

ces-verbaal van een agent dat op verzoek van de procureur-generaal was opgesteld en waaruit volgde dat er ter plaatste inderdaad geen stoplicht stond. Het geval illustreert volgens de A-G dat er (ook) binnen de strafrechtelijke herzieningsgronden naartoe gewerkt wordt dat evident onredelijke veroordelingen niet in stand blijven (maar dat dit wel binnen het frame van 'nieuwe gegevens' als bedoeld in art. 457 lid 1 onder c Sv moet plaatshebben).  
R. Stijnen

## AB 2024/117

### HOF ARNHEM-LEEWARDEN

29 december 2023, nr. 21-002261-22  
(Mrs. R.G.J. Welbergen, P.A.H. Lemaire,  
D.R. Sonneveldt)  
m.nt. T.N. Sanders

Art. 5:13, 5:15 Awb

NJFS 2024/65  
ECLI:NL:GHARL:2023:11009

### **Een toezichthouder mag een politieambtenaar meenemen, maar daar moet dan wel een goede reden voor zijn.**

*Anders dan de rechtbank en de verdediging is het hof van oordeel dat het optreden van de gemeentelijke autoriteiten rechtmatig was. De toezichthouder heeft zijn bevoegdheden ingezet op de gronden, bevoegdheden en aanleiding zoals door deze zijn omschreven onder de feiten, het onder C. bedoelde proces-verbaal. Het hof ziet geen aanwijzing dat deze weergave niet klopt of dat er heimelijk ongeoorloofde bijbedoelingen waren. Het is een legitiem belang van de gemeente dat bedrijfs- en andere panden overeenkomstig het bestemmingsplan worden gebruikt. Dat de ervaring leert dat er een gerede kans bestaat dat er bij controles van bedrijfspanden regelmatig ook strafbare feiten worden geconstateerd, in het bijzonder de aanwezigheid van hennepkwekerijen met illegale stroomaftap, doet daaraan niet af. De bestrijding van illegale en brandgevaarlijke situaties is immers evengoed een legitiem belang van de gemeente. Het samenwerken daarin met onder andere de politie acht het hof eveneens legitiem, onder meer omdat artikel 5:15 Awb daarin uitdrukkelijk voorziet, mits evenredig.*

*Er was in dit geval ook geen reden om aan te nemen dat er specifiek jegens verdachte van meet af aan al sprake was van de verdenking van een strafbaar feit ten aanzien van het gebruik van de bedrijfsruimte en woning en dat er aldus reeds sprake was van een opsporingsonderzoek jegens verdachte.*

*Ook op het moment dat de toezichthouder de bedrijfsruimte betrad, was er nog geen sprake van een*

*verdenking van een strafbaar feit. De bevindingen tot dan toe op het erf van verdachte gaven daartoe immers geen aanleiding. Evenmin bestond er op dat moment een bijzondere beschermingsbehoefte voor de toezichthouder. Met de verdediging is het hof daarom van oordeel dat er op het moment dat de toezichthouder het bedrijfspand binnentrad, er geen geldige reden bestond dat er tegelijkertijd ook een politiefunctaris mee naar binnen ging. Artikel 5:15, derde lid, Awb biedt de mogelijkheid dat de toezichthouder zich door iemand laat vergezellen. Artikel 5:13 Awb bepaalt echter dat een toezichthouder slechts van zijn bevoegdheden gebruik maakt voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is. Ook uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de toezichthouder geen andere personen dient mee te nemen dan redelijkerwijs voor een goede taakvervulling door de toezichthouder nodig is. Nu niet is geverbaliseerd of anderszins is gebleken dat op het moment van binnentreden door de gemeentelijk toezichthouder de assistentie van de politie – bijvoorbeeld uit het oogpunt van personele veiligheid van die toezichthouder en/of andere gemeentemedewerkers – gewenst was, moet het ervoor worden gehouden dat de politiefunctaris op dat moment zonder gegronde reden mee naar binnen is gegaan. Deze constatering is van belang, nu de politie eigen wettelijke bevoegdheden heeft die strafrechtelijk zijn genormeerd en waarmee dus prudent moet worden omgegaan. In zoverre is er sprake van een vormfout. Uit het arrest van de Hoge Raad genoemd in noot 8 kan worden afgeleid dat een rechtsgevolg aan een verzuim als dit op zijn plaats kan zijn indien het vormverzuim of de onrechtmatige handeling van bepalende invloed is geweest op het verloop van het opsporingsonderzoek naar en/of de (verdere) vervolging van de verdachte ter zake van het tenlastegelegde feit. In een dergelijk geval is de beantwoording van de vraag of een rechtsgevolg wordt verbonden aan het vormverzuim of de onrechtmatige handeling, en zo ja: welk rechtsgevolg, mede afhankelijk van de aard en de ernst van dat verzuim of die handeling.*

Verkort arrest van de meervoudige kamer voor strafzaken van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem gewezen op het hoger beroep, ingesteld tegen het vonnis van de Rechtbank Gelderland van 18 mei 2022 met parketnummer 05-016848-22 in de strafzaak tegen verdachte.

### **Het hoger beroep**

De officier van justitie heeft tegen het hiervoor genoemde vonnis hoger beroep ingesteld.

### **Onderzoek van de zaak**

Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting van het hof van 18 december 2023.

Het hof heeft kennisgenomen van de vordering van de advocaat-generaal. Deze vordering is na voorlezing aan het hof overgelegd.

Het hof heeft verder kennisgenomen van hetgeen namens verdachte door zijn raadsman, mr. L.C. de Lange, naar voren is gebracht.

#### *Het vonnis waarvan beroep*

De rechtbank heeft verdachte vrijgesproken van het tenlastegelegde.

Het hof zal het vonnis waarvan beroep vernietigen omdat het tot een andere bewijsbeslissing komt en zal daarom opnieuw rechtdoen.

#### *De tenlastelegging*

Aan verdachte is – na wijziging van de tenlastelegging ter terechtzitting in eerste aanleg – tenlastegelegd dat:

1. hij op of omstreeks 18 januari 2022 te pleegplaats opzettelijk aanwezig heeft gehad
  - ongeveer 371 XTC pillen, in elk geval een hoeveelheid van een materiaal bevattende MDMA, zijnde MDMA,
  - ongeveer 820 gram MDMA-poeder, in elk geval een hoeveelheid van een materiaal bevattende MDMA, zijnde MDMA,
  - ongeveer 20 liter MDMA-olie, in elk geval een hoeveelheid van een materiaal bevattende MDMA, zijnde MDMA en/of
  - ongeveer 25 milliliter 4-hydroxyboterzuur (gamma-hydroxy-boterzuur, GHB), in elk geval een hoeveelheid van een materiaal bevattende 4-hydroxyboterzuur (gamma-hydroxy-boterzuur, GHB), zijnde 4-hydroxyboterzuur (gamma-hydroxy-boterzuur, GHB),
  - (telkens) een middel als bedoeld in de bij de Opiumwet behorende lijst I, dan wel aangewezen krachtens het vijfde lid van artikel 3a van die wet;
2. hij in of omstreeks de periode van 1 november 2021 tot en met 18 januari 2022 te pleegplaats om een feit, bedoeld in het vierde of vijfde lid van artikel 10 van de Opiumwet, voor te bereiden en/of te bevorderen, te weten
  - het opzettelijk binnen en/of buiten het grondgebied van Nederland brengen,
  - het opzettelijk telen, bereiden, bewerken, verwerken, verkopen, afleveren, verstrekken en/of vervoeren, en/of
  - het opzettelijk vervaardigen
  - van MDMA en/of één of meer andere soort(en) harddrugs, in elk geval een middel/middelen als bedoeld in de bij de Opiumwet behorende lijst I, dan wel aangewezen krachtens artikel 3a, vijfde lid van de Opiumwet
  - voorwerpen, vervoermiddelen, stoffen, gelden en/of andere betaalmiddelen voorhanden heeft gehad, te weten:
    - Een drukreactieketel gevuld met MDMA-olie

