

MASTER'S THESIS

Mr. Big-methode: 'effectief', maar omstreden...

Anoniem

Award date:

2022

Awarding institution:

Department of Public Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 09. Feb. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl



Mr. Big-methode: 'effectief', maar omstreden...

Naam:

Studentnummer: 851933149

Begeleider: Mr. L.R. Rommy

Examinator: Prof. Mr. Dr. S.Brinkhoff

Aantal woorden: 13852

Datum: 13 mei 2022

INHOUDSOPGAVE

INLEIDING	p. 4
Aanleiding	p. 5
Probleemstelling/ onderzoeksvraag	p. 5
Methodiek/ leeswijzer	p. 7
HOOFDSTUK 1: Wettelijke grondslag van de Mr. Big-methode	
1.1 Inleiding	p. 8
1.2 De Mr. Big-methode	p. 8
1.3 Wet BOB	p. 9
1.4 Stelselmatig inwinnen van informatie, artikel 126 j Sv	p. 10
1.4.1 Wethistorie art. 126j Sv en verhouding tot de Mr. Big-methode	p. 10
1.4.2 Toepassing van artikel 126j Sv	p. 11
1.4.3 Proportionaliteit en subsidiariteit	p. 12
1.6 Tussenconclusie	p. 13
HOOFDSTUK 2: Bezwaren tegen de Mr. Big-methode	
2.1 Inleiding	p. 14
2.2 Schending van grondrechten	p. 14
2.2.1 Recht op privéleven, artikel 8 EVRM	p. 14
2.2.2 Recht op een eerlijk proces, artikel 6 EVRM	p. 15
2.3 Oordelen van de Hoge Raad	p. 17
2.3.1 Het beoordelingskader	p. 20
2.3.2 Verklaringsvrijheid	p. 21
2.4 Betrouwbaarheid	p. 24
2.5 Tussenconclusie	p. 26
HOOFDSTUK 3: Mr. Big-methode in het nieuwe Wetboek van Strafvordering	
3.1 Inleiding	p. 27
3.2 Infiltratie op een persoon	p. 27
3.3 De nieuwe stelselmatige inwinning van informatie	p. 28
3.3.1 Toepassingsvoorwaarden	p. 29
3.3.2 Verklaringsvrijheid	p. 30
3.4 Verslaglegging	p. 31
3.5 Tussenconclusie	p. 32
HOOFDSTUK 4: De toekomst van de Mr. Big-methode	
4.1 Inleiding	p. 33
4.2 Voordelen van de Mr. Big-methode	p. 33
4.2.1 Positie van de opsporingsambtenaar	p. 34
4.3 Effect juridische normering	p. 35
4.4 Tussenconclusie	p. 37

AANBEVELINGEN

p. 38

CONCLUSIE

p. 40

BRONNENLIJST

p. 43

Op 3 januari 2002 raakt Van Dillenburg vermist. Aanwijzingen doen vermoeden dat hij het slachtoffer is geworden van een ripdeal. In 2017 komen twee verdachten in beeld, maar door gebrek aan bewijs komt het niet tot een veroordeling.¹ Een undercoveroperatie wordt in gang gezet met verdachte Ad. K. als doelwit. De operatie lijkt geslaagd als Ad bekend dat hij Van Dillenburg om het leven heeft gebracht. Toch wordt Ad op 2 maart 2021 vrijgesproken. Een van de belangrijkste redenen voor die vrijspraak is dat het bewijs verkregen via de Mr. Big-methode niet gebruikt mag worden.²

Voorafgaand aan de undercoveroperatie verkeert Ad in een benarde situatie. Hij heeft financiële problemen en een verslavingsprobleem. Ook heeft Ad een dochter in Thailand die hij niet meer mag zien omdat hij het land niet meer binnen mag. Ad raakt bevriend met undercoveragent Patrick van wie hij in de veronderstelling verkeert dat hij een drugshandelaar is. Via Patrick heeft Ad al een aantal klussen gekregen waarmee hij enkele honderden euro's heeft verdiend. Maar, zo wordt hem voorgehouden, als Ad voor Patrick gaat werken, zal het grote geld pas echt binnenstromen. Tijdens de gesprekken wordt Ad op zowel indringende als sturende wijze erop gewezen dat zijn naam voorkomt in een proces-verbaal van de Criminele Inlichtingeneenheid inzake de dood van Van Dillenburg. Aan Ad wordt verteld dat dit mogelijk een risico is voor de organisatie. Als hij niet verklaart wat Patrick wil horen, gaat de beloofde zakenreis naar Portugal niet door en zal zijn mooie toekomst in duigen vallen.

Om de klus binnen te halen laat Ad aan Patrick weten dat hij een gevaarlijke man kan zijn als 'de pleuris' uitbreekt. Hij bekent dat hij Van Dillenburg heeft vermoord en dat diens lichaam door de shredder is gehaald. Achteraf is dit volgens Ad 'stoerdoenerij'. Hij ontkent dat hij het delict heeft gepleegd.

Voor de rechtbank is van belang dat Ad een zakenreis in het vooruitzicht is gesteld waarmee hij veel geld kan verdienen.³ Er wordt gepraat over het financieren van een restaurant in Cambodja, een grote wens van Ad. Hij wil naar Cambodja om aan zijn problemen te ontsnappen en de undercoveragenten bieden hem deze uitweg. Deze beloftes spelen een grote rol bij de totstandkoming van de bekentenis van Ad, maar de verslaglegging hiervan is summier.

Door de summiere verslaglegging is het voor de rechtbank niet mogelijk te beoordelen of de verdachte zijn bekentenis heeft gedaan door misleiding en ongeoorloofde druk en dat hij daarmee mogelijk is beperkt in zijn verklaringsvrijheid.⁴ De bewijzen uit het WOD-traject kunnen niet op rechtmatigheid beoordeeld worden en moeten daarom worden uitgesloten. Deze en andere uitspraken van de Hoge Raad roepen de vraag op of de Mr. Big-methode in Nederland wel goed geregeld is.

¹ Rb. Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:806.

² Rb. Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:806, r.o. 5.3.5.

³ Rb. Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:806, r.o. 5.3.4.

⁴ Rb. Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:806, r.o. 5.3.5.

Vooraf bij 'cold cases' en zaken waarbij het niet lukt via reguliere opsporingsmethoden voldoende bewijs te vergaren, kan de Mr. Big-methode nuttig zijn. Maar de methode is vanwege de volgende redenen omstreden: 1. De Mr. Big-methode valt onder de minst zware heimelijke opsporingsmethode, namelijk stelselmatige inwinning van informatie op grond van artikel 126J Sv; 2. De methode levert een hoger risico op schending van de verklaringenvrijheid;⁵ 3. De methode levert een hoger risico op valse bekentenissen;⁶ 4. De verslaglegging geschiedt meestal schriftelijk en is vaak onvolledig waardoor rechters de betrouwbaarheid niet kunnen toetsen.⁷

De bezwaren rondom de Mr. Big-methode zijn de wetgever niet ontgaan zijn. In de concept-memorandum van toelichting van het nieuwe Wetboek van Strafvordering is een nieuwe wettelijke grondslag gecreëerd.⁸ Het legaliteitsprobleem is hiermee opgelost. Toch blijft de vraag of de wetgever niet méér had moeten om de Mr. Big-methode beter te reguleren.

De centrale vraagstelling in deze scriptie luidt:

Worden artikel 6 en 8 EVRM geschonden bij toepassing van de Mr. Big-methode en welke waarborgen biedt Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering om deze schendingen te voorkomen?

De centrale vraag wordt beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen:

1. Wat is de Mr. Big-methode en hoe is deze in de huidige wet geregeld?
2. Wat zijn de bezwaren bij gebruik van de Mr. Big-methode en in hoeverre wordt het recht op een eerlijk proces en het recht op privéleven gewaarborgd?
3. Hoe wordt de Mr. Big-methode in het nieuwe Wetboek van Strafvordering geregeld?
4. Op welke manier gaat de regeling in Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering extra waarborgen geven bij toepassing van de Mr. Big-methode?

Dit onderzoek moet uitwijzen of de nieuwe wettelijke basis voor de Mr. Big-methode voldoende is of niet. In geval de nieuwe regeling onvoldoende waarborgen biedt, wordt het onderzoek afgesloten met aanbevelingen hoe de Mr. Big-methode beter gereguleerd kan worden.

⁵ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982, NJ 2020/216, m.nt. T. Kooijmans (*Kaatskeuvelzaak*), r.o. 5.3.3.

⁶ HR 25 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1042, r.o. 8.

⁷ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, NJ 2020/217, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*), r.o. 3.4.

⁸ Zie het nieuwe wetsartikel (2.8.11); Concept-MvT (ambtelijke versie juli 2020), p. 507.

Het onderwerp is origineel en actueel omdat de wetgever zich niet heeft uitgesproken over de Mr. Big-methode in het algemeen.⁹ De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de Kaatsheuvelzaak opnieuw beoordeeld moet worden omdat de verklaringsvrijheid van de verdachte was aangetast, maar de Hoge Raad heeft niet geoordeeld dat de Mr. Big-methode onwettig is.¹⁰ Het toetsingskader zal verder ontwikkeld moeten worden.

Het nieuwe Boek 2 zal binnen nu en een paar jaar in werking treden. Het is relevant om te toetsen of een wettelijke basis van de Mr. Big-methode in het Nieuwe Wetboek van Strafvordering daadwerkelijk een verschil zal maken voor de toepassing van de methode en de rechten van de verdachte. Met dit onderzoek kan een bijdrage worden geleverd aan de discussie rondom de Mr. Big-methode.

⁹ Concept-memoriet van toelichting (ambtelijke versie juli 2020), p. 507-508.

¹⁰ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982, NJ 2020/216, m.nt. T. Kooijmans (*Kaatsheuvelzaak*).

Methodiek en leeswijzer

Het doel van het onderzoek is in kaart brengen hoe de Mr. Big-methode in de huidige situatie wordt toegepast en op welke punten het recht op een eerlijk proces mogelijk geschonden wordt. Voorts wordt getoetst en voorspeld of de Mr. Big-methode met wettelijke basis in het nieuwe Wetboek van Strafvordering voldoende waarborgen biedt om het recht op een eerlijk proces te beschermen.

Het onderzoek bestaat uit een jurisprudentieonderzoek. In dit onderzoek wordt geen rechtsvergelijking gemaakt met andere landen; wél zullen uitspraken van het EHRM gebruikt worden voor de uitleg van artikel 6 en artikel 8 EVRM. Uitspraken van de Hoge Raad worden naast elkaar gelegd om te ondervinden waarom de Mr. Big-methode in de ene situatie wel is toegestaan en in de andere niet. De meest recente uitspraken worden gebruikt; in elk geval uitspraken die niet ouder zijn dan tien jaar.

Het onderzoek zal ook bestaan uit literatuuronderzoek. Het literatuuronderzoek betreft voornamelijk wetenschappelijke artikelen en rapporten. Voorts zal gebruik worden gemaakt van Kamerstukken over de huidige Wet BOB en het nieuwe Wetboek van Strafvordering.

Voor beantwoording van de eerste deelvraag wordt voornamelijk de wetsgeschiedenis gebruikt. Voor de tweede deelvraag worden als uitgangspunt de Kaatsheuvelzaak en de Posbankzaak gebruikt. Deze uitspraken tonen aan op welke punten de Hoge Raad toepassing van de Mr Big-methode niet toelaatbaar vond. Ook worden andere uitspraken gebruikt en literatuur. Voor de derde deelvraag is van belang te weten wat de bedoeling van de wetgever is. Hiervoor wordt gebruik gemaakt van de memorie van toelichting en aanverwante stukken. Voor de laatste deelvraag komen de conclusies uit het jurisprudentie- en literatuuronderzoek bijeen.

1.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de volgende deelvraag beantwoord: wat is de Mr. Big-methode en hoe is deze in de huidige wet geregeld? Voor beantwoording van deze vraag is onder andere de wetsgeschiedenis bestudeerd. Dit hoofdstuk vormt de basis voor de achtereenvolgende hoofdstukken.

1.2 De Mr. Big-methode

De Mr. Big-methode komt oorspronkelijk uit Canada en heeft als doel een verdachte ernstige strafbare feiten te laten bekennen.¹¹ De methode wordt in Nederland toegepast op grond van artikel 126j Sv. De undercoveroperatie wordt op het geval afgestemd, maar de methode heeft een aantal standaard kenmerken.

Zoals in de inleiding kort is beschreven, is 'Mr. Big' de leider van een fictieve (criminele) organisatie. Met de verdachte wordt een vertrouwensband opgebouwd en vervolgens wordt hij verleid deel te nemen aan deze fictieve (criminele) organisatie.¹² Als de verdachte enige tijd deel uitmaakt van de organisatie krijgt hij de kans steeds meer opdrachten uit te voeren en meer geld te verdienen. Uiteindelijk wordt hem een voorstel gedaan om een belangrijke klus te verrichten. Als de verdachte deze klus goed uitvoert, wachten hem hoge beloningen, zoals een vaste positie in de organisatie, veel geld en aanzien. Voordat de verdachte de klus krijgt toegewezen en wordt toegelaten tot de organisatie, moet hij aan Mr. Big bekennen bij wat voor strafbare feiten hij betrokken is geweest en waar de politie hem nu van verdenkt. Hiermee bewijst de verdachte zijn toewijding aan de organisatie. Daartegenover staat dat de organisatie hem zal helpen met juridische bijstand of het delict wordt in de schoenen geschoven van iemand anders.¹³ Deze schijnwereld is volledig opgezet met de bedoeling de verdachte te laten verklaren.

Tijdens de operatie wordt druk gezet op de verdachte. De verdachte wordt wijsgemaakt dat hij alles te winnen heeft als hij bekent, maar als hij niet bekent valt zijn mooie toekomst in duigen. De operatie duurt vaak minimaal enkele maanden.¹⁴

In de literatuur wordt kritisch gekeken naar de Mr. Big-methode.¹⁵ Gevreesd wordt dat het risico op valse bekentenissen toeneemt en dat het zwijgrecht van de verdachte geschonden wordt. Als sprake is van een valse bekentenis, dan is meestal ook sprake van schending van de verklaringsvrijheid.¹⁶ Als de rechter oordeelt dat er sprake is van schending van de

¹¹ Smith & Stinson & Partry, *PPPAL* 2009/3, p. 168-193.

¹² Ganzeboom, *DD* 2019/52, p. 672.

¹³ Ganzeboom, *DD* 2019/52, p. 673.

¹⁴ Concl. A-G F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:HR:2019:1983, bij HR 17 december 2019, *NJ* 2020/217, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*), overweging 19.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld; Brinkhoff, *NTS* 2020/79, p. 262-269; Crijns & Dubelaar, *AA* 2020/0748, p. 748-764; Ganzeboom, *DD* 2019/52, p. 664-668; Van Koppen & Horselenberg, *Strafblad* 2018/19, p. 63-75.

¹⁶ Concl. A-G F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:HR:2019:1983, bij HR 17 december 2019, *NJ* 2020/217, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*), overweging 107.

verklaringsvrijheid, dan mag het bewijs niet gebruikt worden. In dat geval valt de zaak in duigen, want de verklaring van de verdachte is het hele doel van de Mr. Big-methode.

