



Zittingszaal van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

## llan vs. the UK

mr. S.L.J. Janssen en  
mr. G.P. Hamer  
advocaten te Amsterdam<sup>2</sup>

# Rechtmatigheid van gestuurde detentie-informant

**Op 5 november jl. wees het EHRM een kritisch vonnis<sup>1</sup> over de doelbewuste inzet van een politie-informant, die in huis van bewaring of politiecel informatie probeert te ontfutselen aan een preventief gedetineerde verdachte. Deze onderstreping van het zwijgrecht van de verdachte heeft gevolgen voor de Nederlandse praktijk.**

Allan wordt op 18 februari 1995 aangehouden op verdenking van een roofoverval. Zijn medeverdachte bekent een aantal overvallen. Vervolgens ontvangt de politie een anonieme tip dat Allan tevens betrokken zou zijn bij een overval op een supermarkt waarbij de manager was doodgeschoten.

Vanaf 20 februari 1995 worden de cel en de bezoekersruimte waarin Allan verblijft

voorzien van audio- en videoapparatuur. Op 8 maart wordt Allan aangemerkt als verdachte in de moord. Hij beroept zich in de politieverhoor op zijn zwijgrecht. Bezoek van zijn vriendin wordt vanaf dat moment vastgelegd op audio- en videobanden. Ook wordt Allan geregeld voor langere tijd met zijn medeverdachte opgesloten in dezelfde (uiteraard van af luisterapparatuur voorziene)

ruimte in de hoop dat dat bewijs oplevert. Dat doet het echter niet.

Op 23 maart wordt dan H., een politie-informant die is aangehouden op verdenking van een aantal niet-gerelateerde misdrijven, bij Allan in de cel geplaatst om te proberen informatie uit hem te krijgen. Een dergelijk persoon duiden we aan als ‘gestuurde detentie-informant’. De politie zou H. hebben geïnstrueerd zoveel mogelijk informatie uit hem te trekken (‘push him for what you can’) en staat in regelmatig contact met H. over zijn vorderingen.

Op 28 juni wordt Allan dan ‘gelicht’ om in het politiebureau te worden gehoord over de moordzaak. Allan zwijgt, net zoals bij latere verhoren op 29 juni en 26 juli. Bij het EHRM

## De verdachte Allan werd voornamelijk op basis van de verklaring van H., een beroepskrimineel, veroordeeld tot levenslange gevangenisstraf wegens moord

zal Allan later stellen dat hij op 28 juni langdurig en heftig werd verhoord in een poging hem van zijn stuk te brengen, zodat hij kwetsbaarder en meer geneigd tot praten zou zijn wanneer hij terugkwam in zijn cel bij H., die zelf inmiddels ook van af luisterapparatuur was voorzien.

Op 25 juli 1995 legt H. een verklaring af met betrekking tot zijn gesprekken met Allan. Hij verklaart hierin dat Allan toegegeven zou hebben aanwezig te zijn geweest bij de moord op de manager. Dit komt echter op de banden niet voor en wordt door Allan ontkend.

Ter zitting wordt door de rechter geoordeeld dat de verklaring van H. mag worden voorgelegd aan de jury, ondanks de door de verdediging betrokken stelling dat H., een beroepskrimineel, veel te winnen had met het overleggen van het door de politie verlangde bewijs en het bewijs daarom niet betrouwbaar was. In zijn instructie aan de jury brengt de rechter dit punt in niet mis te verstane bewoordingen over maar laat de beslissing over de betrouwbaarheid én de interpretatie van de bewijsmiddelen verder volledig aan de jury over. Allan wordt voornamelijk op basis van de verklaring van H. veroordeeld tot levenslange gevangenisstraf voor de moord op de winkelmanager. In 1999 wordt zijn appel verworpen door het Court of Appeal.

