

MASTER'S THESIS

Mr. Big in een modern jasje?

Een onderzoek naar de waarborgen die het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering biedt ter verzekering van art. 6 EVRM binnen de Mr. Big-opsporingsmethode op grond van art. 126j Wetboek van Strafvordering.

van Duijvenbode, R.J.

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: 22. Mar. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl



Mr. Big in een modern jasje?

Een onderzoek naar de waarborgen die het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering biedt ter verzekering van art. 6 EVRM binnen de Mr. Big-opsporingsmethode op grond van art. 126j Wetboek van Strafvordering.

Naam: R.J. van Duijvenbode
Studentnr: 852460223
Vakgebied: Strafrecht
Cursuscode: RM9906212244
Begeleider: mr. S.F. Naber
Examinator: dr. mr. M. Attinger
Datum: 18 november 2022
Aantal woorden: 13704

Inhoudsopgave

Voorwoord.....	3
Lijst met afkortingen.....	4
1. Inleiding	5
1.1 Aanleiding.....	5
1.2 Onderzoeksdoel en probleemstelling	6
1.2.1 Maatschappelijke- en wetenschappelijke relevantie	7
1.3 Methodologie.....	7
1.4 Afbakening.....	8
2. De Mr. Big-methode nader beschouwd	9
2.1 Mr. Big-methode.....	9
2.1.1 Achtergrond Mr. Big-methode.....	9
2.1.2 De Mr. Big-methode in de praktijk	11
2.1.3 Juridisch kader Mr. Big-methode.....	12
2.1.3.1 Wet BOB	12
2.1.3.2 Art. 126j Sv.....	13
2.1.3.3 Proportionaliteit en subsidiariteit	15
2.2 Modernisering Sv	16
2.2.1 Art. 2.8.11 Modernisering Sv.....	16
2.2.2 Art. 2.8.12 Modernisering Sv.....	17
2.3 Tussenconclusie.....	18
3. Kritiek op de Mr. Big-methode	19
3.1 Betrouwbaarheid van een bekentenis	19
3.1.1 Misdaadspecifieke kennis	20
3.2 Aantasting verklaringsvrijheid	21
3.3 Verbaliseringsplicht.....	22
3.4 Tussenconclusie.....	23
4. Het recht op een eerlijk proces	24
4.1 Art. 6 EVRM en reikwijdte	24
4.1.2 Nemo tenetur-beginsel	25
4.1.2.1 Toetsingskader nemo tenetur-beginsel.....	26
4.2 Tussenconclusie.....	28
5. Toetsing.....	30
5.1 Analyse Mr. Big en nemo tenetur-beginsel	30
5.2 Analyse Modernisering Sv en nemo tenetur-beginsel	32
6. Conclusie	35
Literatuurlijst	37

Voorwoord

Voor u ligt de scriptie 'Mr. Big in een modern jasje'. Dit onderzoek is uitgevoerd binnen de master Rechtsgeleerdheid, afstudeerrichting Strafrecht, aan de Open Universiteit. Binnen het onderzoek ben ik dieper ingegaan op de inhoud en betekenis van de Mr. Big-methode in relatie tot enkele processuele waarborgen voor de verdachte. De Mr. Big-methode is controversieel en is nog niet langdurig in gebruik binnen de Nederlandse politiepraktijk. Er wordt veel kritiek geuit op de opsporingsmethode van Mr. Big. De eerste contouren vanuit de rechtspraak zijn weinig hoopgevend voor het voortbestaan van de Mr. Big-methode binnen de huidige situatie. Vanwege de actualiteiten rondom dit onderwerp ben ik erg nieuwsgierig geworden naar de verdere ontwikkelingen.

Met deze scriptie kom ik aan het einde van mijn studietijdperk. Mijn studietijd liep via het VMBO, MBO, HBO-P naar de bachelor- en masterstudie Rechtsgeleerdheid aan de universiteit. Daarvoor dank ik allereerst mijn vrouw en kinderen. Zonder hun geduld zou ik dit nooit voor elkaar gekregen kunnen hebben. Ook zeer veel dank aan mijn oud-studiemaatje en scriptiebegeleider mevr. mr. Sophie Naber. Dankzij uw begeleiding en adviezen heb ik dit traject van begin tot het einde kunnen bewerkstelligen. Ontzettend bedankt!

Veel leesplezier toegewenst.

Robert van Duijvenbode

Lijst met afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad
MvT	Memorie van Toelichting
OM	Openbaar Ministerie
OvJ	Officier van Justitie
PEC	Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden
R-C	Rechter-Commissaris
RvS	Afdeling advisering van de Raad van State
SCC	Supreme Court of Canada
Sv	Wetboek van Strafvordering
WOD	Werken onder Dekmantel
Wet BOB	Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden

1. Inleiding

De Mr. Big-opsporingsmethode is een methode waarin een team opsporingsambtenaren van de politie zich mengt in het leven van een subject. Dit subject wordt verdacht van betrokkenheid bij een ernstig misdrijf. Het betreft een grootschalige operatie die soms jaren in beslag kan nemen.¹ Door middel van het spannen van een (fictief) crimineel web rondom de verdachte proberen opsporingsinstanties een bekennende verklaring te ontlokken bij de verdachte om zo het bewijs sluitend te krijgen. De Mr. Big-methode kenmerkt zich door een vergaande mate van misleiding.² Onder huidig recht wordt de Mr. Big-operatie gebaseerd op art. 126j Sv, het stelselmatig inwinnen van informatie. De Mr. Big-methode is controversieel en er kleven veel risico's aan.³ In Nederland is de Mr. Big-methode bekend geworden door toepassing binnen onder meer de zogenaamde Postbank-moordzaak, de Kaatsheuvelse-moordzaak en de zaak Van Dillenburg.⁴

Het EVRM biedt de verdachte fundamentele rechten, waaronder het recht op een eerlijk proces.⁵ Het is interessant om te onderzoeken in hoeverre de waarborgen vanuit art. 6 EVRM worden gerespecteerd binnen de Mr. Big-methode. De vrijspraken in de Postbank-moordzaak en Kaatsheuvelse-moordzaak wijzen uit dat de uitvoering van de Mr. Big-methode niet zonder meer succesvol is binnen het huidig wettelijk kader. Het moderniseringstraject Sv, dat sinds 2014 in ontwikkeling is, heeft mede ten doel gesteld om aan te sluiten bij de actuele rechtspraak.⁶ Met grote interesse en nieuwsgierigheid kijk ik daarom uit de naar de ontwikkeling van Boek 2 van het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering (hierna: Modernisering Sv). Deze scriptie richt zich op het onderzoek naar de waarborgen die art. 2.8.11 Modernisering Sv geeft ter verzekering van het recht op een eerlijk proces op grond van art 6 lid 1 EVRM, meer specifiek de verklaringsvrijheid van de verdachte, tegen de achtergrond van de Mr. Big-methode.

1.1 Aanleiding

In 2021 heeft de rechtbank Amsterdam uitspraak gedaan in de zaak Patrick van Dillenburg.⁷ Nadat Patrick van Dillenburg in 2002 spoorloos verdween heeft politieonderzoek niet kunnen leiden tot de aanhouding en veroordeling van een verdachte. De zaak werd in 2015 heropend waarna in 2017 een persoon als verdachte kon worden aangemerkt.⁸ In deze zaak is een Mr. Big-operatie gestart die in totaal zestien maanden heeft geduurd.⁹ De rechtbank stelde vast dat in deze zaak sprake is geweest van de inperking van de verklaringsvrijheid van verdachte gedurende het opsporingsonderzoek.¹⁰ Om die reden werd belangrijk bewijsmateriaal uitgesloten van de bewijsmiddelen. Tevens is de rechtbank van

¹ Van Koppen & Horselenberg 2018, p. 64-65; Crijns & Dubelaar 2020, p. 750.

² Crijns & Dubelaar 2020, p. 750.

³ PHR 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648, r.o. 27.

⁴ Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:293; Hof Den Haag 16 februari 2022, ECLI:NL:NL:GHDHA:2022:205; Rb Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805.

⁵ Art. 6 lid 1 EVRM.

⁶ *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, nr. 278, par. 1; Verrest 2021, p. 4.

⁷ Rb Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805.

⁸ Rb Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805, r.o. 4.

⁹ Hof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083, r.o. 9.1.

¹⁰ Rb Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805, r.o. 5.3.5.

oordeel dat verslaglegging op bepaalde essentiële punten onvoldoende is geweest.¹¹ De verdachte in de zaak Van Dillenburg wordt uiteindelijk door de rechtbank vrijgesproken wegens onvoldoende bewijs.¹² In hoger beroep is de verdachte wel veroordeeld. Het gerechtshof volgde de overweging van de rechtbank tot uitsluiting van één van de bekennende verklaringen van het bewijs, maar vond, in tegenstelling tot de rechtbank, voldoende steunbewijs in andere, op zichzelf staande gesprekken die waren vastgelegd tijdens het traject.¹³

Hoewel Mr. Big-operaties erg waardevol kunnen zijn voor de bewijsverkrijging kleven er ook risico's aan de uitvoering. A-G Machielse geeft in zijn conclusie op de Kaatsheuvelse-moordzaak aan dat de Mr. Big-methode niet de waarborgen kent waarmee een formeel politieverhoor is omgeven.¹⁴ Dit maakt de kans op valse bekentenissen groot. Er kan daarnaast getwijfeld worden aan de verklaringenvrijheid van de verdachte wanneer er heimelijke dwang wordt toegepast. Er is om die reden ook veel kritiek op de Mr. Big-methode.¹⁵

1.2 Onderzoeksdoel en probleemstelling

In de aanleiding naar dit onderzoek is kort geschetst dat er kritiek bestaat op de toepassing van de Mr. Big-methode. Deze kritieken zijn van dusdanige aard dat het in zowel de Postbank-moordzaak als de Kaatsheuvelse-moordzaak heeft geleid tot vrijspraak voor de verdachte.¹⁶ Ook in de zaak Van Dillenburg heeft de rechter in eerste aanleg de verdachte vrijgesproken. Dit roept de vraag op in hoeverre de Mr. Big-methode toekomstbestendig is onder huidig recht. Op de achtergrond is de wetgever werkzaam aan een moderniseringstraject Sv. Binnen dit onderzoek wil ik mij daarom richten op de beoogde strafvorderlijke veranderingen die plaatsvinden als gevolg van het moderniseringstraject Sv ten opzichte van de Mr. Big-methode. Daarbij onderzoek ik of deze veranderingen tegemoet komen aan de waarborgen die voortvloeien uit art. 6 EVRM, het recht op een eerlijk proces.

De probleemstelling binnen dit onderzoek luidt:

Biedt art. 2.8.11 van de ambtelijke versie van het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering afdoende waarborgen ter verzekering van de bescherming van art. 6 EVRM voor de verdachte, meer specifiek het nemo tenetur-beginsel, binnen een Mr. Big-operatie?

De beantwoording van de centrale probleemstelling zal worden uitgevoerd aan de hand van de volgende vier deelvragen:

- Wat houdt de Mr Big-methode in die wordt gebaseerd op art. 126j Sv?
- Welke kritieken worden er in de literatuur en wetenschap geuit op de uitvoering van de Mr. Big-methode?
- Wat is de strekking van art. 6 EVRM en hoe verhoudt de Mr. Big-methode zich ten opzichte van het recht op een eerlijk proces?
- Komt het moderniseringstraject van het Wetboek van Strafvordering, meer specifiek art. 2.8.11, met specifieke waarborgen ter verzekering van het nemo tenetur-beginsel?

¹¹ Rb Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805, r.o. 5.3.5.

¹² Rb Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805, r.o. 5.3.6.

¹³ Hof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083, r.o. 10.

¹⁴ PHR 25 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1042, r.o. 4.4.

¹⁵ Kruisbergen 2018, p. 47; Klok 2018, p. 81.

¹⁶ Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:293; Hof Den Haag 16 februari 2022, ECLI:NL:NL:GHDHA:2022:205.

1.2.1 Maatschappelijke- en wetenschappelijke relevantie

‘Ondanks kritiek uit de hoek van advocaten en wetenschappers gaat de politie onverminderd door met de inzet van undercoveragenten. Elk jaar worden ze in tientallen onderzoeken ingezet.’¹⁷ Sinds de intrede van de Mr. Big-methode in Nederland wordt deze opsporingsmethode nauwlettend in de gaten gehouden door wetenschappers, juristen en critici. De reden hiervan is onder meer dat de kans op een vals afgelegde verklaring door de verdachte zeer groot is en dat er onvoldoende waarborgen voor de verdachte lijken te zijn met betrekking tot het bepalen van zijn eigen procespositie. Het is niet voor niets dat de Mr. Big-methode in de Verenigde Staten en Verenigd Koninkrijk zijn verboden.¹⁸

Met alle kritieken die worden geuit op de Mr. Big-methode onder huidig recht is dit onderwerp naar mijn mening bij uitstek een actueel en onderzoekwaardig onderwerp. Te meer ook vanwege het feit dat de wetenschappelijke- en maatschappelijke discussie rondom dit onderwerp volop in beweging is. Ook binnen het moderniseringstraject Sv zijn namelijk interessante bewegingen waar te nemen met betrekking tot de rol van de R-C binnen de uitvoering van de Mr. Big-methode, zoals in de vorige paragraaf al naar voren is gebracht. In de consultatieversie van 2017 werd bijvoorbeeld nog een rol weggelegd voor de R-C bij de voorafgaande toetsing voor een infiltratie op grond van art. 2.8.12 Modernisering Sv. In de ambtelijke versie van 2020 is de rol van de R-C onverwachts verdwenen. Een duidelijke verklaring hiervoor wordt vooralsnog niet gegeven.¹⁹ De RvS adviseerde zeer recent om juist de R-C een prominente rol te geven voorafgaand en tijdens de Mr. Big-operatie.²⁰ Volgens de RvS is een machtiging van de R-C aangewezen bij de meest ingrijpende dwang- of opsporingsmiddelen.²¹ Verder is opmerkelijk dat de Mr. Big-operatie binnen de Modernisering geschaard lijkt te worden onder het stelselmatig inwinnen van informatie en niet op de nieuwe bevoegdheid infiltratie op persoon. Ik hoop gedurende mijn onderzoek mede te ontdekken waarom de Mr. Big-methode niet wordt ontleend aan art. 2.8.12 Modernisering Sv (infiltratie) met daarbij een prominente rol voor de R-C.

1.3 Methodologie

Door middel van een gedegen en diepgaand juridisch literatuuronderzoek wil ik toewerken naar een antwoord op de probleemstelling. Hiervoor zal ik onder andere literatuur raadplegen en bestuderen van Corstens en Borgers, Crijns, Klok, Kruisbergen en Naber. Ook de parlementaire stukken met betrekking tot art. 126j Sv en art. 2.8.11 Modernisering Sv zullen een prominente rol hebben binnen het onderzoek, evenals de jurisprudentie binnen de zaken Hart, de Kaatsheuvels-moordzaak, de Postbank-moordzaak en de zaak Van Dillenburg. Hoofdstuk 2 staat in het teken van een onderzoek naar de Mr. Big-methode. Hierin ga ik uitgebreid in op de ontstaansgeschiedenis van de Mr. Big-methode, het doel, de uitwerking en het juridisch kader van deze opsporingsmethode. Door middel van literatuuronderzoek hoop ik een goed beeld te kunnen vormen van de Mr. Big-methode. De zaak Hart zal een grote rol hebben binnen dit hoofdstuk vanwege het feit dat deze zaak centraal staat voor het gebruik van de Mr. Big-methode. Deze

¹⁷ Voskuil 2019.

¹⁸ PHR 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648, r.o. 48 en 52.

¹⁹ Naber 2022, p. 425.

²⁰ Advies RvS 30 maart 2022, W16.21.0105/II.

