

MASTER'S THESIS

DE MODERNISERING VAN DE MR. BIG-METHODE BEZIEN IN HET LICHT VAN ART. 6 EVRM

Anoniem

Award date:

2023

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: 26. Sep. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl



**DE MODERNISERING VAN DE MR. BIG-METHODE
BEZIEN IN HET LICHT VAN ART. 6 EVRM**

Naam:
Studentnummer:
Cursuscode: RM9906222311
Begeleider: mr. J.W. Mensink
Examinator: prof. mr. dr. W.H.B. Dreissen
Aantal woorden: 13.974
Inleverdatum: 7 april 2023

Inhoudsopgave

HOOFDSTUK 1: INLEIDING	4
1.1 PROBLEEMSTELLING	4
1.2 ONDERZOEKSDOELEN	5
1.3 OPBOUW EN METHODOLOGISCHE VERANTWOORDING	5
HOOFDSTUK 2: DE MR. BIG-METHODE	8
2.1 INLEIDING.....	8
2.2 MR. BIG	8
2.3 WET BOB EN UNDERCOVERBEVOEGDHEDEN	9
2.4 DE HUIDIGE WETTELIJKE GRONDSLAG	11
2.4.1 VERDACHTE VAN EEN MISDRIJF	12
2.4.2 BEVEL	13
2.4.3 OPSPORINGSAMBTENAAR	14
2.4.4 PROPORCIONALITEIT EN SUBSIDIARITEIT	14
2.4.5 VERBALISERINGS- EN NOTIFICATIEPLICHT	15
2.5 NEDERLANDSE RECHTERSpraak OMTRENT MR. BIG	16
2.5.1 POSBANK EN KAATSHEUVEL	16
2.5.2 RICHTLIJNEN HOGE RAAD	17
2.5.3 VAN DILLENBURG	18
2.6 TUSSENCONCLUSIE.....	19
HOOFDSTUK 3: ARTIKEL 6 EVRM	21
3.1 INLEIDING.....	21
3.2 ARTIKEL 6 EVRM	21
3.2.1 EQUALITY OF ARMS	22
3.2.2 HET NEMO TENETUR-BEGINSEL	23
3.2.3 INSTIGATIEVERBOD	26
3.3 TUSSENCONCLUSIE.....	28
HOOFDSTUK 4: MODERNISERING WETBOEK VAN STRAFVORDERING	30
4.1 INLEIDING.....	30
4.2 VOORGESCHIEDENIS.....	30
4.3 CODIFICATIE ALGEMENE BEGINSELEN	31
4.3.1 PROPORCIONALITEIT EN SUBSIDIARITEIT	31
4.3.2 INSTIGATIEVERBOD	32
4.4 ONTWIKKELINGEN MODERNISERINGSTRAJECT	33
4.4.1 CONCEPT-VERSIE 2017	34
4.4.2 AMBTELIJKE VERSIE 2020	35
4.4.3 ADVIES RAAD VAN STATE 2022	36
4.5 DE NIEUWE WETTELIJKE GRONDSLAG	38
4.5.1 PERSOON	39
4.5.2 VERDENKINGSCRITERIUM	40
4.5.3 BEVEL	40
4.5.4 VERBALISERINGSPLICHT	41
4.6 TUSSENCONCLUSIE.....	41
HOOFDSTUK 5: DE MODERNISERING VAN MR. BIG EN ART. 6 EVRM	43
5.1 INLEIDING.....	43
5.2 MR. BIG IN HET LICHT VAN ART. 6 EVRM.....	43
5.2.1 EQUALITY OF ARMS	44
5.2.2 HET NEMO TENETUR-BEGINSEL	46
5.2.3 INSTIGATIEVERBOD	48
5.3 TUSSENCONCLUSIE.....	49
6.1 CONCLUSIE.....	50

6.2	AANBEVELINGEN	51
LITERATUURLIJST	54	
JURISPRUDENTIELIJST	56	

HOOFDSTUK 1: INLEIDING

1.1 Probleemstelling

In deze scriptie staat de Mr. Big-opsporingsmethode centraal. De Mr. Big-methode wordt toegepast in strafzaken van ernstige misdrijven waar het opsporingsonderzoek onvoldoende bewijs oplevert voor een veroordeling van een verdachte.¹ Bij deze undercovermethode wordt een fictieve criminele organisatie gecreëerd met het doel om een bekentenis van een verdachte te verkrijgen.² Mr. Big kan van enorme waarde zijn bij de opsporing, maar brengt ook risico's met zich mee door het verborgen en misleidende karakter.³ Deze opsporingsmethode is de afgelopen jaren regelmatig een discussiepunt in de media en wordt bijvoorbeeld veel besproken in verschillende podcasts.⁴ Eén van de kritiekpunten is dat het gebruik van de Mr. Big-methode mogelijk in strijd is met het recht op een eerlijk proces op grond van art. 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).⁵ Voornamelijk de waarborgen equality of arms, het nemo tenetur-beginsel en het instigatieverbod die voortvloeien uit art. 6 EVRM spelen een rol bij de inzet van de Mr. Big-methode.

De voorstellen voor een gemoderniseerd Wetboek van Strafvordering (Sv) liggen klaar. Dit heeft gevolgen voor het juridische kader omtrent de Mr. Big-methode. Momenteel valt deze methode onder de undercoverbevoegdheid van het stelselmatig inwinnen van informatie, ex art. 126j Sv. Na de modernisering krijgen langdurige undercovertrajecten, zoals de Mr. Big-methode, een aangepaste grondslag.⁶ Het is om die reden van belang om te onderzoeken welke veranderingen de modernisering gaat bewerkstellingen en welke waarborgen hieruit voortvloeien voor de inzet van Mr. Big-operaties.

De zorgen over Mr. Big-operaties in het licht van art. 6 EVRM baseren zich op het huidige juridische kader. Echter, uit het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe wetboek blijkt dat het juridische kader gaat veranderen. Uit het nieuwe wetboek vloeien

¹ Van Koppen & Horselenberg, *Strafblad* 2018/2, p. 63-64.

² Van Koppen & Horselenberg, *Strafblad* 2018/2, p. 65.

³ Kruisbergen, De Jong & Kouwenberg 2010, p. 27.

⁴ Bijvoorbeeld: Mr. Big (dag en nacht media) en Grijs gebied (de Volkskrant).

⁵ Zie bijvoorbeeld: Droogleever 2016; Kruisbergen, *Strafblad* 2018/4.

⁶ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie 2020), p. 505-511.

andere waarborgen voort dan in de huidige situatie het geval is. Dit alles leidt tot de vraag welke invloed de modernisering op de Mr. Big-methode heeft en hoe dit zich verhoudt tot art. 6 EVRM. Het bovenstaande vraagt om nader onderzoek en deze scriptie is daarvan het resultaat.

1.2 Onderzoeksdoelen

De Mr. Big-methode is een ingrijpende undercovermethode en kan spanning opleveren met het recht op een eerlijk proces van verdachten, zoals neergelegd in art. 6 EVRM. Het doel van dit onderzoek is het schetsen van een juridisch kader – wat is het huidig juridisch kader en hoe ziet dit eruit na invoering van het nieuwe wetboek - en na te gaan of dat kader voldoende waarborgen biedt in het licht van art. 6 EVRM. Dit heeft geleid tot de volgende onderzoeksvraag:

Hoe verhoudt de voorgestelde bevoegdheid uit het nieuwe Wetboek van Strafvordering voor de inzet van Mr. Big-operaties zich tot de waarborgen voortvloeiend uit artikel 6 EVRM?

De onderzoeksvraag wordt beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen:

- Wat houdt de Mr. Big-methode in en wat is het huidige juridische kader voor de inzet van deze methode?
- Welke waarborgen vloeien voort uit artikel 6 EVRM bij de inzet van Mr. Big-operaties?
- Welke veranderingen brengt het nieuwe Wetboek van Strafvordering ten aanzien van het juridische kader voor de inzet van de Mr. Big-methode?
- In hoeverre zijn de waarborgen die voortvloeien uit het nieuwe Wetboek van Strafvordering in overeenstemming met de waarborgen die volgen uit artikel 6 EVRM?

1.3 Opbouw en methodologische verantwoording

Het moderniseringstraject heeft de afgelopen jaren verschillende wijzigingen doorgemaakt. Dit onderzoek is van 1 september 2022 tot 1 maart 2023 uitgevoerd. Deze scriptie is geschreven in de context en met de stand van zaken van de wetgever

en jurisprudentie tot 1 maart 2023. Wijzigingen in het moderniseringstraject na dit moment zijn niet meegenomen in het onderzoek.

De hoofdvraag met de daarbij behorende deelvragen zijn beantwoord aan de hand van literatuuronderzoek, bestaande uit wetgeving, jurisprudentie, parlementaire stukken, juridische tijdschriften en handboeken. De zoektermen die zijn gebruikt voor het vinden van relevante literatuur en jurisprudentie zijn onder meer: 'Mr. Big', 'stelselmatig inwinnen van informatie', '6 EVRM' en 'modernisering Strafvordering'. Hierbij is de zogenoemde sneeuwbalmethode toegepast, waarbij verwijzingen in de gevonden literatuur en jurisprudentie gevolgd zijn.

Allereerst wordt in hoofdstuk 2 ingegaan op de Mr. Big-methode en wordt het huidige juridisch kader uiteengezet. Hiervoor is geldende wetgeving en Nederlandse literatuur omtrent undercoveroperaties en meer specifiek Mr. Big-operaties bestudeerd. Tevens is Nederlandse jurisprudentie geraadpleegd met betrekking tot zaken waarin de Mr. Big-methode is toegepast. Dit betreft jurisprudentie van zowel de rechtbank, het gerechtshof als de Hoge Raad over de periode van 2018 tot en met 2022.