1.3 Wet BOB

Regulering van undercoveroperaties kreeg een hoge prioriteit na de IRT-affaire.¹⁷ In de jaren tachtig werd het Interregionaal Rechercheteam (IRT) voor de aanpak van de georganiseerde misdaad opgericht. Het team focuste zich op het vergaren van bewijs tegen de top van de georganiseerde misdaad door de inzet van burgerinfiltranten. Tijdens deze missies werden grote hoeveelheden drugs toegelaten onder toezicht oog van het IRT. Ook hoefden de burgerinfiltranten de opbrengsten niet af te staan.¹⁸ Toezicht op het IRT was er nauwelijks. Na kritiek werd de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden ingesteld om een onderzoek te doen. Uit het rapport kwam naar voren dat de legitimiteit van de rechtshandhaving in het geding was.¹⁹ De opsporingsambtenaren waren ver buiten hun bevoegdheden getreden. Als reactie hierop kwam in 1996 een wetsvoorstel inzake bijzondere opsporingsbevoegdheden.²⁰ Inbreuk maken op rechten en vrijheden van burgers (in dit geval voornamelijk privacyrecht) is in bepaalde omstandigheden toegestaan, mits er een wettelijke basis is.²¹ De Wet Bijzondere opsporingsbevoegdheden (Wet BOB) moest hiervoor zorgdragen.

De Wet BOB geeft drie pijlers.²² 1. Bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn in de wet opgenomen. 2. De officier van justitie is aangewezen als de persoon die de verantwoordelijkheid op zich neemt voor de inzet van de opsporingsmethoden. 3. De controleerbaarheid is verbeterd. Bij elk gebruik van een bijzondere opsporingsmethode moet een verslag worden gemaakt zodat de rechter tijdens de terechtzitting kan toetsen of toepassing van het opsporingsmiddel is toegestaan.²³ De wetgever heeft expliciet bepaald dat er schriftelijk verslag wordt gedaan, met hierin de inhoud van de informatie en de wijze waarop de informatie is verkregen.²⁴

De bevoegdheden van de bijzondere opsporingsmethoden zijn in artikel 126g tot en met artikel 126nh Sv opgenomen. De vastlegging is geregeld in artikel 126zd tot en met artikel 126zp Sv.

De Wet BOB regelt de bijzondere opsporingsbevoegdheden: observatie, infiltratie, pseudokoop, pseudodienstverlening, stelselmatige informatie-inwinning, betreden van een besloten plaats en opnemen van vertrouwelijke communicatie met een technisch hulpmiddel. De drie zwaarste opsporingsmiddelen zijn de undercoverbevoegdheden stelselmatige informatie-inwinning, pseudokoop en infiltratie. Toepassing geschiedt

¹⁷ Buiten, *DD* 2016/10, p.131.

¹⁸ Kruisbergen & De Jong, *NJB* 2010/282, p 38.

¹⁹ Buiten, *DD* 2016/10, p.132.

²⁰ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3.

²¹ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 7, p.3.

²² Buiten, *DD* 2016/10, p.132.

²³ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 16.

²⁴ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 3.

voornamelijk wanneer sprake is van misdrijven die een ernstige inbreuk maken op de rechtsorde.²⁵ Voor stelselmatige inwinning van informatie is dit geen vereiste.

De bijzondere opsporingsbevoegdheden hebben gemeen dat de officier van justitie de toepassing beveelt.²⁶ Het is de zittingsrechter die moet toetsen of gebruik van het opsporingsmiddel rechtmatig was. De officier van justitie legt verantwoording af tegenover de zittingsrechter.

Bij sommige bevoegdheden vindt een toets binnen het OM plaats en wordt de bevoegdheid voorgelegd aan de College van procureurs-generaal en soms de minister van Justitie.²⁷ In de Aanpassing Aanwijzing opsporingsbevoegdheden staat dat het College van procureurs-generaal na advies van de Centrale Toetsingscommissie beslist over politieke infiltratie (art. 126h en 126p); burgerinfiltratie (art. 126w en 126x); burgerpseudo-koop of burgerpseudodienstverlening (art. 126ij en 126z). Voor stelselmatige inwinning van informatie geldt ook dit vereiste niet.

1.4 Stelselmatig inwinnen van informatie

De Mr. Big-methode wordt door de officier van justitie meestal toegepast op basis van stelselmatig inwinnen van informatie. Deze bevoegdheid onderscheidt zich van infiltratie doordat de opsporingsambtenaar niet deelneemt aan een criminele organisatie.²⁸ De opsporingsambtenaar zal zelf geen strafbare feiten plegen en volgens de wetgever zijn er daarom minder risico's verbonden aan stelselmatige inwinning van informatie dan aan infiltratie.

1.4.1 Wetshistorie art. 126j Sv en verhouding tot de Mr. Big-methode

Bij invoering van de Wet BOB werd het stelselmatig inwinnen van informatie gezien als een methode om deel uit te maken van een groep rondom de verdachte zonder er dat sprake is van criminele activiteiten. Hierbij kan gedacht worden aan het lidmaatschap van een sportclub.²⁹ De oorspronkelijke bedoeling van artikel 126j Sv is dat de undercoveragent gaat participeren in de legale sociale activiteiten van de verdachte.³⁰ Bij toepassing van infiltratie daarentegen probeert de undercoveragent deel uit te maken van de criminele organisatie van de verdachte.³¹

In de memorie van toelichting staat dat onder artikel 126j Sv kan worden verstaan dat de opsporingsambtenaar stelselmatig in de omgeving van de verdachte verkeert.³² Het is denkbaar dat hij deelneemt aan activiteiten en gesprekken waar de verdachte ook aan deelneemt. Deze vorm van opsporing kan volgens de wetgever een inbreuk maken op de

²⁵ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 23.

²⁶ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 8.

²⁷ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 15.

²⁸ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 29.

²⁹ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 29-35.

³⁰ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 34.

³¹ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 28.

³² *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 34.

privacy van betrokken burgers en er kan sprake zijn van misleiding.³³ Als de opsporingsambtenaar in gesprek raakt met de verdachte, mag dat gesprek geen verhoor zijn op grond van artikel 29 Sr. De verdachte kan namelijk niet op de cautie worden gewezen. Het is van belang dat het gesprek zonder druk vanuit de opsporingsambtenaar wordt gevoerd.³⁴ Omdat er geen sprake is van een regulier verhoor is misleiding toegestaan. Er hoeft geen cautie te worden gegeven omdat ook geen druk mag worden uitgeoefend op de verdachte.³⁵

De wetgever heeft er rekening mee heeft gehouden dat het stelselmatig inwinnen van informatie kan leiden tot misleiding en inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte.³⁶ De wetgever kon geen rekening houden met de Mr. Big-methode omdat deze pas in Nederland werd geïntroduceerd nadat de Wet BOB in werking was getreden.

In de memorie van toelichting is gesproken over de mogelijkheid tot het oprichten van een 'frontstore'.³⁷ Dit is een bedrijf dat door de politie wordt opgericht waarmee goederen of diensten aan de criminele organisatie kunnen worden aangeboden. Dit vertoont gelijkenissen met de fictieve organisatie die wordt opgericht bij toepassing van de Mr. Big-methode. Bij de oprichting van een 'frontstore' is daarentegen wel weer vereist dat de opsporingsambtenaar deelneemt aan het plegen van strafbare feiten. Deze methode is daarmee niet geschikt voor stelselmatige inwinning van informatie.³⁸

De wetgever heeft bij toepassing van artikel 126j Sv rekening gehouden met het interfereren in maatschappelijke verbanden van de verdachte, maar niet met het creëren en fingersen van maatschappelijke omstandigheden waarbinnen de verdachte zich denkt te begeven.³⁹

1.4.2 Toepassing van artikel 126j Sv

Het bevel tot stelselmatig inwinnen van informatie kan worden gegeven door de officier van justitie in geval van verdenking van een misdrijf in belang van het onderzoek. Voor infiltratie moet sprake zijn van een delict waar voorlopige hechtenis op staat of misdrijven die een ernstige inbreuk op de rechtsorde hebben opgeleverd. Het toepassingsvereiste is voor stelselmatige inwinning van informatie lager, maar uit onderzoek blijkt dat de bevoegdheid vooral gebruik wordt bij de opsporing van ernstige geweldsdelicten, zedendelicten, terreurgerelateerde zaken en mensenhandel.⁴⁰

In het derde lid van artikel 126j Sv staat aan welke voorwaarden het bevel moet voldoen. Het bevel moet schriftelijk worden gedaan. Bij dringende noodzakelijkheid kan het

³³ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 34-35 en p. 119.

³⁴ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 30.

³⁵ Ganzeboom, *DD* 2019/52, p. 678.

³⁶ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 30.

³⁷ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 31.

³⁸ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 31.

³⁹ Concl. A-G F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:HR:2019:1983, bij HR 17 december 2019, *NJ* 2020/217, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*), overweging 79.

⁴⁰ Kruisbergen & De Jong, *NJB* 2010/282, p. 143.

bevel ook mondeling worden gedaan. De parlementaire geschiedenis rept niet van enige vorm van interne toetsing.

Voorts moet het voor de rechter mogelijk zijn de verslaglegging te kunnen beoordelen. In beginsel moet de verslaglegging van de communicatie auditief of audiovisueel worden geregistreerd.⁴¹ Als de verklaring buiten de verklaringsvrijheid is afgelegd, mag dit bewijs slechts worden gebruikt als de rechter motiveert waarom hij het gebruik van het bewijs toelaatbaar acht en de rechter moet er blijk van geven dat hij zelfstandig de betrouwbaarheid van de verklaringen heeft onderzocht.⁴²

Aan de toepassing van stelselmatige inwinning van informatie zijn minder eisen gesteld dan aan de toepassing van infiltratie omdat er sprake zou zijn van minder risico's.⁴³ Bij infiltratie zal de opsporingsambtenaar mogelijk zelf ook strafbare feiten begaan.⁴⁴ Infiltratie mag slechts worden toegepast na goedkeuring van het College van procureurs-generaal die vervolgens advies inwint bij de Centrale Toetsingscommissie (CTC) en als sprake is van misdrijven die een ernstige inbreuk van de rechtsorde opleveren.⁴⁵

De wetgever had niet kunnen weten dat de Mr. Big-methode tot een van de meest ingrijpende undercoveroperaties zou gaan behoren. Voor toepassing van artikel 126j Sv geldt echter de lichtst wettelijke drempel.⁴⁶ Stelselmatige inwinning van informatie kan immers al worden ingezet in het belang van het onderzoek bij verdenking van een misdrijf. Daarnaast heeft de wetgever in tegenstelling tot infiltratie een korte duur aan het bevel gegeven, namelijk drie maanden met de mogelijkheid tot verlenging. Er was niet voorzien dat de Mr. Big-methode in sommige gevallen erg lang kan duren en telkens wordt verlengd.

1.4.3 Proportionaliteit en subsidiariteit

Het doel van de Mr. Big-methode is dat de verdachte een bekennende verklaring aflegt. Daarbij ontstaat de kans dat hij in een verhoorsituatie terecht komt, maar er kan uiteraard niet aan alle waarborgen worden voldaan, zoals cautie. Het is voor de verdachte dan gelijk duidelijk dat hij door een opsporingsambtenaar wordt ondervraagd. Wel moet worden voldaan aan het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel. De mate van (psychische) druk en de mate van misleiding op de verdachte worden beoordeeld.⁴⁷ Voorts zijn de duur en intensiteit van de undercoveroperatie van belang en de strekking en frequentie van de

⁴¹ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, *NJ 2020/217*, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*), r.o. 5.2.2.

⁴² HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, *NJ 2020/217*, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*), r.o. 5.2.3.

⁴³ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 77.

⁴⁴ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 34-35.

⁴⁵ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 77.

⁴⁶ Beijer e.a. 2004, p. 102-104.

⁴⁷ Concl. A-G F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:HR:2019:1983, bij HR 17 december 2019, *NJ 2020/217*, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*), overweging 38.

contacten met de verdachte. Tot slot speelt mee welke negatieve of positieve gevolgen aan de verdachte werden voorgelegd als hij wel of geen bekennende verklaring zou afleggen.⁴⁸

Het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel betreft een discussiepunt inzake de Mr. Big-methode. De methode wordt namelijk pas toegepast bij de meest ernstige misdrijven. De proportionaliteits- en subsidiariteitstoets zal bij feitenrechters niet snel leiden tot onrechtmatigheid van de toegepaste bevoegdheid.⁴⁹ De Hoge Raad oordeelt anders, dat komt in het volgende hoofdstuk aan de orde.

1.5 Tussenconclusie

Dit hoofdstuk geeft een inzicht in de totstandkoming en de wettelijke basis van de Mr. Big-methode. De Wet BOB is in het leven geroepen om bijzondere opsporingsbevoegdheden te reguleren. De Wet BOB kent drie undercoverbevoegdheden: het stelselmatig inwinnen van informatie, de pseudokoop of -dienstverlening en de infiltratie. Stelselmatig inwinnen van informatie is het minst zware middel en kenmerkt zich doordat de opsporingsambtenaar deelneemt aan de legale wereld rondom de verdachte, zoals een sportclub.

Bij toepassing van de Mr. Big-methode wordt echter een totaal fictieve criminele wereld geconstrueerd rondom de verdachte. Dit gaat veel verder dan slechts een lidmaatschap van een sportclub en de oren en ogen openhouden. De verdachte wordt misleid en vaak wordt te veel druk uitgeoefend op de verdachte om hem te laten verklaren, waarna het bewijs niet gebruikt mag worden.

De vraag is gerechtvaardigd of huidige toepassingen van stelselmatige inwinning van informatie voldoende aan bod zijn gekomen in de wetsgeschiedenis, gezien de grote impact op het leven van verdachten.

⁴⁸ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, NJ 2020/217, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*), r.o. 5.2.2.

⁴⁹ Van Koppen & Horselenberg, *Strafblad* 2018/19, p. 64 e.v.

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden nadelige kenmerken van de Mr. Big-methode behandeld. Ook wordt toegelicht waarom het bewijs dat is verkregen uit de Mr. Big-methode met enige regelmaat niet gebruikt mag worden. Het hoofdstuk begint met de rechten van verdachten en de wijze waarop de Mr. Big-methode hier een inbreuk op maakt. Vervolgens worden uitspraken van de Hoge Raad geanalyseerd en wordt onderzocht welke handvatten er zijn om te oordelen of sprake is van een feitelijk verhoor. De deelvraag die in dit hoofdstuk wordt beantwoord luidt: wat zijn de bezwaren bij gebruik van de Mr. Big-methode en in hoeverre wordt het recht op een eerlijk proces en het recht op privéleven gewaarborgd?

2.2 Schending van grondrechten

In de rechtspraak neemt justitie het standpunt in dat tijdens een Mr. Big-operatie de verdachte niet in een verhoorsituatie terecht komt.⁵⁰ De verdachte wordt misleid zodat hij een bekentenis aflegt, maar volgens justitie wordt niet dezelfde druk uitgeoefend als in een verhoorsituatie. Echter, zodra door middel van druk en misleiding de verdachte tot een bekentenis wordt bewogen, waarbij de undercoveragenten een actieve en sturende rol hebben, komt de verdachte per definitie in een verhoorsituatie terecht.⁵¹ Hoe zwaar wegen de grondrechten die een verdachte heeft tijdens een verhoor? Zowel in de rechtspraak als in de wetgeving worden procesrechten van verdachten in undercoveroperaties opzijgeschoven omdat er geen sprake zou zijn van een verhoor.⁵² Het doel van die rechten is bescherming van de verdachte tegen willekeur van de overheid, daarom moeten met betrekking tot de Mr. Big-methode ethische vragen worden gesteld over hoe ver de politie mag gaan.

2.2.1 Recht op privéleven, artikel 8 EVRM

Uit recent onderzoek blijkt dat een undercoveroperatie veel impact heeft op alle betrokkenen.⁵³ In de praktijk is het gebruik van 'stelselmatige inwinning van informatie' soms zelfs ingrijpender dan het zwaardere opsporingsmiddel 'infiltratie'.⁵⁴ Dit is vooral zo wanneer een undercoveragent een belastende verklaring moet ontlocken inzake een levensdelict. Meestal wordt een hechte band met de verdachte opgebouwd, terwijl in een infiltratietraject de undercoveragent vaak de rol van zakenpartner of collega-drugshandelaar speelt.⁵⁵ Het opbouwen en vervolgens weer afbreken van een vertrouwensrelatie door

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld; Rb. Zeeland-West-Brabant 23 mei 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3060, r.o. 5.1.