- twee waterstofcilinders,
  - één of meerdere gascilinder beschermkappen,
  - één of meerdere waterstofdrukregelaars,
  - twee RVS ketels met koelbuis
  - een zak BMK glycidezout,
  - een tabletteermachine met stempelset met logo van ‘Star Wars Storm Trooper’,
  - een centrifuge,
  - twee rode gascilinders,
  - twee drukregelaars,
  - een 25 liter jerrycan gevuld met 12 liter monomethylamine,
  - 3 blauwe 20 liter jerrycans gevuld met zwavelzuur (totaal 60 liter),
  - 4 blauwe jerrycans van 25 liter gevuld met fosforzuur (totaal 80 liter)
  - 16 blauwe jerrycans gevuld met zoutzuur (totaal 320 liter),
  - 7 blauwe jerrycans gevuld met methanol (totaal 140 liter),
  - 50 blauwe jerrycans gevuld met ethanol (totaal 1000liter),
  - 2 witte jerrycans met restanten PMK,
  - twee laboratorium glaswerk distillatiebochten, diverse zwenkwielen,
  - metalen pijpen en koppelstukken,
  - een RVS schakelkast,
  - een gasdrukregelaar voor propaangas,
  - twee metalen branderbakken met een gasbrander met gaslang en een glazen rondbodemkolf,
  - 2 flessen chloor (totaal 10 liter),
  - een jerrycan met Coleman Fuel (totaal 5 liter),
  - een fles met zoutzuur (totaal 5 liter),
  - een (vervuilde) vacuümpomp,
  - 20 kilo Caustic Soda,
  - 2 blauwe jerrycans met aceton (totaal 40 liter),
  - een (vacuüm)distillatie-opstelling bestaande uit twee RVS ketels en een koelbuis,
  - 15 kilo cellulose en/of,
  - een ventilatie slakkenhuis gekoppeld aan een koolstoffilter,
- waarvan hij, verdachte, wist of ernstige reden had om te vermoeden dat zij bestemd waren tot het plegen van dat feit;

Voor zover in de tenlastelegging taal- en/of schrijffouten voorkomen, zijn deze in de bewezenverklaring verbeterd. De verdachte is daardoor niet geschaad in de verdediging.

*De feiten<sup>1</sup>*

## A.

Op dinsdag 18 januari 2022 werd een zogeheten “integrale controle” gehouden op meerdere adressen aan de adres te pleegplaats. Bij de controle waren een ambtenaar van Bouwtoezicht van de gemeente pleegplaats, een medewerker van energiebedrijf Liander, de Ondernijningscoördinator van de gemeente pleegplaats en meerdere politiemedewerkers betrokken.

Van de gemeente heeft de politie het verzoek gekregen aan te sluiten bij deze integrale controle. Aanleiding was bij de gemeente binnengekomen “ondernijmende signalen” in genoemde straat.

De medewerker van Liander was betrokken voor het geval men tegen een hennepkwekerij of andere vormen van stroomdiefstal aan zouden lopen. De politie was betrokken voor de veiligheid van de ambtenaar van Bouwtoezicht en de politie zou een casus overnemen als er strafbare feiten werden waargenomen. In totaal werden 8 adressen bezocht.

Bij het eerste adres was sprake van illegale bewoning. Dat heeft de ambtenaar van

Bouwtoezicht afgehandeld. Bij het derde adres werden aangetroffen hennepstoppelen en hennepstopen, een in werking zijnde hennepkwekerij met 4 planten, een ontmantelde hennepkwekerij en drie op vuurwapen gelijkende wapens. Daarna werden nog ongeveer 4 à 5 adressen bezocht. Hier was niets aan de hand.

Als laatste werd het pand aan de adres huisnummer 1 te pleegplaats bezocht, te weten het pand dat bij verdachte in gebruik was. De ambtenaar van Bouwtoezicht belde aan bij de voordeur. Er werd niet op gereageerd. Er stonden twee personenauto's op het terrein naast de woning. In de woning brandde licht. Waargenomen werd dat er aan de rechterzijde van de woning een nieuwe metalen trap was geplaatst die naar een kelder moest leiden. De ramen van de kelder waren geblindeerd met platen en glaswol. In de achtertuin werd een groot aantal kratten met lege Colaflessen tegen de achtergevel gezien. Daarnaast waren er ongeveer 20 kratten bier van het merk Hertog Jan. Aan de achterzijde van de woning, grenzend aan de achtertuin bevond zich een grote loods. Aan de voorzijde van die loods stond een klein voorgebouw wat de uitstraling had van een kantoorje. De ambtenaar van Bouwtoezicht heeft aangeklopt en roepend gevraagd of er ie-

mand aanwezig was. Ook hierop kwam geen reactie. Vervolgens liep men terug naar de achterzijde van de woning.

De ambtenaar van Bouwtoezicht liep de achtertuin in en liep naar de rechterzijde van het kantoorje. De ambtenaar van Bouwtoezicht trok aan de deurklink, de deur ging open en de ambtenaar zei: “Hé, deze deur is open.”

Vervolgens liep de ambtenaar van Bouwtoezicht door de deur het kantoorje binnen. De medewerker van Liander liep achter de ambtenaar aan naar binnen, gevolgd door politiefunctionaris functionaris.

De medewerker van Liander zei dat er allemaal vaten binnen stonden. Een verbalisant *opmerking hof: dit betreft een verbalisant die na functionaris naar binnen ging* is er naar toe gelopen en hij zag dat de ruimte een soort van schuur betrof welke zich in dezelfde ruimte bevond als het eerder genoemde kantoorje. Er stonden tientallen blauwe vaten van 20 liter met als inhoud ethanol, aceton in het schuurtje. Een collega-verbalisant heeft hierop contact gezocht met Landelijke Faciliteit Ontmantelen.<sup>2</sup> Gezien het bovenstaande rees het vermoeden dat er zich in de kelder een drugslab kon bevinden. Vervolgens is er met de officier van justitie, contact geweest en deze gaf toestemming om de woning te betreden.<sup>3</sup> Vlak daarna kwam verdachte toevallig aanrijden. Verdachte heeft de huissleutels gegeven en hierop werd de woning binnentreden.<sup>4</sup> In de kelder trof men pillen en poeder aan.<sup>5</sup>

## B.

Het rapport van de toezichhouder van de gemeente pleegplaats vermeldt onder meer als volgt<sup>6</sup>:

“Aangekomen bij adres huisnummer 1 (woonhuis) en huisnummer 2 (bedrijfsgedeelte).

Op basis van mijn bevoegdheid zoals vastgelegd in de Algemene Wet Bestuursrecht artikel 5:15 -5:19 het terrein opgelopen. Ter beveiliging zijn op de woning nr huisnummer 1 en op het bedrijfsgebouw nr huisnummer 2 diverse bolcamera's aangebracht. Op het voorterrein van adres huisnummer 2 staan 2 auto's. Een jaguar (kenteken 1) en een Ford Ka (kenteken 2) waarvan de autosleutels nog in het slot zitten. Samen

1 Wanneer hierna wordt verwezen naar paginanummers betreft dit pagina's van op ambtseed of ambtsbelofte opgemaakte processen-verbaal. Deze processen-verbaal zijn als bijlagen opgenomen bij het in de wettelijke vorm opgemaakte proces-verbaal van 1 april 2022, genummerd zaaksdossier DECEPTION / ON5R022007 / BVH nummer: PI0600-2022027789, opgemaakt door politie Oost-Nederland. Tenzij anders vermeld, zijn dit processen-verbaal in de wettelijke vorm opgemaakt door daartoe bevoegde opsporingsambtenaren.

2 Proces-verbaal van bevindingen, p. 74 en 75 en proces-verbaal van bevindingen, p. 77 en 78.

3 Machtiging binnentreden woning d.d. 18 januari 2022 p. 91, proces-verbaal binnentreding woning d.d. 19 januari 2022 p. 93.

4 Proces-verbaal van bevindingen van verbalisant 1, d.d. 20 januari 2022 p. 74 en 75.

5 Proces-verbaal van bevindingen van verbalisant 1, p. 79 en het proces-verbaal van binnentreden in woning p. 96 en de indicatieve positieve tests p. 108.