Allan brengt de zaak aan bij het EHRM en klaagt dat er een schending is geweest van de artt. 6, 8 en 13 van het EVRM. Met betrekking tot art. 8, het recht op privacy, overweegt het Hof dat ten tijde van de zaak Allan de gebruikte opsporingsmethoden niet waren vastgelegd in de wet. Daarmee is het tweede lid van dit art., dat uitzonderingen op het privacyverbod slechts toestaat 'in accordance with the law and necessary in a democratic society [...]', geschonden. Het Hof constateert, net als al eerder gebeurde in *Khan vs. the UK*,<sup>3</sup> een schending van art. 8. De zaak

Allan is dan ook met name van belang door de behandeling van art. 6 EVRM.

### FUNCTIONEEL EQUIVALENT VAN VERHOOR

Bij de beoordeling van de vraag of art. 6, het fair trial-beginsel, is geschonden in de onderhavige zaak geeft het Hof eerst een weergave van de algemene regels op dit gebied. Daarbij gaat het Hof uitgebreid in op het recht niet te hoeven bijdragen aan de eigen veroordeling, het zogeheten nemo tenetur-beginsel. Het Hof stelt zich, met verwijzing naar een eerdere uitspraak in de zaak *Saunders vs. the UK*,<sup>4</sup> op het standpunt dat bescherming tegen zelf-incriminatie aan de basis ligt van een eerlijk proces en dat het zwijgrecht daarvan het hart vormt.<sup>5</sup> Hierbij overweegt het Hof dat de keuzevrijheid om al dan niet te verklaren, om zeep wordt geholpen op het moment dat de justitiële autoriteiten door misleiding belastende verklaringen weten los te peuteren die zij niet via de reguliere weg wisten te verkrijgen, aangezien de verdachte zich op zijn zwijgrecht beriep.

Bij de beantwoording op de vraag of het zwijgrecht in een dergelijke mate is geschonden dat dit een inbreuk oplevert, wordt gekeken naar de relatie tussen de verdachte en de informant, op het moment dat de gewraakte verklaring werd gekregen: handelde de informant op dat moment als afgevaardigde van de autoriteiten ('agent of the state'), en is de verdachte niet door de informant tot de verklaring gebracht? Dit wordt weer ingevuld door te kijken of de verklaring ook op die manier en in die vorm zou zijn afgelegd zonder inmenging van de autoriteiten en of de conversatie waarin de verklaring werd afgelegd de *functionele equivalent van een verhoor* was.<sup>6</sup>

Het Hof stelt vervolgens vast dat Allan zich op advies van zijn advocaat op zijn zwijgrecht beroepen had en dat H. bij hem werd geplaatst met de expliciete opdracht zoveel mogelijk uit hem los te krijgen. Onder

die omstandigheden zijn de verklaringen niet spontaan afgelegd maar het resultaat van de aanhoudende vragen van H., die als een functionele equivalent van een verhoor kunnen worden aangemerkt, terwijl geen enkele waarborg van een normale verhoorsituatie aanwezig is. Onder deze omstandigheden, concludeert het Hof, moeten de verklaringen van Allan als onvrijwillig afgelegd worden aangemerkt en is het zwijgrecht en het recht gevrijwaard te blijven van zelf-incriminatie dus met voeten getreden. Dit levert een schending op van art. 6 EVRM.

### NEDERLANDSE GRENS VAN HET TOELAATBARE

Het inzetten van informanten is met de invoering van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden (BOB) geregeld in de artt. 126j, 126qa en 126v Sv<sup>7</sup>. Bij de inzet van de gestuurde detentie-informant zal het altijd gaan om art. 126j Sv, welk art. van toepassing is in geval van ernstige bewaren (art. 67 lid 3 Sv), die er bij voorlopige hechtenis altijd zullen zijn. Op grond van dit artikel kan een informant door de officier van Justitie in het belang van het onderzoek worden ingezet bij verdenking van een misdrijf.