²¹ Advies RvS 30 maart 2022, W16.21.0105/II, p. 58.

zaak speelde zich af in Canada en is van grote invloed geweest op de toepassing van de Mr. Big-methode in Nederland. Ik zal daarnaast veel gebruik maken van parlementaire documentatie, waaronder het debat rondom art. 126j Sv als geaccepteerde rechtsgrond voor de Mr. Big-methode. Hoofdstuk 3 zal bestaan uit de weergave van de diverse kritiekpunten die worden geuit op de toepassing van Mr. Big. Waar komt deze kritiek vandaan en is deze kritiek terecht? Daar ga ik op in binnen hoofdstuk 3. Diverse juridische artikelen zullen mij helpen bij dit onderzoek. Met name Ganzeboom en Kruisbergen hebben zich kritisch geuit op de Mr. Big-methode. Hoofdstuk 4 zal vervolgens in het teken staan van de toetsing van de Mr. Big-methode aan de beginselen van een eerlijk proces in het kader van art. 6 EVRM. Hierin zal het nemo tenetur-beginsel uitgebreid worden besproken. Door middel van jurisprudentie, wetenschappelijke artikelen en een literatuuronderzoek zal een uiteenzetting worden gegeven van het nemo tenetur-beginsel. In de hoop en verwachting dat de Modernisering Sv tegemoet komt aan de kritiekpunten die worden geuit binnen het maatschappelijk debat wil ik in hoofdstuk 5 een toets maken van enerzijds de Mr. Big-methode ten opzichte van het nemo tenetur-beginsel onder de huidige omstandigheden en anderzijds onderzoek ik of art. 2.8.11 Modernisering Sv tegemoet komt aan de eisen van het nemo tenetur-beginsel ten opzichte van de Mr. Big-methode. Dit zal grotendeels plaatsvinden aan de hand van onderzoek in de parlementaire documentatie met betrekking tot het moderniseringstraject Sv. Binnen dit hoofdstuk zal ik ook een analyse maken die zal bijdragen aan de beantwoording van mijn onderzoeksvraag.

1.4 Afbakening

De omvang van dit onderzoek laat het niet toe om het gehele moderniseringstraject Sv te analyseren. Het onderzoek richt zich om die reden in beginsel slechts op art. 2.8.11 Modernisering Sv, het stelselmatig inwinnen van informatie. Dit vanwege het feit dat de ambtelijke versie van Modernisering Sv uitwijst dat de Mr. Big-methode binnen de nieuwe wetgeving gebaseerd zal (blijven) worden op het stelselmatig inwinnen van informatie. Daarbij richt ik mij op de waarborgen die voortvloeien uit art. 6 EVRM, meer specifiek het nemo tenetur-beginsel. De Mr. Big-methode maakt eveneens een inbreuk op het recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. Dit recht is als fundamenteel recht vastgelegd binnen art. 8 EVRM en heeft ontegenzeggelijk raakvlak met de uitvoering van de Mr. Big-methode. Ook dit fundamentele recht zal binnen dit onderzoek buiten beschouwing gelaten worden aangezien de omvang van dit onderzoek het niet toelaat om de problematiek rondom het recht op privacy te behandelen.

2. De Mr. Big-methode nader beschouwd

Binnen dit hoofdstuk zal de Mr. Big-methode nader worden beschouwd. Dit is nodig om een goed beeld te kunnen krijgen van de achtergrond en de ratio van deze opsporingsmethode. Achtereenvolgens zal worden ingegaan op de achtergrond, praktische uitvoering en het juridisch strafvorderlijk kader waarbinnen deze methode wordt uitgevoerd. Tevens wordt een doorkijk gegeven naar het gemoderniseerde Sv.

2.1 Mr. Big-methode

De Mr. Big-methode is een methode die kan worden geschaard onder een 'befriending' undercovermethode. Deze methode wordt uitgevoerd door opsporingsdiensten om informatie in te winnen bij de verdachte. Veelal is het de bedoeling om een bekennende verklaring te ontfutselen bij de verdachte. Wanneer er voldoende overtuiging is van schuld bij de verdachte, maar er een gat is in de bewijsconstructie, kan worden gekozen voor de Mr. Big-methode. Een team WOD-leden intervenueert dan in het leven van de verdachte.²² Het doel van de Mr. Big-methode is dus om met enige vorm van dwang, misleiding of uitlokking de verdachte ertoe te bewegen belastende informatie te geven.²³ Hierbij wordt aan de verdachte valse beloften gedaan of bepaalde voordelen in het vooruitzicht gesteld. Ook kan er druk worden uitgevoerd of opgevoerd door middel van het inpraten op de verdachte of te dreigen met de uitzetting uit de fictieve organisatie.²⁴ Hierdoor kan de veelal kwetsbare verdachte niets anders dan openheid van zaken geven.²⁵ Door het creëren van een veilige omgeving tracht de opsporingsdienst het doel te bereiken. Binnen het Mr. Big-traject vindt uiteindelijk een ontmoeting plaats tussen de verdachte en de grote (fictieve) baas van de organisatie: Mr. Big. Dit vormt dikwijls het sluitstuk van het traject.

2.1.1 Achtergrond Mr. Big-methode

De eerder aangehaalde Postbank-moordzaak, de Kaatsheuvelse-moordzaak en de Van Dillenburg zaak zijn een drietal voorbeelden waarin gebruik is gemaakt van de Mr. Big-methode. De rechtbank Amsterdam heeft in de Van Dillenburg-zaak de Mr. Big-methode als volgt gedefinieerd: 'De "Mr. Big-methode" is een opsporingsmethode die zich, zoals in andere WOD-trajecten, kenmerkt door het sluiten en ontwikkelen van vriendschap(pen) tussen een verdachte en één of meer onder dekmantel werkende opsporingsambten(a)ar(en) (in het Engels en verder te noemen: "befriending"). De operatie staat in het teken van het bevorderen van een bekentenis.'²⁶ De Mr. Big-methode kenmerkt zich door een vergaande mate van misleiding.²⁷ De Mr. Big-methode is ontwikkeld en voor het eerst toegepast door de Royal Canadian Mounted Police in Canada.²⁸ Deze specifieke opsporingsmethode is sinds eind 20^e eeuw toegepast in meer dan honderden Canadese strafzaken met een succesfactor van 75%.²⁹ Dit betekent dat in

²² Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, *Stcrt.* 2014, 24442, p. 14; Klok 2018, p. 6.

²³ Crijns & Dubelaar 2020, p. 748.

²⁴ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, r.o. 18.

²⁵ Crijns & Dubelaar 2020, p. 748.

²⁶ Rb Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805, r.o. 5.3.4.

²⁷ Crijns & Dubelaar 2020, p. 750.

²⁸ Smith, Stinson & Patry 2009, p. 170.

²⁹ Smith, Stinson & Patry 2009, p. 170.

driekwart van de zaken waarin de Mr. Big-methode is toegepast een bekennende verklaring werd gegeven of dat daderschap werd uitgesloten. Wanneer een verdachte een bekennende verklaring had afgelegd kwam het in 95% van de zaken daadwerkelijk tot een veroordeling.³⁰ Aan het succesverhaal van de Mr. Big-methode kwam in 2013 een einde toen het SSC in 2014 uitspraak deed in de zaak Hart.³¹ Het was de eerste keer dat het SSC een oordeel gaf over de toepassing van Mr. Big in de Canadese opsporingspraktijk. Van de kennelijk onbegrensde toepassing van de Mr. Big-methode kwam abrupt een einde.³² Ik wil kort ingaan op deze zaak omdat deze zaak ook doorwerkt binnen de Nederlandse rechtspraktijk.³³

In de zaak Hart ging het om een situatie waarbij een vader werd verdacht van moord door middel van verdrinking van zijn tweelingdochter.³⁴ In deze zaak is de Mr. Big-methode toegepast. In totaal heeft de operatie vier maanden in beslag genomen en zijn er 63 ontmoetingen geweest tussen de verdachte en de infiltranten. Dit heeft uiteindelijk geresulteerd in een bekentenis van Hart.³⁵ Het SSC stelde vast dat er een risico kleeft aan het gebruik van de Mr. Big-methode. Het SSC noemt hierbij als kritische factoren: de betrouwbaarheid van de verklaring, een onterecht vooroordeel en de kans op ontoelaatbare druk van de infiltranten ten einde een bekentenis te krijgen. Bijzondere aandacht gaat in de zaak uit naar de zogenaamde 'confessions rule'.³⁶ Dit houdt in dat het voor verdachte duidelijk moet zijn ten overstaan van wie hij een verklaring aflegt. Wanneer een verdachte een verklaring aflegt aan 'a person in authority', dan wordt deze verklaring uitgesloten van bewijs, tenzij buiten redelijke twijfel staat dat de verklaring vrijwillig is afgelegd.³⁷ Het SCC heeft in deze zaak uitspraak gedaan die enerzijds recht doet aan het voorkomen van gerechtelijke dwalingen als gevolg van valse bekentnissen en anderzijds om kaders te geven voor de politie voor de opsporing naar ernstige misdrijven.³⁸ Alles overwegende concludeert het SSC dat er in deze zaak onvoldoende waarborgen zijn geweest voor de verdachte rondom zijn bekentenis.³⁹ Het SSC komt dan met twee waarborgen voor de verdachte binnen de toepassing van de Mr. Big-operatie. Ten eerste wordt een bekennende verklaring van de verdachte in beginsel niet meegenomen in het bewijsmateriaal. Slechts wanneer de aanklager 'aantoont dat de bewijswaarde zwaarder weegt dan het gevaar op vooringenomenheid ligt dat anders.'⁴⁰ Ten tweede wordt de regel 'abuse of process' nieuw leven ingeblazen om de verdachte bescherming te bieden tegen onacceptabel en disproportioneel overheidsoptreden.⁴¹ De overheid moet zich dus borgen tegen alle schijn van disproportionele handelingen. In de zaak Hart heeft het SCC geoordeeld, na de beoordeling van deze gestelde waarborgen, dat de bekentenis van Hart niet toelaatbaar was voor het bewijs.⁴²

A-G Bleichrodt adviseert de nationale rechterlijke instanties om bij de rechterlijke toetsing van Mr. Big-operaties aan te sluiten bij de in Canada tot stand gebrachte normering.⁴³ Opgemerkt dient te worden dat een verklaring van de

³⁰ Glazebrook 2015, p. 2.

³¹ Supreme Court Canada, 25 augustus 2014, SCC52 (*Hart/Canada*).

³² PHR 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648, r.o. 35.

³³ PHR 25 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1042, r.o. 4.5.

³⁴ Supreme Court Canada, 25 augustus 2014, SCC52, r.o. 1 (*Hart/Canada*).

³⁵ PHR 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648, r.o. 36.

³⁶ Supreme Court Canada, 25 augustus 2014, SCC52, r.o. 180 (*Hart/Canada*).

³⁷ Smith, Stinson & Patry 2009, p. 175.

³⁸ PHR 25 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1042, r.o. 4.6.

³⁹ PHR 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648, r.o. 37.

⁴⁰ PHR 25 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1042, r.o. 4.6.

⁴¹ Supreme Court Canada, 25 augustus 2014, SCC52, r.o. 86 en 114-116 (*Hart/Canada*).

⁴² Supreme Court Canada, 25 augustus 2014, SCC52, r.o. 133 (*Hart/Canada*).

⁴³ PHR 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648, r.o. 106.

verdachte in schijnbare vrijheid juist ten nadele van de verdachte wordt uitgelegd.⁴⁴ De verdachte kan binnen de 'vrije' context een eigen zelfstandige afweging maken welke informatie hij wel en niet deelt aangezien verdachte niet in zijn fysieke en sociale vrijheid wordt beperkt.

2.1.2 De Mr. Big-methode in de praktijk

De Mr. Big-methode wordt ingezet bij het oplossen van zeer ernstige misdrijven waarbij een gebrek aan bewijs een grote rol speelt.⁴⁵ Volgens de Aanwijzing Opsporingsbevoegdheden (hierna: Aanwijzing) wordt de uitvoering van een bevel op grond art. 126j Sv uitgevoerd door opsporingsambtenaren van de politie, Koninklijke Marechaussee of andere bijzondere opsporingsambtenaren die zijn ondergebracht binnen team WOD.⁴⁶ De desbetreffende opsporingsambtenaren, die belast zijn met het stelselmatig inwinnen van informatie, worden gehouden om de bevindingen die zijn opgedaan tijdens de uitvoering van de opsporingsactiviteiten vast te leggen.⁴⁷ Team WOD voert jaarlijks 60 tot 80 undercoveroperaties uit.⁴⁸ Aan de toepassing van de Mr. Big-methode gaat maatwerk vooraf. Hoewel de globale structuur bij iedere Mr. Big-methode hetzelfde is, kunnen er afhankelijk van de omstandigheden allerlei varianten voorkomen.⁴⁹ Er wordt vooraf met name grote aandacht geschonken aan het sociale welzijn van de verdachte. Het is nuttiger om een kwetsbare verdachte aan de Mr. Big-methode te onderwerpen dan wanneer een verdachte in een stabiele situatie verkeerd. Een sociaal isolement of financiële afhankelijkheid bepalen in grote mate de kwetsbaarheid van verdachte.⁵⁰

In de beginfase van de uitvoering wordt de verdachte nauwlettend geobserveerd waarbij gewoontes, persoonlijkheid en sociale structuur in beeld worden gebracht.⁵¹ Hierdoor kan een situatie gecreëerd worden die wordt toegespitst op het leven van de verdachte. Het is van belang dat de verdachte een potentieel beïnvloedbaar persoon is. De eerste fase vormt de basis voor het verdere traject door de opbouw van een vertrouwensband met de verdachte.⁵² De volgende stap is om één of twee WOD-leden contact te laten maken met de verdachte. Hierbij zullen de WOD-leden zich voordoen als lid van een fictieve, criminele organisatie.⁵³ De verdachte wordt verleid door allerlei lucratieve klussen die worden uitgevoerd namens de fictieve criminele organisatie. Deze werkzaamheden worden echter ook in scene gezet door team WOD.⁵⁴ In de derde stap wordt een ontmoeting georganiseerd tussen de verdachte en de 'baas' van de criminele organisatie: Mr. Big. Tijdens deze ontmoeting wordt de verdachte ertoe bewogen om openheid van zaken te geven in het kader van de door de organisatie vereiste transparantie en loyaliteit. De verdachte wordt verteld dat zijn verdenking bij het desbetreffende (tot dan toe) onopgeloste misdrijf gevaarlijk kan zijn voor de organisatie van Mr. Big.⁵⁵ In de ideale climax zou de verdachte

⁴⁴ Hof 's-Hertogenbosch 5 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:421, p. 16.

⁴⁵ Van Koppen & Horselenberg 2018, p. 65.

⁴⁶ Aanwijzing opsporingsbevoegdheden (2014A009), *Stcrt. 2014*, p. 14.

⁴⁷ Aanwijzing opsporingsbevoegdheden (2014A009), *Stcrt. 2014*, p. 14.

⁴⁸ Thijssen & Stoker 2018.

⁴⁹ Van Koppen & Horselenberg 2018, p. 65.

⁵⁰ Van Koppen & Horselenberg 2018, p. 67.

⁵¹ Van Koppen & Horselenberg 2018, p. 65.

⁵² Klok 2018, p. 7.

⁵³ Van Koppen & Horselenberg 2018 p. 65.

⁵⁴ Van Koppen & Horselenberg 2018, p. 66.

⁵⁵ Van Koppen & Horselenberg 2018, p. 66.

openheid van zaken moeten geven over zijn betrokkenheid bij het misdrijf waarop de Mr. Big-operatie zich richt.

2.1.3 Juridisch kader Mr. Big-methode

De Mr. Big-methode is een undercoverbevoegdheid die wordt gegrond op art. 126j Sv: de bevoegdheid tot stelselmatige informatie-inwinning.⁵⁶ Art. 126j Sv maakt onderdeel uit van het wettelijk kader die wordt gebruikt bij undercoveroperaties en is ingesteld door middel van de Wet BOB.