⁵¹ Crijns & Dubelaar, AA 2020/0748, p. 756-757.

⁵² Zie bijvoorbeeld; Hof 's-Hertogenbosch 5 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:421, r.o. 12 (Kaatsheuvel); en Kamerstukken II 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 30

⁵³ Rapport van de Commissie Brouwer 2021

Uit het zicht, <https://www.politie.nl/nieuws/2021/november/17/00-uitkomsten-onderzoek-commissie-brouwer-bekend.html>, 2021.

⁵⁴ Kruisbergen, *Strafblad* 2018/4, p.43.

⁵⁵ Kruisbergen, *Strafblad* 2018/4, p.43

belastende informatie over hem te verklaren, kan psychologisch zeer ingrijpend zijn, zowel voor de verdachte als de undercoveragent.⁵⁶

Over schending van de persoonlijke levenssfeer heeft de Hoge Raad in het verleden geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat de verdachte niet op de hoogte was van de hoedanigheid van de ‘undercoveragent’, geen schending van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer oplevert.⁵⁷ Daartoe kwam de Hoge Raad omdat de verdachte “zich uit eigen beweging tegenover beide infiltranten heeft voorgedaan als een persoon die daadwerkelijk bereid en in staat was aanzienlijke hoeveelheden cocaïne naar Nederland te transporteren”.⁵⁸ In die zaak ging het om contacten met derden die de verdachte vrijelijk aanging en onderhield en waarin hij zelf kon bepalen hoeveel hij omtrent zijn handel en wandel aan zijn gesprekspartners zou prijsgeven. Deze redenering kan echter niet worden toegepast op de Mr. Big-methode. De verdachte in een Mr. Big-situatie raakt maandenlang verstrikt in een fictieve wereld. Vaak is de verdachte kwetsbaar en verkeert hij in een benarde situatie. De enige ontsnapping aan zijn situatie is om een bekentenis af te leggen. De verdachte is niet degene die vrijelijk contacten onderhoudt met undercoveragenten zoals in andere undercoveroperaties.

2.2.2 Recht op een eerlijk proces, artikel 6 EVRM

Uit artikel 6 EVRM volgt het nemo tenetur-beginsel. Het EHRM benadrukt dat het recht tegen zelfincriminatie een algemeen erkende internationale norm is die tot de kern van het eerlijk proces behoort.⁵⁹ Voor stelselmatige inwinning van informatie geldt dat het stellen van vragen door de undercoveragent niet plaatsvindt in de door artikel 29 Sv bedoelde verhoorsituatie. De cautie is niet van toepassing, omdat er geen sprake zou moeten zijn van druk en verwarring zoals tijdens een regulier verhoor. Misleiding op zichzelf zou er niet voor zorgen dat de verklaringvrijheid onder druk komt te staan of dat sprake is van schending van het nemo tenetur-beginsel.⁶⁰ De Hoge Raad heeft inmiddels echter geoordeeld dat de mate van misleiding wel degelijk een rol speelt.⁶¹

Bij toepassing van een undercoveroperatie wordt ervan uitgegaan dat op de verdachte niet een zodanige druk wordt uitgeoefend die kenmerkend is voor een verhoorsituatie, omdat de identiteit van de opsporingsambtenaar geheim blijft.⁶² In een Mr. Big-situatie wordt de druk

⁵⁶ *Rapport van de Commissie Brouwer 2021*

Uit het zicht, <https://www.politie.nl/nieuws/2021/november/17/00-uitkomsten-onderzoek-commissie-brouwer-bekend.html>, 2021.

⁵⁷ HR 14 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8295.

⁵⁸ HR 14 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8295, r.o. 5.3.

⁵⁹ EHRM 10 maart 2009, RvdW 2009, 1135, r.o. 92 (*Bykov t. Rusland*).

⁶⁰ Rb. Zeeland-West-Brabant 23 mei 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3060, r.o. 4.

⁶¹ Zie HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019: 1982, *NJ 2020/216*, m.nt. T. Kooijmans (*Kaatsheuvelzaak*); zie ook, HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019: 1983, *NJ 2020/217*, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*).

⁶² *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 30 en p. 62; en Concl. A-G F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:HR:2019:1983, bij HR 17 december 2019, *NJ 2020/217*, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*), overweging 90.

echter opgevoerd totdat de verdachte een bekentenis aflegt. Bij dermate veel druk en misleiding is sprake van een feitelijk verhoor en schending van het recht op een eerlijk proces. Tot die conclusie kan de Hoge Raad niet komen omdat het bewijsmateriaal niet betrouwbaar wordt geacht.

Voorts bestaat sinds 1 maart 2016 de mogelijkheid tot verhoorbijstand. De verdachte moet vóór aanvang van het verhoor worden gewezen op zijn recht op rechtsbijstand behoudens dwingende redenen om dat recht te beperken (art. 28b lid 2 Sv). Voor kwetsbare verdachten en verdachten van een delict waar een gevangenisstraf van twaalf jaar of meer op staat, wordt - ook als de verdachte daar niet om vraagt - een raadsman opgeroepen (art. 28b lid 1 Sv). De verdachte kan pas afstand doen van zijn recht op een raadsman nadat hij over de gevolgen ervan is ingelicht door een raadsman (art. 28c lid 2 Sv).

In de Salduz-rechtspraak oordeelde het EHRM dat het recht op een eerlijk proces geschonden wordt als de verdachte geen toegang heeft tot een raadsman voorafgaand aan het eerste verhoor. Een dwingende reden mag dit recht beperken, maar dan moet de gehele procedure wel eerlijk zijn verlopen.⁶³ Voor het inzetten van de Mr. Big-methode zou een dwingende reden kunnen bestaan, maar bij de vraag of sprake is van een eerlijke procedure moeten vraagtekens worden gesteld. Inzake Mr. Big verkeert de verdachte namelijk in een kwetsbare situatie, ontbreekt een wettelijk kader en ontbreekt de mogelijkheid om de betrouwbaarheid van het materiaal in twijfel te stellen.⁶⁴

Een ander recht van de verdachte en tevens plicht van de politie betreft het verbod op uitlokking. Dit verbod vloeit niet direct voort uit artikel 6 EVRM, maar uit het verbod op zelfincriminatie.⁶⁵ Het EHRM stelt zich op het standpunt dat indien sprake is van bewijs dat door uitlokking is verkregen, dit niet als bewijsmiddel mag worden gebezigd.⁶⁶ Inzake Mr. Big wordt de verdachte niet uitgelokt om een delict te plegen, maar wordt hij onder hoge druk uitgelokt een bekentenis af te leggen. Deze mate van druk wordt in de volgende paragraaf verder behandeld.

Tot slot speelt het beginsel van 'equality of arms' een belangrijke rol. Dit beginsel vindt zijn grondslag in artikel 6 lid 3 EVRM. Als hoofdregel geldt dat de officier van justitie alle voor het proces relevante stukken, zowel belastend als ontlastend materiaal, bekend dient te maken aan de verdediging.⁶⁷ Het EHRM heeft uitspraken gedaan over uitsluiten van verklaringen als deze niet op betrouwbaarheid kunnen worden getoetst en aangevochten kunnen worden.⁶⁸ Voor undercoveroperaties in Nederland wil de politie vaak geen gebruik maken van

⁶³ EHRM 27 november 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1127JUD005783709, par. 44-45 (*Soytemiz t. Turkije*); en EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, par. 257-274, NJ 2017/452 m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen (*Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

⁶⁴ EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 267.

⁶⁵ EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485 (*Funke t. Frankrijk*).

⁶⁶ EHRM 9 juni 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0609JUD002582994, r.o. 36, (*Teixeira de Castro*).

⁶⁷ EHRM 14 maart 2002, nr. 46477/99, r.o. 36 (*Edwards t. Verenigd Koninkrijk*).

⁶⁸ EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05, nr. 22228/06 (*Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*).

opnameapparatuur en als zij dit wel doet is de kwaliteit vaak slecht, zoals in de Kaatsheuvelzaak. De verdediging en de rechter moeten het doen met processen-verbaal die soms lang na het contact met de verdachte zijn opgesteld. In de twee belangrijkste uitspraken over de Mr. Big-methode (de Kaatsheuvelzaak en Posbankzaak) heeft de Hoge Raad om die reden geoordeeld dat de bekentenissen van de verdachten moeten worden uitgesloten, omdat de betrouwbaarheid niet getoetst kan worden.

Kortom, bij het gebruik van de Mr. Big-methode wordt per definitie inbreuk gemaakt op het recht op privéleven en het recht op een eerlijk proces van verdachten. De politie zegt dat het essentieel is om WOD-trajecten te gebruiken inzake zware criminaliteit en doet het vermoeden ontstaan dat ze die methoden alleen maar meer gaat gebruiken.⁶⁹ De indruk ontstaat dat belangrijke grondrechten te gemakkelijk aan de kant worden geschoven.

2.3 Oordelen van de Hoge Raad

De wetgever heeft zich niet uitgelaten of de Mr. Big-methode überhaupt te verenigen is met de verklaringsvrijheid van de verdachte.⁷⁰ Ook de Hoge Raad velt hier geen oordeel over, maar in twee belangrijke uitspraken geeft de Hoge Raad een toetsingskader voor toepassing van de Mr. Big-methode door de politie.

In de Kaatsheuvelzaak heeft de verdachte bekend dat hij het slachtoffer met een steen op het hoofd heeft geslagen en dat hij haar vervolgens heeft gewurgd. Volgens de verdediging zou de bekentenis leugenachtig en vals zijn en onder druk afgelegd.⁷¹ Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch gaat hier niet in mee. Het hof oordeelt dat de afgelegde verklaring gebruikt mag worden en de verdachte werd door het hof veroordeeld tot een gevangenisstraf van twintig jaar.

De verklaring van de verdachte zou volgens het hof niet vals zijn, want er zou geen onredelijk grote druk op hem zijn afgelegd.⁷² De verdachte had tot drie maanden vóór zijn bekentenis nog een baan, zijn hypotheek was afgelost en hij kon beschikken over een groot geldbedrag dat het slachtoffer had gespaard en dat hem was toegevallen.⁷³ De verdachte verkeerde daarmee volgens het hof niet in een bijzonder kwetsbare situatie. Ook is er geen onaanvaardbare druk uitgeoefend, bijvoorbeeld door te dreigen met geweld. Er werd slechts een vooruitzicht gecreëerd waarin de verdachte voor een fictieve organisatie zou kunnen werken en daarmee veel geld zou verdienen.

De Hoge Raad kwam tot een ander oordeel. In deze Mr. Big-situatie werd de verdachte een fictieve baan aangeboden bij een beveiligingsbedrijf, onder voorwaarde dat hij open kaart

⁶⁹ Volkskrant-journalist Elsbeth Stoker in de podcast: 'Grijs gebied'.

⁷⁰ Concept-memorie van toelichting (ambtelijke versie juli 2020), p. 507-508.

⁷¹ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982, NJ 2020/216, m.nt. T. Kooijmans (*Kaatsheuvelzaak*), r.o. 4.1.

⁷² HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982, NJ 2020/216, m.nt. T. Kooijmans (*Kaatsheuvelzaak*), r.o. 5.2.3.

⁷³ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982, NJ 2020/216, m.nt. T. Kooijmans (*Kaatsheuvelzaak*), r.o. 6.6.

zou spelen over zijn betrokkenheid bij de dood van het slachtoffer. De informanten hadden al meer dan een jaar contact met de verdachte en binnen die periode heeft de verdachte voor hen meerdere werkzaamheden verricht.⁷⁴ Binnen die periode is de dood van het slachtoffer meerdere malen het gespreksonderwerp geweest en daarbij heeft de verdachte elke keer ontkend dat hij betrokken was bij haar dood. Pas toen de verdachte een zeer goed aanbod kreeg, legde hij een bekennende verklaring af. Bij een bekentenis zou hij een IT-baan krijgen met een salaris van € 8000 per maand. De verdachte werd uitgenodigd naar Spanje te komen. Daar heeft hij tegenover de 'baas' een bekennende verklaring afgelegd.

De afgelegde verklaring mag volgens de Hoge Raad niet als bewijs gebruikt worden omdat het hof niet voldoende heeft gemotiveerd dat de verklaringsvrijheid niet geschonden is.⁷⁵ Als te veel druk wordt uitgeoefend op een verdachte, is sprake van schending van de verklaringsvrijheid. Om te beoordelen of daarvan sprake is, wordt gekeken naar: de duur en intensiteit van het traject; de strekking en frequentie van de contacten met de verdachte en de in het vooruitzicht gestelde positieve of negatieve consequenties indien de verdachte wel of geen opheldering geeft over bepaalde zaken.⁷⁶ In deze zaak betrof het een tijdsbestek van dertien maanden.

Het hof heeft vervolgens ook onvoldoende gemotiveerd of de verslaglegging tijdens het opsporingsonderzoek op de juiste manier heeft plaatsgevonden.⁷⁷ Onvoldoende is onderzocht of de inhoud van de processen-verbaal een toereikend inzicht geeft in het verloop van de opsporingsmethode. Er is niet onderzocht of gronden bestonden voor het auditief of audiovisueel vastleggen van communicatie met de verdachte, óf die vastlegging überhaupt heeft plaatsgevonden en welke betekenis dit heeft gehad voor de beoordeling van de juistheid van de processen-verbaal.⁷⁸

Voor de Hoge Raad maakt het niet uit dat de verdachte niet in zijn fysieke en sociale vrijheid is beperkt, dat hij ook een andere werkgever had kunnen kiezen en dat de verdachte na zijn eerste bekentenis in de taxi de mogelijkheid had terug te keren naar zijn hotel of dat hij had kunnen liegen.⁷⁹

Tot slot is niet voldaan aan proportionaliteit en subsidiariteit. Van tevoren had toestemming kunnen worden gevraagd van de Centrale Toetsingscommissie van het OM, maar uit recent onderzoek blijkt dat binnen de politie terughoudend wordt omgegaan met het verstrekken van informatie aan de Centrale Toetsingscommissie.⁸⁰

⁷⁴ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982, NJ 2020/216, m.nt. T. Kooijmans (*Kaatskeuvelzaak*), r.o. 3.2.2.

⁷⁵ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982, NJ 2020/216, m.nt. T. Kooijmans (*Kaatskeuvelzaak*), r.o. 5.3.3.

⁷⁶ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982, NJ 2020/216, m.nt. T. Kooijmans (*Kaatskeuvelzaak*), r.o. 5.2.2.

⁷⁷ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982, NJ 2020/216, m.nt. T. Kooijmans (*Kaatskeuvelzaak*), r.o. 5.2.2.

⁷⁸ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982, NJ 2020/216, m.nt. T. Kooijmans (*Kaatskeuvelzaak*), r.o. 5.3.3.

⁷⁹ In een Jailplant-situatie zit de verdachte gedetineerd, zie bijvoorbeeld; HR 9 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9195, NJ 2004/263, m.nt. T.M. Schalken (*Jailplant*).

⁸⁰ *Rapport van de Commissie Brouwer 2021*

De Hoge Raad heeft in deze zaak duidelijke handvatten gegeven die kunnen bijdragen aan een betere regulering van de Mr. Big-methode.