Inzet van de gestuurde detentie-informant is in Nederland pas in twee zaken in het afgelopen jaar getoets: bij rechtbank en Hof Amsterdam<sup>8</sup> en bij de rechtbank Almelo.<sup>9</sup> Naar het oordeel van de rechtbank Amsterdam benadert deze gang van zaken de grenzen van het toelaatbare, maar overschrijdt deze niet. Met aanhaling van art. 8 EVRM en het proportionaliteitsvereiste oordeelt de rechtbank dat dit middel, gezien de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, alleen kan worden ingezet in uitzonderlijke gevallen, maar doet een dergelijke uitzondering zich in casu voor (verdenking van moord waarbij het slachtoffer werd vermist). Wat betreft het zwijgrecht overweegt de rechtbank slechts dat het niet-geven van de cautie



Human Rights Building

inherent is aan de inzet van een informant en dat er geen sprake was van een verhoorsituatie. De informant had het gesprek weliswaar een zekere sturing gegeven en actief het vertrouwen gewonnen van de verdachte door hem een ontvluchtingsplan voor te leggen, maar daarmee was hij volgens de rechtbank zijn bevoegdheden niet te buiten gegaan.

Ook het Hof heeft geen problemen met de gestuurde detentie-informant. 'Inzet van een informant laat immers steeds de keuzevrijheid van een verdachte om al dan niet te verklaren intact', aldus het Hof. De misleiding van de kant van de informant blijft onbesproken.

De rechtbank Almelo lijkt minder moeite te hebben met de inzet van de gestuurde detentie-informant, wellicht als gevolg van de maatschappelijke onrust die door de verdachte was veroorzaakt. Het ging hier om André de V., verdacht van brandstichting bij S.E. Fireworks te Enschede, met alle (bekende) gevolgen van dien. De rechtbank

stelt simpelweg dat uit de tekst of de wetgeschiedenis van art. 126j niet blijkt dat dit niet in een detentiesituatie zou mogen geschieden. Nu gezien de ernst van het feit en de omstandigheden van het geval, niet is gehandeld in strijd met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, heeft de officier van Justitie niet onrechtmatig gehandeld.

Wat betreft de cautieplicht oordeelt de rechtbank met vooruitziende blik dat deze 'niet geldt indien en voorzover (de informanten) in hun contacten met verdachte geen situatie hebben doen ontstaan die vergelijkbaar is met een verhoorsituatie'.

#### **ESSENTIEEL VERHOOR?**

Wat betreft de toetsing van de Nederlandse situatie aan art. 8 kan wederom met een enkele opmerking worden volstaan. Aangezien de inzet van de gestuurde detentie-informant wettelijk is geregeld in art. 126j Sv is voldaan aan het vereiste uit art. 8 lid 2 dat de inbreuk op de privacy 'in accordance with the law' dient te zijn. Of ook is

voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit ('necessary in a democratic society') kan niet aan de Allan-zaak worden getoetst aangezien het EHRM daar, net als in de zaak Khan, niet aan toekomt.

De zaak Allan draait echter, zoals gezegd, met name om de behandeling van art. 6 EVRM. De Nederlandse praktijk moet dus getoetst worden aan de twee hiervoor genoemde eisen: zou de verklaring in ongeveer dezelfde vorm en inhoud ook zijn afgelegd zonder inmenging en waren de gesprekken niet de functionele equivalent van een verhoor?

In de Amsterdamse zaak valt op dat de informant dagelijks contact had met de politie over zijn voortgang, en met misleiding (ontsnapping, plannen voor drugszaken) het vertrouwen van verdachte had ingewonnen. Vast staat dan ook dat zonder de inmenging van justitie in de vorm van het inzetten van de gestuurde detentie-informant de bekende verklaring (in deze vorm) niet verkregen zou zijn. In hoeverre er sprake is geweest

## *De twee eisen zijn: zou de verklaring ook zijn afgelegd zonder inmenging en waren de gesprekken niet de functionele equivalent van een verhoor?*

van een situatie gelijk aan een verhoor is op basis van de uitspraak lastig vast te stellen; van belang hierbij is de duur van de gesprekken, van wie het initiatief uitging, of er een officieel verhoor aan was voorafgegaan, of verdachte ingesloten werd in één ruimte met de informant, et cetera.