2.1.3.1 Wet BOB

Wet BOB, in werking getreden op 1 februari 2000, is tot stand gekomen nadat een omvangrijk onderzoek heeft plaatsgevonden door de PEC naar de praktijk van de opsporingspraktijken van de opsporingsdiensten.⁵⁷ Aanleiding van het onderzoek betrof de zogenaamde 'IRT-affaire'. Burgerinfiltranten van het Integrale Rechercheteam (IRT) Noord-Holland/Utrecht probeerden via het doorlaten van grote partijen verdovende middelen de georganiseerde misdaad aan te pakken. Dat het hierbij ging om grote hoeveelheden verdovende middelen en dat de betrokken burgerinfiltranten de opbrengsten niet hoefde af te staan aan IRT, stuitte op veel kritiek.⁵⁸ Het IRT handelde hierbij namelijk vrijwel zelfstandig. Het OM werd buitenspel gezet. De onderzoeksresultaten van PEC waren vernietigend en sprak over een enorme crisis binnen de opsporingspraktijk. De handelwijze van het IRT druiste in tegen de beginselen van de democratische rechtstaat doordat het IRT buiten de wettelijke kaders heeft gehandeld. Dit had gevolgen voor de integriteit van de politie en justitie.⁵⁹ De PEC had zich tot primair doel gesteld om informatie te verkrijgen met betrekking tot de normering van de opsporingsmethoden van de politie, bijzondere opsporingsdiensten en justitie.⁶⁰ Het onderzoek heeft geresulteerd in het ontstaan van de Wet BOB waarin bijzondere opsporingsbevoegdheden beter gereguleerd konden worden.⁶¹ Wet BOB kent drie uitgangspunten. Het eerste uitgangspunt betreft de codificatie van bijzondere opsporingsbevoegdheden, vooral wat betreft de opsporingsmethoden die de integriteit van de opsporing mogelijk raken of inbreuk maken op de fundamentele rechten van de burger.⁶² Als tweede uitgangspunt geldt dat de OvJ de centrale autoriteit is bij de opsporingsfase. De OvJ heeft de formele leiding binnen het opsporingsonderzoek. Tot slot wordt als derde uitgangspunt genomen dat de opsporing controleerbaar dient te zijn.⁶³ Te denken valt hierbij aan de verslagleggingsplicht van de opsporingshandelingen.

Met de Wet BOB zijn naast opsporingsbevoegdheden, zoals stelselmatige observatie op grond van art. 126g Sv, ook enkele specifieke undercoverbevoegdheden opgenomen binnen het Sv. Dit zijn de infiltratie op grond van art. 126h Sv, de pseudokoop of -dienstverlening op grond van art. 126i Sv en de stelselmatige inwinning van informatie op grond van art. 126j Sv. Zoals reeds eerder aangehaald wordt de inzet van de Mr. Big-methode gebaseerd op het stelselmatige inwinnen van informatie. Het belangrijkste kenmerk van deze

⁵⁶ Ganzeboom 2019, p. 674.

⁵⁷ *Kamerstukken II 1996/97*, 25403, nr. 3, p. 2.

⁵⁸ Van Buiten 2016, p. 131.

⁵⁹ Tak e.a. 2000, p. 549.

⁶⁰ *Kamerstukken II 1995/96*, 24072, nr. 10, p. 11.

⁶¹ Tak e.a. 2000, p. 549.

⁶² Van Buiten 2016, p. 132.

⁶³ Kruisbergen & De Jong 2010, p. 42.

bevoegdheid is dat een opsporingsambtenaar zich in de omgeving van de verdachte bevindt zonder dat dit voor de verdachte kenbaar is.⁶⁴ Het stelselmatig inwinnen van informatie onderscheidt zich van stelselmatige observatie in de zin van art. 126g Sv vanwege het feit dat stelselmatige observatie is gericht op het passief in de gaten houden van verdachte.⁶⁵ Bij infiltratie daarentegen neemt een opsporingsambtenaar actief deel aan een groep waarbinnen criminele activiteiten worden beraamd of gepleegd. Dit is juist niet het geval bij het stelselmatig inwinnen van informatie.⁶⁶ Daarbij mag de opsporingsambtenaar of informant zelf geen strafbare feiten plegen en mag de verdachte ook niet worden aangezet tot het plegen van strafbare feiten.⁶⁷ De wetgever stelt om die reden dat er minder risico's verbonden zijn aan het stelselmatig inwinnen van informatie.⁶⁸

2.1.3.2 Art. 126j Sv

Indien het belang van het onderzoek dit vergt is de OvJ bevoegd een bevel tot het stelselmatig inwinnen van informatie op grond van art. 126j Sv af te geven.⁶⁹ Het maatschappelijke belang is gediend bij de opsporing van ernstige misdrijven waarbij regulier onderzoek onvoldoende effect hebben gesorteerd.⁷⁰ Voor de toepassing van een bevel op grond van art. 126j Sv is een verdenking van een willekeurig misdrijf voldoende.⁷¹ Dit is anders in geval van een bevel voor pseudokoop of -dienstverlening en infiltratie. Hiervoor geldt een zwaardere eis, namelijk een verdenking van één van de misdrijven die binnen art. 67 lid 1 Sv staan genoemd, de zogenaamde feiten waarbinnen voorlopige hechtenis is toegelaten. Een bevel tot het stelselmatig inwinnen van informatie wordt afgegeven voor ten hoogste drie maanden. Deze termijn kan steeds met drie maanden worden verlengd.⁷² Echter, wanneer de noodzakelijkheid tot de uitvoering van het bevel niet langer is vereist kan de OvJ bepalen dat de uitvoering van het bevel eerder wordt beëindigd.⁷³

Volgens de Aanwijzing is sprake van stelselmatigheid wanneer een min of meer volledig beeld wordt verkregen van iemands leven.⁷⁴ Wanneer geen sprake is van stelselmatigheid wordt de rechtsgrond tot het inwinnen van informatie gebaseerd op art. 3 van de Politiewet. Desondanks adviseert de Aanwijzing om, in de gevallen waarin potentiële misleiding van de verdachte gaat plaatsvinden maar waarbij niet op voorhand gezegd kan worden dat er sprake is van stelselmatig inwinnen van informatie, zekerheidshalve een bevel op grond van art. 126j Sv af te geven.⁷⁵ Stelselmatigheid is een kernbegrip binnen de Wet BOB omdat de uitvoering van het bevel tot stelselmatig inwinnen van informatie impliciet een inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte.⁷⁶ Het is daarom van wezenlijk belang dat er voldoende waarborgen worden gesteld aan de uitvoering van het bevel tot stelselmatig inwinnen van informatie. Dit mede ook met het oog op de rechten en waarborgen die voortvloeien uit art. 6 EVRM.

⁶⁴ Crijns & Dubelaar 2020, p. 750.

⁶⁵ Crijns & Dubelaar 2020, p. 750.

⁶⁶ *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, nr. 3, p. 34.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, nr. 3, p. 34.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, nr. 3, p. 34.

⁶⁹ Kruisbergen 2018, p. 42.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, nr. 3, p. 25.

⁷¹ *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, nr. 3, p. 23.

⁷² Art. 126j lid 2 Sv.

⁷³ Art. 126g lid 7 en art. 126j lid 1 Sv.

⁷⁴ Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, *Stcrt.* 2014, 24442, p. 13.

⁷⁵ Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, *Stcrt.* 2014, 24442, p. 13.

⁷⁶ Blom, in: *T&C Sv, art. 126j Sv, aant.* 2 (online, bijgewerkt 1 juli 2017).

De HR stelt dat art. 126j Sv een voldoende rechtsbasis is voor het stelselmatig inwinnen van informatie bij de verdachte.⁷⁷ In 2004 heeft de HR namelijk gezegd dat 'art. 126j Sv een voldoende duidelijke en voorzienbare wettelijke grondslag biedt voor stelselmatig inwinnen van informatie waarbij een opsporingsambtenaar, zonder dat kenbaar is dat hij als zodanig optreedt, onder een andere identiteit in de omgeving van de verdachte verkeert en, met schending van diens vertrouwen, met de verdachte in contact komt.'⁷⁸ Het gerechtshof heeft deze grondslag in de Kaatsheuvelse-moordzaak ook tot uitgangspunt genomen.⁷⁹

De op grond van art. 141 Sv aangewezen opsporingsambtenaar interfereert actief in het leven of de sociale omgeving van de verdachte.⁸⁰ Het doel hiervan is om een zo compleet mogelijk beeld te krijgen van het leven van de verdachte. De verdachte is degene te wiens aanzien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit voortvloeit.⁸¹ Er komen verschillende rechten toe aan de verdachte, waaronder het recht om te worden bijgestaan door een raadsman tijdens het verhoor en het recht om niet te hoeven antwoorden op vragen van de verbalisant: de zogenaamde cautie.⁸² De cautie strekt tot bescherming tegen druk en verwarring in een verhoorsituatie voor de verdachte.⁸³ In beginsel dient de verhorende ambtenaar zich te onthouden van iedere vorm van drang of dwang ten aanzien van de verklaringsvrijheid van de verdachte.⁸⁴ De verdachte heeft dus zelf de keus om te verklaren of om te zwijgen. Ganzeboom schrijft hierover 'dat de grens tussen deze twee ligt in het handelen van de verhorende opsporingsambtenaar die ervoor dient te waken dat hij een verklaring verkrijgt die niet in vrijheid is afgelegd.'⁸⁵ Misleiding is om die reden dan ook niet toegestaan binnen een formeel politieverhoor. Ganzeboom stelt dat misleiding kan leiden tot een schending van het pressieverbod.⁸⁶

Een verhoorsituatie binnen een 'undercoveroperatie' kent niet de waarborgen van een formeel politieverhoor.⁸⁷ Zo wordt de verdachte niet bijgestaan door een raadsman en geeft de verbalisant niet de cautie aan de verdachte. De wetgever stelt daarnaast dat misleiding binnen een 'undercoveroperatie' is aanvaard.⁸⁸ Dit wordt gerechtvaardigd door de ernst van de verdenking tegen de verdachte.⁸⁹ Door een enkele misleiding wordt de verdachte geacht niet in zijn verklaringsvrijheid te zijn aangetast. Er wordt daarnaast binnen een 'undercoveroperatie' geen druk uitgeoefend op de verdachte, terwijl dit anders is bij een formeel politieverhoor.⁹⁰ Hierdoor is er geen sprake van een verhoorsituatie in de zin van art. 29 lid 2 Sv. In dat verband zegt Blom dat er tijdens het stelselmatig inwinnen van informatie geen sprake is van een vooraf vastgestelde, expliciete schending van het zwijgrecht voor de verdachte.⁹¹ De feiten en omstandigheden rondom de verklaring zijn daarom bepalend voor de vraag of de verdachte is beperkt in zijn verklaringsvrijheid.

⁷⁷ HR 9 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9195, r.o. 5.4.

⁷⁸ HR 9 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9195, r.o. 5.4.

⁷⁹ Hof Den Haag 16 februari 2022, ECLI:NL:NL:GHDHA:2022:205.

⁸⁰ *Kamerstukken II 1996/97*, 25403, nr. 3, p. 35.

⁸¹ Art. 27 lid 1 Sv.

⁸² Art. 29 lid 2 Sv.

⁸³ Blom, in: *T&C Sv, art. 126j Sv*, aant. 2a (online, bijgewerkt 1 juli 2017).

⁸⁴ Ganzeboom 2019, p. 677.

⁸⁵ Ganzeboom 2019, p. 677.

⁸⁶ Ganzeboom 2019, p. 677-678.

⁸⁷ PHR 25 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1042, r.o. 4.4.

⁸⁸ Ganzeboom 2019, p. 678.

⁸⁹ *Kamerstukken II 1996/97*, 25403, nr. 3, p. 30.

⁹⁰ *Kamerstukken II 1996/97*, 25403, nr. 3, p. 30.

⁹¹ Blom, in: *T&C Sv, art. 126j Sv*, aant. 2a (online, bijgewerkt 1 juli 2022).

Voorkomen dient in ieder geval te worden dat de verdachte in de situatie komt te verkeren waarin er sprake is van een formele verhoorsituatie.

Kruisbergen onderscheidt drie verschillen waarin de Mr. Big-methode zich onderscheidt van de infiltratie en pseudokoop of -dienstverlening.⁹² Ten eerste opereert de opsporingsdienst heimelijk. Ten tweede wordt gebruik gemaakt van actieve misleiding van de subjecten om diegene er toe te bewegen informatie af te geven. Ten derde moet worden gedacht aan actief participeren van de opsporingsambtenaar in de strafbare feiten waarop het onderzoek zich richt.⁹³ Bij dit laatste punt moet worden opgemerkt dat de opsporingsambtenaar zelf niet actief deel mag nemen aan het plegen van strafbare feiten. Wanneer de opsporingsambtenaar dit wel doet, dan is hij in beginsel zelf strafrechtelijk aansprakelijk voor zijn handelingen.⁹⁴ Stelselmatige observatie en het stelselmatig inwinnen van informatie worden door de wetgever aangemerkt als een minder ingrijpende bevoegdheid vanwege een verlaagd risico op integriteitsafbreuk.⁹⁵ Ook valt op te merken dat de OvJ, voordat een bevoegdheid tot uitvoering van infiltratie wordt afgegeven, eerst toestemming dient te vragen van de centrale toetsingscommissie.⁹⁶ Deze toestemming is niet vereist voor de bevoegdheid tot stelselmatig inwinnen van informatie en de pseudokoop en -dienstverlening. Zo heeft de wetgever nog een extra drempel gecreëerd voor de bevoegdheid tot infiltratie.⁹⁷

2.1.3.3 Proportionaliteit en subsidiariteit

Voor de toepassing van opsporingsmiddelen zijn twee belangrijke beginselen bepalend: proportionaliteit en subsidiariteit. Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat het aangereikte opsporingsmiddel in redelijke verhouding dient te staan ten opzichte van de ernst van het delict.⁹⁸ Het subsidiariteitsbeginsel ziet op het ingezette middel ten opzichte van het te bereiken doel. Hierbij geldt dat het minst ingrijpende middel moet worden aangewend om het doel te bereiken.⁹⁹ Al naar gelang de ernst van het delict mogen bepaalde opsporingsmiddelen worden aangewend. Zoals reeds eerder aangehaald is de drempel voor het stelselmatig inwinnen van informatie laag en mag al worden ingezet in geval van verdenking van ieder willekeurig misdrijf, ongeacht de toelaatbare strafmaat.¹⁰⁰ Uit onderzoek van Kruisbergen en De Jong is gebleken dat de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit vrijwel altijd aanwezig worden geacht.¹⁰¹ Van de zeventien zaken die zij onderzochten kwam slechts één zaak naar voren waarbij de rechtbank onvoldoende kon vaststellen dat aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit voldoende in acht waren genomen.¹⁰² De HR overweegt aan de hand van 'de duur en intensiteit van dat traject, de strekking en frequentie van de contacten met de verdachte zelf en de in het vooruitzicht gestelde positieve en negatieve consequenties als de verdachte wel of juist geen opheldering geeft over bepaalde zaken' of aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit is

⁹² Kruisbergen 2018, p. 40.

⁹³ Kruisbergen 2018, p. 40.

⁹⁴ Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, *Stcrt.* 2014, 24442, p. 13.

⁹⁵ *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, nr. 3, p. 23.

⁹⁶ Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, *Stcrt.* 2014, 24442, p. 32.

⁹⁷ Naber 2022, p. 424.

⁹⁸ Kruisbergen & De Jong 2010, p. 48.

⁹⁹ Kruisbergen & De Jong 2010, p. 49.

¹⁰⁰ Kruisbergen & De Jong 2010, p. 50.

¹⁰¹ Kruisbergen & De Jong 2010, p. 69.

¹⁰² Rb Breda 24 december 2002, ECLI:NL:RBBRE:2002:AF3743, r.o. 5.3.

voldaan.¹⁰³ Om dit naderhand te kunnen aantonen dient de verslaglegging op orde te zijn. Dit sluit aan bij de verbaliseringsplicht op grond van art. 152 Sv. Het doel van deze verbaliseringsplicht is om naderhand op zitting de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek te toetsen.¹⁰⁴ Wanneer niet voldaan is aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, volstaat enkel uitsluiting van het bewijs.¹⁰⁵

2.2 Modernisering Sv

Met het moderniseringstraject Sv wordt gepoogd het huidige Sv toekomstbestendig en toegankelijk te maken voor de rechtspraak en burgers waarmee wordt voorzien in een evenwichtig stelsel van rechtswaarborgen.¹⁰⁶ Het nieuwe wetboek verschaft een instrumentaal kader om effectief op te treden tegen strafbare feiten en biedt tegelijkertijd rechtsbescherming voor burgers en slachtoffers tegen onbevoegd overheidsoptreden.¹⁰⁷ Binnen het nieuwe wetboek volgen de artikelen elkaar logisch op en rechtspraak is verwerkt binnen de wetsartikelen. Om die reden alleen al sluiten de rechtsregels meer aan bij de actualiteiten en zijn deze afgestemd op de moderne strafrechtspleging.¹⁰⁸ Nevendoelstellingen worden binnen het nieuwe wetboek nadrukkelijker in beeld gebracht.¹⁰⁹ Eén van deze nevendoelstellingen is volgens Nan onder meer de rechten en vrijheden van de verdachte die in het licht van art. 6 EVRM steeds meer belangrijk lijken te worden.¹¹⁰ In samenhang hiermee geeft Mevis aan dat het moderniseringstraject Sv tot doel heeft om het strafproces zo zorgvuldig mogelijk te laten verlopen met inachtneming van de grondrechten van de burgers, waaronder een eerlijk proces op grond van art. 6 EVRM.¹¹¹ Het moderniseringstraject Sv is in 2014 van start gegaan en sindsdien is er intensief aan gewerkt. Nadat in 2017 een eerste consultatieversie van Modernisering Sv verscheen is er in 2020 een ambtelijke versie Modernisering Sv gepubliceerd. Inmiddels heeft de RvS haar advies hierop gegeven.¹¹² Extra noemenswaardig met betrekking tot dit onderzoek is de transformatie van bijzondere opsporingsbevoegdheden naar heimelijke opsporingsbevoegdheden binnen het nieuwe wetboek.¹¹³ Omwille van de afbakening richt ik mij slechts tot art. 2.8.11 en art. 2.8.12 Modernisering Sv.