6 Proces-verbaal van bevindingen van verbalisant functionaris d.d. 1 januari 2022 met bijlage, p. 83 t/m 88.

met ondersteuning van de politie heb ik de volgende acties genomen:

Aangebeld en geklopt op de entreedeur bij het bedrijfsgebouw huisnummer 2: hier volgde geen reactie. Omdat het hek open staat vanaf het voorterrein van het bedrijfspand richting de bedrijfswoning loop ik naar de voordeur van de bedrijfswoning en bel enkele keren aan en klop op de voordeur. Ook hier is geen reactie. Aan de westzijde van de woning is zichtbaar dat hier recent een buitentrapp is gemaakt. Gezien de afwerking van de trap, de tuin en het kozijn dat in de gevel bij de kelder is gezaagd zijn ze hier nog niet klaar. Via kieren tussen de deur en het kozijn en de koekoeken is licht zichtbaar. In combinatie met de sleutels in de auto lijkt het dat er iemand aanwezig zou kunnen zijn. Om het huis heengelopen en aan de achterzijde naar binnengekeken hier was niks te zien anders dan een paar schoenen waar iemand uit was gestapt om het binnen schoon te houden. Vanaf het terras zie ik dat het bedrijfspand nr huisnummer 2 een zijdeur heeft met hier een bolcamera erboven en loop naar de deur. Ik klop een paar keer op de deur maar krijg geen reactie. Ik probeer of de deur open is en deze blijkt open te zijn. Ik zet de deur op een kier en roep of er iemand aanwezig is. Ook hierop volgt geen reactie. Op basis van mijn bevoegdheden om elk pand anders dan een woning te mogen betreden loop ik onder het roepen of dat er iemand aanwezig is naar binnen. En ik zie 2 ruimten. In de eerste ruimte staan grote blauwe (lege) tonnen, voorts zijn korven met installatiemateriaal zichtbaar en een RVS ketel. In de 2e ruimte is een ruimte getimmerd van houten wanden aan de voorzijde van het gebouw hieraan is niks te zien. In de ruimte staan meerdere blauwe kunststof jerrycans met hierop vermeld ethanol, acidity regulator E37 en 2 rvs ketels. Na een informatief belletje van de politie met een specialist wordt aangegeven dat we zo snel mogelijk de ruimte moeten verlaten omdat dit gevaarlijke stoffen zijn. Verder neemt de politie de vervolgactie om het terrein te verzekeren en de LOD te informeren. Deze geeft aan zo spoedig mogelijk ter plaatse te zijn.

*Toegekende bevoegdheden als handhaver van de gemeente pleegplaats/WDW*

*Artikel 5:15*

1. Een toezichthouder is bevoegd, met medeneming van de benodigde apparatuur, elke plaats te betreden met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner.
2. Zo nodig verschafft hij zich toegang met behulp van de sterke arm.
3. Hij is bevoegd zich te doen vergezellen door personen die daartoe door hem zijn aangevoerd.

*Artikel 5:16*

Een toezichthouder is bevoegd inlichtingen te vorderen.

[...]"

C.

Proces-verbaal van bevindingen/controlerapportage<sup>7</sup>

"Ik, toezichthouder serienummer, van de werkor-  
ganisatie gemeente 1 pleegplaats, als bedoeld in  
artikel 5:11 van de Algemene wet bestuursrecht  
op het gebied van: Bouw- en woonrecht, BAG,  
Wet BRP, natuur en milieuwetgeving, monumen-  
tenrecht, ruimtelijk orderingsrecht, Huisvesting-  
en leegstandsrecht en omgevingsrecht en alle  
daaraan gerelateerde wet- en regelgeving, aange-  
wezen als toezichthouder door het college van  
burgemeester en wethouders van de gemeente  
pleegplaats verklaar het volgende:

organisatie staat voor Ondernijningsteam ge-  
bied. Binnen het organisatie werken de gemeen-  
ten pleegplaats, gemeente 1, gemeente 2, ge-  
meente 3, gemeente 4 en gemeente 5 samen  
met ketenpartners zijnde de omgevingsdienst,  
energiemaatschappijen en politie. Deze samen-  
werking is gericht op het daadkrachtig, effectief  
en integraal aanpakken van ondernijning. Door  
het organisatie worden structureel en integraal  
(bedrijfs-)controles georganiseerd en uitge-  
voerd. Als toezichthouder neem ik deel aan deze  
controles.

*Bedrijfscontrole adres*

Op dinsdag 18 januari 2022, nam ik, toezicht-  
houder serienummer, deel aan een integrale be-  
drijfscontrole aan de adres te pleegplaats. In  
deze straat zijn meerdere panden gecontroleerd  
op het formeel gebruik van percelen en panden  
overeenkomstig het bestemmingsplan zoals op-  
gesteld door de gemeente pleegplaats.

[...]"

*De gronden van het appel*

De advocaat-generaal heeft – samengevat weerge-  
geven – aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte  
is overgegaan tot bewijsuitsluiting en vrijspraak.  
Volgens het openbaar ministerie zijn de door de ge-  
meente op basis van "ondernijnde signalen" ge-  
initieerde integrale controles van meerdere bedrijfs-  
panden op 18 januari 2022 in de adres te pleegplaats  
rechtmatig geweest. Er zijn daadwerkelijk meerdere  
panden onderzocht. Er was op voorhand geen sprake  
van concrete verdenkingen van strafbare feiten.  
Van oneigenlijk gebruik van bevoegdheden was  
geen sprake. Het binnentreden in de bedrijfspanden  
was gebaseerd op artikel 5.15 van de Algemene wet

<sup>7</sup> Proces-verbaal van bevindingen/controlerapportage d.d. 25  
januari 2022, p. 90.

bestuursrecht (Awb), dat een toezichthouder de bevoegdheid toekent om elke plaats te betreden met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner, zo nodig verschaft hij zich toegang met behulp van de sterke arm. Het derde lid bepaalt dat de toezichthouder bevoegd is zich te doen vergezellen door personen die daartoe door hem zijn aangewezen.

Ook voor het onderzoek naar het bedrijfspand van verdachte was er op het moment dat de toezichthouder het niet-afgesloten bedrijfspand betrad, nog geen sprake van een vermoeden van een strafbaar feit. Er was dus ook nog geen sprake van een voorbereidend onderzoek in strafrechtelijke zin.

De politie was in dit geval mee ter beveiliging van de gemeentelijke toezichthouder en om zo nodig bijstand te kunnen verlenen. Bij de betreding van het bedrijfspand van verdachte is een verbaalslant met de toezichthouder mee naar binnen gegaan.

Op zich was daartoe geen bijzondere noodzaak, althans deze is niet geverbaliseerd of anderszins gebleken. De advocaat-generaal acht het "vergezellen" door de politiefunctionaris van de toezichthouder echter niet onrechtmatig, gelet op artikel 5:15 derde lid Awb, dat daarvoor een grondslag bevat.

Mocht het hof daar anders over denken, dan meent de advocaat-generaal dat er hoogstens sprake is van een vormverzuim dat in het licht van het arrest van de Hoge Raad d.d. 1 december 2020<sup>8</sup> zonder rechtsgevolg kan blijven.

Wat betreft het bewijs voert de advocaat-generaal aan dat verdachte de beschuldigingen feitelijk erkent. De belastende vondsten worden ook niet betwist. De advocaat-generaal concludeert dat het ten laste gelegde wettig en overtuigend is bewezen en eist dat verdachte wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf van tien maanden waarvan twee maanden voorwaardelijk, met een proeftijd van twee jaar.

#### *Het standpunt van de verdediging*

De raadsman heeft zich — samengevat weergegeven — op het standpunt gesteld dat het vonnis van de rechtbank juist is, en dat het hof op dezelfde wijze zou moeten beslissen. Er is volgens de verdediging zowel sprake van onrechtmatig overheidsoptreden door de gemeente als van onrechtmatig binnentreden door de politie. Er was van meet af aan sprake van strafrechtelijk optreden omdat men wel wist dat er waarschijnlijk strafbare feiten zouden worden geconstateerd, maar de politie kon nog niet binnentreden. Men heeft bestuurlijk/bestuursrechtelijk optreden gebruikt voor strafrechtelijke doelen, en daarmee zijn — de burger beschermende — strafvorderlijke voorschriften omzeild. Dit heeft volgens de verdediging een structureel karakter.

Deze wijze van optreden is bepalend geweest voor het verdere strafrechtelijke onderzoek. Om dit misbruik in de toekomst te voorkomen dient de sanctie daarop bewijsuitsluiting te zijn als rechtstreekse waarborg, zoals de rechtbank terecht heeft gedaan. Omdat alle resultaten van het onderzoek in het bedrijfspand en de woning tevens zijn aan te merken als onrechtmatig verkregen en de verboden vruchten daarvan, dienen zij ook om die reden te worden uitgesloten van het bewijs. Het hof dient verdachte dan ook vrij te spreken.