In hoofdstuk 3 worden art. 6 EVRM en de waarborgen die daaruit voortvloeien in het kader van undercoveroperaties besproken. Hierbij is jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) geraadpleegd om te onderzoeken welke waarborgen volgend uit art. 6 EVRM een belangrijke rol (kunnen) spelen bij Mr. Big-operaties. Vervolgens is literatuur onderzocht omtrent deze waarborgen volgend uit art. 6 EVRM.

In hoofdstuk 4 komt de modernisering van het wetboek aan de orde. Om de veranderingen die het nieuwe wetboek beogen in kaart te brengen zijn literatuur en parlementaire stukken onderzocht, waaronder de wetsvoorstellen, de memorie van toelichting (MvT) en een advies van de Raad van de State (RvS).

Vervolgens wordt in hoofdstuk 5 de verhouding tussen het nieuwe wetboek en de Mr. Big-methode besproken in het licht van art. 6 EVRM. Dit vindt plaats door middel van een analyse van de voorgaande hoofdstukken. Tot slot worden de bevindingen

samengevat en wordt er een antwoord geformuleerd op de onderzoeksvraag. Op basis van deze bevindingen worden er twee aanbevelingen gedaan.

HOOFDSTUK 2: DE MR. BIG-METHODE

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal wat de Mr. Big-methode inhoudt en wat het huidige juridische kader is voor de inzet van deze methode. Eerst wordt beschreven hoe de Mr. Big-methode is ontstaan en waarom. Ook wordt de werkwijze van een Mr. Big-operatie beschreven. Daarna komt de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden (Wet BOB) aan bod. Deze wet kent drie undercoverbevoegdheden en in één van deze bevoegdheden vindt de Mr. Big-methode zijn wettelijke grondslag. Daarna wordt nader ingegaan op deze wettelijke grondslag en wordt behandeld welke waarborgen en vereisten hieruit voortvloeien. Vervolgens worden drie Nederlandse zaken besproken waarin de Mr. Big-methode is toegepast.

2.2 Mr. Big

De Mr. Big-methode is in de jaren '90 ontwikkeld in Canada door de Royal Canadian Mounted Police.⁷ De Mr. Big-methode heeft als doel om de verdachte te bewegen tot het afleggen van een bekennende verklaring. De methode wordt toegepast in zaken waar het opsporingsonderzoek onvoldoende bewijs oplevert voor een veroordeling van een verdachte. Het wordt enkel ingezet in zaken waarbij het gaat om ernstige misdrijven. Dit komt omdat dit undercovertraject te ingrijpend en kostbaar is om in bagatelzaken toe te passen.⁸ De uitvoering van de Mr. Big-opsporingsmethode verschilt van zaak tot zaak. De operaties zijn nooit hetzelfde. Wel wordt iedere Mr. Big-operatie gekenmerkt door een aantal elementen. In dit onderzoek wordt de werkwijze van de methode globaal besproken.

De Mr. Big-methode werkt als volgt. De politie begint doorgaans met het observeren van de verdachte om inzicht te krijgen in diens gewoontes, persoonlijkheid en sociale leven.⁹ Zodra een zo goed mogelijk beeld is verkregen van de verdachte, leggen de undercoveragenten contact met hem. Zij proberen een vertrouwensband met de verdachte op te bouwen. De undercoveragenten behoren tot een fictieve organisatie die door de politie is opgezet.¹⁰ Door het creëren van een vertrouwensband met de

⁷ Van Koppen & Horselenberg, *Strafblad* 2018/2, p. 63 en 65.

⁸ Ganzeboom, *DD* 2019/52, p. 9.

⁹ Van Koppen & Horselenberg, *Strafblad* 2018/2, p. 66.

¹⁰ Van Koppen & Horselenberg, *Strafblad* 2018/2, p. 63-65.

verdachte, wordt deze geleidelijk betrokken bij deze fictieve organisatie en krijgt hij werkzaamheden aangeboden. Uiteindelijk zal de verdachte een aanbod ontvangen voor een grote klus of belangrijke positie binnen de organisatie waarbij hij de baas van de organisatie gaat ontmoeten: Mr. Big.¹¹ De kern van dat gesprek draait om de bekentenis van de verdachte over zijn betrokkenheid bij het strafbare feit waarvan de politie hem verdenkt.¹² Mr. Big eist loyaliteit en transparantie van zijn werknemers en daarom moet de verdachte precies vertellen wat er is gebeurd. Het uiteindelijke doel van deze operatie is dat Mr. Big de verdachte aanzet tot het afleggen van een bekentenis, zodat hij kan worden gearresteerd en vervolgd.¹³

2.3 Wet BOB en undercoverbevoegdheden

De politie beschikt over verschillende bevoegdheden die een bijdrage kunnen leveren aan de opsporing van strafbare feiten. Bij het tegengaan van ernstige misdrijven kan worden besloten om over te gaan tot de inzet van een undercoveroperatie, zoals de Mr. Big-methode. De inzet van een undercoverbevoegdheid is een zwaar opsporingsmiddel. Bevoegdheden van de politie die een zware inbreuk (kunnen) maken op de persoonlijke levenssfeer van een verdachte behoeven een specifieke basis in het wetboek. In 2000 is daarom de Wet BOB tot stand gekomen.¹⁴ De Wet BOB maakt onderscheid tussen drie vormen van undercoverbevoegdheden. Deze zijn neergelegd in de artikelen 126h tot en met 126j Sv: infiltratie, pseudo-koop en -dienstverlening en stelselmatige inwinning van informatie. De drie undercoverbevoegdheden kenmerken zich door de elementen van misleiding en verborgenheid ten aanzien van het doelwit van de operatie.¹⁵

De uitvoering van deze undercoverbevoegdheden gebeurt doorgaans door een gespecialiseerd team van de politie, hoewel in beginsel ook andere opsporingsambtenaren en zelfs burgers bij een undercoverbevoegdheid kunnen worden ingezet.¹⁶ Ingrijpende undercoveroperaties worden momenteel ondergebracht

¹¹ Hansen, *EHB Legal* 2022.

¹² Ganzeboom, *DD* 2019/52, p. 10.

¹³ Van Koppen & Horselenberg, *Strafblad* 2018/2, p. 66.

¹⁴ De Wet BOB is tot stand gekomen nadat een parlementaire enquêtecommissie onder leiding van Van Traa geconcludeerd had dat er sprake was van een 'crisis in de opsporing', waarbij normen voor politie en justitie ontbraken. Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 10-11, p. 419.

¹⁵ Kruisbergen, De Jong & Kouwenberg 2010, voorwoord.

¹⁶ Kruisbergen, De Jong & Kouwenberg 2010, p. 13.

bij het team Werken onder Dekmantel (WOD) van de afdeling Afgeschermd Operaties van de Landelijke Eenheid. Hierbij moet opgemerkt worden dat dit gaat veranderen. De Landelijke Eenheid wordt, na advies van de commissie Schneiders, omgevormd naar twee separate en gelijkwaardige landelijke eenheden door herordening van de bestaande landelijke taken.¹⁷ Ook het team WOD wordt opnieuw ingericht. Hoe deze veranderingen er precies uitzien voor het team WOD en wanneer deze veranderingen worden doorgevoerd is nog niet duidelijk.¹⁸

De Mr. Big-operaties vinden hun wettelijke grondslag in artikel 126j Sv: de bevoegdheid tot stelselmatige inwinning van informatie. Van de drie undercoverbevoegdheden heeft het stelselmatig inwinnen van informatie juridisch gezien de laagste drempel. Infiltratie is juridisch gezien de zwaarste bevoegdheid.¹⁹ Voor de inzet van infiltratie is namelijk vereist dat het onderzoek de inzet dringend vordert en dat sprake is van een verdenking van een misdrijf omschreven in art. 67 lid 1 Sv, dat een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert. Bovendien moet de officier van justitie alvorens het bevel tot infiltratie kan worden afgegeven goedkeuring hebben van het College van procureurs-generaal, dat advies krijgt van de Centrale Toetsingscommissie (CTC).²⁰ Bij pseudo-koop en -dienstverlening ligt de juridische drempel iets lager. Deze bevoegdheid mag worden ingezet indien het in het belang van het onderzoek is en er sprake is van een verdenking van een misdrijf als genoemd in art. 67 lid 1 Sv. Voor de inzet van het stelselmatig inwinnen van informatie ligt de juridische drempel het laagst, omdat de officier van justitie bevoegd is tot het geven van het bevel indien dat in het belang van het onderzoek is en er een verdenking van een misdrijf bestaat.

De wetgever heeft gekozen voor deze verschillende juridische drempels, omdat er ook verschillende risico's en morele dilemma's met de toepassing van de drie undercoverbevoegdheden gepaard gaan.²¹ Bij het stelselmatig inwinnen van informatie zijn de inbreuk op de privacy en het aspect van misleiding voor de wetgever

¹⁷ Eindadvies 'Ruimte voor slagvaardig politiewerk' van de Adviescommissie voor de Landelijke Eenheid. 10 juni 2022, p. 19; *Kamerstukken II*, 2021-2022, 29628 nr. 1101, p. 3.

¹⁸ *Kamerstukken II*, 2021-2022, 29628 nr. 1130, p. 2.

¹⁹ Van Koppen & Horselenberg, *Strafblad* 2018/2, p. 42.

²⁰ Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, *Stcrt* 2014, 24442, par. 2.9.