2.2.1 Art. 2.8.11 Modernisering Sv

Het stelselmatig inwinnen van informatie is binnen de ambtelijke versie van Modernisering Sv neergelegd binnen art. 2.8.11 Modernisering Sv.¹¹⁴ Art. 2.8.11 lid 1 Modernisering Sv omschrijft de bevoegdheid tot het stelselmatig inwinnen van informatie. Op basis van deze bevoegdheid mag binnen het leven van een persoon worden geïnterfereerd door een opsporingsambtenaar.¹¹⁵ Binnen het

¹⁰³ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, r.o. 5.2.2.

¹⁰⁴ *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, nr. 3, p. 14.

¹⁰⁵ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, r.o. 5.8.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, nr. 278, par. 1.

¹⁰⁷ *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, nr. 278, par. 3.1.

¹⁰⁸ Verrest 2021, p. 4.

¹⁰⁹ Nan 2022, p. 2336.

¹¹⁰ Nan 2022, p. 2336.

¹¹¹ Mevis e.a. 2017, p. 16.

¹¹² Ambtelijke versie modernisering Wetboek van Strafvordering 2020.

¹¹³ Brinkhoff 2020, p. 384.

¹¹⁴ MvT ambtelijke versie modernisering Wetboek van Strafvordering, 2020, p. 505.

¹¹⁵ MvT ambtelijke versie modernisering Wetboek van Strafvordering, 2020, p. 505.

nieuwe wetsartikel ontbreekt de zinsnede dat de opsporingsambtenaar heimelijk optreed. Dit wordt namelijk verondersteld.¹¹⁶

Art. 2.8.11 lid 2 Modernisering Sv geeft de bevoegdheid om activiteiten te laten uitvoeren door de persoon in wiens leven is geïnterfereerd, al dan niet in samenwerking met de opsporingsambtenaar. Dit is een nieuwe bevoegdheid en speelt in op de situatie van een meer indringende vorm van stelselmatig inwinnen van informatie.¹¹⁷ Deze praktijken zijn dikwijls onderdeel van de Mr. Big-methode, echter, er is kritiek geleverd op het feit dat dit onder huidig recht mogelijk is onder de lichtste verdenkingsvorm.¹¹⁸ In de ambtelijke versie van de Modernisering Sv is dat slechts mogelijk in geval van verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke beschrijving een gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld. Het verdenkingscriterium is dus verhoogd. De minister heeft zich hierin laten leiden door de arresten van de HR in de Postbank-moordzaak en Kaatsheuvelse-moordzaak.¹¹⁹ De activiteiten die onder lid 2 worden beoogd mogen niet de strekking hebben van het plegen van strafbare feiten, hetwelk onder voorwaarde wel is toegelaten onder de hierna te bespreken bevoegdheid tot infiltratie.¹²⁰ Desondanks laat de minister het wel toe dat de verdachte binnen de bevoegdheid tot stelselmatig inwinnen van informatie mag worden verleid tot het verrichten van allerlei hand- en spandiensten.¹²¹ De termijn van het stelselmatig inwinnen van informatie is in beginsel hooguit voor de duur van drie maanden.

2.2.2 Art. 2.8.12 Modernisering Sv

Het verdenkingscriterium voor de bevoegdheid tot infiltratie binnen art. 2.8.12 Modernisering Sv ligt bij een misdrijf waarop naar de wettelijke beschrijving een gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld en die, gezien de aard en omstandigheden, een ernstig gevaar voor de rechtsorde oplevert en het onderzoek dit dringend vereist. Bij de infiltratie, binnen de literatuur ook wel aangeduid als de zwaarste undercovervariant, neemt een opsporingsambtenaar of burger deel aan een criminele groepering waarbinnen misdrijven worden beraamd of gepleegd.¹²² Behalve infiltratie binnen een groep is het nu ook mogelijk om over te gaan op infiltratie op een persoon.¹²³ Dit is een nieuwe regeling die niet in het huidige art. 126h Sv is terug te vinden. De concept-MvT spreekt over 'het samenwerken met of medewerking verlenen aan een persoon ten aanzien van wie op grond van een verdenking van een misdrijf kennis is gekregen dat hij misdrijven beraamt, pleegt of heeft gepleegd'.¹²⁴ Het doel van deze bevoegdheid is om de zogenaamde 'lone wolves' aan te pakken.¹²⁵

In 2017 was het de intentie van de minister om langdurige trajecten onder dekmantel niet langer onder stelselmatige inwinning van informatie te laten vallen, maar onder infiltratie op een persoon.¹²⁶ Uit de ambtelijke versie van 2020 blijkt echter dat de grootschalige undercoveroperaties toch onder het stelselmatig inwinnen van informatie gegrond blijft.¹²⁷ Dit terwijl de infiltratie op

¹¹⁶ MvT ambtelijke versie modernisering Wetboek van Strafvordering, 2020, p. 505.

¹¹⁷ MvT ambtelijke versie modernisering Wetboek van Strafvordering, 2020, p. 507.

¹¹⁸ MvT ambtelijke versie modernisering Wetboek van Strafvordering, 2020, p. 507.

¹¹⁹ MvT ambtelijke versie modernisering Wetboek van Strafvordering, 2020, p. 508.

¹²⁰ MvT ambtelijke versie modernisering Wetboek van Strafvordering, 2020, p. 509.

¹²¹ MvT ambtelijke versie modernisering Wetboek van Strafvordering, 2020, p. 509.

¹²² Naber 2022, p. 422.

¹²³ Art. 2.8.12 lid 1 onder b Modernisering Sv.

¹²⁴ Concept-MvT modernisering Wetboek van Strafvordering Boek 2, 2017, p. 251.

¹²⁵ MvT ambtelijke versie modernisering Wetboek van Strafvordering, 2020, p. 511.

¹²⁶ Concept-MvT modernisering Wetboek van Strafvordering Boek 2, 2017, p. 252.

¹²⁷ MvT ambtelijke versie modernisering Wetboek van Strafvordering, 2020, p. 507; Crijns & Dubelaar 2020, p. 763.

een persoon wel blijft bestaan binnen Modernisering Sv. De minister heeft de wettelijke bevoegdheid tot het stelselmatig inwinnen van informatie opgesplitst in enerzijds een lichtere variant met een lichter verdenkingscriterium en anderzijds een zwaardere variant met een zwaarder verdenkingscriterium.¹²⁸ De minister geeft als argument dat de HR heeft ingestemd met het stelselmatig inwinnen van informatie als voldoende wettelijke basis voor een undercovertraject en dat het om die reden ook binnen het nieuwe wetboek onder de zwaardere variant van stelselmatig inwinnen van informatie kan blijven vallen.¹²⁹ Waarom de minister heeft gekozen voor een koerswijziging is niet bekend. Het zou mijn inziens te maken kunnen hebben met de arresten van de HR in de Postbank-moordzaak en Kaatsheuvelse-moordzaak uit 2019. De minister tracht naar mijn mening aansluiting te zoeken bij de actualiteiten vanuit de rechtspraak.

2.3 Tussenconclusie

Binnen een Mr. Big-traject wordt een verdachte betrokken bij een fictieve, criminele organisatie. Doel van deze methode is om een bekentenis te ontlokken bij de verdachte. Undercoveragenten bouwen een vriendschapsband op met de verdachte en uiteindelijk vindt er een ontmoeting plaats tussen de verdachte en de baas van de organisatie: Mr. Big. De methode komt over vanuit Canada. Hoewel de methode in Canada zeer succesvol bleek te zijn, werd de Mr. Big-methode in 2014 aan banden gelegd door de SCC. Daarin formuleerde de SCC de zogenaamde 'confessions rule': wanneer een verdachte een verklaring aflegt aan 'a person in authority' dan moet buiten redelijke twijfel staan dat de verklaring vrijwillig is afgelegd. De SCC komt in deze zaak met twee waarborgen voor de verdachte. De eerste waarborg is dat de bekende verklaring van de verdachte als gevolg van de Mr. Big-methode niet meegenomen mag worden in het bewijsmateriaal, mits de bewijswaarde zwaarder weegt dan het gevaar op vooringenomenheid. De tweede waarborg richt zich op de bescherming tegen disproportioneel overheidsoptreden.

In Nederland wordt de Mr. Big-methode onder huidig recht gebaseerd op de bevoegdheid tot stelselmatig inwinnen van informatie. Dit is een bijzondere opsporingsbevoegdheid die zijn grondslag vindt in de Wet BOB. De inzet van een undercovertraject dient altijd te worden getoetst aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Binnen Modernisering Sv wordt gepoogd het huidige Sv toekomstbestendig en toegankelijk te maken voor de rechtspraak en de burgers. Inmiddels zijn er twee versies verschenen van de Modernisering Sv. In de consultatieversie van 2017 werd de Mr. Big-methode nog geschaard onder infiltratie in persoon. De ambtelijke versie van 2020 wijst echter uit dat de Mr. Big-methode toch blijft vallen onder de bevoegdheid tot het stelselmatig inwinnen van informatie.

¹²⁸ Crijns & Dubelaar 2020, p. 763.

¹²⁹ Crijns & Dubelaar 2020, p. 763.

3. Kritiek op de Mr. Big-methode

In de vorige hoofdstukken zijn in abstractie enkele kritiekpunten gepasseerd die van toepassing zijn op de uitvoering van de Mr. Big-methode. Binnen dit hoofdstuk zullen deze kritiekpunten nader worden beschouwd. De betrouwbaarheid van de bekentenis van de verdachte, de aantasting van de verklaringsvrijheid en de verbaliseringsplicht van de opsporingsambtenaren zullen achtereenvolgens worden besproken. In de recente conclusie op de eerder aangehaalde Postbankmoordzaak, waarbinnen de Mr. Big-methode nauwgezet is geanalyseerd, is A-G Bleichrodt onder meer ingegaan op kritiekpunten met betrekking tot de opsporingsmethode.¹³⁰ Naast de hierna te benoemen kritiek is A-G Bleichrodt ook ingegaan op de wettelijke basis van de Mr. Big-methode.¹³¹ Over de wettelijke basis van de Mr. Big-methode is binnen paragraaf 2.1.3.2 al veel geschreven. Om die reden wordt dit kritiekpunt niet verder behandeld binnen dit hoofdstuk.

3.1 Betrouwbaarheid van een bekentenis

Misschien wel het grootste punt van kritiek op de Mr. Big-methode legt A-G Bleichrodt bij de betrouwbaarheid van een bekentenis. Bleichrodt stelt dat het risico op valse bekentnissen binnen de Mr. Big-methode zeer groot is.¹³² Dit heeft te maken met het sociale welzijn van de verdachte op het moment dat hij wordt betrokken bij de gefingeerde, criminele organisatie. De verdachte lijdt dikwijls een geïsoleerd bestaan, heeft weinig financiële middelen tot zijn beschikking en de verdachte kan te maken hebben met verslavingsproblematiek.¹³³ Daarnaast wordt de verdachte gedurende het traject op een dusdanige wijze afhankelijk gemaakt van de gefingeerde organisatie dat de verdachte, om te voorkomen dat hij zijn nieuwe levensstijl verliest, wel een zo correct mogelijke bekentenis zal afleggen die aansluit bij de verwachting van Mr. Big. Volgens Van Koppen en Horselenberg zijn de hierboven genoemde kenmerken bij uitstek factoren die de kans op een valse bekentenis kunnen vergroten.¹³⁴ Zij stelden tevens vast dat de methode van verhoren van invloed is op het percentage bekennende verklaringen. Hierbij is volgens hen geen onderscheid tussen het horen van schuldige of onschuldige verdachten.¹³⁵ Uit onderzoek blijkt dat onschuldige verdachten zelfs eerder in staat zijn om een bekennende verklaring af te geven dan schuldige verdachten. Het argument hierachter is dat de onschuldige verdachte in de overtuiging verkeerd dat de 'echte' waarheid op een later moment naar boven zou komen dus dat er op langer termijn geen nadeel zou kleven aan zijn bekentenis.¹³⁶ Als deze waarheid wordt toegepast op de Mr. Big-methode, waarin de voordelen voor de verdachte zwaarder wegen dan de nadelen, dan is te verdedigen dat het risico op een valse bekentenis binnen de context van Mr. Big aannemelijk is. Klok zegt in dit verband dat een bekentenis binnen een formele verhoorsituatie indruist tegen de belangen van de verdachte, terwijl een bekentenis binnen de context van de Mr. Big-situatie in overeenstemming is met het eigen belang van de verdachte.¹³⁷

¹³⁰ PHR 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648, r.o. 25.

¹³¹ PHR 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648, r.o. 26.

¹³² PHR 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648, r.o. 27.

¹³³ PHR 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648, r.o. 27.

¹³⁴ Van Koppen & Horselenberg 2018 p. 77.

¹³⁵ Van Koppen & Horselenberg 2018, p. 72.

¹³⁶ Van Koppen & Horselenberg 2018, p. 72.

¹³⁷ Klok 2018, p. 70.

Een valse bekentenis kan leiden tot een gerechtelijke dwaling. Aben haalt een aantal spraakmakende zaken aan waarbij een bekennende verklaring in beginsel heeft geleid tot een veroordeling, maar waarbij de verdachte later, bijvoorbeeld bij de heropening of herziening van de zaak, alsnog is vrijgesproken wegens de onbetrouwbaarheid van de bekentenis: de Puttense moordzaak, Schiedammerparkmoord en Ina Post.¹³⁸ Ook Aben merkt op dat de verhoormethode bijdraagt aan de bewijswaarde van de bekentenis waarbij hij eveneens vaststelt dat onschuldigen eerder geneigd zijn om een bekentenis af te geven dan schuldigen.¹³⁹ Aan een verklaring die onder druk is afgelegd kan volgens Aben weinig bewijswaarde worden toegekend.¹⁴⁰ Wel is relevant om op te merken dat het rechtspsychologisch onderzoek (dat is uitgevoerd naar de betrouwbaarheid van een bekentenis) is uitgevoerd naar bekentenissen binnen een formele verhoorsituatie. Volgens Rassin is het erg moeilijk om valse bekentenissen te onderscheiden van oprechte bekentenissen.¹⁴¹ Een blik over de grens: in relatie met het voorstaande moet worden opgemerkt dat zowel de Canadese als Nieuw-Zeelandse raadslieden zeer voorzichtig omgaan met een bekennende verklaring van de verdachte vanwege de lage bewijswaarde die deze verklaring met zich meebrengt.¹⁴² Met name in Nieuw-Zeeland is men het er over eens dat een valse bekentenis, binnen de context van een Mr. Big-operatie, veel groter is dan binnen een formeel politieverhoor.¹⁴³

Er zijn op dit moment nog geen onderzoeksresultaten bekend voor de bekennende verklaring van de verdachte binnen de context van een Mr. Big-operatie.¹⁴⁴ Desondanks kan er volgens Aben wel een parallel worden getrokken met de bovenstaande onderzoeksresultaten en een bekennende verklaring binnen de Mr. Big-methode.¹⁴⁵ Naar mijn mening dient tunnelvisie om die reden voorkomen te worden en dient de rechter, ondanks een bekennende verklaring van de verdachte naar aanleiding van de Mr. Big-traject, open te staan voor alternatieve scenario's.