In de Almelose zaak tegen De V. blijkt uit het gebruikte bewijsmiddel dat de verdachte níét van plan was te bekennen. Dit zou wijzen op een aantasting van de door het EHRM genoemde keuzevrijheid. Daarmee is echter nog niet gesteld dat deze verklaring níét verkregen zou zijn indien de informant niet zou zijn ingezet. Uit de uitspraak van de rechtbank blijkt namelijk dat De V. zich ook tegen andere gedetineerden had uitgelaten over zijn aandeel in de vuurwerkkramp, zodat de verklaring wellicht ook via een andere weg had kunnen worden verkregen. De rechtbank oordeelt verder (naar aanleiding van een

beroep op het niet-gegeven zijn van de cautie) dat er door de informant niet een aan een verhoor gelijke situatie is gecreëerd.

### **ZWIJGRECHT IS ABSOLUUT RECHT**

De uitspraak van het EHRM in de zaak Allan onderstreept nog eens het door het Hof consequent ingenomen standpunt dat het zwijgrecht een absoluut recht is waaraan niet getornd dient te worden. Op het moment dat een verdachte duidelijk te kennen heeft gegeven van dat recht gebruik te willen maken, mogen justitiële autoriteiten niet via misleiding of andere kunstgrepen proberen een dergelijke verklaring tóch te krijgen. Daarmee zou de keuzevrijheid die een verdachte op basis van het nemo tenetur-beginsel behoort te hebben, geweld worden aangedaan. Uit de overwegingen van het Hof kan nog worden afgeleid dat wanneer de verdachte zich in een preciaire situatie bevindt

(verdachte, gedetineerd, onder druk) dit in nog sterkere mate geldt, aangezien zijn eigen sociale vangnet dan is weggenomen en hij dus volledig afhankelijk is van de autoriteiten.

Het inzetten van de gestuurde detentie-informant zal over het algemeen alleen gebeuren op het moment dat verdachte zich consequent op zijn zwijgrecht beroept, en zal dan gepaard moeten gaan met misleiding of kunstgrepen om het vertrouwen van de verdachte te winnen. Op dat moment wordt een inbreuk gemaakt op het nemo tenetur-beginsel en vindt een schending van art. 6 EVRM plaats. Het laat zich aanzien dat deze uitspraak het gebruik van de gestuurde detentie-informant aanzienlijk problematischer maakt dan tot nu toe in Nederland werd aangenomen.<sup>10</sup> ●

### **NOTEN**

- 1 Case of Allan vs. the United Kingdom, Application number 00048539/99, 5 november 2002.
- 2 Advocaten bij Cleerdin & Hamer Advocaten.
- 3 Case of Khan vs. The United Kingdom, application number 00035394/97, 12 mei 2000.
- 4 Case of Saunders vs. the United Kingdom, Application number 00019187/91, 17 December 1996; 'The right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent and presupposes that the prosecution in a criminal case seeks to prove the case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused'.
- 5 Allan vs. the UK, Judgement para. 50.

6 Allan vs. the UK, Judgement para. 52.

7 Art. 126j regelt de inzet van een informant bij het bestaan van een redelijk vermoeden van schuld, terwijl art. 126qa van toepassing is in de zogenaamde vroegsporingsfase. Art. 126v ten slotte formuleert de eisen bij de inzet van een burger als informant

8 Resp. Rb. Amsterdam 8 november 2001 en Hof Amsterdam 7 oktober 2002, te vinden op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)

9 Rb. Almelo 22 augustus 2002, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)

10 Dit zal namelijk strafprocessuele consequenties moeten hebben; zie hierover o.a. Paul de Hert en Bert-Jaap Koops, 'Privacy is nog steeds een grondrecht', in AA 50 (2001) 12.