²¹ Van Koppen & Horselenberg, *Strafblad* 2018/2, p. 42.

redenen om tot een wettelijke regeling te komen.²² Bij deze undercoverbevoegdheid participeert een opsporingsambtenaar niet in misdrijven en hierdoor zijn er minder risico's dan bij infiltratie. De risico's die aan infiltratie kleven maken dat tot een zwaardere, meer ingrijpende bevoegdheid dan het stelselmatige inwinnen van informatie.²³ Hierover is kritiek geuit en ook naar mijn mening is deze beredenering niet geheel terecht. Het huidige wettelijk systeem waarbij het uitgangspunt is dat infiltratie een zwaardere bevoegdheid is dan het stelselmatig inwinnen van informatie gaat namelijk in de praktijk niet altijd op. De Mr. Big-operaties zijn minstens zo zwaar als infiltratietrajecten, terwijl Mr. Big-operaties worden toegepast in het kader van art. 126j Sv, waarvoor de lichtste wettelijke drempel geldt.²⁴

2.4 De huidige wettelijke grondslag

Hoewel de term 'Mr. Big' ontbreekt in het wetboek is het algemeen aanvaard dat de Mr. Big-methode een wettelijke basis heeft in art. 126j Sv, waarin de bevoegdheid tot het stelselmatig inwinnen van informatie is vastgelegd.²⁵ Met deze vorm van informatie-inwinning wordt een min of meer volledig beeld verkregen van bepaalde aspecten van het privéleven van de verdachte. Dit bijzondere opsporingsmiddel is ingrijpend.²⁶ Niet alleen de privacy van de betrokkene is in het geding, er is ook sprake van misleiding omdat de betrokkene niet weet dat de persoon met wie hij van doen heeft een opsporingsambtenaar is.²⁷ Om deze redenen is art. 126j Sv met verschillende waarborgen omkleed. Dit artikel luidt als volgt:

“1. In geval van verdenking van een misdrijf kan de officier van justitie in het belang van het onderzoek bevelen dat een opsporingsambtenaar als bedoeld in de artikelen 141, onderdelen, b, c en d, en 142, zonder dat kenbaar is dat hij optreedt als opsporingsambtenaar, stelselmatig informatie inwint over de verdachte.

²² *Kamerstukken II*, 1996/97, 25403 nr. 3, p. 34.

²³ Van Koppen & Horselenberg, *Strafblad* 2018/2, p. 42.

²⁴ Kruisbergen, *Strafblad* 2018/4, p. 43.

²⁵ Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982 r.o. 5.3; Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983 r.o. 5.3; Gerechtshof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083, r.o. 9.3.3.

²⁶ Blom, *T&C Strafvoeding*, art. 126j Sv, aant. 2.

²⁷ *Kamerstukken II*, 1996/97, 25403 nr. 3, p. 34-35.

2. *Het bevel wordt gegeven voor een periode van ten hoogste drie maanden. De geldigheidsduur kan telkens voor een periode van ten hoogste drie maanden worden verlengd.*
3. *Het bevel tot het inwinnen van informatie is schriftelijk en vermeldt:*
 - a. *het misdrijf en indien bekend de naam of anders een zo nauwkeurig mogelijke omschrijving van de verdachte;*
 - b. *de feiten of omstandigheden waaruit blijkt dat de voorwaarden, bedoeld in het eerste lid, zijn vervuld;*
 - c. *de wijze waarop aan het bevel uitvoering wordt gegeven, en*
 - d. *de geldigheidsduur van het bevel.*
4. *Bij algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld ten aanzien van de eisen van bekwaamheid waaraan de opsporingsambtenaar moet voldoen. Voorts worden bij algemene maatregel van bestuur regels gesteld ten aanzien van de wijze waarop de bevoegdheid, bedoeld in het eerste lid, wordt uitgeoefend.*
5. *Een bevel als bedoeld in het eerste lid kan ook worden gegeven aan een persoon in de openbare dienst van een vreemde staat, die voldoet aan bij algemene maatregel van bestuur te stellen eisen. Het tweede en derde lid zijn van overeenkomstige toepassing.*
6. *Artikel 126g, zesde tot en met achtste lid, is van overeenkomstige toepassing.”*

Er zijn verschillende vereisten uit dit artikel af te leiden waaraan moet worden voldaan alvorens de undercoverbevoegdheid tot het stelselmatig inwinnen van informatie kan worden ingezet. Naast de vereisten uit art. 126j Sv zijn er ook belangrijke waarborgen die niet direct volgen uit art. 126j Sv, maar wel van toepassing zijn bij de inzet van deze undercoverbevoegdheid. De verschillende vereisten en waarborgen worden in de subparagrafen hieronder besproken.

2.4.1 Verdachte van een misdrijf

Er kan stelselmatig informatie worden ingewonnen over een persoon wanneer deze wordt verdacht van een misdrijf. De benodigde informatie omtrent de verdenking van het misdrijf kan worden verkregen bij de verdachte, maar ook bij derden. Volgens art. 27 Sv is een verdachte iemand te wiens aanzien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit voortvloeit. Aan een verdachte

komen bepaalde rechten toe die gewaarborgd moeten worden, zoals het recht op rechtsbijstand en het zwijgrecht.²⁸ Ook moet er volgens de cautieplicht²⁹ aan de verdachte worden medegedeeld dat hij niet tot antwoorden verplicht is en kan een verdachte niet worden gedwongen om mee te werken aan zijn eigen veroordeling (het nemo tenetur-beginsel).³⁰

Bij het gebruik van de Mr. Big-methode doet zich een bijzondere situatie voor. Er is sprake van een undercoveroperatie en hierdoor kan de opsporingsambtenaar zich niet als zodanig bekendmaken. Dit betekent dat een aantal waarborgen waar een verdachte recht op heeft niet kunnen worden nageleefd. Ook is bepaald dat het stellen van vragen door de undercoveragent aan de verdachte niet kan worden aangemerkt als een verhoorsituatie in de zin van art. 29 Sv, waardoor de cautieplicht niet van toepassing is. Volgens de wetgeschiedenis moet worden aangenomen dat door de misleiding de verklaringsvrijheid niet onder druk staat en ook het nemo tenetur-beginsel niet wordt geschonden.³¹

2.4.2 Bevel

Blijkens het eerste lid van art. 126j Sv wordt het bevel tot stelselmatig inwinnen van informatie gegeven door de officier van justitie. De officier van justitie kan het bevel alleen afgeven als dit in het belang van het onderzoek is. Volgens het tweede lid kan het bevel tot maximaal drie maanden gegeven worden en de duur kan steeds met drie maanden worden verlengd. Het derde lid stelt een aantal formele vereisten aan het bevel, waaronder dat het bevel schriftelijk moet zijn. Het zesde lid vult hierop aan dat bij dringende noodzaak het bevel mondeling kan worden gegeven, mits het bevel alsnog binnen drie dagen op schrift wordt gesteld.

Het is opvallend dat het bevel dat wordt afgegeven door de officier van justitie niet aan enige vorm van voorafgaande rechtelijke toetsing onderhevig is. Er wordt nergens gesproken over een voorafgaande toetsing of machtiging door de rechter voordat het bevel kan worden gegeven.³² Een extra waarborg door middel van voorafgaande

²⁸ Art. 28 en 29 Sv.

²⁹ Art. 29 lid 2 Sv.

³⁰ Blom, *T&C Strafvoeding*, art. 126j Sv, aant. 2a.

³¹ *Kamerstukken II*, 1996/97, 25403 nr. 3, p. 30; Blom, *T&C Strafvoeding*, art. 126j Sv, aant. 2a.

³² Blom, *T&C Strafvoeding*, art. 126j Sv, aant. 5.

rechtelijke toetsing zou naar mijn mening passend zijn alvorens een ingrijpende bevoegdheid als Mr. Big kan worden ingezet.

2.4.3 Opsporingsambtenaar

Opsporingsambtenaren zijn bevoegd tot het stelselmatig inwinnen van informatie. Volgens het eerste lid van art. 126j Sv zijn dat in eerste instantie de gewone opsporingsambtenaren zoals omschreven in art. 141 onderdelen b, c en d, en art. 142 Sv. Volgens het vierde lid van art. 126j Sv worden bij Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB) regels gesteld ten aanzien van de eisen van bekwaamheid waaraan de opsporingsambtenaren dienen te voldoen.³³ Art. 126j lid 5 Sv stelt dat behalve aan gewone opsporingsambtenaren het bevel ook kan worden gegeven aan opsporingsambtenaren van de bijzondere opsporingsdiensten, de marechaussee en aan buitenlandse opsporingsambtenaren.

Opsporingsambtenaren die uitvoering geven aan het bevel tot stelselmatig inwinnen van informatie zijn niet gerechtigd om deel te nemen aan of betrokken te zijn bij het plegen van strafbare feiten.³⁴ Het is denkbaar dat een opsporingsambtenaar in een situatie terecht komt waarin hij noodgedwongen een strafbaar feit moet plegen, bijvoorbeeld in het kader van de instandhouding van de undercoveroperatie. Er is dan een bevel van de officier van justitie vereist voor een andere undercoverbevoegdheid, namelijk pseudo-koop of -dienstverlening of infiltratie. Als dit bevel niet wordt gegeven en de opsporingsambtenaar pleegt toch een strafbaar feit, dan is de opsporingsambtenaar strafrechtelijk aansprakelijk.³⁵

2.4.4 Proportionaliteit en subsidiariteit

Naast de bovengenoemde waarborgen uit art. 126j Sv zijn er twee belangrijke waarborgen voor de inzet van de bevoegdheid tot stelselmatig inwinnen van informatie die (nog) niet expliciet zijn gecodificeerd.³⁶ Dit zijn de proportionaliteits- en subsidiariteitstoets. Proportionaliteit houdt in dat de uitoefening van de bevoegdheid in

³³ Samenwerkingsbesluit bijzondere opsporingsbevoegdheden 2019, *Stb.* 2018, 448.