3.1.1 Misdaadspecifieke kennis

Rassin stelt dat de verdachte, naast een bekentenis, in ruime mate moet beschikken over misdaadspecifieke kennis voor een hoge bewijswaardering van de bekentenis.¹⁴⁶ Een bekentenis met een gedetailleerde beschrijving van het delict noopt echter niet zonder meer tot de conclusie dat de bekentenis op waarheid is gebaseerd. Dit omdat de verdachte deze misdaadspecifieke kennis opgevangen kan hebben vanuit andere bronnen, zoals de media of vanuit zijn sociale omgeving. Een bekentenis zonder specifieke daderkennis kan om die reden niet zonder meer als doorslaggevend worden beschouwd.¹⁴⁷ De bekentenis moet daarom worden ondersteund door specifieke daderkennis.¹⁴⁸ De bewijswaarde van de bekentenis zal hierdoor aanzienlijk stijgen.¹⁴⁹ Echter, een correcte vastlegging van de bekentenis en context van de verklaring is vereist, evenals een gedetailleerde

¹³⁸ Aben 2020, p. 1.

¹³⁹ Aben 2020, p. 5.

¹⁴⁰ Aben 2020, p. 5.

¹⁴¹ Rassin 2013, p. 154.

¹⁴² Van Koppen & Horselenberg 2018, p. 68.

¹⁴³ Van Koppen & Horselenberg 2018, p. 68.

¹⁴⁴ Aben 2020, p. 6.

¹⁴⁵ Aben 2020, p. 7.

¹⁴⁶ Rassin 2013, p. 154.

¹⁴⁷ Rassin 2013, p. 155.

¹⁴⁸ Van Koppen & Horselenberg 2018, p. 66.

¹⁴⁹ Aben 2020, p. 7.

verslaglegging van de misdadaanspecifieke kennis. Het registreren van het verhoor op een geluids- of beelddrager kan bijdragen aan de bewijswaarde van de verklaring.¹⁵⁰

3.2 Aantasting verklaringsvrijheid

Bleichrodt wijst op de kritiek die is geuit ten aanzien op de aantasting van de verklaringsvrijheid van de verdachte.¹⁵¹ Dit recht vloeit voort uit art. 6 lid 1 EVRM waarbij de verdachte, kort gezegd, als autonome procespartij mag deelnemen binnen het strafproces en hierin zijn eigen positie mag bepalen.¹⁵² De verdachte kan binnen dit proces overwegen om (deels) te verklaren of volledig te zwijgen. Aan deze verklaringsvrijheid wordt veel gewicht toegekend. In dat verband neemt het eerder genoemde zwijgrecht voor de verdachte een prominente plaats in binnen het strafproces. Volgens Bleichrodt worden binnen een Mr. Big-traject zowel het zwijgrecht als het recht om te worden bijgestaan door een raadsman voorafgaand en tijdens het verhoor omzeild.¹⁵³ Dikwijls wordt de Mr. Big-methode slechts dan ingezet wanneer de verdachte binnen het opsporingsonderzoek een zwijgende procespositie inneemt waardoor de Mr. Big-methode fungeert als breekijzer.¹⁵⁴ In het strafprocesrecht wordt de verklaringsvrijheid van de verdachte meermaals rechterlijk getoetst. Dit gebeurt eerst bij de vraag naar de ontvankelijkheid van het OM in haar vervolging en daarna, wanneer de rechter hier aan toekomt, bij de eerste formele vraag van art. 350 Sv.¹⁵⁵

De wetgever heeft bepaald dat binnen een undercoveroperatie het zwijgrecht niet medegedeeld hoeft te worden vanwege het ontbreken van opgevoerde druk vanuit de opsporingsambtenaren.¹⁵⁶ De verdachte verkeert gedurende het traject in vrijheid. Desondanks wordt de druk binnen een Mr. Big-operatie dikwijls wel opgevoerd. De HR heeft zich gebogen over de vraag of de toepassing van een undercoverbevoegdheid in het algemeen in strijd kan zijn met de verklaringsvrijheid van de verdachte.¹⁵⁷ De HR overweegt hierover: 'Daarbij komt onder meer betekenis toe aan de proceshouding die de verdachte met betrekking tot de strafbare feiten waarvan hij wordt verdacht heeft ingenomen en hetgeen zich in het voorbereidend onderzoek voor en gedurende de periode waarin de informant optreedt heeft afgespeeld, de aard en intensiteit van de door de informant ondernomen activiteiten jegens de verdachte, de mate van druk die daarvan jegens de verdachte kan zijn uitgegaan en de mate waarin de handelingen gedragingen van de informant tot de desbetreffende verklaringen hebben geleid'.¹⁵⁸ Ganzeboom stelt dat deze criteria van de HR ook als uitgangspunt genomen kunnen worden binnen de context van Mr. Big.¹⁵⁹ Voorkomen moet worden dat gedurende de Mr. Big-operatie een situatie ontstaat waarin feitelijk sprake is van een formele verhoorsituatie. Binnen de Mr. Big-operatie gaat het volgens Ganzeboom niet om de vrijheid van de verdachte om niet te verklaren, maar om 'de schending van het vertrouwen van de verdachte door de opsporingsambtenaar. De verdachte wordt misleid'.¹⁶⁰

¹⁵⁰ Rassin 2013, p. 155.

¹⁵¹ PHR 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648, r.o. 28.

¹⁵² PHR 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648, r.o. 28.

¹⁵³ PHR 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648, r.o. 30.

¹⁵⁴ PHR 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648, r.o. 29.

¹⁵⁵ Art. 348 Sv; Ganzeboom 2019, p. 673.

¹⁵⁶ *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, nr. 3, p. 30.

¹⁵⁷ Ganzeboom 2019, p. 678.

¹⁵⁸ HR 9 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9195, r.o. 5.7.

¹⁵⁹ Ganzeboom 2019, p. 678.

¹⁶⁰ Hof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083, r.o. 9.3.2.

In de zaak Van Dillenburg heeft de rechtbank overwogen dat er sprake was van de inperking van de verklaringsvrijheid van de verdachte omdat de verdachte feitelijk in een formele verhoorsituatie terecht was gekomen.¹⁶¹ Het gevolg hiervan is dat een gedeelte van de verklaringen van de verdachte werd uitgesloten van het bewijsmateriaal waardoor de verdachte in de zaak Van Dillenburg in eerste aanleg werd vrijgesproken.

3.3 Verbaliseringsplicht

Onder andere in de zaak Van Dillenburg heeft de verdediging van de verdachte kritiek geuit op het onjuist- en onvolledig vastleggen van opsporingshandelingen. De verdediging geeft aan dat de betrokken opsporingsambtenaren enkel datgene hebben geverbaliseerd wat in hun optiek relevant zou zijn.¹⁶² Correcte en volledige verslaglegging is nodig om naderhand te kunnen vaststellen of er al dan geen sprake is geweest van een formele verhoorsituatie.¹⁶³ Deze verslaglegging dient dan inzicht te geven in 'het verloop en de uitvoering van de gehele periode en met name een voldoende nauwkeurige weergave van de communicatie met de verdachte'.¹⁶⁴

Art. 152 lid 1 Sv verplicht de opsporingsambtenaren om ten spoedigste proces-verbaal op te maken van datgene wat hen tot opsporing is verricht of bevonden. Hoewel de praktische uitwerking van deze verbaliseringsplicht binnen een undercoveroperatie nogal lastig vorm te geven is, heeft de wetgever uitdrukkelijk bepaald dat deze plicht ook van toepassing is binnen undercoveroperaties.¹⁶⁵ De wetgever is hierbij wel ingegaan over de reikwijdte van de verbaliseringsplicht.¹⁶⁶ De verbaliseringsplicht stelt de OvJ in staat om het verloop van het opsporingsonderzoek te beoordelen en zodoende een gedegen vervolgingsbeslissing te nemen.¹⁶⁷ Tevens kan de juiste rechterlijke toetsing plaatsvinden met betrekking tot de betrouwbaarheid van de onderzoeksresultaten.¹⁶⁸ Slechts wanneer opsporingshandelingen onvoldoende relevant zijn voor de uiteindelijke beslissing van de rechter, kan na overleg met de OvJ besloten worden om af te zien van het opmaken van het proces-verbaal.¹⁶⁹ Opsporingshandelingen binnen een Mr. Big-traject bestaan vooral uit het contact tussen de verbalisanten en de verdachte en juist dit contact dient zoveel als mogelijk gedetailleerd te worden vastgelegd.¹⁷⁰

De rechtbank heeft in de zaak Van Dillenburg geoordeeld dat de verslaglegging door de opsporingsambtenaren te beperkt is geweest waardoor het verloop van het Mr. Big-traject in zijn geheel onvoldoende in kaart kon worden gebracht.¹⁷¹ De rechtbank gaf hierbij wel aan dat het ondoenlijk is om alle opsporingshandelingen tot in detail te beschrijven.¹⁷² Het lijkt er daarom op dat een 'vergismarge' wordt gedoogd. Desondanks stelt de rechtbank vast dat onvoldoende inzichtelijk is in hoeverre de verdachte zou zijn beïnvloedt tot het afleggen van een bekentenisvolle verklaring.¹⁷³ Binnen het hoger beroep inzake

¹⁶¹ Rb Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805, r.o. 5.3.5.

¹⁶² Rb Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805, r.o. 5.2.

¹⁶³ Crijns & Dubelaar 2020, p. 753.

¹⁶⁴ Rb Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805, r.o. 5.3.5.

¹⁶⁵ *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, nr. 3, p. 13.

¹⁶⁶ *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, nr. 3, p. 13.

¹⁶⁷ *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, nr. 3, p. 13-14.

¹⁶⁸ *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, nr. 3, p. 13-14.

¹⁶⁹ *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, nr. 3, p. 14.

¹⁷⁰ Kruisbergen & De Jong 2010, p. 221.

¹⁷¹ Rb Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805, r.o. 5.3.5.

¹⁷² Rb Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805, r.o. 5.3.5.

¹⁷³ Rb Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805, r.o. 5.3.5.

Van Dillenburg haalt de verdediging aan dat slechts 8% van de communicatie tussen de opsporingsambtenaren en de verdachte is vastgelegd. Het gemis van 92% van de communicatie geeft volgens de verdediging weinig blijk van eerbiediging van een eerlijk proces voor de verdachte.¹⁷⁴

De HR heeft in de Postbank-moordzaak reeds een suggestie gedaan tot verbetering van de verbaliseringsplicht, namelijk een auditieve of audiovisuele registratie.¹⁷⁵ Verplicht is dit echter niet, wel gewenst.¹⁷⁶ Lochs stelt in dit verband dat het een 'quick win' is om auditieve of audiovisuele middelen in te zetten binnen een WOD-traject.¹⁷⁷ Eerder haalde ik al aan dat Rassin hetzelfde voorstelde om de bewijswaarde van een bekentenis te verhogen.¹⁷⁸ Van Koppen heeft zich recent in een krantenartikel kritisch geuit op de Mr. Big-operaties, mede vanuit het oogpunt van de verslaglegging. Volgens Van Koppen is het in Canada al wel verplicht om audiovisuele middelen in te zetten bij dergelijke undercoveroperaties en is het om die reden onbegrijpelijk dat deze verslagleggingswijze in Nederland nog niet verplicht is gesteld.¹⁷⁹

3.4 Tussenconclusie

Op wetenschappelijk niveau en vanuit de rechtspraak wordt kritiek geuit op de Mr. Big-methode. Onder meer het risico op een valse bekentenis wordt genoemd. De verdachte verkeert dikwijls in een sociaal isolement en hij heeft weinig financiële middelen tot zijn beschikking als hij bij de fictief opgezette criminele organisatie wordt betrokken. Vanwege de afhankelijkheidsrelatie van de verdachte ten opzichte van de organisatie is de kans groot dat de verdachte gaat bekennen om maar aangesloten te blijven. Rechtspsychologen als Rassin en Aben hebben onderzoek gedaan naar het risico op valse bekentenissen. Misdaadspecifieke kennis is volgens hen noodzakelijk om een verklaring bewijswaarde toe te kennen. Daarbij is het van belang dat de context goed in beeld wordt gebracht. Het registreren van het verhoor op een geluids- of beelddrager kan bijdragen aan de bewijswaarde van de verklaring. Tevens richt de kritiek zich op de aantasting van de verklaringsvrijheid. Processuele waarborgen, zoals het zwijgrecht en het recht om te worden bijgestaan door een raadsman zijn niet van toepassing binnen de Mr. Big-methode. De wetgever heeft bepaald dat het zwijgrecht niet geldt tijdens een Mr. Big-traject omdat er geen sprake is van opgevoerde druk en de verdachte zich in vrijheid kan bewegen. Of bij de toepassing van een undercoverbevoegdheid in het algemeen strijd kan zijn bij een inperking van de verklaringsvrijheid hangt volgens de HR af van de ingenomen proceshouding van de verdachte, de aard en intensiteit van de door de informant ondernomen activiteiten en de mate van druk die daaruit is ontstaan die hebben geleid tot de verklaring. Voorkomen moet worden dat de verdachte verkeert in een formele verhoorsituatie.

¹⁷⁴ Hof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083, r.o. 4.1.

¹⁷⁵ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, r.o. 5.2.2.

¹⁷⁶ Hof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083, r.o. 9.3.6.

¹⁷⁷ Lochs 2021, p. 467.

¹⁷⁸ Rassin 2013, p. 155.

¹⁷⁹ Van Koppen, in: Vollebregt 2019.

4. Het recht op een eerlijk proces

Art. 6 EVRM geeft uitdrukking van het recht op een eerlijk proces voor de verdachte. Tegen de achtergrond van de Mr. Big-methode zal het uit art. 6 EVRM voortvloeiende nemo tenetur-beginsel worden besproken. Om een indruk te krijgen van de reikwijdte van dit beginsel zullen ook een aantal voor de verdachte relevante uitspraken van het EHRM worden aangehaald die zien op het nemo tenetur-beginsel.

Art. 6 EVRM omvat meer rechten en waarborgen voor de verdachte dan alleen het nemo tenetur-beginsel, maar vanwege de omvang van dit onderzoek beperk ik mij tot de mijn inziens meest relevante waarborg in relatie tot de verklaringenvrijheid. Desondanks kan het instigatieverbod evenwel relevant zijn in relatie tot de Mr. Big-methode. Het EHRM heeft grenzen aangegeven wat betreft het uitlokken van de verdachte tot het plegen van strafbare feiten. Het gaat daarbij om de vraag in hoeverre een verdachte kan en mag worden uitgelokt door de heimelijk optredende opsporingsambtenaar tot het plegen van strafbare feiten. In de zaak *Teixeira de Castro tegen Portugal* werd een betrouwbare bekentenis afgelegd door de verdachte.¹⁸⁰ Er werd in deze zaak jegens de verdachte echter onevenredig veel misleiding toegepast ter verkrijgen van het bewijs waardoor het EHRM concludeerde dat de verdachte niet de mogelijkheid heeft gehad zijn eigen procespositie te bepalen.¹⁸¹ Daar het er op dit moment naar uit ziet dat de Mr. Big-operaties onder de grondslag van het stelselmatig inwinnen van informatie blijven vallen en er hierdoor niet uitgelokt mag worden tot het plegen van strafbare feiten, laat ik de verdere bespreking van het instigatieverbod in relatie tot het moderniseringstraject Sv buiten beschouwing. Desondanks is deze uitspraak van het EHRM wel relevant als de wetgever de Mr. Big-operatie uiteindelijk alsnog onder de bevoegdheid van infiltratie gaat scharen.

4.1 Art. 6 EVRM en reikwijdte

Art. 6 lid 1 EVRM luidt: 'Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging eenieder recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld.' Wanneer er sprake is van een 'criminal charge' kan een beroep worden gedaan op dit artikel.¹⁸² Het EHRM geeft aan dat dit recht al kan worden ingeroepen vanaf het moment dat een verdenking van betrokkenheid van een strafbaar feit heeft aangevangen.¹⁸³ Het EHRM stelt vast of een strafproces in het algemeen op een eerlijke wijze is verlopen.¹⁸⁴ Wanneer een schending van een procesrecht wordt vastgesteld, betekent dit niet ook vanzelfsprekend een schending van art. 6 EVRM. Het gehele verloop van het strafproces wordt daarbij in overweging genomen waarbij zowel het vooronderzoek alsook het onderzoek ter terechtzitting worden beoordeeld.¹⁸⁵

¹⁸⁰ EHRM 9 juni 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0609JUD002582994, par. 36 (*Teixeira de Castro/Portugal*).