In de Posbankzaak was het slachtoffer op 20 januari 2003 na het hardlopen niet meer thuisgekomen. Zijn lichaamsresten werden gevonden in zijn volledig uitgebrande auto. In 2016 heeft een verdachte een bekentenis afgelegd en noemde daarbij de naam van een medeverdachte. De Mr. Big-methode werd ingezet en op kenmerkende wijze uitgevoerd. De medeverdachte werd betrokken in een fictieve criminele organisatie waarin hij steeds meer geld kon verdienen, maar voor een vaste plek binnen de organisatie wel een bekennende verklaring moest afleggen. De operatie was geslaagd; in dat opzicht dat de medeverdachte heeft bekend. Hem is een gevangenisstraf opgelegd van achttien jaar.⁸¹

In de Posbankzaak staan drie onderwerpen centraal die telkens terugkomen bij de beoordeling van toepassing van de Mr. Big-methode; namelijk:

- dat de wettelijke grondslag waarmee de Mr. Big-methode is uitgevoerd niet toereikend is;
- dat de verklaringsvrijheid van de verdachte is beperkt;
- dat de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal niet voldoende is gemotiveerd.

Voor wat betreft de legaliteit oordeelt het gerechtshof dat de officier van justitie verantwoordelijk is voor de inzet en de wijze van uitvoering voor de toegepaste undercoveroperatie.⁸² De vrijheid om tot toepassing van het opsporingsmiddel over te gaan wordt ingeperkt door het proportionaliteitsbeginsel en subsidiariteitsbeginsel. De ernst van het misdrijf moet de inzet van het middel rechtvaardigen (proportionaliteit) en er moet gekozen worden voor het minst zware middel (subsidiariteit). Ten aanzien van de proportionaliteit oordeelt het hof dat het toegepaste opsporingsmiddel zonder meer gerechtvaardigd is gezien de bijzondere ernst van het misdrijf, namelijk moord.⁸³ Ook is volgens het hof voldaan aan de subsidiariteitseis. Een regulier verhoor zou na dertien jaar niet meer succesvol zijn. In de afgelopen dertien jaar hebben de verdachten nimmer duidelijkheid verschaft.⁸⁴

Voor wat betreft de verklaringsvrijheid zegt het hof dat geen ongeoorloofde druk op de verdachte is uitgeoefend. Hierbij verwijst het hof naar een stuk uit het proces-verbaal: *"(...) dat hij maar naar huis moet gaan als hij het niet gedaan heeft, dat kan worden gekeken*

Uit het zicht, <https://www.politie.nl/nieuws/2021/november/17/00-uitkomsten-onderzoek-commissie-brouwer-bekend.html>, 2021, p.4

⁸¹ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, NJ 2020/217, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*), r.o. 2.

⁸² HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, NJ 2020/217, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*), r.o. 15.

⁸³ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, NJ 2020/217, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*), r.o. 15.

⁸⁴ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, NJ 2020/217, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*), r.o. 15.

hoe de verdachte kan worden geholpen als hij het heeft gedaan, zodat hij niet lang “hoeft te zitten” en dat de politie de verdachte niet zal geloven als hij zegt dat hij niet heeft gedaan. De verdachte heeft undercoveragent [betrokkene 3] aangeklampt nadat is gezegd dat hij er maar een nachtje over moet slapen. [betrokkene 3] heeft vervolgens opgemerkt dat er maar één vraag is, namelijk of de verdachte het wel of niet heeft gedaan. De verdachte heeft vervolgens gezegd dat hij er meer van weet.”

Het hof oordeelt dat de vragen aan de verdachte toelaatbaar zijn. De undercoveragenten reageerden slechts passief en lieten de verdachte zelf meer informatie toevoegen.⁸⁵ De undercoveragenten zouden volgens het hof zo snel mogelijk processen-verbaal hebben opgemaakt.

Net als in de Kaatsheuvelzaak kwam de Hoge Raad tot een ander oordeel. Op de verdachte was wel degelijk druk uitgeoefend door te zeggen dat hij een mogelijk risico vormt voor de organisatie als hij niet zou bekennen.⁸⁶ Als hij het feit niet had begaan, dan moest hij maar “gewoon lekker” naar huis gaan. Zou hij wel bekennen, dan zou hij hulp krijgen zodat hij niet lang zou hoeven te zitten. Voorts speelt mee dat de verdachte betalingen heeft ontvangen en dat hem € 75.000 in het vooruitzicht is gesteld. De Hoge Raad oordeelt dat de opsporingsambtenaren bemoeienis hebben gehad met de inhoud van wezenlijke onderdelen van de afgelegde verklaring.⁸⁷ De verdachte is vanwege de in het vooruitzicht gestelde consequenties zodanig onder druk gezet dat diens bekentenis in strijd is met zijn verklaringsvrijheid.

2.3.1 Het beoordelingskader

Om te oordelen of sprake is van schending van de verklaringsvrijheid moet naar aanleiding van bovenstaande uitspraken worden gekeken naar:

1. het verloop van het opsporingstraject;
2. de proceshouding van de verdachte;
3. de mate van (psychische) druk die op de verdachte wordt uitgeoefend (zoals de aard, duur en intensiteit van het traject);
4. de mate van de toegepaste misleiding op de verdachte (zoals de strekking en frequentie van de contacten met de verdachte en in het vooruitzicht gestelde positieve of negatieve consequenties indien de verdachte wel of geen opheldering geeft over bepaalde zaken);
5. de bemoeienis die de opsporingsambtenaren hebben gehad inzake de inhoud van de afgelegde verklaring van de verdachte.⁸⁸

⁸⁵ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, NJ 2020/217, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*), r.o. 114.

⁸⁶ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, NJ 2020/217, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*), r.o. 5.4.3.

⁸⁷ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, NJ 2020/217, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*), r.o. 5.4.3.

⁸⁸ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, NJ 2020/217, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*), r.o. 5.7 en 5.4.3.

Over het verloop van het opsporingstraject wordt verwezen naar een lijst van het EHRM. Het EHRM kijkt in het kader van artikel 6 EVRM of de totale procedure in zijn geheel eerlijk is verlopen. Daarbij zijn de volgende factoren relevant:

- of de verdachte in een kwetsbare situatie verkeert;
- of er een wettelijk kader is voor de procedure;
- of voor de verdachte de mogelijkheid bestond de betrouwbaarheid van het bewijs in twijfel te stellen;
- de kwaliteit van het bewijsmateriaal en of de omstandigheden waaronder het bewijs is verkregen twijfel doen rijzen over de betrouwbaarheid ervan, rekening houdend met de mate en aard van elk soort dwang;
- of het bewijs rechtmatig is verkregen;
- of de verklaring van de verdachte correct is geregistreerd;
- in hoeverre het bewijsmateriaal een onderdeel vormt van de veroordeling;
- het publiek belang;
- tot slot moeten procedurele waarborgen in acht worden genomen.⁸⁹

In het kader van de Mr. Big-methode is vooral van belang wat de Hoge Raad bedoelt met 'mate van (psychische) druk' en 'mate van de toegepaste misleiding'. Welke concrete omstandigheden kunnen worden genoemd waaruit blijkt dat sprake is van te veel (psychische) druk en misleiding?

2.3.2 Verklaringsvrijheid

Over de mate van de toegepaste misleiding op de verdachte: het melden van de fictieve buit zorgt niet voor 'meer dan een beperkte inbreuk' op de grondrechten van de verdachte en is niet zeer risicovol voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing.⁹⁰ De mate van misleiding maakt de Mr. Big-methode op zichzelf genomen dus niet onrechtmatig, tenzij blijkt dat tijdens het opsporingstraject een dusdanig (psychische) druk op verdachte is uitgeoefend dat hij hiermee in relevante mate in zijn keuzevrijheid is beperkt.⁹¹

De misleiding moet worden beoordeeld op de strekking en frequentie van de contacten met de verdachte en de in het vooruitzicht gestelde positieve of negatieve consequenties bij het wel of niet verklaren.⁹² Over de frequentie van de contacten met de verdachte is vaak niet veel bekend vanwege het ontbreken van verslaglegging. De strekking van de contacten is vrijwel altijd hetzelfde. De undercoveragenten moeten een verklaring ontlokken door de verdachte een baan met een goed salaris aan te bieden als hij een bekentenis aflegt. De vraag is wanneer sprake is van te veel misleiding. In de Kaatsheuvelzaak zou de verdachte bij een bekentenis een IT-baan krijgen met een salaris van € 8000 per maand. Het maakt niet uit dat de verdachte niet in zijn fysieke en sociale vrijheid is beperkt, dat hij ook een andere

⁸⁹ EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 267.

⁹⁰ HR 9 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:18, r.o. 2.3.2.

⁹¹ Rb. Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805, r.o. 5.3.5.

⁹² HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, *NJ 2020/217*, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*), r.o. 5.2.3.

werkgever had kunnen kiezen en dat de verdachte na zijn eerste bekentenis in de taxi de mogelijkheid had terug te keren naar zijn hotel of dat hij had kunnen liegen.⁹³

Als de verdachte gedetineerd is en er wordt een undercoveroperatie in gang gezet, “Jailplant”, dan is het risico op een feitelijk verhoor groter.⁹⁴ Inzake Mr. Big is de verdachte wel vrij te gaan en staan waar hij wil, maar uit de Kaatsheuvelzaak en de Posbankzaak is gebleken dat ook buiten detentie de verklaringsvrijheid geschonden kan worden bij de inzet van een undercoveroperatie.

Kortom – de mate van misleiding moet worden beoordeeld op basis van de mate van (psychische) druk die op de verdachte is uitgeoefend.

Over de mate van (psychische) druk: in Ibrahim tegen het Verenigd Koninkrijk oordeelt EHRM dat het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel niet beschermen tegen het afleggen van een belastende verklaring, maar tegen het door dwang of druk verkrijgen van bewijs. De gebruikte aard en mate van dwang om bewijs te verkrijgen staan centraal.⁹⁵ Uit Ibrahim volgt geen compleet of geordend beoordelingskader, maar wat het EHRM hiermee bedoelt wordt duidelijk in het arrest Allan tegen het Verenigd Koninkrijk.⁹⁶ Ook in de Kaatsheuvelzaak en Posbankzaak heeft de Hoge Raad omtrent de verklaringsvrijheid aansluiting gezocht bij de zaak Allan.⁹⁷

Allan werd verdacht van het doodschieten van een winkelmanager. Tijdens de verhoren beriep Allan zich op zijn zwijgrecht. Tijdens zijn detentie werd een undercoveroperatie in gang gezet om alsnog een verklaring te ontlokken. De burgerinfiltrant verklaarde dat Allan tegen hem had gezegd dat hij het feit had gepleegd.⁹⁸ Het EHRM oordeelde echter dat sprake was van schending van artikel 6 EVRM, omdat het zwijgrecht niet in acht was genomen. Volgens het EHRM kwamen de gesprekken tussen Allan en de agent neer op het equivalent van een politieverhoor, maar dan zonder de waarborgen die daarbij horen (zoals recht op rechtsbijstand en de cautie).⁹⁹ Aan de infiltrant werd tijdens de undercoveroperatie de opdracht gegeven: “to push him for what you can”. De verdachte zou zijn onderworpen aan psychologische druk waardoor hij geen vrijwillige bekentenis heeft

⁹³ In een Jailplant-situatie zit de verdachte gedetineerd, zie bijvoorbeeld; HR 9 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9195, *NJ* 2004/263, m.nt. T.M. Schalken.

⁹⁴ Zie bijvoorbeeld; Rb. Gelderland 7 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3030 en Rb. Zeeland-West-Brabant 23 mei 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3060.

⁹⁵ EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 267.

⁹⁶ EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan t. Verenigd Koninkrijk*).

⁹⁷ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, *NJ* 2020/217, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*), r.o. 5.7.

⁹⁸ EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 16.

⁹⁹ EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 50.

afgelegd.¹⁰⁰ De zaak Allan heeft raakvlakken met de Mr. Big-methode, omdat de methode wordt ingezet als niet voldoende bewijs kan worden verkregen via regulier onderzoek. De undercoveragent wordt op pad gestuurd om een verklaring te ontlokken, waarbij de druk te veel wordt opgevoerd.

Inzake de Mr. Big-methode is duur en intensiteit van (psychische) druk tijdens het traject een belangrijke factor om te oordelen of sprake is geweest van grote (psychische) druk.¹⁰¹ In de Kaatsheuvelzaak ging het om een tijdsbestek van dertien maanden. Artikel 126j Sv bepaalt dat stelselmatig inwinnen van informatie een geldigheidsduur heeft van drie maanden. Deze kan vervolgens telkens verlengd worden met drie maanden. De wetgever heeft er echter geen rekening mee gehouden dat het artikel gebruikt zou worden als wettelijke grondslag voor de ingrijpende Mr. Big-methode.¹⁰² Zoals genoemd is de Mr. Big-methode soms ingrijpender dan infiltratie, vanwege de hechte vertrouwensband die wordt opgebouwd met de verdachte.

Voor wat betreft de intensiteit oordeelt de Hoge Raad in de Kaatsheuvelzaak dat de opsporingsambtenaren er maar op bleven hameren dat de verdachte de moord moest bekennen om toe te kunnen treden tot de organisatie.¹⁰³ In de Posbankzaak had het hof moeten erkennen onder welke druk de verdachte stond. Hij dacht immers te maken te hebben met een 'professionele, gewelddadige, criminele organisatie'.¹⁰⁴ De druk wordt te veel opgevoerd als aan verdachte is medegedeeld dat hij door de politie in verband wordt gebracht met het slachtoffer en dat hij een mogelijk risico vormt voor de organisatie als hij niet zou bekennen. De druk wordt opgevoerd door tegen de verdachte te zeggen dat er hiaten zitten tussen zijn verklaring en het politiedossier en dat hij daarom een risico vormt voor de organisatie.¹⁰⁵ De druk wordt opgevoerd als aan de verdachte wordt medegedeeld dat een beloofde zakenreis niet doorgaat als hij niet bekent. Vooral is sprake van ongeoorloofde druk als een lucratief aanbod is gedaan voor indiensttreding bij een fictieve (criminele) organisatie in ruil voor een bekentenis. Al deze kenmerken maken echter deel uit van de Mr. Big-methode. De vraag is of de Mr. Big-methode met haar specifieke kenmerken nog kan worden toegepast zonder een inbreuk te maken op de verklaringsvrijheid van de verdachte.

Tot slot speelt de kwetsbaarheid van de verdachte een grote rol. Een verdachte kan door zijn leeftijd, een beperking, verslaving of een slechte financiële situatie minder goed in staat zijn

¹⁰⁰ EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 52.

¹⁰¹ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982, *NJ 2020/216*, m.nt. T. Kooijmans (*Kaatsheuvelzaak*), r.o. 5.2.2

¹⁰² Zie § 1.5.3.

¹⁰³ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982, *NJ 2020/216*, m.nt. T. Kooijmans (*Kaatsheuvelzaak*), r.o. 5.3.3.

¹⁰⁴ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, *NJ 2020/217*, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*), r.o. 5.4.3.

¹⁰⁵ Rb. Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:806, r.o. 5.3.5.

om weerstand te bieden aan de misleiding door de undercoveragenten.¹⁰⁶ Voor het OM maken deze omstandigheden een verdachte juist tot een geschikt doelwit. Het hof komt onterecht tot de conclusie dat is voldaan aan het nemo tenetur-beginsel. Zo is in de Posbank-zaak te snel voorbijgegaan aan de alcohol- en drugsverslaving en de financiële en sociale problemen van de verdachte.