Mocht het hof anders oordelen, dan meent de verdediging dat de huidige persoonlijke omstandigheden van verdachte eraan in de weg staan dat hij onvoorwaardelijk de gevangenis in zou moeten. De persoonlijke problemen die hij toen had, zijn onder controle. Verdachte heeft geen strafblad. Verdachte heeft inmiddels een goed lopend bedrijf.

#### *Overwegingen van het hof over de rechtmatigheid van het binnentreden*

Het hof overweegt dat uit het door de advocaat-generaal genoemde arrest van de Hoge Raad (zie voetnoot 8) blijkt dat zo nodig ook een rechtsgevolg kan worden verbonden aan een onrechtmatige handeling jegens de verdachte die buiten het bereik van artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering (Sv) ligt, onder meer omdat van een opsporingsonderzoek nog geen sprake was. Uit het arrest van de Hoge Raad d.d. 12 september 2023<sup>9</sup> blijkt voorts dat zo nodig ook een rechtsgevolg kan worden verbonden aan een onrechtmatige handeling door andere personen dan opsporingsambtenaren. Daarvoor is vereist dat (i) de resultaten van een onrechtmatige handeling zijn gebruikt bij het opsporingsonderzoek naar of de vervolging van een verdachte voor ten laste gelegde feiten en (ii) de resultaten door dit gebruik van bepalende invloed zijn geweest op het verloop van het opsporingsonderzoek of van de vervolging. Als daarvan sprake is, is de beantwoording van de vraag of een rechtsgevolg moet worden verbonden aan het gebruik van de resultaten van een onrechtmatige handeling en, zo ja, welk rechtsgevolg, mede afhankelijk van de aard en de ernst van de inbreuk die dit gebruik maakt op de rechten van de verdachte. Bij het bepalen van een rechtsgevolg kan aansluiting worden gezocht bij de in art. 359a tweede lid Sv genoemde factoren, terwijl ook het uitgangspunt van subsidiariteit in acht moet worden genomen. De rechter kan tot het oordeel komen dat de onrechtmatige handeling door de andere persoon dan de opsporingsambtenaar, die van bepalende invloed is geweest op het verloop van het opsporingsonderzoek of de vervolging, dwingt tot bewijsuitsluiting. Dat is allereerst aan de orde als bewijsuitsluiting noodzakelijk is om de schending

<sup>8</sup> ECLI:NL:HR:2020:1889, rechtsoverweging 2.4.4.

<sup>9</sup> ECLI:NL:HR:2023:1159.

van het in art. 6 EVRM bedoelde recht op eerlijk proces te voorkomen. Daarnaast kan bewijsuitsluiting in aanmerking komen als de opsporingsambtenaar direct of indirect betrokken is bij de onrechtmatige handeling door een andere persoon en het gebruik van de resultaten, mede gelet op wijze waarop die zijn verkregen, een ernstige schending van een strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel zou opleveren. Van een zodanige betrokkenheid van een opsporingsambtenaar kan sprake zijn als deze het gedrag van de betreffende persoon heeft geïnitieerd of gefaciliteerd, daaronder mede begrepen dat de opsporingsambtenaar het onrechtmatige gedrag van die persoon welbewust heeft laten begaan en/of voortduren.

Anders dan de rechtbank en de verdediging is het hof van oordeel dat het optreden van de gemeentelijke autoriteiten rechtmatig was. De toezichthouder heeft zijn bevoegdheden ingezet op de gronden, bevoegdheden en aanleiding zoals door deze zijn omschreven onder de feiten, het onder C. bedoelde proces-verbaal. Het hof ziet geen aanwijzing dat deze weergave niet klopt of dat er heimelijk ongeoorloofde bijbedoelingen waren. Het is een legitiem belang van de gemeente dat bedrijfs- en andere panden overeenkomstig het bestemmingsplan worden gebruikt. Dat de ervaring leert dat er een gereede kans bestaat dat er bij controles van bedrijfspanden regelmatig ook strafbare feiten worden geconstateerd, in het bijzonder de aanwezigheid van hennepkwekerijen met illegale stroomaftap, doet daaraan niet af. De bestrijding van illegale en brandgevaarlijke situaties is immers evengoed een legitiem belang van de gemeente. Het samenwerken daarin met onder andere de politie acht het hof eveneens legitiem, onder meer omdat artikel 5:15 Awb daarin uitdrukkelijk voorziet, mits evenredig.

Er was in dit geval ook geen reden om aan te nemen dat er specifiek jegens verdachte van meet af aan al sprake was van de verdenking van een strafbaar feit ten aanzien van het gebruik van de bedrijfsruimte en woning en dat er aldus reeds sprake was een opsporingsonderzoek jegens verdachte.

Ook op het moment dat de toezichthouder de bedrijfsruimte betrad, was er nog geen sprake van een verdenking van een strafbaar feit. De bevindingen tot dan toe op het erf van verdachte gaven daartoe immers geen aanleiding. Evenmin bestond er op dat moment een bijzondere beschermingsbehoefte voor de toezichthouder. Met de verdediging is het hof daarom van oordeel dat er op het moment dat de toezichthouder het bedrijfspand binnentrad, er geen geldige reden bestond dat er tegelijkertijd ook een politiefunctaris mee naar binnen ging. Artikel 5:15, derde lid, Awb biedt de mogelijkheid dat de toezichthouder zich door iemand laat vergezellen. Artikel 5:13 Awb bepaalt echter dat een toezichthouder slechts van zijn bevoegdheden gebruik

maakt voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is. Ook uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de toezichthouder geen andere personen dient mee te nemen dan redelijkerwijs voor een goede taakvervulling door de toezichthouder nodig is.<sup>10</sup> Nu niet is geformaliseerd of anderszins is gebleken dat op het moment van binnentreden door de gemeentelijk toezichthouder de assistentie van de politie – bijvoorbeeld uit het oogpunt van personele veiligheid van de toezichthouder en/of andere gemeentemedewerkers – gewenst was, moet het ervoor worden gehouden dat de politiefunctionaris op dat moment zonder gegronde reden mee naar binnen is gegaan. Deze constatering is van belang, nu de politie eigen wettelijke bevoegdheden heeft die strafrechtelijk zijn genormeerd en waarmee dus prudent moet worden omgegaan. In zoverre is er sprake van een vormfout. Uit het arrest van de Hoge Raad genoemd in noot 8 kan worden afgeleid dat een rechtsgevolg aan een verzuim als dit op zijn plaats kan zijn indien het vormverzuim of de onrechtmatige handeling van *bepalende invloed* is geweest op het verloop van het opsporingsonderzoek naar en/of de (verdere) vervolging van de verdachte ter zake van het tenlastegelegde feit. In een dergelijk geval is de beantwoording van de vraag of een rechtsgevolg wordt verbonden aan het vormverzuim of de onrechtmatige handeling, en zo ja: welk rechtsgevolg, mede afhankelijk van de aard en de ernst van dat verzuim of die handeling.

Het hof oordeelt dat het door de binnentredende politiefunctaris begane verzuim in deze zaak *geen enkele invloed* heeft gehad op het verloop van het opsporingsonderzoek of de vervolging van verdachte. De gemeentelijke toezichthouder is de bedrijfsruimte rechtmatig binnengegaan en heeft een constatering gedaan die leidde tot het vermoeden van een strafbaar feit. Als de politiefunctaris niet mee naar binnen was gegaan maar buiten was blijven wachten, was deze slechts enkele momenten later op de hoogte geraakt van de bevinding van de toezichthouder. Het resultaat was hetzelfde geweest. Ook de ernst van het verzuim acht het hof gering. De toezichthouder betrad rechtmatig een niet-afgesloten bedrijfsruimte. De politiefunctaris die de toezichthouder volgde, is verder niet actief opgetreden en heeft op het moment van en direct na zijn binnentreden zeker geen opsporings- of onderzoekshandelingen verricht. De vaten zijn ook niet als eerste door de betreffende politiefunctaris opgemerkt. Het verzuim heeft zich vermoedelijk voorgedaan doordat niemand in het team zich op

<sup>10</sup> *Kamerstukken* 23700 Nader rapport, par. 8.6.3: "Wel geldt in gevolge artikel 5.1.3 dat uitsluitend die personen mogen worden meegenomen die redelijkerwijs nodig zijn voor een goede taakvervulling door de toezichthouder. Naar aanleiding van de opmerkingen van de Raad is daarop in de memorie van toelichting nog uitdrukkelijk gewezen."

dat moment realiseerde dat men even had moeten afwegen of er een legitieme reden was dat de politie meteen mee naar binnen liep. Dan had die afweging achteraf ter controle kunnen worden geverbaliseerd. Voor de volledigheid merkt het hof nog op dat van enige opzettelijke onrechtmatige sturing door de politie of van het bewust of onbewust schenden van het recht op een eerlijk proces van verdachte niet is gebleken.