¹⁸¹ EHRM 9 juni 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0609JUD002582994, NJ 2001/471, m.nt. G. Knigge, aant. 5 (*Teixeira de Castro/Portugal*).

¹⁸² Nan 2021, p. 117.

¹⁸³ EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, par. 249 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*).

¹⁸⁴ EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802, par. 89 (*Bykov/Rusland*).

¹⁸⁵ EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802, par. 89 (*Bykov/Rusland*).

Het bestaan van art. 6 EVRM is voor de Nederlandse rechtspraak erg belangrijk. Binnen de Nederlandse wetgeving niet de expliciete waarborg van een eerlijk proces voor de verdachte. Wel geeft art. 17 Gw toegang tot een onafhankelijke rechter. Door middel van de doorwerking van internationale verdragen op grond van art. 93 Gw heeft art. 6 EVRM verbindende kracht en dient het recht op een eerlijk proces te worden gewaarborgd. De eerbiediging en doorwerking van het recht op een eerlijk proces voor de verdachte wordt echter niet in discussie getrokken en ik ga er om die reden ook niet verder op in.¹⁸⁶ Het doel van het recht op een eerlijk proces is om de verdachte te beschermen tegen willekeurig overheidsoptreden.¹⁸⁷

4.1.2 Nemo tenetur-beginsel

In algemene zin houdt het nemo tenetur-beginsel in dat de verdachte niet hoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling.¹⁸⁸ 'Samen met het zwijgrecht vormt het nemo tenetur-beginsel de hoeksteen van strafprocesrecht', aldus Nan.¹⁸⁹ Het recht tegen zelfincriminatie wordt niet expliciet genoemd in art. 6 EVRM maar zij maakt volgens het EHRM impliciet deel uit van het recht op een eerlijk proces.¹⁹⁰ De HR legt de nadruk bij het nemo tenetur-beginsel vooral op de verklaringenvrijheid en het zwijgrecht.¹⁹¹ Volgens Ligthart strekt het recht tegen zelfincriminatie primair tot het respecteren van de wil van de verdachte om te zwijgen en beschermt het de keuzevrijheid om wel of geen belastende informatie vrij te geven.¹⁹² De verdachte wordt in staat gesteld zijn eigen procespositie te kiezen.¹⁹³ Binnen een formele verhoorsituatie deelt de verhorende opsporingsambtenaar voorafgaand aan het verhoor mee dat de verdachte geen antwoord hoeft te geven op vragen die hem gesteld worden. Eerder merkte ik op dat de cautie bedoeld is om de verdachte te beschermen tegen de druk die uitgaat van een ondervraging ten overstaan van een opsporingsambtenaar.¹⁹⁴ De cautie hoeft om die reden binnen een undercoveroperatie niet medegedeeld te worden zolang er geen sprake is van een formele verhooring.¹⁹⁵

Het nemo tenetur-beginsel en het zwijgrecht worden regelmatig met elkaar verward. Trechsel spreekt in dit verband over 'two partly overlapping circles'.¹⁹⁶ Toch is er een aanwijsbaar verschil. Het nemo tenetur-beginsel beschermt tegen elke vorm van bewijsvergaring onder dwang terwijl het zwijgrecht aan de verdachte de mogelijkheid geeft om volledig te zwijgen.¹⁹⁷ Het zwijgrecht biedt daarom een bredere bescherming dan het nemo tenetur-beginsel. Het zwijgrecht kan ten alle tijden worden ingeroepen en het nemo tenetur-beginsel biedt slechts bescherming bij de toepassing van dwang.¹⁹⁸ Het zwijgrecht heeft geen betrekking op bijvoorbeeld dwangmatige bloedafname of het afnemen van vingerafdrukken terwijl het nemo tenetur-beginsel hier onder omstandigheden wel bescherming

¹⁸⁶ EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802, par. 92 (*Bykov/Rusland*).

¹⁸⁷ De Vocht, in: *T&C Sv*, art. 6 EVRM, aant. 1 (online, bijgewerkt op 1 juli 2022).

¹⁸⁸ Nan 2021, p. 116.

¹⁸⁹ Nan 2021, p. 116.

¹⁹⁰ EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, par. 266 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*); EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, par. 68 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

¹⁹¹ Nan 2021, p. 119.

¹⁹² Ligthart 2019, p. 220.

¹⁹³ Klok 2018, p. 59.

¹⁹⁴ *Kamerstukken II 1996/97*, 25403, nr. 3, p. 30.

¹⁹⁵ *Kamerstukken II 1996/97*, 25403, nr. 3, p. 30; PHR 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648, r.o. 75.

¹⁹⁶ Van Toor 2017b, p. 3.

¹⁹⁷ Van Toor 2017b, p. 4.

¹⁹⁸ Van Toor 2017b, p. 4.

tegen kan bieden. Toch dienen beide waarborgen het voorkomen van onbetrouwbaar bewijs.¹⁹⁹

Het EHRM heeft het nemo tenetur-beginsel voor het eerst erkent in de zaak Funke.²⁰⁰ Als rechtsgrond voor het nemo tenetur-beginsel worden in de literatuur verschillende dimensies aangehaald.²⁰¹ Zo draagt het nemo teneturbeginsel ten eerste bij aan de bescherming tegen onbetrouwbaar bewijs.²⁰² Van Toor stelt dat hoe actiever de bijdrage is van de verdachte bij het leveren van bewijs, hoe lager de bewijswaarde zal zijn.²⁰³ De verdachte kan namelijk verklaren onder psychische druk en is in staat om ten koste van een bekentenis de druk te doen stoppen.²⁰⁴ Als tweede rechtsgrond wordt de procesautonomie voor de verdachte benadrukt.²⁰⁵ Nu de verdachte zelf autonoom is zal hij niet langer als object van het strafproces worden gezien. De verdachte is juist een subject die de ruimte krijgt om zijn procespositie te bepalen. Er mag daarom ook geen dwang of onderdrukking worden uitgeoefend ten einde de verdachte te bewegen een verklaring af te geven.²⁰⁶ Als derde grond wordt de menselijke waardigheid genoemd.²⁰⁷ De mens, als subject binnen het strafproces, mag niet als instrument gebruikt worden om een vastgesteld doel te bereiken. De verdachte dient met respect behandeld te worden. Tot slot beschermt het nemo tenetur-beginsel tegen ongeoorloofde dwang van de overheid om bewijs te vergaren.²⁰⁸ Zo mogen er geen valse beloften worden gedaan en mag er in beginsel niet worden gedreigd met negatieve consequenties.²⁰⁹

In verband hiermee is ook het pressieverbod van belang. Het pressieverbod ziet op de hoeveelheid druk die uitgeoefend mag worden op de verdachte.²¹⁰ Geoorloofde druk is toegestaan, maar ongeoorloofde druk niet. Vormen van ongeoorloofde druk zijn bijvoorbeeld misleiding, beloften en misbruik van de verhoorsituatie.²¹¹ Deze technieken zouden niet gebruikt mogen worden door de opsporingsambtenaren in het opsporingsonderzoek aangezien dit door het EHRM zal worden beoordeeld als in strijd met de verklaringsvrijheid van de verdachte. Binnen de nationale rechtspraak wordt volgens Ganzeboom misleiding wel aanvaard binnen de toepassing van undercoverbevoegdheden.²¹²

4.1.2.1 Toetsingskader nemo tenetur-beginsel

In het Saunders-arrest onderscheidde het EHRM twee vormen van bewijsvergaring onder dwang.²¹³ De eerste vorm heeft betrekking op het verkrijgen van bewijs waarvoor een bewuste spierbeweging van de verdachte is vereist. Dit bewijs kan hierdoor als wilsafhankelijk bewijsmateriaal worden gekwalificeerd.²¹⁴ Te denken

¹⁹⁹ EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, par. 68 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

²⁰⁰ Nan 2021, p. 116; EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884, par. 44 (*Funke/Frankrijk*).

²⁰¹ Van Toor 2017a, p. 372.

²⁰² Van Toor 2017a, p. 372.

²⁰³ Van Toor 2017a, p. 372.

²⁰⁴ Van Toor 2017a, p. 373.

²⁰⁵ Van Toor 2017a, p. 376.

²⁰⁶ Van Toor 2017a, p. 376.

²⁰⁷ Van Toor 2017a, p. 379.

²⁰⁸ Van Toor 2017a, p. 384.

²⁰⁹ Ligthart 2019, p. 220.

²¹⁰ Beekhuis 2018, p. 132.

²¹¹ EHRM 4 november 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1104JUD001875706, par. 47 (*Bannikova/Rusland*).

²¹² Ganzeboom 2019, p. 678.

²¹³ Van Toor 2021, p. 91.

²¹⁴ EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, par. 69 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

valt aan het onder (lichte) dwang ontfutselen van een pincode. De verdachte wordt hierbij beschermt door het nemo tenetur-beginsel. De tweede vorm heeft betrekking op materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat, zoals vingerafdrukken of speeksel. Dit materiaal mag onder bepaalde aard en mate van dwang worden verkregen.²¹⁵ Het EHRM lijkt aan de hand van dit zogenaamde 'Saunders-criterium' dus onderscheid te maken tussen het verkrijgen van wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal. In latere zaken heeft het EHRM drie criteria gehanteerd op basis waarvan een schending van het nemo tenetur-beginsel al dan niet kan worden vastgesteld: de aard en mate van dwang die werd gebruikt om het bewijs te verkrijgen, de relevante waarborgen in de procedure waardoor de mate van dwang wordt gemitigeerd en de wijze waarop het bewijs wat is verkregen door die dwang wordt gebruikt binnen het proces.²¹⁶ Deze drie criteria dienen in onderling verband te worden gezien. Een geringe schending van één van deze criteria zal daarom niet direct leiden tot een schending van het recht op een eerlijk proces.²¹⁷

Opmerkelijk in dit verband is dat het EHRM en de HR verschillende zienswijzen hanteren bij de uitleg of er al dan niet sprake is van bescherming door het nemo tenetur-beginsel.²¹⁸ Er wordt onderscheid gemaakt tussen enerzijds bescherming tegen de vorm van opsporing (*means based*) en anderzijds bescherming tegen vergaring van bewijsmateriaal (*material based*).²¹⁹ Binnen 'means based' gaat het om de vraag of het bewijsmateriaal onafhankelijk van de wil van verdachte kan worden verkregen.²²⁰ Binnen 'material based' gaat het om de vraag of het bewijsmateriaal onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat.²²¹ Het Jalloh-arrest laat zien dat het EHRM een 'means based' invulling geeft aan de interpretatie van de bescherming van het nemo tenetur-beginsel.²²² In deze zaak kreeg de verdachte een braakmiddel toegediend door de autoriteiten met het doel om het ingeslikte bewijsmiddel (een bolletje cocaïne) in handen te krijgen. Hoewel dit bewijsmateriaal als wilsonafhankelijk kon worden bestempeld, werd de verdachte in deze zaak toch beschermt door het nemo tenetur-beginsel.²²³ Er werd ongeoorloofde dwang uitgeoefend op de verdachte. De HR hanteert volgens Van Toor een 'material based' benadering.²²⁴ Het gaat er volgens de HR niet om wie een bepaald bewijsmiddel vergaard, maar wat de inhoud van het bewijsmiddel is.²²⁵ De verschillende opvattingen van het EHRM en de HR maakt duidelijk dat de grens van het nemo tenetur-beginsel niet zonder meer is vast te stellen.²²⁶

In de nationale rechtspraktijk trekt de verdediging van de verdachte dikwijls een parallel met de zaak Allan tegen Verenigd Koninkrijk als het gaat om de vraag naar de verklaringsvrijheid.²²⁷ Binnen deze zaak bevond Allan zich in detentie en

²¹⁵ EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, par. 68 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

²¹⁶ EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902, par. 55 (*O'Halloran & Francis/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*); Van Toor 2021, p. 91.

²¹⁷ EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802, par. 90 (*Bykov/Rusland*).

²¹⁸ Van Toor 2017a, p. 414.

²¹⁹ Van Toor 2017a, p. 371.

²²⁰ Van Toor 2017a, p. 371.

²²¹ Van Toor 2017a, p. 371.

²²² EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*); Van Toor 2017a, p. 414.

²²³ EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, par. 120 (*Jalloh/Duitsland*); Ligthart 2019, p. 223.

²²⁴ Van Toor 2017a, p. 414.

²²⁵ Van Toor 2017a, p. 416.

²²⁶ Ligthart 2019, p. 224.

²²⁷ EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*); HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, r.o. 3.4.

heeft een undercoveragent hem er toe bewogen om een bekentenis af te leggen. De undercoveragent had vooraf de opdracht meegekregen om hoe dan ook een bekentenis los te krijgen. De opsporingsinstanties hadden in de cel waar Allan verbleef opnameapparatuur geplaatst om een bekentenis te ontlokken.²²⁸ De exacte opdracht aan de undercoveragent luidde: 'push him for what you can'.²²⁹ Alle omstandigheden bij elkaar hebben het EHRM ertoe doen oordelen dat een verhoorsituatie was ontstaan waaraan Allan zich niet kon onttrekken.²³⁰ Volgens het EHRM geldt de keuzevrijheid om al dan niet te verklaren niet alleen in een formele verhoorsituatie, maar ook tijdens een misleidende undercoveroperatie.²³¹ A-G Bleichrodt heeft in de Postbank-moordzaak overwogen dat de vergelijking van de Mr. Big-methode met de zaak Allan niet opgaat vanwege het feit dat de zaak Allan zich intramuraal afspeelt en de verdachte zich binnen een Mr. Big-traject in vrijheid kan bewegen.²³²

Voor de beantwoording van de vraag of een verklaring al dan niet in vrijheid is afgelegd zoekt het gerechtshof wel aansluiting bij de overwegingen vanuit het Allan-arrest.²³³ De uitkomst van de vraag naar de verklaringsvrijheid hangt af van de concrete omstandigheden van het geval waarbij de ingenomen proceshouding van de verdachte, de aard en intensiteit van de door de informant ondernomen activiteiten jegens de verdachte en de mate van uitgeoefende druk en handelingen die door de informant zijn uitgeoefend op de verdachte om een verklaring van de verdachte te krijgen worden betrokken.²³⁴

4.2 Tussenconclusie

Art. 6 lid 1 EVRM biedt de verdachte het recht op een eerlijk proces. Dit recht vertaalt zich onder meer door de toegang tot een onafhankelijke rechter, het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel. Het zwijgrecht ziet op de mogelijkheid voor de verdachte om volledig te zwijgen. Het nemo tenetur-beginsel ziet op de bescherming tegen bewijsvergaring onder dwang. Het EHRM hanteert twee verschillende aspecten van bewijsvergaring onder dwang. Enerzijds gaat het daarbij om wilsafhankelijk bewijsmateriaal en anderzijds wilsonafhankelijk bewijsmateriaal. Een verklaring of bekentenis kan worden getypeerd als wilsafhankelijk bewijsmateriaal terwijl speeksel als wilsonafhankelijk bewijsmateriaal kan worden gezien. De verdachte wordt op grond van het nemo tenetur-beginsel beschermd tegen de afgifte van wilsafhankelijk materiaal onder dwang. Een schending wordt vastgesteld aan de hand van drie criteria die in onderling verband moeten worden gezien: de aard en mate van dwang die werd gebruikt om het bewijs te verkrijgen, de relevante waarborgen in de procedure waardoor de mate van dwang wordt gemitigeerd en de wijze waarop het bewijs wat is verkregen door die dwang wordt gebruikt binnen het proces. Daarnaast valt op dat het EHRM een 'means based' benadering hanteert voor de vraag of er sprake is van een schending van het nemo tenetur-beginsel terwijl de HR zich vasthoudt aan een 'material based' benadering. De verschillende opvattingen van het EHRM en de HR maakt duidelijk dat de grens van het nemo tenetur-beginsel niet eenvoudig is vast te stellen.

²²⁸ EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999, par. 52 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*).

²²⁹ EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999, par. 52 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*).

²³⁰ PHR 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648, r.o. 15.

²³¹ EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999, par. 52 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*).

²³² PHR 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648, r.o. 15.

²³³ Hof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083, r.o. 9.3.3.