2.4 Betrouwbaarheid

Als de verklaring van de verdachte gebruikt wordt, dan moet de feitenrechter expliciet aandacht besteden aan de betrouwbaarheid daarvan.¹⁰⁷ De bekentenis moet steun vinden in ander bewijs. De Mr. Big-methode wordt voornamelijk ingezet voor situaties waarin doorslaggevend bewijs ontbreekt. De bekentenis van de verdachte moet de doorslag geven. Als die bekentenis wordt gegeven dan is de kans groot dat het daderschap van de verdachte alleen uit zijn eigen bekentenis volgt.¹⁰⁸ Voorkomen moet worden dat de rechter een veroordeling baseert op een verklaring die mogelijk leugenachtig, door dwaling of door een geestelijke stoornis is afgelegd. Van groot belang is dat de feitenrechter zijn oordeel nader motiveert.¹⁰⁹

Het risico bestaat dat het OM een Mr. Big-methode inzet wanneer het overtuigd is dat de verdachte de dader is. De dure en tijdrovende methode wordt ingezet als het OM ervanuit gaat dat er een bekentenis komt. Er ontstaat een ‘guilty bias’ waarbij alles wat de verdachte zegt wordt geïnterpreteerd in termen van diens schuld.¹¹⁰ Voorbeelden van valse bekentnissen zijn er voldoende, denk aan Kees B. Ina Post, de twee van Putten, de Zes van Breda.

Ook moet onderzocht worden of de verdachte op een andere wijze op de hoogte kon zijn van de details van zijn verklaring.¹¹¹ Er moet sprake zijn van ‘sterke’ daderkennis.¹¹² Stel dat de verdachte in een eerder verhoor het politiedossier onder ogen heeft gehad, dan zijn specifieke details hem al bekend. Zodra de verdachte door middel van een Mr. Big-methode onder druk wordt gezet bestaat het risico dat hij de informatie die hij eerder in het politiedossier heeft gelezen in zijn bekentenis zal gebruiken.¹¹³ Sterke daderkennis is kennis die de politie niet heeft voordat de verdachte het vertelt.¹¹⁴ In de Kaatsheuvelzaak was daarom geen sprake van sterke daderkennis. De rechtbank toetste kennis die de verdachte eenvoudig uit het dossier of andere bronnen kon halen: *“Vervolgens heeft verdachte de volgende informatie over de moord op [Heidy] verstrekt. Hij heeft verteld dat hij met zijn*

¹⁰⁶ Rb. Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805.

¹⁰⁷ Nan, *BSb* 2021/4. P. 123.

¹⁰⁸ Van Koppen & Horselenberg, *Strafblad* 2018/19, p. 72.

¹⁰⁹ HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3472, *NJ* 2015/484, r.o. 2.3, HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2452, *NJ* 2010/515, r.o. 2.4.

¹¹⁰ Van Koppen & Horselenberg, *Strafblad* 2018/2, p. 72.

¹¹¹ T. Kooijmans, annotatie bij HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, *NJ* 2020/217, onder 4.

¹¹² Van Toor & Lestrade, *DD* 2020/11, p. 159.

¹¹³ Van Koppen & Horselenberg, *Strafblad* 2018/19, p. 66.

¹¹⁴ Van Koppen & Horselenberg, *Strafblad* 2018/19, p. 69.

*vrouw [Heidy] naar een feest van de carnavalsvereniging was geweest, dat hij eerder was weggegaan, dat hij zijn schoonvader, die op de kinderen paste, had afgelost en dat hij zijn vrouw in de tuin had staan opwachten.*¹¹⁵

Ook als de verklaring betrouwbaar wordt geacht, kan het zijn dat deze niet gebruikt mag worden omdat sprake is van schending van de verklaringsvrijheid. Datgene wat voortkomt uit het vormverzuim moet worden uitgesloten.¹¹⁶ Er moet een direct causaal verband zijn tussen het bewijsmateriaal en het vormverzuim. Een verklaring die niet gebruikt mag worden kan wel een bron zijn voor verder onderzoek en nieuw bewijs.¹¹⁷ Hierbij is van belang dat de rechter moet kunnen beoordelen wat er tijdens de Mr. Big-operatie is gezegd.

Dit betreft echter een knelpunt. Audio- of audiovisuele registratie is verplicht bij reguliere verhoren voor zwaardere delicten.¹¹⁸ Voor undercoveroperaties is dit niet verplicht, al oordeelt de rechter dat het een gemis is als audio- of audiovisuele opnamen ontbreken.¹¹⁹ De politie wil geen gebruik maken van audio- of audiovisuele registratie vanwege veiligheidsredenen en omdat ze bang is dat de gebruikte technieken openbaar worden.¹²⁰ Als het contact met de verdachte voorbij is, wordt een proces-verbaal opgesteld. Het risico dat hieraan kleef is dat daar te veel tijd tussen zit, waardoor de opsporingsambtenaar een situatie mogelijk anders registreert dan daadwerkelijk het geval was. Uit het onmiddellijkheidsbeginsel volgt dat het bewijs in de meest oorspronkelijke vorm aan de rechtbank moet worden voorgelegd, maar het komt ook voor dat verbalisanten samenvattingen maken van verhoren die hebben plaatsgevonden.¹²¹ De rechtbank Utrecht heeft in 2008 daarentegen bepaald dat het ontbreken van originele aantekeningen ertoe leidt dat de processen-verbaal niet als bewijs gebruikt mogen worden.¹²²

De verbaliseringsplicht vloeit voort uit artikel 152 Sv en verplicht de opsporingsambtenaar proces-verbaal op te maken voor de door hem verrichte opsporingsactiviteiten. Het proces-verbaal moet zo snel mogelijk opgesteld worden en bevat zowel het belastend als het ontlastend materiaal.¹²³ In de uitspraak van Ad K. was de bekentenis goed te horen, maar alles daaromheen niet. De audio-opnames waren van slechte kwaliteit, of ze ontbraken volledig.

In de Kaatsheuvelzaak en de Posbankzaak werd door de rechter te veel waarde gehecht aan de beperkte weergave in de verslaglegging, terwijl de verweren van de verdediging slechts minimaal gemotiveerd werden afgedaan.

¹¹⁵ Rb. Zeeland-West-Brabant 24 mei 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3060, r.o. 5.3.2.

¹¹⁶ *Kamerstukken II* 1993/94, 23075, 3, p. 25-26.

¹¹⁷ T. Kooijmans, annotatie bij HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, *NJ* 2020/217, onder 4.

¹¹⁸ Komter 2019, *DD* 2020/2, p. 6; zie ook, Aanwijzing auditief en audiovisueel registreren van verhoren van aangevers, getuigen en verdachten.

¹¹⁹ Rb. Zeeland-West-Brabant 21 februari 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:854, r.o. 4.4.

¹²⁰ Beijer e.a. 2004, p. 126.

¹²¹ Brinkhoff, *NTS* 2020/79, p. 267.

¹²² Rb. Utrecht 3 april 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BC8607, r.o. 2.2.4.

¹²³ *Kamerstukken II*, 1998/99, 26269, nrs. 4-5, p. 431.

Twee aspecten zijn dus van belang: in eerste instantie moet voorkomen worden dat de verdachte een valse bekentenis aflegt en ten tweede moet de verslaglegging zo compleet en betrouwbaar mogelijk zijn. Er zouden meer regels moeten komen over het moment van verbalisering.¹²⁴ Het toetsen van de betrouwbaarheid is bij het ontbreken van opnamen niet onmogelijk.¹²⁵ Van belang is dat het proces-verbaal zo snel mogelijk wordt opgesteld na contact met de verdachte, zo blijkt uit artikel 152 Sv. Brinkhoff pleit ervoor dat in dit proces-verbaal ook het tijdsbestek expliciet moet worden opgenomen.¹²⁶

2.5 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk zijn de bezwaren op toepassing van de Mr. Big-methode behandeld. Uit de Kaatsheuvelzaak en Posbankzaak blijkt dat drie onderwerpen centraal staan: de verklaringsvrijheid, betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal en de proportionaliteit en subsidiariteit. In beide uitspraken was te veel druk op de verdachte uitgeoefend waardoor hij in een feitelijke verhoorsituatie terecht kwam. Wanneer daarvan sprake is moeten de rechten van de verdachte met betrekking tot een eerlijk proces in acht worden genomen, maar dat was in beide gevallen niet mogelijk. Voorts is niet voldoende gemotiveerd dat het bewijs betrouwbaar is.

De mate van misleiding en (psychische) druk is in dit hoofdstuk nader geanalyseerd. De Mr. Big-methode duurt meestal langer dan drie maanden, er wordt veel misleiding toegepast en de Hoge Raad oordeelt dat de beloofde indiensttreding bij een fictieve (criminele) organisatie in ruil voor een bekentenis een te grote druk oplevert. De conclusie is dat vrijwel alle kenmerken van de Mr. Big-methode ertoe leiden dat de (psychische) druk op de verdachte te groot wordt.

Het komt vaak voor dat processen-verbaal geen goed inzicht geven over wat er precies is gezegd. Voor beoordeling van de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal heeft het de voorkeur dat audio- of audiovisuele opnamen worden gemaakt. Indien dat niet mogelijk is, moet het proces-verbaal in elk geval zo snel mogelijk na het contact met de verdachte worden opgemaakt.

¹²⁴ Brinkhoff, *NTS* 2020/79, p. 268.

¹²⁵ Rb. Zeeland-West-Brabant 21 februari 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:854.

¹²⁶ Brinkhoff, *NTS* 2020/79, p. 268.

3.1 Inleiding

Over ongeveer zes jaar treedt het gehele nieuwe Wetboek van Strafvordering in werking.¹²⁷ Dit hoofdstuk toont aan hoe de Mr. Big-methode in het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt geregeld. In 2017 verscheen een concept memorie van toelichting die erop wees dat de wetgever de Mr. Big-methode onder een ander artikel zou plaatsen, namelijk ‘infiltratie op een persoon’.¹²⁸ Deze bevoegdheid zou zijn omkleed met meer waarborgen, zoals toestemming van de rechter-commissaris.¹²⁹

In 2020 verscheen een nieuwe versie van de concept-memorie van toelichting. De wetgever heeft zich na de Kaatsheuvelzaak en de Posbankzaak bedacht en zal de Mr. Big-methode niet kwalificeren onder ‘infiltratie op een persoon’. De Mr. Big-methode zal in het nieuwe Wetboek van Strafvordering nog steeds worden toegepast op basis van stelselmatige inwinning van informatie.¹³⁰ De toets van de rechter-commissaris in de concept memorie van toelichting uit 2017 wordt geschrapt, ook voor toepassing van infiltratie.¹³¹

3.2 Infiltratie op een persoon

Infiltratie op een persoon zal in het nieuwe Wetboek van Strafvordering nog steeds tot een mogelijkheid behoren.¹³² Deze bevoegdheid onderscheidt zich van ‘stelselmatige inwinning van informatie’ omdat de opsporingsambtenaar strafbare feiten mag plegen. De wetgever omschrijft het als ‘samenwerking’ of ‘medewerking’ verlenen aan een persoon die strafbare feiten heeft gepleegd.¹³³ Hiermee wordt aansluiting gezocht bij het bestaande criterium van infiltratie, maar dan met de mogelijkheid dat het om één persoon kan gaan in plaats van een groep.

Met deze regeling wordt de mogelijkheid gecreëerd tot pseudo-verkoop.¹³⁴ Bij pseudo-verkoop verkoopt de opsporingsambtenaar een (illegaal) product aan een groep, waardoor hij geaccepteerd wordt binnen de groep. Deze bevoegdheid is alleen toegestaan in het kader van infiltratie in een groep en nu dus ook bij infiltratie op een persoon. De wetgever noemt als voorbeelden waarvoor de bevoegdheid kan worden toegepast, de ‘lone wolves’ die terroristische aanslagen willen plegen en mensen die zich schuldig maken aan het verspreiden van kinderporno.¹³⁵ Deze bevoegdheid is daarmee niet meer bedoeld voor de Mr. Big-methode.

¹²⁷ Verrest, *Strafblad* 2021/1, p. 3. Boek 7 en 8 zijn al in werking getreden. In de zesde voortgangsrapportage is uitgelegd dat voor het vinden van financiering de hoop is gevestigd op het volgende kabinet; zie ook, Kamerstukken II 2020/21, 29 279, nr. 625, p. 3 en nr. 637.

¹²⁸ Concept-MvT bij Boek 2 (ambtelijke versie februari 2017), p. 252-253.

¹²⁹ Concept-MvT bij Boek 2 (ambtelijke versie februari 2017), p. 250-251.

¹³⁰ Zie artikel 2.8.11 lid 2.

¹³¹ Zie artikel 2.8.12.

¹³² Zie artikel 2.8.12 lid 1.

¹³³ Concept-MvT (ambtelijke versie juli 2020), p. 510.

¹³⁴ Concept-MvT (ambtelijke versie juli 2020), p. 510.

¹³⁵ Concept-MvT (ambtelijke versie juli 2020), p. 511.

Dat de wetgever voornemens was om de Mr. Big-methode onder infiltratie te laten vallen, blijkt uit de voorbeelden in de concept-memorandum van toelichting uit 2017. Nadrukkelijk wordt gesproken over voorbeelden waarbij *“infiltranten gedurende een lange tijd met een verdachte hebben meegelopen. Er werd gebruikt gemaakt van undercover’s die in contact werden gebracht met de verdachten en vervolgens werden zakelijke relaties of vriendschappen gesloten met deze verdachten. De verdachten gingen soms werken voor de opsporingsambtenaren of voerden andere klusjes voor hen uit. Zo werd een vertrouwensband geschapen. Dit alles meestal met als doel om de verdachte te laten verklaren.”*¹³⁶ Deze omschrijving sluit aan bij de Mr. Big-methode. Uiteindelijk heeft de wetgever ervoor gekozen de Mr. Big-methode niet onder deze zwaardere wettelijke grondslag te laten vallen. De vraag is waarom de wetgever in 2020 van gedachte is veranderd. De Hoge Raad heeft zich in 2019 immers zeer kritisch uitgelaten over de Mr. Big-methode.

3.3 De nieuwe stelselmatige inwinning van informatie

Het tweede lid van artikel 2.8.11 zal de wettelijke grondslag vormen voor ‘stelselmatige inwinning van informatie’. Het eerste lid zal de bevoegdheid regelen zoals zij ooit bedoeld was. De opsporingsambtenaar mag deelnemen aan maatschappelijke verbanden waarin de verdachte zich verkeert. De opsporingsambtenaar mag informatie verwerven van de verdachte, diens vrienden, kennissen en familie. Van een verhoor mag volgens het artikel geen sprake zijn.

Speciaal voor de Mr. Big-methode is een tweede lid toegevoegd. Het tweede lid biedt ruimte voor een meer indringende vorm van ‘stelselmatige inwinning van informatie’. Dit lid is in het leven geroepen voor langdurige trajecten, waarbij informanten voor langere tijd met de verdachte meelopen.¹³⁷ De wetgever geeft een omschrijving van de Mr. Big-methode en noemt de methode ook bij naam. Er kan dus geen twijfel over bestaan dat dit artikel en dit lid voor de Mr. Big-methode is bedoeld.

De wetgever heeft het over undercover’s die in contact kwamen met de verdachte en vervolgens werden zakelijke relaties of vriendschappen gesloten. *“De verdachten gingen soms werken voor de opsporingsambtenaren of voerden andere klusjes voor hen uit. Zo werd een vertrouwensband geschapen. Dit alles met als doel waarheidsvinding waarbij de verdachte bewogen wordt te verklaren (deze methode is ook wel bekend als de Mr. Big-methode).”* Deze toelichting werd in 2017 nog gebruikt voor ‘infiltratie op een persoon’.¹³⁸

Dat de methode een aanzienlijke inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van betrokkene kan maken, wordt erkend. *“Sommige toepassingen van deze bevoegdheid kunnen zelfs worden gezien als de meest ingrijpende undercoveroperaties en het wringt dat hiervoor de lichtste wettelijke drempel geldt.”* De wetgever concludeert dat het huidige artikel 126j Sv onvoldoende wettelijke grondslag biedt voor opsporingsmethodes zoals de

¹³⁶ Concept-MvT bij Boek 2 (ambtelijke versie februari 2017), p. 252-253.