Het hof merkt nog op dat hiermee ook het verweer wordt verworpen dat het binnentreden in de woning van verdachte en de vondsten daar eveneens toegerekend moet worden aan het binnengaan van de verbalisant in de bedrijfsruimte.

Het hof ziet gelet op het voorgaande geen aanleiding om enig gevolg aan het verzuim te verbinden. Volstaan kan worden met de enkele constatering van het verzuim. Om die reden dient het vonnis van de rechtbank te worden vernietigd, nu de rechtbank ten onrechte tot bewijsuitsluiting is overgegaan.

#### *Voorwaardelijk verzoek van de verdediging*

Het hof wijst het voorwaardelijke verzoek van de verdediging tot het horen van getuige, ondermijningscoördinator gebied, af omdat het horen van deze getuige, gelet op wat hiervoor is overwogen, niet van belang is voor enige door het hof op grond van de artikelen 348 en 350 Sv te nemen beslissing.

#### *Overwegingen over het bewijs*

Het hof is van oordeel dat het door verdachte gevoerde verweer strekkende tot vrijspraak van het tenlastegelegde wordt weerlegd door de gebezigde bewijsmiddelen, zoals deze later in de eventueel op te maken aanvulling op dit arrest zullen worden opgenomen. Het hof heeft geen reden om aan de juistheid en betrouwbaarheid van de inhoud van die bewijsmiddelen te twijfelen.

Ter nadere onderbouwing van onderstaande bewezenverklaring overweegt het hof het volgende. Verdachte heeft het aantreffen van de verboden middelen en voorwerpen niet betwist.<sup>11</sup> De spullen in de bedrijfshal zouden niet van hem maar van een andere man zijn, wiens naam hij niet wil noemen. Verdachte zou 5.000 euro voor de opslag ontvangen. Verdachte wist dat het om drugs ging.<sup>12</sup> Over de man van wie de drugs en de installaties beweerdelijk zouden zijn, heeft verdachte niets concreets verklaard. Dat een ander mogelijk eigenaar van deze spullen zou zijn geweest, doet echter niet af aan het voorhanden en in opslag hebben door verdachte. Verdachte geeft aan dat de opslagruimte van hem was en dat hij daar ook spullen in opsloeg.<sup>13</sup> Aldus

had hij daarover ook de beschikkingsmacht over de tenlastegelegde goederen.

#### *Bewezenverklaring*

Door wettige bewijsmiddelen, waarbij de inhoud van elk bewijsmiddel – ookin onderdelen – slechts wordt gebezigd tot het bewijs van dat tenlastegelegde feit waarop het blijken de inhoud kennelijk betrekking heeft, en waarin zijn vervat de redengevende feiten en omstandigheden waarop de bewezenverklaring steunt, acht het hof wettig en overtuigend bewezen dat verdachte het onder 1 en 2 tenlastegelegde heeft begaan, met dien verstande, dat:

1. hij op of omstreeks 18 januari 2022 te pleegplaats opzettelijk aanwezig heeft gehad
  - ongeveer 371 XTC pillen, in elk geval een hoeveelheid van een materiaal bevattende MDMA, zijnde MDMA;
  - ongeveer 820 gram MDMA-poeder, in elk geval een hoeveelheid van een materiaal bevattende MDMA, zijnde MDMA,
  - ongeveer 20 liter MDMA-olie, in elk geval een hoeveelheid van een materiaal bevattende MDMA, zijnde MDMA en/of
  - ongeveer 25 milliliter 4-hydroxyboterzuur (gamma-hydroxy-boterzuur, GHB), in elk geval een hoeveelheid van een materiaal bevattende 4-hydroxyboterzuur (gamma-hydroxy-boterzuur, GHB), zijnde 4-hydroxyboterzuur (gamma-hydroxy-boterzuur, GHB), (telkens) een middel als bedoeld in de bij de Opiumwet behorende lijst I, dan wel aangewezen krachtens het vijfde lid van artikel 3a van die wet;
2. hij in of omstreeks de periode van 1 november 2021 tot en met 18 januari 2022 te pleegplaats om een feit, bedoeld in het vierde of vijfde lid van artikel 10 van de Opiumwet, voor te bereiden en/of te bevorderen, te weten
  - het opzettelijk binnen en/of buiten het grondgebied van Nederland brengen;
  - het opzettelijk telen, bereiden, bewerken, verwerken, verkopen, afleveren, verstrekken en/of vervoeren, en/of
  - het opzettelijk vervaardigen van MDMA en/of één of meer andere soort(en) harddrugs, in elk geval een middel/middelen als bedoeld in de bij de Opiumwet behorende lijst I, dan wel aangewezen krachtens artikel 3a, vijfde lid van de Opiumwet
  - voorwerpen, vervoermiddelen, stoffen, gelden en/of andere betaalmiddelen voorhanden heeft gehad, te weten:
    - Een drukreactieketel gevuld met MDMA-olie,
    - twee waterstofcilinders,
    - één of meerdere gascilinder beschermkappen,
    - één of meerdere waterstofdrukregelaars,
    - twee RVS ketels met koelbuis
    - een zak BMK glycidezout,

<sup>11</sup> Proces-verbaal van verhoor verdachte d.d. 19 januari 2022, p. 45 en 46.

<sup>12</sup> Proces-verbaal van verhoor verdachte, p. 50

<sup>13</sup> Proces-verbaal van verhoor verdachte, p. 46.

- een tabletteermachine met stempelset met logo van ?Star Wars Storm Trooper?,
- een centrifuge,
- twee rode gascilinders,
- twee drukregelaars,
- een 25 liter jerrycan gevuld met 12 liter monomethylamine,
- 3 blauwe 20 liter jerrycans gevuld met zwavelzuur (totaal 60 liter),
- 4 blauwe jerrycans van 25 liter gevuld met fosforzuur (totaal 80 liter)
- 16 blauwe jerrycans gevuld met zoutzuur (totaal 320 liter),
- 7 blauwe jerrycans gevuld met methanol (totaal 140 liter),
- 50 blauwe jerrycans gevuld met ethanol (totaal 1000liter),
- 2 witte jerrycans met restanten PMK,
- twee laboratorium glaswerk distillatiebochten,
- diverse zwenkwielen,
- metalen pijpen en koppelstukken,
- een RVS schakelkast,
- een gasdrukregelaar voor propaan gas,
- twee metalen branderbakken met een gasbrander met gasslang en een glazen rondbodempomp,
- 2 flessen chloor (totaal 10 liter),
- een jerrycan met Coleman Fuel (totaal 5 liter),
- een fles met zoutzuur (totaal 5 liter),
- een (vervuilde) vacuumpomp,
- 20 kilo Caustic Soda,
- 2 blauwe jerrycans met aceton (totaal 40 liter),
- een (vacuüm)distillatie-opstelling bestaande uit twee RVS ketels en een koelbuis,
- 15 kilo cellulose en/of,
- een ventilatie slakkenhuis gekoppeld aan een koolstoffilter,

waarvan hij, verdachte, wist of ernstige reden had om te vermoeden dat zij bestemd waren tot het plegen van dat feit.

Het hof acht niet bewezen hetgeen verdachte meer of anders is tenlastegelegd dan hierboven is bewezenverklaard, zodat deze daarvan behoort te worden vrijgesproken.

#### *Strafbaarheid van het bewezenverklaarde*

Het onder 1 bewezenverklaarde levert op:

*opzettelijk handelen in strijd met het in artikel 2, aanhef en onder C, van de Opiumwet gegeven verbod.*

Het onder 2 bewezenverklaarde levert op:

*om een feit, bedoeld in het vierde of vijfde lid van artikel 10 van de Opiumwet, voor te bereiden of te bevorderen, voorwerpen voorhanden hebben, waarvan hij weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat zij bestemd zijn tot het plegen van dat feit.*

#### *Strafbaarheid van de verdachte*

Verdachte is strafbaar aangezien geen omstandigheid is gebleken of aannemelijk geworden die verdachte niet strafbaar zou doen zijn.