³⁴ Blom, *T&C Strafvordering*, art. 126j Sv, aant. 1.

³⁵ Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, *Stcr* 2014, 24442, par. 2.6.

³⁶ *Kamerstukken II*, 2015/16, 29279, nr. 278, Ministerie van Veiligheid & Justitie, Contourennota, 30 september 2015, par. 2.2.2; *Kamerstukken II*, 1996/97, 25403 nr. 3, p. 15.

het concrete geval in een redelijke verhouding moet staan tot het daarmee beoogde doel. Subsidiariteit betekent dat de bevoegdheid pas ingezet wordt indien hetzelfde doel niet kan worden bereikt met een minder ingrijpend middel.³⁷ De inzet van art. 126j Sv is dus pas mogelijk indien de ernst van het misdrijf dat rechtvaardigt (proportionaliteit) en een minder ingrijpende wijze van opsporing niet voorhanden is (subsidiariteit). Een toets aan deze ongeschreven beginselen leidt niet snel tot de conclusie dat de toepassing van art. 126j Sv onrechtmatig is.³⁸

2.4.5 Verbaliserings- en notificatieplicht

Het undercovertraject gaat van start indien het bevel is afgegeven in overeenstemming met de bovengenoemde voorwaarden. In het kader van transparantie is het tijdens het uitoefenen van de bevoegdheid belangrijk dat de opsporingsambtenaren voldoen aan de verbaliserings- en de notificatieplicht.³⁹ Op grond van art. 152 Sv hebben opsporingsambtenaren een verbaliseringsplicht. Dit houdt in dat de opsporingsambtenaren een proces-verbaal dienen op te maken van de door hen opgespoorde strafbare feiten of van hetgeen door hen aan opsporing is verricht of bevonden. Deze bepaling moet ruim worden opgevat. De plicht omvat alles wat relevant kan zijn voor enige in de strafzaak te nemen beslissing. Het uitgangspunt is dat alle verrichtingen en bevindingen in het kader van stelselmatig inwinnen van informatie schriftelijk worden vastgelegd. Dit is ter waarborging van de inzichtelijkheid en transparantie, waarbij het belangrijk is dat te herleiden moet zijn op welke manier en op welke wijze informatie is verzameld.⁴⁰ Hierdoor kan de officier van justitie controle uitoefenen op de opsporingsmethode en kan de rechter (achteraf) de rechtmatigheid van de undercoveroperatie toetsen en beoordelen.⁴¹

Naast de verbaliseringsplicht geldt ook de notificatieplicht. Volgens art. 126bb Sv moet de officier van justitie een schriftelijke mededeling doen aan een persoon tegen wie bijzondere opsporingsmethoden zijn ingezet. Dit moet worden gedaan zodra het belang van het onderzoek dit toelaat. Het mededelen aan de verdachte kan niet

³⁷ Kruisbergen, De Jong & Kouwenberg 2010, p. 69.

³⁸ Ganzeboom, *DD* 2019/52, p. 12; Kruisbergen, De Jong & Kouwenberg 2010, p. 69.

³⁹ Kruisbergen, De Jong & Kouwenberg 2010, p. 222.

⁴⁰ *Kamerstukken II*, 1998/99, 26269 nr. 5, p. 431.

⁴¹ *Kamerstukken II*, 1998/99, 26269 nr. 5, p. 431-432.

mogelijk zijn vanuit tactisch of operationeel vlak.⁴² Dit is vaak het geval bij de inzet van undercoverbevoegdheden. Het belang van het onderzoek laat het niet toe dat de verdachte op de hoogte wordt gesteld van de bijzondere opsporingsbevoegdheid. De notificatie wordt daarom achteraf gedaan. Het schaadt immers de undercoveroperatie als de verdachte vooraf op de hoogte wordt gesteld van de inzet van de Mr. Big-methode.

2.5 Nederlandse rechtpraak omtrent Mr. Big

In de Nederlandse rechtpraak zijn een drietal zaken bekend waarin gebruik is gemaakt van de Mr. Big-methode, namelijk Van Dillenburg (2002), Posbank (2003) en Kaatsheuvel (2010). In deze zaken heeft de rechter benadrukt dat art. 126j Sv een toereikende grondslag biedt.⁴³ Hoewel er een toereikende wettelijke grondslag is voor de Mr. Big-methode, wil dat niet zeggen dat de inzet van deze methode altijd rechtmatig is.

2.5.1 Posbank en Kaatsheuvel

In de zaken Posbank en Kaatsheuvel is de Hoge Raad kritisch over de uitoefening van de Mr. Big-methode en de mogelijke inbreuk daarvan op de verklaringsvrijheid van de verdachten. Het gerechtshof heeft in beide zaken geoordeeld dat de verklaringsvrijheid niet is aangetast.⁴⁴ De Hoge Raad deelt deze mening niet en is van oordeel dat het gerechtshof de verwerping van het verweer dat de verklaringsvrijheid is geschonden niet toereikend heeft gemotiveerd. In de Posbank-zaak speelde de financiële situatie van de verdachte een rol. De verdachte is afhankelijk geworden van door de organisatie verrichte en toegezegde betalingen. Bovendien zijn een aantal situaties in scène gezet om de verdachte te laten geloven dat hij met een professionele en gewelddadige criminele organisatie van doen had.⁴⁵ In de Kaatsheuvel-zaak is er ook sprake van een financiële afhankelijkheid van de verdachte ten opzichte van de fictieve criminele organisatie. De undercoveragenten zijn ruim een jaar in contact geweest met

⁴² Kruisbergen, De Jong & Kouwenberg 2010, p. 222.

⁴³ Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982 r.o. 5.3; Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983 r.o. 5.3; Gerechtshof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083, r.o. 9.3.3.

⁴⁴ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:421; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2416.

⁴⁵ Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983 r.o. 5.4.3

de verdachte. In dat jaar hebben ze hem verschillende keren tegen betaling werkzaamheden laten verrichten. De verdachte heeft in gesprekken met de undercoveragenten zijn betrokkenheid bij het strafbare feit meermalen ontkend. Aan de verdachte is vervolgens voorgehouden dat als hij bleef ontkennen, hij niet binnen de organisatie mocht werken. Na dit aanbod heeft de verdachte zijn betrokkenheid bij het strafbare feit bekend. Vervolgens bleven de undercoveragenten vragen stellen over zijn betrokkenheid, zonder zich kenbaar te maken als opsporingsambtenaren.⁴⁶ Volgens de Hoge Raad hadden deze verschillende omstandigheden het gerechtshof aanleiding moeten geven om uitdrukkelijk te beoordelen of de verklaringen in strijd met de verklaringsvrijheid van de verdachte zijn verkregen.

De Hoge Raad heeft beide zaken terugverwezen naar het gerechtshof Den Haag.⁴⁷ In de Posbank-zaak heeft het gerechtshof op 26 februari 2021 de verdachte veroordeeld, maar niet op basis van de door de verdachte afgelegde verklaringen tegenover de undercoveragenten. Het gerechtshof heeft de verklaringen van de verdachte niet gebruikt voor het bewijs en heeft andere bewijsmiddelen geselecteerd.⁴⁸ In de Kaatsheuvel-zaak heeft het gerechtshof op 16 februari 2022 de verdachte vrijgesproken. Volgens het gerechtshof is door de undercoveragenten onvoldoende nauwkeurig beschreven welke mondelinge communicatie met de verdachte heeft plaatsgevonden. Het is niet mogelijk om op basis van de door hen opgemaakte processen-verbaal te beoordelen in hoeverre druk op de verdachte is uitgeoefend en in welke mate de verdachte is misleid. Hierdoor kan ook niet worden beoordeeld of de verklaringsvrijheid van de verdachte bij het afleggen van de bekentenis is aangetast.⁴⁹

2.5.2 Richtlijnen Hoge Raad

Bij de beoordeling van de vraag of de verklaring van de verdachte in strijd met zijn verklaringsvrijheid is verkregen, zijn de omstandigheden van het geval doorslaggevend.⁵⁰ Volgens de Hoge Raad zijn de volgende aspecten daarbij van belang: het verloop van het opsporingstraject, de proceshouding van de verdachte

⁴⁶ Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982, r.o. 5.3.3.

⁴⁷ Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982; Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983.

⁴⁸ Gerechtshof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:293.

⁴⁹ Gerechtshof Den Haag 16 februari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:205.