¹³⁷ Concept-MvT (ambtelijke versie juli 2020), p. 507.

¹³⁸ Concept-MvT bij Boek 2 (ambtelijke versie februari 2017), p. 252-253.

Mr. Big-methode. Artikel 2.8.11 lid 2 biedt volgens de wetgever blijkbaar wel een voldoende wettelijke grondslag, maar aan waarborgen lijkt het voorsnog te ontbreken.

3.3.1 Toepassingsvoorwaarden

Voor artikel 2.8.11 lid 2 geldt een zwaarder verdenkingscriterium dan voor lid 1. Sprake moet zijn van een verdenking van een delict waarop een gevangenisstraf staat van vier jaar of meer en misdrijven die gezien de aard of samenhang een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren.¹³⁹ Het gaat om twee cumulatieve voorwaarden.

Het vereiste van een gevangenisstraf van vier jaar of meer is een vervanging van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, zoals dat in het huidige Wetboek van Strafvordering staat.¹⁴⁰ Dit is geen zwaar vereiste, maar het is wel een verzwaaring ten opzichte van de huidige inwinning van informatie, waarvoor slechts sprake moet zijn van verdenking van een misdrijf.¹⁴¹

Een ernstige inbreuk op de rechtsorde is een zwaarder criterium. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het bijvoorbeeld gaat om mensenhandel, drugshandel, moord en ernstige fraude.¹⁴²

De inzet van de bevoegdheid moet kunnen bijdragen aan het onderzoek en moet voldoen aan proportionaliteit en subsidiariteit. De officier van justitie mag het bevel pas geven indien het belang van het onderzoek dit dringend vereist. De wetgever bedoelt hiermee dat deze formulering noopt tot een meer indringende toetsing aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.¹⁴³ Sprake moet zijn van een groot/gewichtig onderzoeksbelang. Het is aan de rechter om dit te toetsen en hij kan daarbij niet volstaan met het oordeel dat de officier van justitie in redelijkheid tot het standpunt heeft kunnen komen dat de dringende noodzaak tot inzet van de bevoegdheid aanwezig is.¹⁴⁴

Ook komen extra vereisten voor de opsporingsambtenaar die de bevoegdheid gaat uitvoeren. Tussen de bijzondere opsporingsdiensten en de Koninklijke Marechaussee wordt in overleg met de politie bepaald welke opsporingsambtenaren en militairen worden geselecteerd voor deze bevoegdheid.¹⁴⁵ Bij algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld ten aanzien van de eisen van bekwaamheid waarover de opsporingsambtenaren moeten beschikken.

¹³⁹ Concept-MvT (ambtelijke versie juli 2020), p. 507.

¹⁴⁰ Daarnaast wordt in de memorie van toelichting verwezen naar het nieuwe artikel 2.1.7, waarin staat dat een opsomming van lichtere misdrijven gelijk worden gesteld aan misdrijven waarop een gevangenisstraf van vier jaar of meer op staat.

¹⁴¹ Zie artikel 126J lid 1 Sv.

¹⁴² Kamerstukken // 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 25.

¹⁴³ Concept-MvT (ambtelijke versie juli 2020), p. 251.

¹⁴⁴ Concept-MvT (ambtelijke versie juli 2020), p. 251.

¹⁴⁵ Concept-MvT (ambtelijke versie juli 2020), p. 509.

De wetgever heeft bovenstaande strengere ingangseisen ingevoerd voor de Mr. Big-methode ten opzichte van de huidige regeling, maar de ingangseisen zijn niet het probleem. De Mr. Big-methode is een dure en tijdrovende methode. Het is niet te verwachten dat de methode wordt ingezet voor lichte vergrijpen. De problemen vinden plaats tijdens toepassing van de methode, namelijk het schenden van de verklaringsvrijheid.

De Mr. Big-methode komt voorts in aanmerking te worden aangewezen in de AMvB met bevoegdheden voor de inzet waarvan voorafgaande toestemming van het College van procureurs-generaal is vereist, maar zoals vermeld wordt van de machtiging van de rechter-commissaris afgezien. De vraag is of toestemming van het College van procureurs-generaal genoeg gaat zijn, aangezien het college onder het OM valt en hetzelfde doel nastreeft als de officier van justitie. Het College van procureurs-generaal vormt het bestuur van het OM en kan algemene en bijzondere aanwijzingen geven over de uitoefening van taken en bevoegdheden van het OM. Het College moet waken voor richtige opsporing en vervolging (artikel 8 en 140 Sv). Deze taken en bevoegdheden maakt dat het College dagelijks bemoeienis heeft met individuele strafzaken.¹⁴⁶ Het College neemt beslissingen inzake opsporingsbevoegdheden die maatschappelijk gevoelig liggen en laat zich daarbij adviseren door de Centrale Toetsingscommissie.

Het is de vraag of toestemming van College een voldoende waarborg is. Het College is onderdeel van het OM en de CTC bestaat uit leden van de politie en het OM. Is het College in staat een objectieve beoordeling te maken over de rechtmatigheid van inzet van undercoverbevoegdheden? De politie en het OM delen immers hetzelfde (opsporings)belang, waardoor een situatie ontstaat waarbij de slager zijn eigen vlees keurt.¹⁴⁷ Voorts blijkt uit het rapport van de Commissie Brouwer dat terughoudendheid bestaat in de informatieverstrekking van undercoveragenten aan gezagsdragers en vervolgens aan de CTC.¹⁴⁸ Bij gebrek aan gedegen informatie door undercoveragenten kan er ook geen objectief en betrouwbaar advies worden gegeven aan het College van procureurs-generaal.

3.3.2 Verklaringsvrijheid

De minister laat zien dat hij tegemoetkomt aan de geuite kritiek omtrent de Mr. Big-methode door een aparte regeling in het leven te roepen. De nieuwe regeling is ten opzichte van de voorgestelde regeling uit 2017 echter een flinke stap terug. De reden dat de minister op zijn voornemen is teruggekomen, zijn de uitspraken van de Hoge Raad in de Kaatsheuvelzaak en de Posbankzaak.¹⁴⁹ In de concept-memorie van toelichting uit 2020 verwijst de minister naar deze uitspraken en het gedeelte waarin de Hoge Raad aangeeft dat artikel 126j Sv niet een onvoldoende wettelijke grondslag is. In diezelfde uitspraken geeft de

¹⁴⁶ Advies conceptwetsvoorstel houdende een Wijziging van de Wet RO en de Wrra in verband met de samenstelling van het College van procureurs-generaal.

¹⁴⁷ Naber, *NJB* 2022/358, p. 425.

¹⁴⁸ *Rapport van de Commissie Brouwer 2021*

Uit het zicht, <https://www.politie.nl/nieuws/2021/november/17/00-uitkomsten-onderzoek-commissie-brouwer-bekend.html>, 2021.

¹⁴⁹ Crijns & Dubelaar, *AA* 2020/0748, p. 763.

Hoge Raad echter ook waarborgen die helpen bij de beoordeling van de verklaringenvrijheid, zoals de controle op de mate van (psychische) druk op de verdachte tijdens het traject en de toegepaste misleiding.¹⁵⁰ Voor de risico's rondom de Mr. Big-methode, zoals schending van de verklaringenvrijheid, de hoge mate van druk die op de verdachte wordt uitgeoefend en het ontbreken van verslaglegging, heeft de minister geen oplossingen aangedragen.¹⁵¹

In de concept-memorie van toelichting wordt geen aandacht besteed aan controlemogelijkheden voorafgaand en tijdens de inzet van de Mr. Big-methode. Het zou voorkeur hebben als de rechter-commissaris op zijn minst de eerder voorgestelde toetsingsrol zou vervullen in het voortraject.¹⁵² De rechter-commissaris is namelijk in tegenstelling tot de officier van justitie onafhankelijk en beter in staat objectief te oordelen of toepassing van de Mr. Big-methode noodzakelijk is. Echter, een voorafgaande toetsing van de rechter-commissaris is niet voldoende. Veel risico's, zoals schending van de verklaringenvrijheid, zullen zich tijdens het traject voordoen en daar kan niet van tevoren op geanticipeerd worden. Ook tijdens het traject zou een onafhankelijke toetsing moeten plaatsvinden. Ook deze taak zou bij de rechter-commissaris kunnen worden gelegd.¹⁵³ De rechter-commissaris moet zich in die gevallen de vraag stellen of en in hoeverre de bekende verklaring van de verdachte in vrijheid is afgelegd. Daarbij moet hij gebruik maken van de handvatten die door de Hoge Raad gegeven zijn. Ook voor de politie hoeft dit niet per se nadelig te zijn. Als de rechter-commissaris van oordeel is dat de verklaringenvrijheid geschonden wordt, kan het traject voortijdig beëindigd worden of aangepast, zonder dat de hele zaak in duigen valt.

3.4 Verslaglegging

Een ander probleem rondom de huidige toepassing van de Mr. Big-methode is dat de rechter de betrouwbaarheid van het materiaal vaak niet kan toetsen omdat de verslaglegging niet toereikend is. Dat verslaglegging in een proces-verbaal zo spoedig mogelijk moet plaatsvinden staat in artikel 152 Sv en wordt overgenomen in het nieuwe artikel 2.1.9 Sv.

Naast de algemene verbaleringsplicht bestaat in de huidige situatie ook een bijzondere verbaleringsplicht, zoals genoemd in artikel 126l Sv. Dit artikel bepaalt dat van vertrouwelijke communicatie binnen drie dagen proces-verbaal moet worden opgemaakt. In het Nieuwe Wetboek van Strafvordering komen bijzondere verbaleringsplichten te vervallen.¹⁵⁴ In de memorie van toelichting staat dat de bijzondere verbaleringsplichten naast de algemene verbaleringsplicht weinig toegevoegde waarde hebben, vooral in verband met de heimelijke bevoegdheden en bevoegdheden tot het vorderen van gegevens. Wanneer het onderzoek niet relevant is voor de in de strafzaak te nemen beslissing, mag van

¹⁵⁰ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, NJ 2020/217, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*), r.o. 5.2.2.

¹⁵¹ Lochs, AA 2021/0465, p. 468.

¹⁵² Crijns & Dubelaar, AA 2020/0748, p. 763.

¹⁵³ Crijns & Dubelaar, AA 2020/0748, p. 763.

¹⁵⁴ Concept-MvT (ambtelijke versie juli 2020), p. 257.

verbalisering worden afgezien. Als het wel van belang is dat de rechter iets moet toetsen, dan geldt de algemene verbaliseringsplicht. Deze algemene verbaliseringsplicht bepaalt dat zo snel mogelijk een proces-verbaal moet worden opgesteld.

De wetgever heeft voor wat betreft de bijzondere verbaliseringsplicht een kans laten liggen. De Hoge Raad heeft duidelijk aangegeven dat rondom de Mr. Big-methode vaak onvoldoende verslaglegging plaatsvindt. In plaats van het schrappen van de bijzondere verbaliseringsplicht, moet deze juist uitgebreid worden. De algemene verbaliseringsplicht bepaalt dat zo snel mogelijk verslag moet worden gemaakt, maar er geldt geen fatale termijn. Deze fatale termijn moet er wel zijn, zodat de betrouwbaarheid gewaarborgd blijft. Hoe meer tijd er zit tussen het proces-verbaal en wat de opsporingsambtenaar zich herinnert, hoe groter de kans dat informatie verloren raakt. Voor de Mr. Big-methode zou die termijn juist korter moeten zijn dan drie dagen. Het zou de betrouwbaarheid ten goede doen als binnen 24 uur een proces-verbaal wordt opgesteld.

Ook wordt gekeken naar de mogelijkheden voor auditieve en audiovisuele opnamen, ter aanvulling of vervanging van het schriftelijkheidsvereiste, maar dit gaat niet specifiek over bijzondere opsporingsmethoden. Wellicht dat er nog nadere regelgeving komt in de AMvB, maar de wetgever had zelf ook regelgeving kunnen maken over verslaglegging en een eventuele verplichting voor het gebruik van auditieve of audiovisuele opnamen over 'verhoren' met de verdachte tijdens een Mr. Big-methode.¹⁵⁵ Als de rechter de betrouwbaarheid niet kan toetsen, moet het bewijs immers uitgesloten worden.

3.5 Tussenconclusie

In de concept-memorie van toelichting uit 2017 heeft de wetgever de suggestie gewekt dat de Mr. Big-methode onder 'infiltratie op een persoon' zou vallen. Voor toepassing zou toestemming van de rechter-commissaris vereist zijn, maar in de tussentijd is dat veranderd. Het ziet ernaar uit dat de wetgever zich heeft laten geruststellen door een uitspraak van de Hoge Raad waarin de Hoge Raad zegt dat problemen rondom de Mr. Big-methode niet zijn gelegen in de legaliteit. Dat legaliteit niet de kern van het probleem is, betekent echter niet dat de wetgever via wettelijke regelingen waarborgen en oplossingen kan creëren.

Via de concept-memorie van toelichting uit 2020 is besloten dat de Mr. Big-methode nog steeds op grond van 'stelselmatige inwinning van informatie' moet worden toegepast. Aan 'stelselmatige inwinning van informatie' wordt een tweede lid toegevoegd met zwaardere toepassingsvoorwaarden voor de Mr. Big-methode. Aan waarborgen omtrent de verklaringsvrijheid lijkt het vooralsnog te ontbreken. Er komen aanvullende eisen voor de opsporingsambtenaar die de bevoegdheid uitoefent, maar specifieke waarborgen om de mate van druk of de mate van misleiding te beperken zijn er niet.

Tot slot: in de concept-memorie van toelichting uit 2020 is niet specifiek iets opgenomen over de verslaglegging tijdens de Mr. Big-methode, terwijl dit door de Hoge Raad wel als een probleem is benoemd.

¹⁵⁵ Concept-MvT (ambtelijke versie juli 2020), p. 279.

4.1 Inleiding

In dit laatste hoofdstuk wordt getoetst of in Nederland de Mr. Big-methode nog kan worden toegepast en of dat op een wijze kan waardoor het recht op een eerlijk proces van verdachten niet geschonden wordt. Voor die afweging wordt ook gekeken vanuit de positie van de politie en de positieve aspecten die zij van de Mr. Big-methode ondervindt. De deelvraag die in dit hoofdstuk wordt beantwoord luidt: in welke mate gaat de wettelijke grondslag van de Mr. Big-methode in het nieuwe Wetboek van Strafvordering zorgen voor voldoende waarborgen die in de praktijk kunnen worden nageleefd?

4.2 Voordelen van de Mr. Big-methode

Het inzetten van een ‘SI-traject’ vindt zijn rechtvaardiging in het grote maatschappelijke belang dat is gediend bij het oplossen van misdrijven die een ernstige inbreuk hebben gemaakt op de rechtsorde en waar regulier openlijk onderzoek te weinig resultaat heeft geboden.¹⁵⁶ Het grote pluspunt van de Mr. Big-methode is dat ‘cold cases’ alsnog opgelost kunnen worden, waarin dat in een eerder regulier onderzoek niet gelukt is.¹⁵⁷ De vraag is hoeveel in hoeveel zaken daadwerkelijk een dader wordt gevonden. Elk jaar worden tientallen undercovertrajecten in gang gezet. Tussen 2014 en 2016 kwamen undercoveragenten in totaal 189 keer in actie.¹⁵⁸ Er is niet bekend hoeveel van die trajecten bestaan uit de Mr. Big-methode.

