  
HR 29 april 2008, *LJN* BC9956  
HR 17 juni 2008, *LJN* BD 2578  
HR 8 juli 2008, *LJN* BC5973  
HR 4 november 2008, *LJN* BF0281  
HR 16 december 2008, *LJN* BF3181  
HR 10 februari 2009, *LJN* BH2413  
HR 3 maart 2009, *LJN* BG7244  
HR 30 juni 2009, *LJN* BH3079  
HR 7 juli 2009, *LJN* BH8889  
HR 7 juli 2009, *LJN* BH9025  
HR 22 december 2009, *LJN* BJ9895  
HR 2 februari 2010, *LJN* BJ8641  
HR 29 juni 2010, *LJN* BL0655  
HR 6 juli 2010, *LJN* BL5528  
HR 28 september 2010, *LJN* BN0517  
HR 5 oktober 2010, *LJN* BL5629  
HR 21 december 2010, *LJN* BN8204  
HR 21 december 2010, *LJN* BL7688  
HR 4 januari 2011, *LJN* BM6673  
HR 31 mei 2011, *LJN* BP1179 en *LJN* BP6159  
HR 21 juni 2011, *LJN* BP4402  
HR 27 september 2011, *LJN* BQ3765  
HR 15 november 2011, *LJN* BT2522  
HR 17 januari 2012, *LJN* BT6553  
HR 27 april 2012, *BNB* 2012, 192  
HR 6 november 2012, *LJN* BX4280  
HR 13 november 2012, *LJN* BX9558  
HR 29 januari 2013, *LJN* BY0816 en *LJN* BTY2814  
HR 19 februari 2013, *LJN* BY5322 en *LJN* BY5321

HR 26 maart 2013, *LJN* BZ2218

HR 9 april 2013, *LJN* BX4439

HR 23 april 2013, *LJN* BZ9992

### **Hof**

Hof 's-Gravenhage 12 juni 1975 (kenbaar uit HR 16 december 1975, *NJ* 1976, 491)

Hof Amsterdam 3 juni 1977, *NJ* 1978, 601

Hof Amsterdam 4 mei 1979, *NJ* 1980, 48

Hof Arnhem 11 november 1982, *BNB* 1984/194

Hof 's-Gravenhage 12 november 1986, *LJN* AD3200

Hof Den Haag 3 juli 1989, *BNB* 1990, 160

Hof Amsterdam 24 oktober 2000, V-N 2001/6.8 (kenbaar uit concl. van Wattel bij HR 27 februari 2004, *LJN* AF5556)

Hof 's-Gravenhage 5 juli 2001, *LJN* AB2710

Hof Amsterdam 22 april 2005, *LJN* AT5435

Hof 's-Hertogenbosch 21 november 2006, *LJN* AZ3419

Hof 's-Gravenhage 27 juni 2008, *LJN* BD9061

Hof Amsterdam 20 mei 2009, *LJN* BJ6124

Hof Amsterdam 31 augustus 2009, *LJN* BJ7026

Hof Leeuwarden 19 februari 2010, *LJN* BL5274

Hof 's-Gravenhage 23 april 2010, *LJN* BM4475

Hof Leeuwarden 23 september 2010, *LJN* BN8175

Hof Amsterdam 10 december 2010, *LJN* BO9652

Hof Leeuwarden 16 augustus 2011, *LJN* BR5400

Hof Leeuwarden 29 november 2011, nr. 10/00326, V-N 2012/14.6

Hof 's-Hertogenbosch 16 januari 2013, *LJN* BZ0191

Hof 's-Hertogenbosch 23 april 2013, *LJN* BZ8257

### **Rechtbank**

Rb. Rotterdam 2 oktober 1973, *NJ* 1974, 89

Rb. Rotterdam 30 oktober 1992, *TAR* 1993/18

Rb. Arnhem 15 november 2004, *LJN* AR5927

Rb. Rotterdam 2005, *LJN* AU7199

Rb. Amsterdam 20 december 2007, *NJ* 2008, 532

Rb. 's-Hertogenbosch 18 januari 2008, *LJN* BC1798

Rb. 's-Hertogenbosch 6 februari 2008, *LJN* BC3404  
Rb. Haarlem 22 mei 2008, *JV* 2008, 26  
Rb. Rotterdam 17 juni 2008, *LJN* BG4454  
Rb. Utrecht 27 juni 2008, *LJN* BE9254  
Rb. 's-Hertogenbosch 19 februari 2009, *LJN* BH3297  
Rb. Rotterdam 3 februari 2010, *LJN* BL2092  
Rb. Amsterdam 5 februari 2010, *LJN* BL5687  
Rb. Arnhem 21 juni 2010, *LJN* BM8534  
Rb. Arnhem 23 september 2010, *LJN* BN8128  
Rb. Utrecht 26 mei 2011, *LJN* BQ9721  
Rb. 's-Hertogenbosch 8 november 2011, *LJN* BU3578  
Rb. Utrecht 26 februari 2013, *LJN* BZ3942