⁵⁰ Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982 r.o. 5.7; Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, r.o. 5.7.

omtrent het strafbare feit, de mate van (psychische) druk die op de verdachte is uitgeoefend, de mate van misleiding van de verdachte en de bemoeienis die opsporingsambtenaren hebben gehad met betrekking tot de inhoud van de door de verdachte afgelegde verklaring. Ook de duur en intensiteit van het undercovertraject zijn van belang bij de beoordeling of de verklaring in vrijheid is afgelegd. De strekking en frequentie van de contacten met de verdachte en de in het vooruitzicht gestelde positieve of negatieve consequenties als de verdachte wel of geen opheldering geeft over bepaalde zaken spelen ook een rol.⁵¹ Als blijkt dat de verklaring is afgelegd in strijd met de verklaringsvrijheid van de verdachte, dan dient de verklaring te worden uitgesloten van het bewijs.⁵²

2.5.3 Van Dillenburg

Naast de zaken Posbank en Kaatsheuvel is de Mr. Big-methode nog een derde keer toegepast in Nederland, namelijk in de zaak rondom de verdwijning van Patrick van Dillenburg. De rechtbank heeft de verdachte in deze zaak in 2021 vrijgesproken.⁵³ De verdachte heeft drie keer een verklaring afgelegd tegenover undercoveragenten en deze mochten volgens de rechtbank niet worden gebruikt als bewijs. Door de rechtbank kon op basis van de processen-verbaal onvoldoende worden beoordeeld of de verdachte door misleiding van de undercoveragenten is beperkt in zijn verklaringsvrijheid.⁵⁴ Echter, zeer recentelijk is de verdachte door het gerechtshof Amsterdam alsnog veroordeeld.⁵⁵ Al was volgens het gerechtshof geen sprake van een methode die zonder meer te kwalificeren is als Mr. Big, toonde het traject daar wel kenmerken van. Ook bij dit traject bestaat het gevaar dat de verdachte feitelijk in een verhoorsituatie terecht komt, waarbij de waarborgen van een formeel politieverhoor ontbreken en verklaringen worden verkregen die in strijd zijn met de verklaringsvrijheid van de verdachte.⁵⁶ Volgens het gerechtshof zijn twee van de drie verklaringen niet in strijd met de verklaringsvrijheid van de verdachte afgelegd en kunnen daarom voor het bewijs worden gebruikt. Een derde verklaring is wel in strijd met de verklaringsvrijheid en is daarom uitgesloten van het bewijs. Ten aanzien van de derde verklaring is

⁵¹ Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982 r.o. 5.2.2; Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983 r.o. 5.2.2.

⁵² Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, r.o. 3.4.

⁵³ Rechtbank Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805.

⁵⁴ Rechtbank Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805, r.o. 5.3.5.

⁵⁵ Gerechtshof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083.

⁵⁶ Gerechtshof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083, r.o. 9.3.3.

namelijk sprake van een andere situatie dan bij de eerdere twee verklaringen. Er is bij de verdachte inmiddels een financiële afhankelijkheid van de undercoveragenten ontstaan. Ook is de verdachte tijdens het afleggen van zijn verklaring meermalen geconfronteerd met het feit dat zijn eerdere verklaringen niet kloppen. De undercoveragenten hebben hem hierover indringende vragen gesteld. Volgens het gerechtshof bevond de verdachte zich daarom in een verhoorsituatie tijdens het afleggen van deze verklaring.⁵⁷ Van de twee verklaringen die wel als bewijs zijn gebruikt, zijn verschillende elementen uit de verklaringen van de verdachte aantoonbaar juist gebleken. Het verhaal van de verdachte vindt steun in ander bewijs.⁵⁸ Van de drietal Mr. Big-zaken heeft de rechter het dus alleen in de Van Dillenburger-zaak toelaatbaar geacht om een deel van de verklaringen te gebruiken voor het bewijs.⁵⁹

Het gerechtshof en de Hoge Raad benadrukken in de zaken nogmaals het belang van de wettelijke vereisten uit art. 126j Sv waarop het optreden van de opsporingsambtenaren berust.⁶⁰ Daarnaast is de proportionaliteits- en subsidiariteitstoets van belang voor de rechtmatigheid van de wijze van opsporing jegens verdachte.⁶¹ Ook wordt specifiek gewezen op de verbaliseringsplicht. De rechter kan namelijk alleen inzicht krijgen in het verloop van de Mr. Big-operatie indien dit in de processen-verbaal voldoende en nauwkeurig is weergegeven.⁶²

2.6 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is het huidige juridische kader van de Mr. Big-methode uiteengezet. De Mr. Big-methode is een undercoverbevoegdheid en is te kwalificeren als het stelselmatig inwinnen van informatie. De wettelijke grondslag hiervoor is art. 126j Sv. De Mr. Big-methode is een ingrijpend middel, maar heeft juridisch gezien de laagste

⁵⁷ Gerechtshof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083, r.o. 9.3.6.

⁵⁸ Gerechtshof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083, r.o. 9.3.7.

⁵⁹ De verdachte is nog niet onherroepelijk veroordeeld. Er is cassatie ingesteld en naar verwachting volgt er later dit jaar een uitspraak.

⁶⁰ Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983 r.o. 5.2.2; Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982 r.o. 5.2.2; Gerechtshof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083, r.o. 9.3.3.

⁶¹ Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983 r.o. 5.6; Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982 r.o. 5.6; Gerechtshof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083, r.o. 9.3.6.

⁶² Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983 r.o. 5.2.2; Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982 r.o. 5.6.

drempel van de drie undercoverbevoegdheden. Om de Mr. Big-methode in te kunnen zetten moet er voldaan zijn aan verschillende vereisten. Er moet sprake zijn van een verdenking van een misdrijf, de officier van justitie geeft het bevel als dit in het belang van het onderzoek is, alleen opsporingsambtenaren mogen dit bevel uitvoeren en er moet voldaan zijn aan de proportionaliteits- en subsidiariteitseis. Ook hebben de opsporingsambtenaren tijdens het stelselmatig inwinnen van informatie een verbaliseringsplicht.

Bovendien heeft de Nederlandse rechter zich in een drietal zaken uitgelaten over de inzet van de Mr. Big-methode. In de drie zaken spelen voornamelijk de verbaliseringsplicht en de mogelijke inbreuk op de verklaringsvrijheid van verdachten een rol. Bij een Mr. Big-operatie bestaat namelijk het gevaar dat de verdachte feitelijk in een verhoorsituatie terecht komt, zonder de waarborgen van een formeel verhoor. De Hoge Raad heeft richtlijnen geformuleerd om te beoordelen of de verklaring van de verdachte in strijd met zijn verklaringsvrijheid is verkregen. Voor de rechter is de Mr. Big-operatie alleen inzichtelijk als de verbaliseringsplicht wordt nageleefd en alles in de processen-verbaal voldoende en nauwkeurig is weergegeven.

HOOFDSTUK 3: ARTIKEL 6 EVRM

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal welke waarborgen er uit art. 6 EVRM vloeien bij de inzet van Mr. Big-operaties. Uit art. 6 EVRM volgen onder meer het beginsel van equality of arms, het nemo tenetur-beginsel en het instigatieverbod. Deze beginselen spelen een belangrijke rol bij toepassing van de Mr. Big-methode en worden daarom in dit hoofdstuk behandeld. Het EHRM heeft nog geen uitspraak gedaan over een zaak waarin de Mr. Big-methode is ingezet. Wel heeft het EHRM zich uitgesproken over de inzet van undercovermethodes in verschillende situaties in relatie tot art. 6 EVRM. Deze situaties worden nader toegelicht aan de hand van de drie waarborgen die voortvloeien uit art. 6 EVRM.

3.2 Artikel 6 EVRM

In art. 6 EVRM is het recht op een eerlijk proces neergelegd. Het artikel heeft in strafzaken het doel om verdachten te beschermen tegen een willekeurig optredende overheid.⁶³ Deze bescherming wordt nagestreefd door de verdachte een aantal waarborgen toe te kennen die voortvloeien uit art. 6 EVRM. Niet alle rechten die voortvloeien uit art. 6 EVRM en een schending van het recht op een eerlijk proces kunnen opleveren zijn direct in het artikel te lezen. Het EHRM heeft deze rechten er uit afgeleid.⁶⁴ Art. 6 EVRM is van toepassing als het gaat om een onderzoek naar de gegrondheid van een strafvervolgning, ook wel *criminal charge* genoemd.⁶⁵ Vanaf het moment dat er sprake is van een *criminal charge* kan er aanspraak worden gemaakt op de uit art. 6 EVRM voortvloeiende rechten.⁶⁶ De rechten voortvloeiend uit art. 6 EVRM omvatten de gehele strafprocedure (van vooronderzoek tot terechtzitting).⁶⁷ De rechter moet achteraf beoordelen of de strafprocedure als geheel eerlijk is geweest.⁶⁸

⁶³ De Vocht, *T&C Strafprocedure*, art. 6 EVRM, aant. 1.

⁶⁴ De Vocht, *T&C Strafprocedure*, art. 6 EVRM, aant. 1.

⁶⁵ Council of Europe: European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, 31 August 2022, p. 9-10; De Vocht, *T&C Strafprocedure*, art. 6 EVRM, aant. 2b.

⁶⁶ Council of Europe: European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, 31 August 2022, p. 9-10 en 42; De Vocht, *T&C Strafprocedure*, art. 6 EVRM, aant. 2a en 3a; EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim/VK*), par. 272.

⁶⁷ De Vocht, *T&C Strafprocedure*, art. 6 EVRM, aant. 2b.

⁶⁸ EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802 (*Bykov/Rusland*), par. 89.

Aangezien er bij Mr. Big-operaties veelal sprake is van een *criminal charge*, is art. 6 EVRM van toepassing. De verdachte staat immers centraal in het strafrechtelijk onderzoek en dit leidt vaak tot een vervolging. Bij de Mr. Big-methode spelen een aantal waarborgen uit art. 6 EVRM een belangrijke rol, namelijk het equality of arms-beginsel, het nemo tenetur-beginsel en het instigatieverbod. Deze waarborgen worden hieronder besproken.

3.2.1 Equality of arms

Uit art. 6 lid 3 EVRM volgt het beginsel van 'equality of arms', oftewel 'gelijkheid der wapenen'. Dit beginsel behelst de gelijkwaardigheid van de procespartijen. Binnen de procedure dient er sprake te zijn van een eerlijke verhouding tussen de partijen.⁶⁹ Partijen dienen evenveel kennis te hebben van elkaars standpunten, het bewijs en alle informatie die gedurende het vooronderzoek en proces naar voren is gekomen.⁷⁰ Alle relevante informatie, zowel ontlastend als belastend, moet dus aan de verdediging kenbaar worden gemaakt.⁷¹ Het beginsel zorgt er ook voor dat controle op de opsporingsinstanties mogelijk is, omdat duidelijk is op welke wijze het politieonderzoek heeft plaatsgevonden.