²³⁴ EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999, par. 51 en 52 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*); Hof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083, r.o. 9.3.3.

Vanwege de casuïstische benadering van het EHRM kan niet zonder meer gezegd worden dat iedere verklaring die onder dwang is afgelegd wordt beschermd door het nemo tenetur-beginsel. De HR laat de uitkomst van de verklaringsvrijheid afhangen van de concrete omstandigheden van het geval waarbij de ingenomen proceshouding van de verdachte, de aard en intensiteit van de door de informant ondernomen activiteiten jegens de verdachte en de mate van uitgeoefende druk en handelingen die door de informant zijn uitgeoefend op de verdachte om een verklaring van de verdachte te krijgen worden betrokken.

5. Toetsing

Tot zover heeft u een uiteenzetting gekregen van de Mr. Big-methode, de kritiek die hierop is geuit en de vereisten die het EVRM stelt ter verzekering van het nemo tenetur-beginsel. Hieruit bleek dat de kritiek vanuit de rechtspraak zich, kort gezegd, met name richt op de verslaglegging van de opsporingshandelingen door de opsporingsambtenaren, de verklaringsvrijheid van de verdachte en de bewijswaarde die aan een bekentenis kan worden gegeven. Onder de huidige omstandigheden spreken Crijns en Dubelaar zelfs over de 'genadeklap voor Mr. Big'.²³⁵ Om te bezien of het moderniseringstraject Sv bijdraagt aan de borging van het nemo tenetur-beginsel bij de uitvoering van een Mr. Big-traject, zal ik in dit hoofdstuk toekomen aan een concrete toetsing. Deze toetsing loopt langs de zogenaamde Saunders-criteria en het Jalloh-arrest.²³⁶ Hierbij zullen ook elementen vanuit het moderniseringstraject worden besproken.

5.1 Analyse Mr. Big en nemo tenetur-beginsel

De kern van de Mr. Big-methode is het verkrijgen van een bekennende verklaring van de verdachte om het bewijs in een strafzaak sluitend te krijgen. Deze verklaring vormt dikwijls het sluitstuk van het bewijs terwijl de verdachte eerder niet of onvoldoende heeft verklaard rondom zijn betrokkenheid bij het delict. In hoeverre is de Mr. Big-methode in het algemeen houdbaar in het licht van het nemo tenetur-beginsel? Vanuit het Bykov-arrest kan namelijk worden opgemaakt dat de inzet van undercoveroperaties, waarbij misleiding als dwang wordt gebruikt, kan leiden tot een schending van het nemo tenetur-beginsel.²³⁷

Het recht tegen zelfincriminatie geldt als één van de kernaspecten van het recht op een eerlijk proces.²³⁸ De verdachte wordt beschermt tegen het onder dwang afgeven van bewijsmateriaal.²³⁹ In het arrest Saunders heeft het EHRM onderscheid gemaakt tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk bewijsmateriaal.²⁴⁰ Ligthart betoogt in dit verband dat deze grens niet duidelijk is aan te geven.²⁴¹ Ligthart stelt namelijk dat het Saunders-arrest algemene aanknopingspunten geeft aan het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk bewijsmateriaal.²⁴² Daar waar het EHRM lijkt te kiezen voor een 'means-based' benadering, geeft de HR juist de voorkeur voor de 'material-based' benadering.²⁴³ Ik richt mij hier verder op de 'material-based' benadering van het EHRM, hoewel ik binnen het Jalloh-arrest ook aanknopingspunten zie die wijzen op een 'means-based' benadering.²⁴⁴ Onder meer in het Jalloh-arrest heeft het EHRM aanknopingspunten gegeven die, in onderling verband gezien, kunnen wijzen op een schending van het nemo tenetur-beginsel: (1) de aard en mate van dwang die werd gebruikt om het bewijs te verkrijgen, (2) de relevante waarborgen in de

²³⁵ Crijns & Dubelaar 2020, p. 756.

²³⁶ EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, par. 69 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*).

²³⁷ EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802, par. 50 (*Bykov/Rusland*).

²³⁸ Van Toor 2018, p. 249.

²³⁹ EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884, par. 44 (*Funke/Frankrijk*).

²⁴⁰ EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, par. 69 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

²⁴¹ Ligthart 2019, p. 222-223.

²⁴² Ligthart 2019, p. 222-223.

²⁴³ EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*); Van Toor 2017a, p. 414.

²⁴⁴ Van Toor 2016, p. 33.

procedure waardoor de mate van dwang wordt gemitigeerd en (3) de wijze waarop het bewijs wat is verkregen door die dwang wordt gebruikt binnen het proces.²⁴⁵

Als eerste punt is binnen een Mr. Big-traject geen ruimte voor ongeoorloofde dwang. Het nemo tenetur-beginsel strekt tot bescherming van de procespositie van de verdachte. De grens tussen geoorloofde en ongeoorloofde dwang is niet eenvoudig vast te stellen. In het Jalloh-arrest heeft het EHRM overwogen dat het toepassen van lichte psychische druk is toegestaan maar dat dit niet mag leiden tot een ernstige inbreuk van de psychische autonomie.²⁴⁶ Het EHRM heeft in de zaak Murray tegen Verenigd Koninkrijk duidelijk gemaakt dat de overheid de keuze van de verdachte om te zwijgen heeft te respecteren.²⁴⁷ Ik ben het met Ganzeboom eens dat de vrije procespositie van de verdachte wordt aangetast wanneer de overheid door middel van misleiding een verklaring probeert te ontlokken, terwijl de verdachte in een eerder stadium kenbaar heeft gemaakt te willen zwijgen.²⁴⁸ Daarbij ben ik het ook met Ganzeboom eens dat een verklaring die tot stand komt als gevolg van een schending van het zwijgrecht moet worden uitgesloten van het bewijs vanwege het risico van de onbetrouwbaarheid van een bekentenis.²⁴⁹ De Mr. Big-methode vormt naar mijn mening op dit punt een groot risico. De nationale wetgever heeft gesteld dat binnen een undercoveroperatie het zwijgrecht niet medegedeeld hoeft te worden vanwege het ontbreken van opgevoerde druk.²⁵⁰ Het EHRM zal daarom vermoedelijk zeer kritisch naar dit eerste criterium kijken. Het EHRM toonde zich eerder kritisch ten overstaan van undercovertrajecten met als doel een bekentenis te ontlokken.²⁵¹

Het tweede criterium ziet op de relevante waarborgen in de procedure waardoor de mate van dwang kan worden gemitigeerd. Dit punt heeft verband met de aard en mate van dwang en deze twee criteria functioneren dus ook als communicerende vaten.²⁵² Het recht op rechtsbijstand vormt een procedurele waarborg voor de verdachte vanwege het recht op tegenspraak en het EHRM stelt dat de verdachte hier vanaf de eerste ondervraging al op gewezen dient te worden.²⁵³ Het EHRM heeft overwogen dat wanneer niet wordt gewezen op het recht op rechtsbijstand er al sprake kan zijn van ongeoorloofde dwang.²⁵⁴

Het derde criterium heeft betrekking op het gebruik van het verkregen bewijs. Niet de ontlokte verklaring zelf leidt tot een schending van het nemo tenetur-beginsel, maar het gebruik van de verklaring binnen het strafproces is bepalend.²⁵⁵ Daarbij maakt het EHRM onderscheid tussen de verklaring die dient als hoofdbewijs of als steunbewijs.²⁵⁶ In de Postbank-moordzaak en de Kaatsheuvelse-moordzaak diende de bekentenis als hoofdbewijs en dit werd ondersteund door ander bewijs. Wanneer een onder dwang verkregen verklaring wordt gebruikt als bewijsmiddel, toetst het EHRM of het middel 'the very essence of the right to remain silent and the privilege against self-incrimination' van het nemo tenetur-beginsel doorstaat.²⁵⁷ Het nemo tenetur-beginsel wordt op dit punt geschonden wanneer zijn verklaring als bewijsmiddel wordt gebruikt terwijl de

²⁴⁵ EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, par. 101 (*Jalloh/Duitsland*).

²⁴⁶ EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, par. 103-123 (*Jalloh/Duitsland*).

²⁴⁷ EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, par. 45 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*).

²⁴⁸ Ganzeboom 2019, p. 10.

²⁴⁹ Ganzeboom 2019, p. 10.

²⁵⁰ *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, nr. 3, p. 30.

²⁵¹ HR 9 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9195, NJ 2004/263, m.nt. T.M Schalken, noot 1.

²⁵² Van Toor 2016, p. 33.

²⁵³ EHRM 27 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102, par. 55 (*Salduz/Turkije*).

²⁵⁴ EHRM 10 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1210JUD001796909, par. 53 (*Tikhonov/Oekraïne*).

²⁵⁵ EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805, par. 179 (*Gäfgen/Duitsland*).

²⁵⁶ EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, par. 51 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*).

²⁵⁷ Van Toor 2016, p. 36; EHRM 24 maart 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0324JUD006320700, joint dissenting opinion Hajiyev & Jebens, par. 3 (*Rieg/Oostenrijk*).

verdachte beperkt is in het onafhankelijk en zelfstandig kiezen van zijn positie ten opzichte van de verklaring.

De Mr. Big-methode is gericht op het verkrijgen van wilsafhankelijk materiaal, namelijk een bekentenis. Vanuit de benadering van het EHRM lijkt het erop dat deze bekentenis onder de bescherming van het nemo tenetur-beginsel zal vallen. Echter, vanuit de casuïstische benadering van het EHRM is de nodige voorzichtigheid geboden bij het trekken van dergelijke conclusies.²⁵⁸ Voor zover bekend heeft het EHRM zich nog niet expliciet uitgesproken over de Mr. Big-methode in relatie tot de bescherming van het nemo tenetur-beginsel. Er dient daarom zoveel mogelijk aansluiting gezocht te worden bij vergelijkbare zaken waarin de verklaringsvrijheid van de verdachte is aangetast.²⁵⁹

5.2 Analyse Modernisering Sv en nemo tenetur-beginsel

Komt het moderniseringstraject tegemoet aan de borging van het nemo tenetur-beginsel binnen een Mr. Big-traject? Mijn grootste zorg gaat uit naar de verklaringsvrijheid van de verdachte in relatie tot de uitgeoefende dwang die wordt toegepast binnen een Mr. Big-operatie. Immers, het nemo tenetur-beginsel houdt in abstractie in dat een verdachte niet hoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling.²⁶⁰ Volgens het EHRM geldt de keuzevrijheid om al dan niet te verklaren niet alleen in een formele verhoorsituatie, maar ook tijdens een misleidende undercoveroperatie.²⁶¹

De minister erkent de zorgen rondom de verklaringsvrijheid.²⁶² Ook benoemt de minister het risico op een rechterlijke dwaling van een onder dwang verkregen bekentenis.²⁶³ Toch lijken er geen specifieke waarborgen gecreëerd te worden die tegemoet komen aan de verklaringsvrijheid. In dat geval zal aangesloten moeten worden bij de huidige rechtspraktijk. Het antwoord op de vraag naar de verklaringsvrijheid hangt volgens de HR af van de concrete omstandigheden van het geval waarbij de ingenomen proceshouding van de verdachte, de aard en intensiteit van de door de undercoveragent ondernomen activiteiten jegens de verdachte en de mate van uitgeoefende druk en handelingen die door de informant zijn uitgeoefend op de verdachte om een verklaring van de verdachte te krijgen.²⁶⁴ Om inzicht te krijgen in het procesverloop dient de rechter zich te richten tot de inhoud van de processen-verbaal. Dit raakt aan de eveneens bekritiseerde verbaliseringsplicht. Met betrekking tot de verslaglegging binnen de verbaliseringsplicht kan worden opgemerkt dat de Modernisering Sv een digitale omslag maakt.²⁶⁵ Op grond van art. 2.1.9 lid 5 Modernisering Sv is audiovisuele verslaglegging toegestaan. Het is daarbij, gezien het toetsingskader, wel van belang dat niet alleen de daadwerkelijke bekentenis wordt geregistreerd, maar ook de feiten en omstandigheden naar de bekentenis toe.²⁶⁶ Daaruit moet in ieder geval blijken dat de verklaringsvrijheid van de verdachte niet is ingeperkt en dat de verdachte niet in een formele verhoorsituatie terecht is gekomen.

De vraag die opkomt is hoe deze audiovisuele en auditieve vastlegging er dan precies uit zou moeten zien binnen een undercovertraject. Afgaande op het beoordelingskader van het EHRM met betrekking tot de beoordeling van de

²⁵⁸ Vedder 2020, p. 10.

²⁵⁹ Vedder 2020, p. 45.

²⁶⁰ Nan 2021, p. 116.

²⁶¹ EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999, par. 52 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*).

²⁶² MvT ambtelijke versie modernisering Wetboek van Strafvordering, 2020, p. 508.

²⁶³ MvT ambtelijke versie modernisering Wetboek van Strafvordering, 2020, p. 352.

²⁶⁴ PHR 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648, r.o. 133.

²⁶⁵ MvT ambtelijke versie modernisering Wetboek van Strafvordering, 2020, p. 257.

²⁶⁶ Klok 2018, p. 40.

verklaringsvrijheid is het zeer noodzakelijk dat de situatie rondom de verklaring zeer gedetailleerd wordt vastgelegd. Gezien de intensieve en soms intieme band tussen de opsporingsambtenaar en de verdachte lijkt dit mij een zeer lastige zaak om, zonder het onderzoek in gevaar te brengen, de gedetailleerde vastlegging te laten geschieden door audiovisuele en/of auditieve vastlegging.

In de zaak Van Dillenburg zijn meerdere verklaringen opgenomen door middel van OVC-apparatuur in een voertuig.²⁶⁷ De rechtbank overwoog op basis van deze gegevens dat er sprake was van een inperking van de verklaringsvrijheid doordat de verdachte zich in een feitelijke verhoorsituatie bevond.²⁶⁸ Ook overwoog de rechtbank dat er sprake was van onvoldoende verslaglegging van de onderzoeksresultaten.²⁶⁹ Recent heeft het gerechtshof in het hoger beroep in de zaak Van Dillenburg voor wat verwarring gezorgd ten aanzien van de bekende verklaring van 19 januari 2019 door de verdachte. Hoewel het gerechtshof, evenals de rechtbank, vaststelde dat deze verklaring moest worden uitgesloten van de bewijsmiddelen wegens een inperking van de verklaringsvrijheid, heeft het gerechtshof wel voldoende steunbewijs gevonden in andere vastgelegde gesprekken tussen de verdachte en de undercoveragent.²⁷⁰ Hierdoor kon alsnog wettig en overtuigend bewezen worden dat de verdachte het slachtoffer om het leven heeft gebracht. Hieruit blijkt naar mijn mening de urgentie van een juiste vastlegging van de onderzoeksresultaten door middel van auditieve en audiovisuele registratie. In deze zaak heeft deze vastlegging tot extra back-up gediend. Het is echter wel zeer riskant voor de uitvoering daar het afbreukrisico van de operatie naar mijn mening zeer groot is bij de ontdekking van af luisterapparatuur. Een zoveel mogelijk onopvallende toepassing is vereist. Hierbij denk ik aan het verwerken van technische middelen in bijvoorbeeld een bril van de informant. Hierdoor kan het mogelijk gemaakt worden dat zowel de mimiek van de verdachte als de letterlijke beschrijving van de verklaring worden vastgelegd.

Nu er geen nieuwe waarborgen worden gecreëerd tegen misleiding als dwangmiddel binnen de Mr. Big-methode, hangt een schending van het nemo tenetur-beginsel af van de vraag in hoeverre deze dwang wordt gecompenseerd door processuele waarborgen. Binnen paragraaf 2.2.3 is de rol van de R-C rondom de Mr. Big-methode kort toegelicht. Daar waar de minister in 2017 voornemens was om grootschalige undercovertrajecten te scharen onder de bevoegdheid tot infiltratie op persoon, bleek uit de ambtelijke versie van 2020 dat dergelijke undercovertrajecten ondergebracht blijven bij het stelselmatig inwinnen van informatie. Hier is geen rol voor de R-C weggelegd. Wanneer art. 2.8.12 Modernisering Sv als startpunt genomen zou worden voor de Mr. Big-methode, dan zou er bijvoorbeeld (blijkens de consultatieversie uit 2017) wel een voorafgaande machtiging van de R-C nodig zijn.²⁷¹ Bij infiltratie is het afbreukrisico van de eerbiediging van grondrechten groot waardoor de minister een voorafgaande toetsing door de R-C nodig vond.²⁷² Er verandert op dit punt niets in vergelijking met het huidige wettelijk kader. Derhalve blijft de OvJ degene die het proces van een Mr. Big-operatie bewaakt. Met Naber ben ik van mening dat de

²⁶⁷ OVC staat voor Opname Vertrouwelijke Communicatie en wordt onder huidig recht gebaseerd op artt. 126l en 126s Sv.