#### **Afdeling rechtspraak van de Raad van State**

ARRvS 21 januari 1988, *AB* 1989, 36

#### **Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State**

ABRvS 3 oktober 1997, *JB* 1997, 283  
ABRvS 11 juni 1998, *AB* 297  
ABRvS 4 februari 2000, *LJN* AA4965  
ABRvS 25 oktober 2001, *AB* 2001, 384  
ABRvS 18 februari 2003, *LJN* AF6640  
ABRvS 9 april 2008, *LJN* BC9069  
ABRvS 26 november 2008, *LJN* BG5316  
ABRvS 21 januari 2009, *LJN* BH0484  
ABRvS 7 mei 2009, *JB* 2008, 140  
ABRvS 7 juli 2009, 200903757/1/V3  
ABRvS 22 juli 2011, *LJN* BR3222  
ABRvS 31 oktober 2012, *AB* 2013, 72  
ABRvS 18 december 2012, *LJN* BY7389

#### **Centrale Raad van Beroep**

CRvB 23 april 1986, *RSV* 1986, 230  
CRvB 22 november 1991, *RSV* 1992, 199  
CRvB 28 november 1995, *LJN* ZB1493  
CRvB 30 januari 1996, *LJN* ZB5919

CRvB 27 april 1999, USZ 1999, 201  
CRvB 7 november 2001, USZ 2002/3  
CRvB 29 januari 2002, *LJN* AE3170  
CRvB 11 juli 2002, *LJN* AE6088  
CRvB 22 januari 2004, *LJN* AO3220  
CRvB 10 juni 2004, *LJN* AP1520  
CRvB 11 januari 2005, *LJN* AS2268  
CRvB 7 maart 2006, *LJN* AV6349  
CRvB 6 april 2006, *LJN* AW1847  
CRvB van 11 april 2007, AB 2007, 149  
CRvB 30 september 2008, *LJN* BF5166  
CRvB 14 april 2009, *LJN* BI4324  
CRvB 19 mei 2009, AB 2009/370  
CRvB 9 juni 2009, *LJN* BI9724  
CRvB 13 augustus 2009, *LJN* BJ5660  
CRvB 24 november 2009, *LJN* BK4530  
CRvB 12 januari 2010, *LJN* BK8928  
CRvB 13 april 2010, *LJN* BM3125  
CRvB 15 november 2011, *LJN* BU4707  
CRvB 17 januari 2012, *LJN* BV1783  
CRvB 12 juni 2012, *LJN* BW8666  
CRvB 19 juni 2012, *LJN* BW8756  
CRvB 31 juli 2012, *LJN* BX3201  
CRvB 8 januari 2013, *LJN* BY7954  
CRvB 24 januari 2013, *LJN* BY9361  
CRvB 5 maart 2013, *LJN* BZ3688

#### **College van Beroep voor het bedrijfsleven**

CBb 19 september 2001, *LJN* AD3796  
CBb 12 juni 2007, *LJN* BA7438  
CBb 26 april 2012, *LJN* BW6727

#### **Europees Hof voor de Rechten van de Mens**

EHRM 8 juni 1976, Publ. ECHR, Series A Vol. 22, par. 82 (Engel)  
EHRM 10 december 1982, Publ. ECHR, Series A Vol. 56 (Foti)  
EHRM 21 februari 1984, Publ. ECHR, Series A Vol. 73 (Öztürk)

EHRM Benthem vs. Nederland, 23 oktober 1985, *NJ* 1986, 102  
EHRM 12 juli 1988, Publ. ECHR, Series A, Vol. 140 (Schenk)  
EHRM 24 februari 1994, Publ. ECHR, Series A Vol. 248 (Bendenoun)  
EHRM 17 december 1996, Publ. ECHR, Series A Vol. 300-A (Saunders)  
EHRM 12 mei 2000, Publ. ECHR, Series A Vol. 146 (Kahn)  
EHRM JB tegen Zwitserland, 3 mei 2001, *NJ* 2003, 354  
EHRM 30 juni 2008, Application no. 22978/05 (Gäfgen)  
EHRM Salduz tegen Turkije, 27 november 2008, *NJ* 2009, 214

**Supreme Court (Verenigde Staten)**

*Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886)  
*Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914)  
*Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961)