Het recht is niet absoluut en kan worden beperkt. Dit is mogelijk als de beperking op een wettelijke grondslag berust en noodzakelijk is.⁷² Het EHRM geeft niet aan welke stukken beschikbaar moeten worden gesteld aan de verdediging om te voldoen aan het equality of arms-beginsel. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat het recht kan worden beperkt omdat de politie niet volledig inzicht kan geven in de gebruikte opsporingsmethodieken. De beoordeling van de beperking vindt plaats door een belangenafweging tussen de beperking en hoe deze beperking de bescherming van het grondrecht voor de verdachte aantast.⁷³ Er is geen eenduidig antwoord te geven

⁶⁹ Council of Europe: European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, 31 August 2022, p. 34.

⁷⁰ EHRM 27 oktober 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:1027JUD001444888 (*Dombo/Nederland*), par. 33; EHRM 28 augustus 1991, ECLI:CE:ECHR:1991:0828JUD001117084 (*Brandstetter/Oostenrijk*) par. 67; EHRM 16 december 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:1216JUD001307187 (*Edwards/UK*), par. 36.

⁷¹ EHRM 16 december 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:1216JUD001307187 (*Edwards/UK*), par. 36.

⁷² Council of Europe: European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, 31 August 2022, p. 37; EHRM, 16 februari 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0216JUD002705295 (*Jasper/VK*), par. 52-53.

⁷³ Council of Europe: European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, 31 August 2022, p. 37-38; EHRM, 16 februari 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0216JUD002705295 (*Jasper/VK*), par. 52-53.

op de vraag wanneer er sprake is van een schending van het equality of arms-beginsel. Voor de beoordeling of er sprake is van een schending wordt namelijk geen toetsingskader gehanteerd, maar wordt gekeken naar de omstandigheden van het geval. Het EHRM acht bijvoorbeeld van belang of beide partijen de gelegenheid krijgen om te reageren op een processtuk en of de verdachte voldoende toegang heeft tot zijn dossier of andere documenten.⁷⁴

Het beginsel van equality of arms speelt een rol bij Mr. Big-operaties omdat het van belang is om de rechtmatigheid van undercoveroperaties te controleren. Dit is alleen mogelijk als de undercoveragenten volledig zijn in het opmaken van processen-verbaal (of als de operatie op een andere wijze wordt vastgelegd) en er ook voor de verdediging toegang is tot de stukken uit het traject. Deze openbaarheid maakt controle op de Mr. Big-operatie mogelijk en dit speelt een belangrijke rol bij het bepalen of het recht op een eerlijk proces is geschonden. Zodra de processen-verbaal onvolledig zijn of er slechts een beperkte toegang tot inzage in het dossier of andere documenten wordt verleend kan niet worden gecontroleerd hoe de operatie is verlopen.

3.2.2 Het nemo tenetur-beginsel

‘Nemo tenetur prodere se ipsum’, oftewel ‘niemand is gehouden tegen zichzelf bewijs te leveren’. Het nemo tenetur-beginsel is niet expliciet opgenomen in art. 6 EVRM, maar maakt onderdeel uit van het recht op een eerlijk proces.⁷⁵ Het EHRM heeft het bestaan van het nemo tenetur-beginsel in art. 6 EVRM voor het eerst erkend in de zaak *Funke*.⁷⁶ In deze zaak is getracht de verdachte te bewegen zelf het bewijs te overhandigen van strafbare feiten waarvan hij verdacht werd. Het EHRM heeft geoordeeld dat hierdoor het zwijgrecht en het recht tegen zelfbelasting worden geschonden. Een verdachte is niet gehouden mee te werken aan zijn eigen veroordeling.⁷⁷

⁷⁴ Council of Europe: European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, 31 August 2022, p. 37.

⁷⁵ Council of Europe: European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, 31 August 2022, p. 41; De Haas & Vissers, *TFB* 2014, p. 77.

⁷⁶ EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke/Frankrijk*).

⁷⁷ Hieruit volgt impliciet het nemo-teneturbeginsel, het wordt echter niet expliciet benoemd. Zie ook EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke/Frankrijk*), par. 44.

Door de jaren heen heeft het EHRM invulling gegeven aan het nemo tenetur-beginsel. Een specifiekere uitwerking van het nemo tenetur-beginsel is het zwijgrecht van de verdachte. Het zwijgrecht en het recht tegen zelfbelasting dienen in beginsel ter bescherming van de vrijheid van de verdachte om te kiezen tussen spreken of zwijgen.⁷⁸ Deze verklaringsvrijheid van de verdachte vormt daarmee de kern van het nemo tenetur-beginsel.⁷⁹ Het zwijgrecht is in Nederland neergelegd in art. 29 Sv. Dit artikel schrijft voor dat opsporingsambtenaren en rechters de cautie moeten verlenen indien een verdachte wordt ondervraagd omtrent zijn betrokkenheid bij een strafbaar feit. De cautieverlening is feitelijk de mededeling aan de verdachte dat hij het recht heeft om te zwijgen en heeft het doel om de verdachte erop te wijzen dat hij het recht heeft om zichzelf niet te incrimineren.⁸⁰ Bij een undercoveroperatie wordt de cautie niet verleend, want er is geen sprake van een officieel verhoor. De opsporingsambtenaar is immers niet als zodanig kenbaar bij de verdachte.

Er zijn echter situaties denkbaar waarin er geen officieel verhoor plaatsvindt, maar hiervan wel sprake lijkt te zijn als een undercoveragent vragen stelt aan de verdachte omtrent zijn betrokkenheid bij een strafbaar feit. Dit is het geval in de zaak *Allan*.⁸¹ Allan zat in voorlopige hechtenis. Hij deed consequent een beroep op zijn zwijgrecht en daarom werd een undercoveroperatie ingezet, waarbij een (burger)informant bij Allan in zijn cel werd geplaatst. De politie probeerde op die manier informatie te verkrijgen over het strafbare feit waarvoor Allan in voorlopige hechtenis zat. Het EHRM heeft in deze zaak geoordeeld dat het zwijgrecht volgend uit art. 6 EVRM is geschonden. Het EHRM stelt dat als er door middel van misleiding een belastende verklaring wordt geprobeerd te verkrijgen, de keuzevrijheid om al dan niet te verklaren wordt omzeild.⁸² Het hangt af van de omstandigheden van het geval of de verklaringsvrijheid wordt ondermijnd en dit een schending van art. 6 EVRM oplevert.⁸³

⁷⁸ Council of Europe: European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, 31 August 2022, p. 43.

⁷⁹ Reijntjes 1996, p. 5 en De Haas & Vissers, *TfB* 2014, p. 77; EHRM 8 februar 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191 (*Murray/VK*), par. 45; Ganzeboom, *DD* 2019/52, p. 10; Dieben & Boksem, *T&C Strafvordering*, art. 29 Sv, aant. 4a.

⁸⁰ EHRM 8 februar 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191 (*Murray/VK*), par. 45.

⁸¹ EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan/VK*).

⁸² EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan/VK*), par. 51.

⁸³ Council of Europe: European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, 31 August 2022, p. 43-44.

Volgens het EHRM geldt als uitgangspunt dat de verdachte keuzevrijheid moet hebben gehad om de verklaring af te leggen.⁸⁴ De belastende verklaring van Allan was niet spontaan, maar juist aangespoord door de informant. De informant had indringende en onophoudelijke vragen gesteld over de betrokkenheid van de verdachte bij het strafbare feit. De gesprekken werden gelijkgesteld met een verhoor, zonder dat de daarbij behorende waarborgen in acht zijn genomen.⁸⁵ Het EHRM komt daarom tot de beslissing dat de verklaringsvrijheid van de verdachte – en daarmee het recht op een eerlijk proces – is geschonden.⁸⁶

In de zaak *Bykov* komt het EHRM tot een ander oordeel.⁸⁷ Ook in deze zaak staat het zwijgrecht in het kader van een undercoveroperatie ter discussie. Echter, het EHRM is in deze zaak van oordeel dat Bykov niet onder druk of dwang stond ten tijde van het afleggen van een verklaring. De (burger)informant die door Bykov was ingehuurd voor het plegen van twee moorden, is door de politie met opnameapparatuur naar Bykov gestuurd. Dit heeft geresulteerd in een opname waarin Bykov de moorden besprak met de informant. Bykov stelt in zijn verweer dat zijn verklaring niet in vrijheid was afgelegd en er sprake was van een feitelijke verhoorsituatie.⁸⁸ Het EHRM is van oordeel dat Bykov zelf de keuze had om contact te zoeken met de informant. Hij was, in tegenstelling tot het arrest *Allan*, niet gedetineerd.⁸⁹ Bovendien is het gesprek opgenomen en speelde het in het kader van de bewijsvoering slechts een beperkte rol omdat er aanvullend bewijs bestond. Volgens het EHRM is er geen verhoorsituatie ontstaan en is er geen sprake van schending van art. 6 EVRM.⁹⁰

Er bestaan een aantal verschillen tussen de hierboven besproken undercoverzaken en de Mr. Big-methode. Zo was er in de zaak *Allan* sprake van een verdachte die gedetineerd was tijdens de undercoveroperatie. Een verdachte kan zich dan niet onttrekken aan een gesprek met een undercoveragent.⁹¹ Een verklaring in een Mr.

⁸⁴ EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan/VK*), par. 50.

⁸⁵ EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan/VK*), par. 50; Council of Europe: European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, 31 August 2022, p. 43.

⁸⁶ EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan/VK*), par. 52.