#### *Oplegging van straf en/of maatregel*

De hierna te melden strafoplegging is in overeenstemming met de aard en de ernst van het bewezenverklarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan, mede gelet op de persoon van verdachte, zoals van een en ander bij het onderzoek ter terechtzitting is gebleken.

Bij verdachte zijn verboden verdovende middelen aangetroffen en materiaal om dergelijke middelen te produceren. Verdachte heeft maar beperkt inzicht gegeven in de achtergrond van de strafbare feiten. Hij heeft enkel verklaard dat hij persoonlijk in financiële nood was komen te verkeren. Nu zou hij blijkens de verklaring van de raadsman weer een goedlopend bedrijf hebben.

Uit het uittreksel juridische documentatie d.d. 13 november 2023 blijkt niet van verdere relevante strafbare gedragingen.

Het hof acht de door de advocaat-generaal voorgestelde afdoening in beginsel passend. De illegale productie van verdovende middelen werkt maatschappelijk ontwrichtend door de daarmee gepaard gaande gezondheidsproblemen bij gebruikers, de daarmee veelal samenhangende illegale dump van schadelijk afval en de investering van crimineel geld in de legale economie. De strafmaat moet voldoende zijn om anderen af te schrikken dit gedrag te volgen. Ook verdachte moet ervan worden weerhouden om toe te geven aan de verleiding van crimineel geld. Het hof weet weinig van verdachte. Hij is niet op zitting verschenen en heeft het hof er dus ook niet van kunnen overtuigen dat hij het verkeerde van zijn handelen inziet. Om die redenen is geen andere straf dan een deels onvoorwaardelijke gevangenisstraf passend en geboden. Het voorwaardelijk deel dient ertoe verdachte op het rechte pad te houden. Het hof zal de proeftijd op drie jaar stellen, gelet op het feit dat hij niet is verschenen om het hof te overtuigen van zijn betere houding in de toekomst.

Tenuitvoerlegging van de op te leggen gevangenisstraf zal volledig plaatsvinden binnen de penitentiaire inrichting, tot het moment dat de verdachte in aanmerking komt voor deelname aan een penitentiair programma, als bedoeld in artikel 4 Penitentiaire beginselenwet, dan wel de regeling van voorwaardelijke invrijheidstelling, als bedoeld in artikel 6:2:10 Wetboek van Strafvordering, aan de orde is.

#### *Beslag*

Wat betreft de onder verdachte in beslag genomen contante geldbedragen heeft verdachte aangevoerd dat dit geld deels afkomstig was van een klus. Het



andere deel had hij altijd voor reserve in huis. Nu verdachte ook een legaal bedrijf had waar hij contant geld mee kon verdienen en er geen concrete aanwijzingen zijn dat het in beslag genomen geld afkomstig was uit enig misdrijf, zal het hof bepalen dat het geld aan verdachte wordt teruggegeven.

#### *Toepasselijke wettelijke voorschriften*

Het hof heeft gelet op de artikelen 14a, 14b, 14c en 57 van het Wetboek van Strafrecht en artikelen 2, 10 en 10a van de Opiumwet.

Deze voorschriften zijn toegepast, zoals zij golden ten tijde van het bewezenverklaarde.

#### **Beslissing**

Het hof:

Vernietigt het vonnis waarvan beroep en doet opnieuw recht:

Verklaart zoals hiervoor overwogen bewezen dat de verdachte het onder 1 en 2 tenlastegelegde heeft begaan.

Verklaart niet bewezen hetgeen de verdachte meer of anders is tenlastegelegd dan hierboven is bewezenverklaard en spreekt de verdachte daarvan vrij.

Verklaart het onder 1 en 2 bewezenverklaarde strafbaar, kwalificeert dit als hiervoor vermeld en verklaart de verdachte strafbaar.

Veroordeelt de verdachte tot een gevangenisstraf voor de duur van 10 (tien) maanden.

Bepaalt dat een gedeelte van de gevangenisstraf, groot 2 (twee) maanden, niet ten uitvoer zal worden gelegd, tenzij de rechter later anders mocht gelasten omdat de verdachte zich voor het einde van een proeftijd van 3 (drie) jaren aan een strafbaar feit heeft schuldig gemaakt.

Beveelt dat de tijd die door de verdachte vóór de tenuitvoerlegging van deze uitspraak in enige in artikel 27, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht bedoelde vorm van voorarrest is doorgebracht, bij de uitvoering van de opgelegde gevangenisstraf in mindering zal worden gebracht, voor zover die tijd niet reeds op een andere straf in mindering is gebracht.

Gelast de teruggave aan de verdachte van de in beslag genomen, nog niet teruggegeven voorwerpen, te weten:

geldbedragen, groot € 1.200, € 100,00, € 10,00, € 20,00 en € 1.000,00.

Wijst af het voorwaardelijke verzoek tot het horen van getuige.

#### **Noot**

1. Dat was nog eens een gelukstreffer! Een toezichthouder van de gemeente Wijchen vindt bij het betreden van een loods in het kader van een 'integrale

controle' naar aanleiding van 'ondermijningssignalen' achter een woning een MDMA-lab. Een 'integrale controle' is een controle waarbij meerdere overheidsinstanties samen optrekken. Met de toezichthouder was dus ook een politieambtenaar mee (om zo nodig strafrechtelijk op te treden) en een medewerker van Liander (om eventuele illegale stroomaftap te beëindigen). De politieambtenaar kon dus gelijk de drugsondernemer inrekenen. Maar is dit wel allemaal netjes volgens de regels gegaan?

2. Nee, zo bepleit de verdediging van de Wijchense Walter White. Er was namelijk geen redelijk vermoeden van schuld, dus de politieambtenaar had niet naar binnen mogen gaan. In dat geval had de politieambtenaar nooit het MDMA-lab gevonden. De toezichthouder heeft weliswaar geen redelijk vermoeden van schuld nodig om een loods te mogen betreden, maar die had geen reden om daar te gaan kijken. Feitelijk is de toezichthouder hier dus gebruikt om het opsporingswerk van de politie te vergemakkelijken, aldus de verdediging. Zo wordt het de politie wel heel makkelijk gemaakt om zonder redelijk vermoeden van schuld allerlei plaatsen te gaan onderzoeken, aldus nog steeds de verdediging.

3. De Rechtbank Gelderland was het met de verdachte eens. De toezichthouder had geen duidelijke aanleiding om de loods te controleren en had ook niet een reden om de politieambtenaar mee te nemen. De rechtbank sloot het verzamelde bewijs dus uit en sprak de verdachte vrij (Rb. Gelderland 18 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2432). Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden vernietigt in het hiervoor opgenomen arrest echter het vonnis van de rechtbank. De toezichthouder mocht de loods wel betreden. Wat de toezichthouder echter niet had mogen doen, was de politieambtenaar meenemen. Dat blijft zonder gevolgen, omdat de toezichthouder het MDMA-lab ook zonder de politieambtenaar had gevonden. Een AB-waardig arrest omdat het niet vaak voorkomt dat deze discussie wordt gevoerd bij de rechter, maar het wél van groot belang is voor de praktijk van toezichthouders.

4. Artikel 5:15, eerste lid, Awb bepaalt dat een toezichthouder bevoegd is, met medeneming van de benodigde apparatuur, elke plaats te betreden met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner. In het tweede lid is bepaald dat de toezichthouder zich zo nodig de toegang verschafft "met behulp van de sterke arm" (lees: de politie). In het derde lid staat vervolgens dat de toezichthouder "bevoegd is zich te doen vergezellen door personen die daartoe door hem zijn aangewezen". Dit is de zogenoemde 'meeneembevoegdheid' van de toezichthouder. Wie de meeneembevoegdheid vrij ruim vindt, verkeert in goed gezelschap. De Afdeling Advisering van de Raad van State vond de meeneembevoegdheid namelijk 'te onbepaald' om-

dat het onduidelijk was wie er nu precies mee mocht worden genomen (*Kamerstukken II 1993/94, 23 700, A, p. 57*). De wetgever hield echter aan de gekozen formulering vast omdat het niet vooraf valt in te schatten wie er allemaal nodig is in het kader van toezicht. Het kan bijvoorbeeld gaan om (technische) deskundigen, maar ook om ambtenaren van de Europese Commissie. Wel wijst de wetgever erop dat gelet op artikel 5:13 Awb “geen andere personen worden meegenomen dan redelijkerwijs voor het uitvoeren van de taak door de toezichthouder nodig zijn” (*Kamerstukken II, 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 144*).