Een ander voordeel betreft de wettelijke grondslag. Vóór het ontstaan van de Wet BOB was er geen wettelijke grondslag voor undercovertrajecten. De Commissie-Van Traa constateerde dat sprake was van een crisis in de opsporing. In het vooronderzoek gebruikte de politie diverse methoden waarvoor geen wettelijke bevoegdheid was gegeven, terwijl inbreuk werd gemaakt op fundamentele rechten van burgers, zoals privacy.¹⁵⁹ Er ontstonden onzichtbare politietrajecten die zich onttrokken aan controlemechanismen uit het Wetboek van Strafvordering en die niet voldeden aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.¹⁶⁰

Het was de taak van de wetgever wettelijke bevoegdheden te creëren en aan te geven onder welke omstandigheden deze mogen worden gehanteerd. De wettelijke bepalingen moesten helder zijn en geen ruimte laten voor interpretaties die het doel – de regulering van en controle op het politieoptreden – weer tenietdoen.¹⁶¹ Verwacht werd dat de Wet BOB een grote effectiviteit in de bestrijding van georganiseerde criminaliteit zou

¹⁵⁶ Overweging van het hof zoals geciteerd in HR 17 december 2019, ECLI: NL:HR:2019:1982, *NJ* 2020/216, m.nt. T. Kooijmans (*Kaatsheuvelzaak*) r.o. 3.2.2.

¹⁵⁷ Beijer e.a. 2004, p. 102; zie ook, Van Toor, *Strafblad* 2019, p. 42.

¹⁵⁸ Publicatie van Voskuil in het Algemeen Dagblad uit 2019.

¹⁵⁹ Buiten, *DD* 2016/10, p. 132.

¹⁶⁰ Beijer e.a. 2004, p. 247.

¹⁶¹ Beijer e.a. 2004, p. 253.

opleveren.¹⁶² Ook werden voordelige consequenties verwacht voor de controleerbaarheid en transparantie.¹⁶³ Door het ruimere opsporingsbegrip valt de proactieve fase onder het gezag van de officier van justitie en geldt een verbaliseringsplicht op grond van artikel 152 Sv.

Inmiddels blijkt dat de huidige wettelijke grondslag voor stelselmatige inwinning van informatie niet tot het gewenste resultaat heeft geleid. De wettelijke grondslag voor undercoveroperaties wordt gebruikt voor een methode die daar niet voor bedoeld is.

4.2.1 Positie van de opsporingsambtenaar

De politie krijgt het verwijt dat de verslaglegging vaak onvoldoende is, waardoor niet kan worden beoordeeld of het bewijs rechtmatig is verkregen en betrouwbaar is.¹⁶⁴ Een oplossing zou kunnen zijn dat undercoveragenten gebruik maken van opnameapparatuur.

In de podcast 'Grijs gebied' spreekt Marjolein Smit zich uit namens de politie. Volgens Smit worden soms geen opnamen gemaakt vanwege tijdsdruk, veiligheid en extra werk achteraf. Alles wat wordt opgenomen moet namelijk ook teruggeluisterd en uitgetypt worden. Dat laatste punt betreft voor mij een onbegrijpelijke redenatie. Een Mr. Big-methode kost al veel tijd en geld. Door de gesprekken niet op te nemen kan de rechter het bewijsmateriaal niet beoordelen, waardoor het niet gebruikt mag worden. Als het bewijs wordt uitgesloten is de hele operatie voor niks geweest. Opnamen zijn daarom essentieel om tot een veroordeling te komen.

Opnameapparatuur zou volgens het OM ook risico's met zich meebrengen voor de undercoveragenten. Deze risico's hebben betrekking op de integriteit, fysieke veiligheid en het psychisch welzijn van de undercoveragenten.¹⁶⁵ De fysieke veiligheid kan in het geding komen als de ware identiteit van de undercoveragent bekend wordt bij de verdachte.

De fysieke veiligheid van de undercoveragent is een belangrijk argument om geen opnameapparatuur te gebruiken, maar de fysieke veiligheid kan juist worden beschermd door middel van 'rugdekking' op specifieke momenten.¹⁶⁶ Per geval zou bekeken kunnen worden hoe hoog het risico zal zijn. Brinkhoff benoemt dat uit een Utrechtse zaak blijkt dat undercover's juist omwille van hun veiligheid een live-verbinding hadden met hun collega's.¹⁶⁷ In het buitenland worden ook opnames gemaakt tijdens undercoveroperaties.

Voorts blijkt uit recent onderzoek dat vooral het psychisch welzijn van undercoveragenten een probleem is.¹⁶⁸ Undercoveragenten moeten liegen en bedriegen, ze kunnen

¹⁶² Beijer e.a. 2004, p. 33.

¹⁶³ Beijer e.a. 2004, p. 32.

¹⁶⁴ Van Koppen & Horselenberg, *Strafblad* 2018/19, p. 74.

¹⁶⁵ Kruisbergen & De Jong, *NJB* 2010/282, p. 345.

¹⁶⁶ Kruisbergen & De Jong, *NJB* 2010/282, p. 345.

¹⁶⁷ Brinkhoff, *NTS* 2020/79, p. 268.

¹⁶⁸ *Rapport van de Commissie Brouwer* 2021

Uit het zicht, <https://www.politie.nl/nieuws/2021/november/17/00-uitkomsten-onderzoek-commissie-brouwer-bekend.html>, 2021.

gezondheidsklachten krijgen als gevolg van stress en angst. Zo is er soms sprake van het undercover Stockholmsyndroom, waarvan sprake is als de relatie met de verdachte te hecht wordt.¹⁶⁹ Het OM zou meer zicht moeten hebben over wat er precies gebeurt tijdens een undercovertraject, ook voor het welzijn van de eigen opsporingsambtenaren. Opnameapparatuur zou daarbij kunnen helpen.

Het laatste argument dat wordt genoemd om geen gebruik te maken van opnameapparatuur, is dat de gebruikte methoden tijdens een Mr. Big-operatie openbaar worden. Bepaalde technieken kunnen daarna niet meer gebruikt worden.¹⁷⁰ De vraag is in hoeverre dit argument opweegt tegen het gebrek aan transparantie.

Tot slot verklaart de politie dat de Mr. Big-methode niet alleen gebruikt wordt om een bekentenis te ontwingen, maar ook om te achterhalen of iemand onschuldig is.¹⁷¹ De praktijk leert ons anders. In de Kaatsheuvelzaak bleef de verdachte ontkennen. Zelfs tegenover Mr. Big bleef de verdachte in eerste instantie ontkennen. Hij verliet huilend de villa en stapte in de taxi.¹⁷² Daarna keerde hij terug om alsnog te bekennen.

4.3 Effect juridische normering

In deze paragraaf wordt de balans opgemaakt tussen de bestaande problemen van de Mr. Big-methode en de toekomstige waarborgen. In hoofdstuk twee is omschreven hoe de verklaringsvrijheid van verdachten geschonden wordt door de Mr. Big-methode. De factoren die tijdens een Mr. Big-methode een grote rol spelen bij schending van de verklaringsvrijheid zijn de mate van (psychische) druk, de mate van toegepaste misleiding op de verdachte en het ontbreken van verslaglegging. Hoe gaat de wetgever de verklaringsvrijheid van de verdachte beschermen?

Nieuwe juridische normering - Zoals in hoofdstuk drie beschreven, moet er sprake zijn van een verdenking van een delict waar een gevangenisstraf van vier jaar of meer op staat en dat een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert.¹⁷³ Daarmee is sprake van een cumulatieve voorwaarde. De toepassingsvoorwaarden voor de Mr. Big-methode worden hiermee strenger ten opzichte van de huidige toepassingsvoorwaarden.

Alle opsporingsambtenaren die de bevoegdheid tot infiltratie en stelselmatige inwinning van informatie uitoefenen, moeten voldoen aan bij algemene maatregel van bestuur gestelde regels ten aanzien van de eisen van bekwaamheid.¹⁷⁴ Tussen de bijzondere

¹⁶⁹ Kruisbergen & De Jong *NJB* 2010/282, p. 345.

¹⁷⁰ Beijer e.a. 2004, p. 126.

¹⁷¹ Volkskrant-journalist Elsbeth Stoker in de podcast: 'Grijs gebied'.

¹⁷² HR 17 december 2019, ECLI: NL:HR:2019:1982, *NJ* 2020/216, m.nt. T. Kooijmans (*Kaatsheuvelzaak*) r.o. 3.2.1.

¹⁷³ Concept-MvT (ambtelijke versie juli 2020), p. 507.

¹⁷⁴ Concept-MvT (ambtelijke versie juli 2020), p. 507.

opsporingsdiensten en de Koninklijke Marechaussee wordt in overleg met de politie bepaald welke opsporingsambtenaren en militairen worden geselecteerd voor deze bevoegdheid.¹⁷⁵

Bij algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld over hoe stelselmatige inwinning van informatie moet worden uitgeoefend.¹⁷⁶ Wat in de AMvB komt te staan is nog niet bekend. Voorts komt de Mr. Big-methode in aanmerking te worden aangewezen in de AMvB met bevoegdheden waarvoor voorafgaande toestemming van het College van procureurs-generaal is vereist.

Een bevel tot uitvoering kan worden gegeven aan een opsporingsambtenaar uit de WOD Unit, maar ook aan een reguliere opsporingsambtenaar. De undercoveragenten moeten alles vastleggen in een verslag of journaal waar proces-verbaal van moet worden opgemaakt. Uit arresten blijkt echter dat dit in de huidige situatie niet goed gaat.

Effect nieuwe juridische normering – Dat de Mr. Big-Methode een zwaar middel is, erkent de wetgever. De wetgever heeft ervoor gekozen enkele toepassingsvoorwaarden te introduceren. Het probleem van de Mr. Big-Methode ligt er echter niet in dat de methode wordt ingezet voor lichte misdrijven. De wetgever heeft geen waarborgen gecreëerd die de rechten van de verdachte beschermen tijdens uitvoering van de Mr. Big-methode. De inzet van de bevoegdheid komt in aanmerking te worden aangewezen in de AMvB met bevoegdheden waarvan voorafgaande toestemming van het College van procureurs-generaal is vereist.¹⁷⁷ De vraag is of het College van procureurs-generaal daadwerkelijk een objectieve beoordeling kan maken aangezien dit college het bestuur vormt van het OM.¹⁷⁸ Het College laat zich adviseren door de Centrale Toetsingscommissie, maar deze commissie laat haar advies baseren op grond van informatie van undercoveragenten. Uit het rapport van de Commissie Brouwer blijkt dat undercoveragenten terughoudend zijn in het verstrekken van informatie aan de Centrale Toetsingscommissie.

In de concept-memorie van toelichting wordt voornamelijk gesproken over de opsporingsambtenaren die de bevoegdheid mogen uitvoeren. Over eventuele waarborgen die de verklaringsvrijheid van de verdachte moeten waarborgen of over de verslaglegging wordt niks gezegd. Ergo, de bijzondere verbaliseringsplicht komt te vervallen, terwijl hier juist mogelijkheden liggen om hogere eisen te stellen aan de verbalisering tijdens undercovertrajecten. Overigens wordt in de memorie van toelichting wel benoemd dat nadere regelgeving in de AMvB komt te staan. Wat in de AMvB komt te staan, is nog niet duidelijk. Daarom moet vooralsnog de conclusie worden getrokken dat de voorgestelde regeling van de wetgever weinig verschil gaat maken om de verklaringsvrijheid van de verdachte te waarborgen tijdens een Mr. Big-methode.

¹⁷⁵ Concept-MvT (ambtelijke versie juli 2020), p. 509.

¹⁷⁶ Concept-MvT (ambtelijke versie juli 2020), p. 507.

¹⁷⁷ Concept-MvT (ambtelijke versie juli 2020), p. 507.

¹⁷⁸ Zie § 3.3.1.

Als de Mr. Big-methode toegepast blijft worden, zou dat op een andere manier dienen te geschieden. In elk geval moeten opsporingsambtenaren zich terughoudender opstellen. Onder 'Aanbevelingen' wordt aangegeven waar de grenzen liggen en hoe de Mr. Big-methode daarbinnen een plaats kan hebben.

4.4 Tussenconclusie

Factoren die tijdens een Mr. Big-methode een grote rol spelen bij schending van de verklaringsvrijheid zijn de mate van (psychische) druk en de mate van toegepaste misleiding op de verdachte. Voorts is een groot probleem dat de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal niet getoetst kan worden vanwege slechte verslaglegging.

De wetgever heeft de Mr. Big-methode in het nieuwe Wetboek van Strafvordering gereguleerd. In de concept memorie van toelichting gaat de wetgever echter voornamelijk in op de undercoveragenten die de bevoegdheden mogen uitvoeren. Wellicht gaat de wetgever ervan uit dat de juiste persoon kan zorgen voor een juiste toepassing van de Mr. Big-methode. Of wellicht worden specifieke waarborgen ter bescherming van de rechten van verdachten bewaard voor de AMvB. De grondrechten van de verdachten en de bescherming daarvan worden in de concept memorie van toelichting niet behandeld. Vooralsnog rest geen andere conclusie dan dat de Mr. Big-methode in het nieuwe Wetboek van Strafvordering niet gaat zorgen voor voldoende waarborgen ter bescherming van de verklaringsvrijheid van de verdachte.

De risico's die de Mr. Big-methode met zich meebrengt worden naar verwachting niet verholpen door de voorgestelde wettelijke regeling van de minister. Hieronder is per punt omschreven hoe de Mr. Big-methode in de toekomst nog wel toegepast zou kunnen worden, zonder dat de verklaringsvrijheid wordt geschonden.

1. Toestemming van de rechter-commissaris moet vereist zijn. Het bevel moet komen van de officier van justitie en vervolgens moet de rechter-commissaris een machtiging verlenen. De rechter-commissaris moet zich laten adviseren door de Centrale Toetsingscommissie. Proportionaliteit en subsidiariteit moet worden getoetst. Bij de toetsing moet ook de te verwachten aard en intensiteit, de mate van druk op de verdachte en de voorgenomen handelingen van de undercoveragent in behandeling worden genomen.

Van belang is dat tussentijds controles plaatsvinden. Stelselmatige inwinning van informatie heeft een geldigheidsduur van drie maanden, welke vervolgens telkens met drie maanden verlengd kan worden. Na elke drie maanden moet de rechter-commissaris een oordeel geven over de gang van zaken. De Centrale Toetsingscommissie of een andere onafhankelijk instantie moet de controle uitvoeren, op voorwaarde dat de CTC betrouwbare informatie ontvangt van de undercoveragenten. De CTC kan pas een advies geven zodra binnen het WOD-team geen angstcultuur heerst. Undercoveragenten moeten zonder consequenties informatie kunnen verstrekken aan de CTC.

Getoetst moet worden of de methode een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer oplevert en in hoeverre een te verwachte bekentenis in vrijheid kan worden afgelegd. Als grenzen overschreden worden, moet het traject worden stopgezet.

2. Vaak is er een gebrek aan audio of visuele opnamen. Bij het ontbreken van opnamen kan niet worden vastgesteld hoe 'spontaan' de verdachte bepaalde informatie heeft gedeeld.¹⁷⁹ Rechters moeten het doen met processen-verbaal die soms pas lange tijd na een gesprek met de verdachte zijn opgesteld. De controleerbaarheid moet verbeterd worden. Een bijzondere verbaliseringsplicht moet ervoor zorgen dat onderlinge contacten in een undercoveroperatie zo nauwkeurig mogelijk worden vastgelegd. Communicatie waar de rechter over moet oordelen moet auditief of audiovisueel worden vastgelegd. Waar dat niet kan moet zo snel mogelijk en uiterlijk binnen 24 uur een proces-verbaal worden opgesteld.