²⁶⁸ Rb Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805, r.o. 5.3.5.

²⁶⁹ Rb Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805, r.o. 5.3.5.

²⁷⁰ Hof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083, r.o. 9.3.6; Hof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083, r.o. 10.

²⁷¹ Concept-MvT modernisering Wetboek van Strafvordering Boek 2, 2017, p. 90. De R-C heeft in de ambtelijke versie van Modernisering Sv ook geen rol meer toebedeeld gekregen bij infiltratie op grond van art. 2.8.12 Modernisering Sv.

²⁷² Naber 2022, p. 425.

'slager nu zijn eigen vlees keurt'.²⁷³ De R-C zou toezicht kunnen houden op de evenwichtigheid en integriteit van het onderzoek.²⁷⁴ Het stemt mij gerust dat de RvS positief adviseert over de rol van de R-C tijdens een Mr. Big-traject.²⁷⁵ Daarbij heeft de RvS aangegeven dat, gelet op het ingrijpende karakter van een dergelijke undercovertraject, de R-C wel een belangrijke rol moet krijgen rondom een Mr. Big-operatie.²⁷⁶ De minister is nu aan zet om hierop te reageren. Of een mogelijke rol van de R-C voldoende processuele waarborgen biedt om de toegepaste dwang te compenseren valt nog te bezien. Het zet wat mij betreft in ieder geval een stap de goede kant op.

Tot slot, wanneer een onder dwang verkregen verklaring wordt gebruikt als bewijsmiddel dient het de toets van 'the very essence of the right to remain silent and the privilege against self-incrimination' te doorstaan.²⁷⁷ Daarbij toetst het EHRM of de verdachte een andere uitweg had dan over te gaan op verklaren. De mogelijkheid tot het auditieve en audiovisueel vastleggen van de context waarbinnen is verklaard kan tegemoet komen aan dit criterium.

²⁷³ Naber 2022, p. 425-426.

²⁷⁴ *Kamerstukken II* 2009/10, 32177, nr. 3, p. 2.

²⁷⁵ Advies RvS 30 maart 2022, W16.21.0105/II, p. 21.

²⁷⁶ Advies RvS 30 maart 2022, W16.21.0105/II, p. 21.

²⁷⁷ Van Toor 2016, p. 36; EHRM 24 maart 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0324JUD006320700, joint dissenting opinion Hajiyev & Jebens, par. 3 (*Rieg/Oostenrijk*).

6. Conclusie

Aan de hand van de bevindingen uit de vorige hoofdstukken wordt in dit hoofdstuk antwoord gegeven op de onderzoeksvraag:

Biedt art. 2.8.11 van de ambtelijke versie van het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering afdoende waarborgen ter verzekering van de bescherming van art. 6 EVRM voor de verdachte, meer specifiek het nemo tenetur-beginsel, binnen een Mr. Big-operatie?

De Mr. Big-methode is een opsporingsmethode waarin een team WOD-leden zich mengt in het leven van een persoon die verdacht wordt van betrokkenheid bij een misdrijf. Er wordt geïnvesteerd in een vriendschapsrelatie tussen de verdachte en de WOD-leden waarbij de verdachte in een gefingeerde criminele organisatie wordt opgenomen. Het doel van de Mr. Big-methode is een bekennende verklaring te ontlokken bij de verdachte om zodoende het bewijs sluitend te krijgen. De grondslag voor de Mr. Big-operatie wordt onder huidig recht gebaseerd op art. 126j Sv: het stelselmatig inwinnen van informatie. De processuele waarborgen voor de verdachte binnen een formeel politieverhoor worden niet vooraf kenbaar gemaakt binnen de Mr. Big-methode. De verdachte wordt namelijk niet bijgestaan door een raadsman en aan de verdachte wordt niet de cautie medegedeeld.

Er is veel kritiek op de uitvoering van de Mr. Big-methode. Deze kritieken richten zich in eerste instantie op de betrouwbaarheid van de verklaring van de verdachte. Het risico op valse bekentenissen is zeer groot vanwege het belang voor de verdachte om aangesloten te blijven bij de gefingeerde criminele organisatie. Een valse bekentenis kan leiden tot een gerechtelijke dwaling. Vanuit rechtspsychologisch perspectief wordt betoogd dat misdaadspecifieke kennis de bewijswaarde van een bekentenis kan verhogen. Daarnaast richt de kritiek zich op de aantasting van de verklaringsvrijheid in relatie tot de procesautonomie van de verdachte. De verdachte mag zelf bepalen in hoeverre hij meewerkt aan zijn eigen veroordeling. Binnen de Mr. Big-operatie wordt hieraan voorbijgegaan aangezien de verdachte niet weet met wie hij werkelijk in gesprek is. De cautie vormt een waarborg voor de verklaringsvrijheid. Of een verklaring al dan niet in vrijheid is afgelegd wordt door de HR beoordeeld aan de hand van de volgende aspecten: aard en intensiteit van de door de opsporingsambtenaar ondernomen activiteit jegens de verdachte, de mate van druk die daarvan jegens de verdachte uitgaat en de mate van de handelingen van de opsporingsambtenaar jegens de verdachte die tot de desbetreffende verklaring heeft geleid.

Boek 2 van het moderniseringstraject Sv heeft een aantal wijzigingen tot gevolg die van invloed kunnen zijn op de uitvoering van de Mr. Big-operatie. Allereerst betreft dit de infiltratie op persoon. Deze bevoegdheid volgt uit art. 2.8.12 Modernisering Sv. Binnen het huidige Sv bestaat alleen de bevoegdheid tot infiltratie in een groep. In beginsel was de wetgever voornemens om de Mr. Big-operatie te gronden op deze bevoegdheid tot infiltratie op persoon. Echter, geleid door de recente arresten binnen de Postbank-moordzaak en de Kaatsheuvelse-moordzaak heeft de minister gemeend om de Mr. Big-operatie te blijven scharen onder het stelselmatig inwinnen van informatie op grond van art. 2.8.11 Modernisering Sv. Ook de rol van de R-C rondom de Mr. Big-operatie is aan kritiek onderhevig. Daar in beginsel een controlerende rol was weggelegd voor de R-C voorafgaand en tijdens de Mr. Big-operatie, is deze rol in de ambtelijke versie

verdwenen. De RvS heeft in haar advies op dit voorstel voorgesteld om wel een rol voor de R-C toe te wijzen rondom de Mr. Big-operatie.

Art. 6 lid 1 EVRM omschrijft het recht op een eerlijk proces voor de verdachte. Onder meer het nemo tenetur-beginsel vloeit voort uit dit artikel. Het nemo tenetur-beginsel beschermt de verdachte tegen het onder dwang meewerken aan zijn eigen veroordeling. Het Saunders-criterium maakt hierbij onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk bewijsmateriaal. Wilsonafhankelijk bewijsmateriaal wordt in beginsel niet beschermd door het nemo tenetur-beginsel. Een verklaring van de verdachte kan worden gekwalificeerd als wilsafhankelijk bewijsmateriaal. Deze verklaring valt om die reden onder de bescherming van het nemo tenetur-beginsel. Het EHRM heeft drie criteria gegeven waaraan getoetst dient te worden alvorens een schending van het nemo tenetur-beginsel vast te stellen. Daarbij maakt het EHRM onderscheid tussen een 'means-based' en een 'material-based' benadering. Het gaat daarbij om: de aard en mate van dwang die werd gebruikt om het bewijs te verkrijgen, de relevante waarborgen in de procedure waardoor de mate van dwang wordt gemitigeerd en de wijze waarop het bewijs wat is verkregen door die dwang wordt gebruikt binnen het proces. Deze drie criteria dienen in onderling verband te worden gezien. Binnen het huidige wettelijk kader betwijfel ik of de Mr. Big-methode de toets van het nemo tenetur-beginsel kan doorstaan. De op misleiding gerichte methode kent naar mijn mening onvoldoende processuele waarborgen die de mate van dwang kunnen compenseren. Daarnaast is een onder dwang verkregen bekentenis potentieel onbetrouwbaar.

Als antwoord op de probleemstelling kan worden gezegd dat art. 2.8.11 Modernisering Sv niet direct tegemoet komt aan de waarborgen ter verzekering van het nemo tenetur-beginsel tijdens een Mr. Big-traject. De misleiding blijft een toelaatbaar middel om het doel te bereiken. Er wordt een bepaalde mate van dwang uitgeoefend ten opzichte van de verdachte binnen een Mr. Big-traject. Hier staan geen processuele waarborgen tegenover. Gezien het feit dat er geen rol is weggelegd voor de R-C gedurende de operatie, blijft slechts de rechterlijke toetsing achteraf over. De rechter moet zich dan buigen over de vraag of er ongeoorloofde druk is toegepast die hebben geleid tot de verklaring van de verdachte. Zoals het er nu naar uitziet is een vorm van auditieve- en audiovisuele registratie binnen de Modernisering Sv een mogelijkheid, maar nog geen verplichting. Deze vorm van registreren zou kunnen bijdragen aan de waarborg van de verklaringsvrijheid omdat dan het gehele traject en de fase richting te bekentenis gedetailleerd wordt vastgelegd.

Literatuurlijst

Aben 2020

D. Aben, 'De twee sirenen van het bewijs. Over daderkennis en over ongewilde bekentenissen (aan Mr. Big)', *EeR* 2020/1, p. 1-9.

Beekhuis 2018

T. Beekhuis, 'Hoe groter de leugen, hoe eerder men bereid is deze te geloven. Over de toelaatbaarheid van de inzet van de ruisstrategie in de verhoorkamer', *TPWS* 2018/60, afl. 29, p. 132-136.

Blom, in: T&C Sv

T. Blom, 'Tekst & Commentaar Wetboek van Strafvordering', Deventer: Wolters Kluwer (online).

Brinkhoff 2020

S. Brinkhoff, 'Politie', *DD* 2020/28, afl. 5, p. 384-386.

Crijns & Dubelaar 2020

J. Crijns & M. Dubelaar, 'Mr. Big een maatje te groot voor Nederland? Over de toelaatbaarheid en de normering van undercoveroperaties', *AA* 2020/9, p. 748-764.

De Vocht, in: T&C Sv

D. de Vocht, 'Tekst & Commentaar Wetboek van Strafvordering', Deventer: Wolters Kluwer (online).

Ganzeboom 2019

C. Ganzeboom, 'De Mr. Big-methode: een uitzondering op het zwijgrecht?', *DD* 2019/52, afl. 8, p. 664-688.

Glazebrook 2015

S. Glazebrook, *Mr Big Operations: Innovative Investigative Technique or Threat to Justice?*, Hong Kong: Paper Judicial Colloquium 2015.

Klok 2018

M.J. Klok, *Grondslagen, reikwijdte en (rechts)psychologische aspecten van de undercovermethode Mr Big*, Weert: Celsus Juridische Uitgeverij 2018.

Kruisbergen 2018

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.

Kruisbergen & De Jong 2010

E.W. Kruisbergen & D. de Jong, *Opsporen onder dekmantel. Regulering, uitvoering en resultaten van undercovertrajecten*, Meppel: Boom Juridische Uitgevers 2010.

Ligthart 2019

S.L.T.J. Ligthart, 'Het recht tegen zelfincriminatie ex artikel 6 EVRM', *DD* 2019/16, afl. 3, p. 216-234.

Lochs 2021

M. Lochs, 'Over kroongetuigen, criminele burgerinfiltranten en Mr. Big. Het blijvende belang van waarborgen in de strijd tegen georganiseerde criminaliteit', *AA* 2021/5, p. 465-469.

Mevis e.a. 2017

P. Mevis e.a. (red.), *Parlementaire geschiedenis Modernisering Wetboek van Strafvordering*, Den Haag: Boom juridisch 2017.

Naber 2022

S.F. 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* 2022/2, afl. 6, p. 422-426.

Nan 2021

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

Nan 2022

J.S. Nan, 'Kroniek Modernisering Wetboek van Strafvordering', *NJB* 2022/29, afl. 29, p. 2336-2347.

Rassin 2013

E. Rassin, 'Zoets doe je toch niet?! Een overzicht van het wetenschappelijk onderzoek naar valse bekentenissen', *Trema* 2013/6, p. 202-208.

Smith, Stinson & Patry 2009

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* 2009/3, p. 168-193.

Tak e.a. 2000

P.J.P. Tak e.a. (red.), *Heimelijke opsporing in de Europese Unie. De normering van bijzondere opsporingsmethoden in de landen van de Europese Unie*, Antwerpen-Groningen: Intersentia 2000.

Thijssen & Stoker 2018

W. Thijssen & E. Stoker, 'Waarom de politie onder een dekmantel werkt en hoe ver dit mag gaan', *De Volkskrant* 6 maart 2018.

Van Buiten 2016

N. van Buiten, 'De modernisering van de Wet BOB – Herinneren we ons de IRT-affaire nog?', *DD* 2016/10, afl. 3, p. 130-144.

Van Koppen, in: Vollebregt 2019.

P.J. van Koppen, in: B. Vollenbrecht, 'Stop met undercoveracties, zegt deze hoogleraar', *Trouw* 20 december 2019.

Van Koppen & Horselenberg 2018

P.J. van Koppen & R. Horselenberg, 'Van toneelspelende politiemensen en onwetende verdachten die bekennen tegen Mr. Big', *Strafblad* 2018/2, p. 63-75.

Van Toor 2016

D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel. Rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de Hoge Raad vergeleken', *TBS&H* 2016/1, p. 28-43.

Van Toor 2017a

D.A.G. van Toor, *Het schuldige geheugen? Een onderzoek naar het gebruik van hersenonderzoek als opsporingsmethode in het licht van eisen van instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van Toor 2017b

D.A.G. van Toor, 'De vergrendelde smartphone als object van strafvorderlijk onderzoek', *Computerrecht* 2017/2, p. 3-11.

Van Toor 2018

D.A.G. van Toor, Het nemo-teneturbeginsel in de conceptwetsvoorstellen van het Wetboek van Strafvordering, *TBS&H* 2018/4, p. 249-254.

Van Toor 2021

D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel bij digitale opsporingsbevoegdheden: oproep tot discussie over fundamentele bezinning van de normering van het opsporingsonderzoek in een digitale context', *TBS&H* 2021/2, p. 89-100.

Vedder 2020

J.W. Vedder, *De Mr. Big-opsporingsmethode en het nemo teneturbeginsel. Slimme misleiding of ontoelaatbare druk?*, Weert: Celsus Juridische Uitgeverij 2020.

Verrest 2021

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

Voskuil 2019

K. Voskuil, 'Politie gaat tientallen keren per jaar undercover', *Algemeen Dagblad* 26 maart 2019.

Jurisprudentie

Internationaal

EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke/Frankrijk*).

EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

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

EHRM 9 juni 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0609JUD002582994, NJ 2001/471, m.nt. G. Knigge (*Teixeira de Castro/Portugal*).

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

EHRM 24 maart 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0324JUD006320700 (*Rieg/Oostenrijk*).

EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*).

EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902 (*O'Halloran & Francis/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 27 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102 (*Salduz/Turkije*).

EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802 (*Bykov/Rusland*).

EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805 (*Gäfgen/Duitsland*).

EHRM 4 november 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1104JUD001875706 (*Bannikova/Rusland*).

EHRM 4 november 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1104JUD001875706, EHRC 2011/9, m.nt. F.P. Ölçer (*Bannikova/Rusland*).

EHRM 10 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1210JUD001796909 (*Tikhonov/Oekraïne*).

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

Supreme Court Canada, 25 augustus 2014, SCC52 (*Hart/Canada*).

Nationaal

HR 9 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9195.

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

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

HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983.

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

PHR 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648.

Hof 's-Hertogenbosch 5 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:421.

Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:293.

Hof Den Haag 16 februari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:205.

Hof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083.

Rb Breda 24 december 2002, ECLI:NL:RBBRE:2002:AF3743.

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