5. Wat deze Wijchense toezichthouder-casus zo aardig maakt, is dat de verdediging twee heikele punten in het kader van het betreden en meenemen aansnijdt waar nog geen rechtspraak over was. Ten eerste de vraag wanneer een toezichthouder nu eigenlijk een plaats mag gaan betreden. Kan de toezichthouder gewoon willekeurig een pand selecteren en daar dan naar binnen gaan? Of moet er een concrete ‘verdenking’ zijn? Ten tweede de vraag wie de toezichthouder dan mag meenemen. Mag de politie bijvoorbeeld standaard mee worden genomen? Of moet er een concrete aanleiding zijn? Die vragen zijn belangrijk omdat toezichthouders een vrij brede bevoegdheid hebben om plaatsen te betreden. Als je dat koppelt aan een brede aanwijzing als toezichthouder (bijvoorbeeld om toezicht te houden op de Omgevingswet), dan kan je eigenlijk altijd wel een reden vinden om als toezichthouder een plaats te moeten betreden. Hetzelfde geldt voor de meeneembevoegdheid. Ook deze is zo ruim, dat dit ertoe leidt dat onbevoegden eenvoudig kunnen worden meegenomen door de bevoegde toezichthouder, zo signaleerde Oswald Jansen al in zijn proefschrift.

“De bevoegde toezichthouder kan zo een niet bevoegde meenemen. Indien een team wordt samengesteld dat bestaat uit zo’n beetje alle denkbare grote toezichthoudende instanties, is er altijd wel een functionaris te vinden die een handige bevoegdheid tot zijn beschikking heeft.” (O.J.D.M.L. Jansen, *Het Handhavingsonderzoek* (diss. VU), 1999, p. 27).

Bij het meenemen van andere Awb-toezichthouders kan het meenemen van andere toezichthouders die niet zelfstandig een reden hebben om te betreden al tot gefronste wenkbrauwen leiden. Op het moment dat opsporingsambtenaren op deze manier worden meegenomen door toezichthouders, gaan de wenkbrauwen soms zo hard fronzelen dat de daardoor veroorzaakte rimpels op het voorhoofd enkel nog met een flinke botoxkuur te verwijderen zijn. Die werkwijze maakt immers dat opsporingsambtenaren feitelijk om de beperkingen van het strafrecht heen kunnen lopen met behulp van de toezichthouder. Zo kunnen toezichthouders feitelijk worden ingezet als

‘pseudo-opsporingsdiensten’ voor de politie. Dat is natuurlijk niet de bedoeling. Daarvoor moet dan ook gewaakt worden. Waar de grenzen echter liggen, was niet helemaal duidelijk. Dit arrest kleurt die grenzen voor een belangrijk deel in.

6. De bevoegdheden van de toezichthouder om te betreden en om anderen mee te nemen worden als gezegd begrensd door artikel 5:13 Awb. Het mag alleen voor zover dat redelijk en noodzakelijk is voor het vervullen van de taak van de toezichthouder (zie over artikel 5:13 Awb uitgebreid: T.N. Sanders, *Handboek toezicht, handhaving en invordering*, Boom, 2024, p. 504–513). In dit geval vond de controle plaats naar aanleiding van “ondermijnende signalen”. Het ging de gemeente dus niet om (bijvoorbeeld) het bestemmingsplan. Bovendien liep de politieambtenaar hier meteen met de toezichthouder naar binnen, terwijl daar geen aanwijsbare noodzaak toe was. Het punt van de verdediging dat in het Wijchense geval de grenzen zijn opgezocht, is wat mij betreft dus heel valide.

7. De rechtbank volgde dan ook de verdediging.

“De ruimere bevoegdheden die de Algemene wet bestuursrecht biedt, mogen niet worden gebruikt om strafbare feiten op te sporen en zo strafvorderlijke waarborgen te omzeilen. In dit geval bestond geen enkele, voor de rechtbank zichtbaar gemaakte, verdenking van enig strafbaar feit op het moment dat de politie het bedrijfspand van verdachte betrad.”

Om die reden greep de rechtbank ook in:

“De rechtbank is van oordeel dat bewijsuitsluiting in dit geval noodzakelijk is als rechtsstatelijke waarborg en als middel om de met opsporing en vervolging belaste ambtenaren te weerhouden van onrechtmatig optreden en daarmee als middel om te voorkomen dat vergelijkbare vormverzuimen in de toekomst zullen plaatsvinden.”

8. Met dit oordeel is het hof het dus niet eens. Althans, het hof is het eigenlijk wel eens met de rechtbank dat het niet goed is gegaan in het Wijchense geval, maar verbindt daar andere gevolgen aan. Het hof is het met de rechtbank eens dat op het moment dat de toezichthouder de bedrijfsruimte betrad er geen sprake was van een verdenking van een strafbaar feit. Aangezien er verder “geen bijzondere beschermingsbehoefte voor de toezichthouder” was, “moet het ervoor worden gehouden dat de politiefunctionaris op dat moment zonder gegronde reden mee naar binnen is gegaan”. Het gevolg dat het hof daaraan verbindt, is echter niet bewijsuitsluiting. Immers, de gemeentelijke toezichthouder mocht gewoon naar binnen. Het hof meent namelijk dat de toezichthouder een legitiem belang had om het pand te betreden. Hij controleerde immers of het pand overeenkomstig de bestemming werd gebruikt. Dat de ervaring leert “dat er een gerede kans bestaat dat

er bij controles van bedrijfspanden regelmatig ook strafbare feiten worden geconstateerd” doet daar niet aan af. Het bestrijden van illegale en brandgevaarlijke situaties is namelijk net zo goed een legitiem belang van de gemeente — aldus het hof. Omdat de toezichthouder gewoon naar binnen mocht, is het feit dat de politieambtenaar mee is gegaan zonder aanwijsbare noodzaak niet van invloed geweest op de ontdekking van het MDMA-lab. Dat had de toezichthouder toch wel zelf gevonden in de rechtmatige uitoefening van het toezicht. Voor bewijsuitsluiting is dan geen aanleiding, aldus het hof. De verdachte wordt dus veroordeeld.

9. Wat wij hieruit kunnen leren is dat het betreden van plaatsen door een toezichthouder niet gauw onrechtmatig zal zijn. Ook al vond deze controle plaats naar aanleiding van ‘ondermijnende signalen’, uiteindelijk ging het de toezichthouder om het houden van toezicht op de naleving van (onder meer) het bestemmingsplan en het bouwbesluit. Daarvoor mag de toezichthouder best de loods betreden. Tegelijkertijd blijkt uit dit arrest dat het geen automatisme mag zijn voor toezichthouders om politieambtenaren mee te nemen. Daar moet echt een concrete aanleiding voor zijn.

10. Dat roept de vraag op: wanneer bestaat die concrete aanleiding? Dat zal met name zijn als er een beschermingsbehoefte is. Een voorbeeld van een casus waarin de politieambtenaar wél mee mocht met de toezichthouder is te vinden in een arrest van het Gerechtshof Amsterdam 19 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2916. In de conclusie van P-G Keulen, in de op dit arrest volgende cassatiezaak, staan de feitelijke details van deze zaak. Een controle op een woonwagenkamp in de gemeente Heiloo door politieambtenaren (samen met een medewerker van Liander) wegens vermoedelijke elektriciteitsdiefstal leidt tot een “gespannen situatie”, waarop de controle wordt gestaakt. De gemeentelijke toezichthouders (die er dus eerst niet bij waren en ingeseind zijn door de politie) gaan er de volgende dag heen in verband met de mogelijk brandgevaarlijke situatie die ontstaat bij elektriciteitsdiefstal. Daarbij laten de toezichthouders zich door meerdere politieambtenaren vergezellen. Dat blijkt een verstandige zet, want de controle loopt al gauw gierend uit de hand:

“Wij hoorden hem roepen: “oprotten nu allemaal. Mijn schuur uit.” Wij zagen en voelden vervolgens dat verdachte ons aan de kant duwde om naar de medewerker van Liander te lopen. Om te voorkomen dat verdachte de medewerker van Liander zou aanvallen hielden wij hem op afstand. Hierna zagen wij dat verdachte een houten stok van ongeveer 1 meter lengte in zijn rechterhand nam en deze omhoog bracht, kennelijk met het doel om ons hiermee te slaan. Wij hoorden verdachte hierbij aanhoudend roepen

dat we moesten oprotten. Hierna zagen wij dat collega verbalisant 3 ook in de schuur was gekomen en dat hij de verdachte pepperspray in zijn gezicht spoot om zijn verzet te doen staken” (Conclusie P-G Keulen 17 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1131).