In de concept-memorie van toelichting van het nieuwe Wetboek van Strafvordering is een artikel opgenomen waarin staat dat bij algemene maatregel van bestuur regels

¹⁷⁹ Crijns & Dubelaar, AA 2020/0748, p. 759.

kunnen worden opgesteld voor het maken van opnamen van het verhoor.¹⁸⁰ Uit de Aanwijzing inzake auditief en audiovisueel registreren van verhoren geldt al een verplichting tot het opnemen van reguliere verhoren van aangevers, getuigen en verdachten. In de algemene maatregel van bestuur zal ook een specifieke verplichting moeten komen voor de Mr. Big-methode.

3. Over de specifieke kenmerken van de Mr. Big-methode heeft de Hoge Raad geoordeeld dat deze een schending opleveren van de verklaringenvrijheid. In de Posbankzaak oordeelt de Hoge Raad dat door samenstel van omstandigheden de verdachte in een feitelijke verhoorsituatie terecht kwam door: de gedane betalingen; in het vooruitzicht gestelde beloning; de verdachte met de zaak te confronteren en hem daarbij de voordelen van bekennen en de nadelen van ontkennen voor te houden. De methode moet daarom op een andere manier worden toegepast.

Undercoveragenten moeten terughoudend handelen. Een Mr. Big-operatie kost veel geld en tijd en daarom is in de huidige situatie de druk voor undercoveragenten te groot om een bekentenis te verkrijgen. Terughoudendheid van de opsporingsambtenaren zal in de toekomst moeten bijdragen aan bescherming van de verklaringenvrijheid. Ook dit moet meegenomen in de toets van de Centrale Toetsingscommissie.

Undercoveragenten mogen niet te veel valse informatie verstrekken. Dit wordt ook door de Hoge Raad benoemd in de Kaatsheuvelzaak. Undercoveragenten moeten zich niet laten leiden door het streven naar een bekentenis, maar er moet objectief bewijs worden verkregen. De rechter-commissaris en de Centrale Toetsingscommissie moeten de grens bepalen tussen de minimale en maximale uit te oefenen druk. Passief afwachten totdat de verdachte een bekentenis aflegt gaat immers niet tot resultaat leiden, maar te veel druk leidt tot een valse bekentenis.

¹⁸⁰ Artikel 2.3.2

CONCLUSIE

Tijdens het schrijven van deze scriptie kwamen undercoveroperaties veelvuldig in het nieuws. In een gepubliceerd rapport van de Commissie Brouwer werd gesteld dat er een gebrek is aan professionaliteit en dat binnen de WOD-unit onvoldoende waarborgen zijn voor het beschermen van de integriteit en het mentale welzijn van de medewerkers. De politiek heeft zich vervolgens ook gebogen over dit rapport. In een debat op 8 februari jl. heeft minister Yeşilgöz (Justitie en Veiligheid) haar zorgen geuit over de afdeling bij de politie die verantwoordelijk is voor undercoveroperaties.

Als zelfs geen aandacht is voor het welzijn van de eigen werknemers van de WOD-unit, hoeveel prioriteit zullen de waarborgen voor de rechten van verdachten dan hebben?

Ook heeft het gerechtshof in Den Haag opnieuw uitspraak gedaan inzake de Kaatsheuvelzaak. Ditmaal is Wim S. vrijgesproken van de moord op zijn partner Heidi Goedhart in 2010. Wim S. heeft een bekentenis afgelegd, maar het hof kan niet controleren of de politie het undercovertraject zorgvuldig heeft uitgevoerd en of Wim S. uit vrije wil een bekentenis heeft afgelegd.

In deze scriptie is onderzocht hoe de Mr. Big-methode in Nederland wordt toegepast en of de methode in de toekomst nog kan worden toegepast zonder rechten van verdachten te schenden. De centrale vraag is: *worden artikel 6 en 8 EVRM geschonden bij toepassing van de Mr. Big-methode en welke waarborgen biedt Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering om deze schendingen te voorkomen?*

De wet kent drie undercoverbevoegdheden: het stelselmatig inwinnen van informatie, pseudokoop of -dienstverlening en infiltratie. Infiltratie is de zwaarste bevoegdheid en kan alleen worden toegepast bij een groep. De Mr. Big-methode wordt toegepast op grond van stelselmatige inwinning van informatie. Dit is de minst zware undercoverbevoegdheid en heeft als kenmerk dat de opsporingsambtenaar deelneemt aan de legale wereld rondom de verdachte. De wetgever heeft bij de totstandkoming van de Wet BOB geen rekening gehouden met de Mr. Big-methode. Deze nam haar toetreding in Nederland pas na inwerkingtreding van de Wet BOB. De vraag is of stelselmatige inwinning van informatie een goede wettelijke basis is om de ingrijpende Mr. Big-methode uit te voeren. Er wordt immers een totaal fictieve criminele wereld geconstrueerd rondom de verdachte. Dit gaat veel verder dan slechts een lidmaatschap van een sportclub en de oren en ogen openhouden. Als gevolg daarvan wordt het recht op privéleven op grond van artikel 8 EVRM geschonden. Ook wordt het recht op een eerlijk proces op grond van artikel 6 EVRM geschonden. Te veel druk wordt op de verdachte uitgeoefend waardoor hij in een feitelijke verhoorsituatie terechtkomt. Wanneer daarvan sprake is moeten de rechten van de verdachte met betrekking tot een eerlijk proces in acht worden genomen, maar dat is niet mogelijk.

De twee belangrijkste uitspraken inzake de Mr. Big-methode – de Kaatsheuvelzaak en de Posbankzaak – zijn geanalyseerd en daaruit blijkt dat drie onderwerpen centraal staan: de

verklaringsvrijheid, de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal en de proportionaliteit en subsidiariteit.

Vrijwel alle kenmerken van de Mr. Big-methode leiden ertoe dat de (psychische) druk op de verdachte te groot wordt. De methode duurt meestal langer dan drie maanden, er wordt te veel misleiding toegepast en de Hoge Raad oordeelt dat de beloofde indiensttreding bij een fictieve (criminele) organisatie in ruil voor een bekentenis een te grote druk oplevert. Voor beoordeling van de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal moet de rechter het doen met processen-verbaal die geen goed inzicht geven over wat er precies is gezegd. De politie wil vaak geen gebruik maken van opnameapparatuur. De vraag is of de Mr. Big-methode in Nederland nog kan worden toegepast en welke bijdrage de nieuwe wettelijke regeling levert.

In de concept-memorie van toelichting uit 2017 heeft de wetgever de suggestie gewekt dat de Mr. Big-methode onder 'infiltratie op een persoon' zou vallen. Voor toepassing zou toestemming van de rechter-commissaris vereist zijn. Inmiddels is dat veranderd en heeft de wetgever ervoor gekozen de Mr. Big-methode onder een minder zware wettelijke grondslag te plaatsen met minder waarborgen. De wetgever heeft zich laten geruststellen door de Kaatsheuvel-uitspraak waarin staat dat problemen rondom de Mr. Big-methode niet zijn gelegen in de legaliteit. Dat legaliteit niet de kern van het probleem is, betekent echter niet dat de wetgever niet via wettelijke regelingen waarborgen en oplossingen kan creëren. Dit heeft de wetgever tot op heden niet gedaan.

Met de concept-memorie van toelichting uit 2020 is besloten dat de Mr. Big-methode nog steeds op grond van 'stelselmatige inwinning van informatie' moet worden toegepast. Aan 'stelselmatige inwinning van informatie' wordt een tweede lid toegevoegd met een zwaardere variant voor de Mr. Big-methode. Aan waarborgen omtrent de verklaringsvrijheid lijkt het vooralsnog te ontbreken. De inzet van de bevoegdheid komt in aanmerking te worden aangewezen als een bevoegdheid waarvoor voorafgaande toestemming van het College van procureurs-generaal is vereist. Het College vormt echter het bestuur van het OM; de vraag dringt zich op of het College de juiste instantie is om een objectieve beoordeling te kunnen maken. Voorts komen er aanvullende eisen voor de opsporingsambtenaar die de bevoegdheid uitoefent, maar specifieke waarborgen om de mate van druk te beperken zijn er niet.

Het antwoord op de centrale vraag moet luiden dat door de Mr. Big-methode de rechten van een verdachte op een eerlijk proces worden geschonden, maar dat geldt ook voor andere fundamentele grondrechten, zoals het recht op privéleven. De nieuwe juridische normering van de Mr. Big-methode gaat nauwelijks verschil maken voor de rechten van verdachten. Er wordt niks gezegd over eventuele waarborgen die de verklaringsvrijheid van de verdachte moeten garanderen of over de verslaglegging. Ergo, de bijzondere verbaliseringsplicht komt te vervallen, terwijl hier juist mogelijkheden liggen om hogere eisen te stellen aan de verbalisering tijdens undercovertrajecten. Als de Mr. Big-methode toegepast blijft worden, zou dat op een andere manier dienen te geschieden. In elk geval zouden opsporingsambtenaren zich terughoudender moeten opstellen.

Onder 'Aanbevelingen' wordt aangegeven waar de grenzen liggen en hoe de Mr. Big-methode daarbinnen een plaats kan hebben.

1. Toestemming van de rechter-commissaris moet een vereiste zijn. Van belang is dat tussentijds controles plaatsvinden.
2. Een bijzondere verbaliseringsplicht moet ervoor zorgen dat onderlinge contacten in een undercoveroperatie zo nauwkeurig mogelijk worden vastgelegd. Communicatie waar de rechter over moet oordelen moet auditief of audiovisueel worden vastgelegd. Waar dat niet kan moet zo snel mogelijk en uiterlijk binnen 24 uur een proces-verbaal worden opgesteld.
3. De methode moet op een andere manier worden toegepast. Undercoveragenten moeten terughoudend handelen. De undercoveragenten moeten zich niet laten leiden door het streven naar een bekentenis, maar er moet objectief bewijs worden verkregen. De rechter-commissaris en de Centrale Toetsingscommissie moeten de grens bepalen tussen de minimale en maximale uit te oefenen druk.

BRONNENLIJST

Literatuur

Rapporten/ onderzoeken

A. Beijer, R.J. Bokhorst, M. Boone, C.H. Brants en J.M.W. Lindeman, *De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden: eindevaluatie*, Den Haag: *BJU* 2004.

Rapport van de commissie Brouwer 2021

Uit het zicht, <https://www.politie.nl/nieuws/2021/november/17/00-uitkomsten-onderzoek-commissie-brouwer-bekend.html>, 2021.

Rapport Commissie-Koops 2018

Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, s.l. 2018.

E.W. Kruisbergen & D. de Jong, *Opsporen onder Dekmantel: regulering, uitvoering en resultaten van undercovertrajecten*, Den Haag: *BJu* 2010/282.

Boeken

Corstens & Borgers & Kooijmans 2018

G.J.M. Corstens & M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Tijdschriften

Buiten, *DD* 2016/10

N. van Buiten, "De modernisering van de Wet BOB – Herinneren we ons de IRT-affaire nog?", *DD* 2016/10, p. 130-144

Brinkhoff, *NTS* 2020/79

S. Brinkhoff, "De stelselmatige informatie-inwinning van artikel 126j Sv: transparantie als noodzakelijke voorwaarde voor een effectieve rechtmatigheids- en betrouwbaarheidstoets", *NTS* 2020/79, p. 262-269.

Crijns & Dubelaar, *AA* 2020/0748

J. Crijns & M. Dubelaar, "Mr. Big een maatje te groot voor Nederland?", *AA* 2020/0748, p. 748-764.

Smith & Stinson & Partry, *PPPAL* 2009/3

S.M. Smith, V. Stinson & M.W. Patry, 'Using the "Mr. Big" technique to elicit confessions: Successful innovation or dangerous development in the Canadian legal system', *Psychology Public Policy and Law* (15) 2009/3, p. 168-193.

Ganzeboom, *DD* 2019/52

C. Ganzeboom, "De Mr. Big-methode: een uitzondering op het zwijgrecht?" *DD* 2019, afl 52, p. 664-668.

Komter 2019, *DD* 2020/2

M.L. Komter, 'De verschriftelijking van verdachtenverhoren', *Delikt en Delinkwent* 2020/2, p. 6-20

Van Koppen & Horselenberg, *Strafblad* 2018

P.J. van Koppen & R. Horselenberg, 'Van toneelspelende politiemensen en onwetende verdachten die bekennen tegen Mr. Big', *Strafblad* mei 2018/19, p. 63-75.

Kruisbergen, *Strafblad* 2018/4

E.W. Kruisbergen, 'De inzet van Mr Big en andere undercovertechnieken - Pleidooi voor een meer open en genuanceerd debat', *Strafblad* 2018/4. P. 40-49.

Ligthart, *RMThemis* 2019

S.L.T.J. Ligthart, 'Het criterium van stelselmatigheid in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering: redelijke voorzienbaarheid als voorwaarde voor meer dan geringe en ingrijpende privacyinbreuken?', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2019/5, p. 195-202

Lochs, *AA* 2021/0465

M. Lochs, "OVER KROONGETUIGEN, CRIMINELE BURGERINFILTRANTEN EN MR. BIG, Het blijvende belang van waarborgen in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit", *AA* 2021/0465, p. 265-269.

Naber, *NJB* 2022/358

S. Naber, 'Controle op de bevoegdheid tot infiltratie en het moderniseringstraject van het Wetboek van Strafvordering Verdwijnt de onafhankelijke controle op de bevoegdheid tot infiltratie van het toneel?', *NJB* 2022/358, p. 422-426.

Nan, *BSb* 2021/4

J.S. Nan, 'Een probleem rondom het nemo tenetur-beginsel?', *BSb* 2021/4, p. 116-128.

Stevens, *AA* 2017/9

L. Stevens, 'Onderzoek in een smartphone. Zoeken naar een redelijke verhouding tussen privacybescherming en werkbare opsporing', *AA* 2017/9, p. 730-735.

Van Toor & Lestrade, *DD* 2020/11

D.A.G. van Toor & S.M.A. Lestrade, "De beoordeling van betrouwbaarheidsverweren bij ingetrokken bekende verklaringen", *DD* 2020/11, p 132-164.

Van Toor 2019, *Strafblad* 2019/48

D.A.G. van Toor, 'De Mr. Big-methode en het bewijsminimum van art. 341 lid 4 Sv', *Strafblad* 2019/48, 5, p. 42-49.

Verrest, *BSb* 2021/1

P.A.M. Verrest, 'Het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Hoe verder?', *BSb* 2021/1, p. 3-9.

Jurisprudentie

Rb. Utrecht 3 april 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BC8607.

Rb. Zeeland-West-Brabant 23 mei 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3060.

Rb. Gelderland 7 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3030.

Rb. Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:806.

Hof 's-Hertogenbosch 5 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:421 (*Kaatsheuvelzaak*).

HR 14 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8295, r.o. 5.3.

HR 23 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2194, *NJ* 2001/218.

HR 9 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9195, *NJ* 2004/263, m.nt. T.M. Schalken (*Jailplant*).

HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982, *NJ* 2020/216, m.nt. T. Kooijmans (*Kaatsheuvelzaak*).

HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, *NJ* 2020/217, m.nt. T. Kooijmans (*Posbankzaak*).

HR 25 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1042

EHRM 9 juni 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0609JUD002582994 (*Teixeira de Castro*).

EHRM 14 maart 2002, nr. 46477/99, r.o. 36 (*Edwards t. Verenigd Koninkrijk*)

EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05, nr. 22228/06 (*Al-Khawaja en Tahery t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 27 november 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1127JUD005783709, par. 44-45 (*Soytemiz t. Turkije*).

Kamerstukken

Kamerstukken II 1996/97, 25 403, nr. 3 p. 23.

Kamerstukken II 1998/99, 25 403, nr. 25.

Aanwijzing opsporingsbevoegdheden van 1 september 2014 (Stcrt. 2014, 24442).

Concept-MvT bij Boek 2 (ambtelijke versie februari 2017).

Concept-memorie van toelichting (ambtelijke versie juli 2020).