⁸⁷ EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802 (*Bykov/Rusland*).

⁸⁸ EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802 (*Bykov/Rusland*), par. 87.

⁸⁹ EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802 (*Bykov/Rusland*), par. 86.

⁹⁰ EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802 (*Bykov/Rusland*), par. 101-102.

⁹¹ EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802 (*Bykov/Rusland*), par. 86.

Big-operatie wordt buiten detentie afgelegd. Ook wordt er bij de Mr. Big-methode gebruik gemaakt van undercoveragenten en niet van burgerinformanten. Aan het gebruik van (criminele) burgerinformanten kleven andere risico's dan bij undercoveragenten het geval is. Een burgerinformant is bijvoorbeeld niet opgeleid en getraind zoals een undercoveragent. Een burgerinformant weet bovendien dat het in zijn eigen voordeel werkt als hij een verklaring bij een verdachte weet los te krijgen.

Wel kan uit de zaken *Allan* en *Bykov* worden afgeleid dat het zwijgrecht en het recht tegen zelfbelasting in beginsel ter bescherming van de vrijheid van de verdachte bestaan en hem de keuze moeten bieden tussen verklaren of zwijgen. Volgens het EHRM kan tijdens een undercoveroperatie de verklaringsvrijheid van de verdachte onder druk komen te staan als er een verhoorsituatie is ontstaan, terwijl de daarbij behorende waarborgen niet in acht zijn genomen. Of de verklaringsvrijheid van de verdachte is geschonden, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het kan daarbij een rol spelen of de undercoveragenten indringende en onophoudelijke vragen hebben gesteld aan de verdachte over zijn betrokkenheid bij het strafbare feit, of de verdachte zelf contact heeft gezocht met de undercoveragent, de verklaring enigszins spontaan is gedaan of dat de verklaring is aangespoord door de undercoveragent.

3.2.3 Instigatieverbod

Een ander beginsel dat voortvloeit uit art. 6 EVRM is het instigatieverbod. Dit verbod houdt in dat een verdachte niet mag worden vervolgd voor gedragingen die hij zonder het optreden van de opsporingsambtenaren niet zou hebben begaan.⁹² Het verbod is niet met zoveel woorden terug te vinden in art. 6 EVRM. Het EHRM ziet het als een zelfstandig in art. 6 EVRM impliciet te lezen verbod.⁹³ Het instigatieverbod staat in Nederland ook bekend als het Tallon-criterium.⁹⁴ Het Tallon-criterium is door de Hoge Raad geformuleerd in het Tallon-arrest en is nadien met de Wet BOB bij de undercovermethodes infiltratie en pseudo-koop en -dienstverlening in het wetboek verankerd. Daaruit kan niet worden afgeleid dat het Tallon-criterium geen gelding heeft

⁹² Kruisbergen, De Jong & Kouwenberg 2010, p. 82.

⁹³ EHRM 4 november 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1104JUD001875706 (*Bannikova/Rusland*), par. 51.

⁹⁴ Hoge Raad 4 december 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7429.

voor opsporingsmethodes waarbij het criterium geen verankering in de wet heeft gevonden, zoals bij de undercovermethode het stelselmatig inwinnen van informatie.⁹⁵

Volgens het EHRM mag er gebruik worden gemaakt van undercovermethodes. Dit maakt in beginsel geen inbreuk op het instigatieverbod. Het EHRM heeft wel benadrukt dat er duidelijke grenzen en waarborgen aan gesteld moeten worden zodat het uitlokken van misdrijven wordt voorkomen.⁹⁶ Het uitlokken van strafbare feiten lijkt niet direct van toepassing bij de Mr. Big-methode. Het doel van Mr. Big-operaties is immers om een bekentenis te verkrijgen van een strafbaar feit dat al gepleegd is. Echter, de verdachte laat zich tijdens een Mr. Big-operatie onder invloed van de undercoveragenten verleiden tot het criminele pad. De undercoveragenten proberen de verdachte namelijk over te halen om toe te treden tot hun fictieve criminele organisatie.⁹⁷ Om vast te stellen of er daadwerkelijk sprake is geweest van uitlokking, is het van belang om zowel te kijken naar de verdachte als naar de manier waarop de undercoveragenten de undercoveroperatie hebben uitgevoerd.

Bij undercoveroperaties moeten undercoveragenten zich passief opstellen. Zij mogen niet zodanige invloed uitoefenen op de verdachte dat hij wordt aangezet tot het plegen van een ander misdrijf dan waar zijn opzet reeds tevoren op was gericht.⁹⁸ Het EHRM heeft criteria ontwikkeld om uitlokking in strijd met art. 6 EVRM te onderscheiden van geoorloofd gedrag bij toepassing van undercovermethodes.⁹⁹ Allereerst moet worden vastgesteld of het misdrijf ook gepleegd zou zijn zonder inzet van de undercoveragenten.¹⁰⁰ Om te beoordelen of de undercoveragenten zich voldoende passief hebben opgesteld moeten er objectieve verdenkingen zijn dat de verdachte betrokken was bij criminele activiteiten of vatbaar was voor het plegen van een

⁹⁵ Concl. A-G G. Knigge, 28 oktober 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BE9817, par. 7.

⁹⁶ Council of Europe: European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, 31 August 2022, p. 47; EHRM 5 februari 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0205JUD007442001 (*Ramanauskas/Litouwen*), par. 51.

⁹⁷ Concl. A-G A.J. Machielse, 25 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1042, par. 4.4.

⁹⁸ Council of Europe: European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, 31 August 2022, p. 48.

⁹⁹ Council of Europe: European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, 31 August 2022, p. 48.

¹⁰⁰ EHRM 5 februari 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0205JUD007442001 (*Ramanauskas/Litouwen*), par. 55.

strafbaar feit.¹⁰¹ Daarnaast moet worden gekeken of de verdachte onder druk is gezet om het strafbare feit te plegen.¹⁰² Ook mogen de undercoveragenten de verdachte niet beïnvloeden of het strafbare feit initiëren. De beoordeling hiervan hangt af van de omstandigheden van het geval. Het kan bijvoorbeeld een rol spelen of de verdachte eerst heeft geweigerd om het misdrijf te begaan, en of initiatief voor het plegen van het misdrijf bij de undercoveragenten of bij de verdachte lag.¹⁰³ Het is hierbij van belang dat duidelijk is hoe de undercoveroperatie is uitgevoerd. Transparante procedures voor het goedkeuren, uitvoeren en controleren van de undercoveroperatie zorgen ervoor dat controleerbaar is of de verdachte is uitgelokt.¹⁰⁴

Bovenstaande criteria kunnen worden doorgetrokken naar Mr. Big-operaties waarbij moet worden onderzocht of de verdachte is uitgelokt tot het plegen van strafbare feiten. Gelet op de criteria die zijn ontwikkeld door het EHRM kan bij Mr. Big-operaties gekeken worden naar de omstandigheden die erop wijzen dat de verdachte eerder strafbare feiten heeft willen plegen. Ook zijn de omstandigheden waarbinnen dit plaatsvindt van belang. Indien een undercoveragent zich niet passief opstelt, de verdachte beïnvloedt en onder druk zet om een strafbaar feit te plegen, is er eerder sprake van uitlokking dan als de verdachte zelf het initiatief heeft genomen.

3.3 Tussenconclusie

Uit art. 6 EVRM vloeien drie belangrijke waarborgen voort in het kader van undercoveroperaties. Het equality of arms-beginsel dient ervoor te zorgen dat er een eerlijke verhouding is tussen de procespartijen. Dit is mogelijk als de undercoveragenten volledig zijn in het opmaken van processen-verbaal en er toegang is tot de stukken uit het traject. Dit maakt controle op de uitvoering van de undercoveroperatie mogelijk en dit speelt een belangrijke rol bij het bepalen of het recht op een eerlijk proces is geschonden.

¹⁰¹ EHRM 4 november 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1104JUD001875706 (*Bannikova/Rusland*), par. 38.

¹⁰² Council of Europe: European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, 31 August 2022, p. 49.

¹⁰³ EHRM 5 februari 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0205JUD007442001 (*Ramanauskas/Litouwen*), par. 67; EHRM 4 november 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1104JUD001875706 (*Bannikova/Rusland*), par. 47.

¹⁰⁴ Council of Europe: European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, 31 August 2022, p. 50.

Het nemo tenetur-beginsel houdt in dat niemand is gehouden mee te werken aan zijn eigen veroordeling. Het zwijgrecht is daarvan een uitwerking. Het EHRM heeft erkend dat tijdens de undercoveroperatie de verklaringsvrijheid van de verdachte onder druk kan komen te staan. Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval wanneer hiervan sprake is. Het speelt bijvoorbeeld een rol of de undercoveragenten indringende en onophoudelijke vragen hebben gesteld aan de verdachte over zijn betrokkenheid bij het strafbare feit, of de verdachte zelf contact heeft gezocht met de undercoveragent, de verklaring enigszins spontaan is gedaan of dat de verklaring is aangespoord door de undercoveragent.

Het instigatieverbod bepaald dat een verdachte niet door een undercoveragent mag worden uitgelokt om een strafbaar feit te plegen, als zijn opzet daar niet reeds op was gericht. Bij de beoordeling hiervan kan bijvoorbeeld worden gekeken naar de omstandigheden die erop wijzen dat de verdachte eerder strafbare feiten heeft willen plegen en of de undercoveragent zich passief heeft opgesteld.