Het hof oordeelt dat de toezichthouders rechtmatig hadden betreden en terecht de politie (en Liander) hadden meegenomen. Liander voor het herstellen van de elektriciteit en de politie in verband met de dreigende situatie. Dat oordeel hield stand bij de Hoge Raad (HR 5 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1706).

11. Deze Heiloose toezichthouderzaak laat mooi zien dat er veel mogelijk is, zolang de toezichthouder en opsporingsambtenaren maar heel scherp hebben waar hun grenzen liggen (en daarbinnen blijven). Blijft iedereen binnen zijn eigen kaders, dan kan de ene hand heel goed de andere wassen. In het Heiloose geval had de politie kennelijk onvoldoende bewijs om een machtiging voor het betreden van de woning van de verdachte te krijgen. Er was echter wel voldoende aanleiding voor een toezichthouder om de woning te betreden (daartoe gemachtigd door de burgemeester) in het kader van het toezicht op de naleving van het Bouwbesluit. Deze ‘changé’ mag op zichzelf, omdat de toezichthouder een duidelijke reden heeft om daar toezicht te gaan houden: een brandgevaarlijke situatie. De toezichthouder neemt vervolgens de politieambtenaar mee, omdat de verdachte zich eerder dreigend heeft opgesteld. Ook dat mag, want er is een beschermingsbehoefte bij de toezichthouder. Feitelijk is in de Heiloose zaak echter ook om het strafrecht heen gewandeld. De politie is gewoon mee naar binnen gegaan terwijl zij dat strafrechtelijk kennelijk niet (snel genoeg) voor elkaar kregen. Daar kon het echter door de beugel omdat er alle aanleiding was voor de gemeente om haar toezichthouders erheen te sturen én om hen te laten beschermen door de politie.

12. Bij deze gezamenlijke werkwijze moet wel scherp worden gehouden wat niet mag. Dat is dat de politie de toezichthouder welbewust op pad stuurt met als doel het omzeilen van het strafrecht. Zo merkt het gerechtshof in het hier gepubliceerde arrest op:

“Voor de volledigheid merkt het hof nog op dat van enige opzettelijke onrechtmatige sturing door de politie of van het bewust of onbewust schenden van het recht op een eerlijk proces van verdachte niet is gebleken.”

Dat riep bij mij bij nadere bestudering in eerste instantie de vraag op of het in de Heiloose casus wel helemaal goed is gegaan. Immers, de politie vangt daar bot, maar belt vervolgens de gemeente om te gaan kijken. Ik denk echter dat de strafrechters het in de Heiloose casus goed hebben gezien en dat het

door de beugel kan. De gemeente heeft immers een duidelijk zelfstandig belang om daar te controleren. Pas op het moment dat het evident is dat de toezichthouder daar zelf niets te zoeken heeft én de politie heeft de toezichthouder op pad gestuurd omdat zij zelf niet binnen kan komen, zou denk ik sprake zijn van strijd met artikel 5:13 Awb.

13. Tot slot nog een tip voor de praktijk, gratis van de Rechtbank Gelderland.

“De toezichthouder en de politie hadden een duidelijke taakverdeling moeten maken, waarbij de toezichthouder zijn controlerende taak uitvoert en pas assistentie van de politie inriep op het moment dat dit noodzakelijk was vanwege de specifieke strafvorderlijke bevoegdheden die aan de politie toekomen.”

Dat lijkt mij een wijze les en iets om als toezichthouder scherp op het netvlies te houden.

T.N. Sanders

## AB 2024/118

### RECHTBANK ROTTERDAM

31 oktober 2023, nr. ROT 22/5183, ROT 22/5184 en ROT 22/5185

(Mr. T. Boesman)

m.nt. C.M.M. van Mil

Art. 7:1a, 7:12 lid 1, 8:72 lid 3 aanhef en onder a Awb; art. 1 aanhef en onder d en f, art. 24 Mw; art. 8.8 Wet handhaving consumentenbescherming; art. 11 AB2000; art. 6:193a lid 1 aanhef en onder c en d, art. 6:233 aanhef en onder a, art. 6:236 aanhef onder n BW

ECLI:NL:RBROT:2023:10069

### **Prioriteringsbeleid. De beginselplicht tot handhaving geldt pas op het moment dat de ACM daadwerkelijk een overtreding heeft vastgesteld.**

*Eisers betogen dat de beginselplicht tot handhaving inhoudt dat er alleen in bijzondere omstandigheden kan worden afgezien van handhaving. Prioriteringsbeleid is dus een uitzondering op de beginselplicht waarbij in het kader van de belangenafweging gewicht toekomt aan een doelmatige inzet van beperkte handhavingscapaciteit. Om toe te komen aan de vraag of prioriteringsbeleid een reden is om in een bepaald geval niet te handhaven, moet eerst worden vastgesteld of het aanmerkelijk is dat er een overtreding is. Dat vergt dus daadwerkelijk onderzoek naar de overtreding. Ook kan het bestuursorgaan aannemen dat de gestelde overtreding er is en daarna op die basis de belangenafweging verrichten. De in deze zaken verrichte belangenafweging is feitelijk onvolledig uitgevoerd, omdat niet kan worden beoordeeld of*

*handhaving geen prioriteit heeft, als het bestuursorgaan geen zicht heeft op de omvang en ernst van de mogelijke overtredingen. Dat altijd onderzoek moet worden verricht geldt voor alle bestuursorganen maar des te meer voor de ACM, omdat klagers in het mededingingsrecht zelf niet over toereikende onderzoeksmiddelen of andere effectieve (rechts)wegen beschikken om de gestelde inbreuk aan de orde te stellen.*

*Deze beroepsgrond slaagt niet.*

*Anders dan eisers stellen, geldt de zogeheten beginselplicht tot handhaving voor de ACM pas op het moment dat zij daadwerkelijk een overtreding heeft vastgesteld. De ACM stelt dus terecht dat zij niet al verplicht is om te handhaven bij (slechts) een vermeende overtreding of naar aanleiding van (slechts) een klacht. Het standpunt van eisers, dat eerst moet worden vastgesteld of het aanmerkelijk is dat er een overtreding is, volgt de rechtbank daarom niet.*

Uitspraak van de enkelvoudige kamer van 31 oktober 2023 in de zaken tussen:

Stichting Erfpachters Belang Amsterdam, uit Amsterdam,

1. Nederlands instituut voor Erfpacht B.V., uit Amsterdam, eiser 1,

2. Eisers 2,

3. Eiser 3,

tezamen: eisers, (gemachtigde: mr. T.N. Sanders), en

Autoriteit Consument & Markt, de ACM, (gemachtigden: mr. A. El Baghdadi en mr. F. van der Kraan).

Als derde-partijen nemen aan de zaken deel:

1. De gemeente Amsterdam,

2. Het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam, het college, (gemachtigden: mr. A. Holtland, mr. D.J.L. van Ee en mr. J.J.W. Bos).

### **Inleiding**

1. In deze uitspraak beoordeelt de rechtbank de beroepen van eisers tegen de afwijzing van hun verzoeken om handhavend op te treden jegens de gemeente Amsterdam (hierna: de gemeente).

1.1. De ACM heeft deze verzoeken afgewezen met afzonderlijke besluiten van 8 augustus 2022.

1.2. Eisers hebben bezwaar gemaakt tegen die besluiten en de ACM op grond van artikel 7:1a van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) verzocht in te stemmen met rechtstreeks beroep, wat de ACM heeft gedaan. Ook de rechtbank heeft daarmee ingestemd.

1.3. De ACM heeft op de beroepen gereageerd met een verweerschrift.

1.4. Eisers hebben op 20 juli 2023 een reactie op het verweerschrift met nadere stukken ingediend.

1.5. Het college heeft op 10 augustus 2023 schriftelijk gereageerd.