HOOFDSTUK 4: MODERNISERING WETBOEK VAN STRAFVORDERING

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal welke veranderingen het nieuwe Wetboek van Strafvordering gaat brengen ten aanzien van het juridisch kader voor de inzet van de Mr. Big-methode. Eerst wordt de voorgeschiedenis van de modernisering van het wetboek besproken. Vervolgens wordt de codificatie van algemene beginselen behandeld. Daarna wordt ingegaan op de ontwikkelingen gedurende het moderniseringstraject omtrent de Mr. Big-methode. Ten slotte komt het nieuwe juridische kader voor de inzet van deze methode aan de orde.

4.2 Voorgeschiedenis

Het huidige wetboek is honderd jaar geleden tot stand gekomen en hoewel het nog functioneert, is het tijd voor een gemoderniseerde kijk op de toekomst.¹⁰⁵ De noodzaak van een modernisering van het wetboek is al diverse keren naar voren gebracht, maar toch is de modernisering op verschillende momenten gestagneerd.¹⁰⁶ Sinds 2014 wordt er weer actief gewerkt aan een nieuw wetboek.¹⁰⁷ Het doel van de modernisering is om te komen tot een toekomstbestendig, voor professionals en burgers toegankelijk en in de praktijk wendbaar wetboek dat voorziet in een evenwichtig stelsel van rechtswaarborgen.¹⁰⁸

Het opsporingsonderzoek vormt een belangrijk onderdeel van de modernisering. In het nieuwe wetboek wordt het opsporingsonderzoek opgenomen in Boek 2. Een herstructurering van het huidige opsporingsonderzoek is dringend nodig, want de regelingen in het huidige wetboek zijn door vele wijzigingen onoverzichtelijk geworden en op sommige onderdelen verouderd. Ook kan het nodige worden gedaan om procedures te stroomlijnen en administratieve lasten te verlichten, vooral bij de

¹⁰⁵ Verrest, *BSb* 2021/1, p. 4.

¹⁰⁶ M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interim-rapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2001; M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Afronding en Verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004; *Kamerstukken II* 2015/16, 29 279, nr. 278, p. 3.

¹⁰⁷ Verrest, *BSb* 2021/1, p. 4.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 2015/16, 29 279, nr. 278, p. 1-2.

regeling van de heimelijke bevoegdheden.¹⁰⁹ Welke wijzingen in Boek 2 van het nieuwe wetboek relevant zijn voor de Mr. Big-methode worden in de komende paragrafen behandeld.

4.3 Codificatie algemene beginselen

In het nieuwe wetboek is voorgesteld om een aantal algemene beginselen waaraan de uitoefening van bevoegdheden in het opsporingsonderzoek moet voldoen te codificeren. Deze beginselen zijn geplaatst in Boek 2 betreffende het opsporingsonderzoek. Daardoor hebben zij betrekking op de heimelijke bevoegdheden en dus ook op Mr. Big-operaties. Het gaat om de beginselen van doelbinding, proportionaliteit en subsidiariteit en het instigatieverbod.¹¹⁰ De laatste drie beginselen zijn van belang voor de Mr. Big-methode en worden hieronder nader toegelicht.

4.3.1 Proportionaliteit en subsidiariteit

De beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit komen tot uitdrukking in art. 2.1.3 Sv (nieuw). Dit artikel luidt als volgt:

“Een bevoegdheid wordt alleen uitgeoefend indien:

- a. Het daarmee beoogde doel niet op een andere, minder ingrijpende wijze kan worden bereikt en*
- b. De uitoefening daarvan in een redelijke verhouding staat tot het daarmee beoogde doel.”*

Deze beginselen spelen bij bevoegdheden in het opsporingsonderzoek op verschillende niveaus een rol.¹¹¹ Het artikel richt zich tot de autoriteit die de bevoegdheid uitoefent of daarover beslist, dit is meestal de opsporingsambtenaar of de officier van justitie. Deze moet namelijk beoordelen of het door hem nagestreefde doel niet op een minder ingrijpende wijze kan worden bereikt (subsidiariteit) en of uitoefening van de bevoegdheid in het concrete geval in een redelijke verhouding staat tot het daarmee beoogde doel (proportionaliteit). Bovendien is de bepaling ook

¹⁰⁹ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie 2020), p. 230.

¹¹⁰ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie 2020), p. 21.

¹¹¹ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie 2020), p. 249.

relevant voor de beoordeling achteraf door de rechter. In het huidige recht maakt een beoordeling van de proportionaliteit en subsidiariteit van de bevoegdheidsuitoefening ook deel uit van de rechtsmatigheidstoets door de rechter, maar met dit nieuwe artikel worden deze beginselen wettelijk verankerd.¹¹²

Zoals eerder aangegeven spelen deze beginselen ook een rol bij de inzet van de Mr. Big-methode en toetst de rechter nadrukkelijk aan deze beginselen in haar rechtspraak omtrent Mr. Big.¹¹³ Dit verandert na de invoering van het nieuwe wetboek niet. De beginselen blijven algemene gelding hebben bij de bevoegdheidsuitoefening in het opsporingsonderzoek. Evenwel ben ik het met de wetgever eens dat gezien het belang van deze beginselen voor het opsporingsonderzoek en bij toepassing van de Mr. Big-methode een algemene bepaling waarin deze beginselen centraal staan niet mag ontbreken.¹¹⁴

4.3.2 Instigatieverbod

Het instigatieverbod komt tot uitdrukking in art. 2.1.4 Sv (nieuw) en luidt als volgt:

“Bij de uitoefening van een bevoegdheid brengt de opsporingsambtenaar een persoon niet tot andere strafbare feiten dan die waarop diens opzet al tevoren was gericht.”

In het huidige wetboek staan een aantal bepalingen waarin bovenstaand verbod al is neergelegd. Het instigatieverbod vloeit ook voort uit art. 6 EVRM. In het huidige recht speelt het instigatieverbod dus al een rol, maar met het nieuwe wetboek is dit verbod in een algemene bepaling van het opsporingsonderzoek centraal gesteld. In situaties waarbij moet worden onderzocht of de verdachte bij een Mr. Big-operatie is uitgelokt, geldt na invoering van dit artikel het instigatieverbod als algemene regel.

Mijns inziens lijken beide nieuwe artikelen wat betreft de inhoud en reikwijdte in overeenstemming te zijn met wat algemeen onder de beginselen van proportionaliteit-

¹¹² Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie 2020), p. 250.

¹¹³ Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983 r.o. 5.6; Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982 r.o. 5.6; Gerechtshof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083, r.o. 9.3.3 en r.o. 9.3.6.

¹¹⁴ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie 2020), p. 250.

en subsidiariteit en het instigatieverbod wordt verstaan.¹¹⁵ Volgens Van Kempen is het goed denkbaar dat de strafrechter zich door de codificatie meer dan voorheen gelegitimeerd of zelfs gehouden voelt de beginselen toe te passen, maar het ligt niet in de verwachting dat daarbij ineens tot vergaande rechtsvorming wordt overgegaan. De (beknopte) formuleringen van de artikelen stellen geen strengere eisen aan de opsporing dan die in het huidige recht gelden.¹¹⁶ De vraag is welke invloed codificatie van de beginselen zal hebben op de werking ervan in de praktijk. De beginselen zullen waarschijnlijk scherper in beeld zijn bij de opsporingsambtenaren en de verdediging zal er wellicht vaker een beroep op doen. Ook zal de rechter zich meer gelegitimeerd of zelfs verplicht voelen om specifiek aan de beginselen te toetsen en om er op die manier een verdere invulling aan te geven.¹¹⁷

4.4 Ontwikkelingen moderniseringstraject

Dat de wettelijke eisen die aan het stelselmatig inwinnen van informatie worden gesteld niet altijd in verhouding staan tot de feitelijke zwaarte van het ingezette middel, is ook opgemerkt in het kader van de modernisering.¹¹⁸ Daarom is de wetgever voornemens om de wettelijke regeling aan te passen.¹¹⁹ Opvallend is wel dat de plannen op dit punt gedurende het moderniseringstraject aan verandering onderhevig zijn.¹²⁰

In 2017 is het wetsvoorstel van Boek 2 voor het eerst openbaar gemaakt. Vervolgens is er in 2020 een nieuw wetsvoorstel gedaan. In april 2022 heeft de RvS een advies uitgebracht over het wetsvoorstel uit 2020. Het advies wordt tot op heden verwerkt. Over de inhoud van het wetsvoorstel heeft op politiek niveau nog geen besluitvorming plaatsgevonden. Op dit moment ligt er dus een voorlopige ambtelijke versie uit 2020 van het nieuwe wetboek klaar. De voor de Mr. Big-methode relevante wijzigingen uit het wetsvoorstel 2017, het wetsvoorstel 2020 en het recente advies van de RvS uit 2022 worden in de subparagrafen hieronder nader toegelicht.¹²¹

¹¹⁵ Zie ook paragraaf 2.4.4 over het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel en paragraaf 3.2.3 over het instigatieverbod.

¹¹⁶ Van Kempen, *DD* 2018/8, p. 7.

¹¹⁷ Van Kempen, *DD* 2018/8, p. 7-9.

¹¹⁸ Crijns & Dubelaar, *Ars Aequi* 2020, p. 763.

¹¹⁹ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie 2020), p. 507.

¹²⁰ Crijns & Dubelaar, *Ars Aequi* 2020, p. 763.

¹²¹ Zoals opgemerkt in paragraaf 1.3 worden de relevante wijzigingen tot 1 maart 2023 besproken.

4.4.1 Concept-versie 2017

In het wetsvoorstel zoals dat begin 2017 openbaar is gemaakt is voorgesteld om vergaande undercoveroperaties gericht op individuen onder ‘infiltratie op een persoon’ te scharen.¹²² Het verruimde toepassingsbereik van deze bevoegdheid dient ertoe te leiden dat langdurige undercovertrajecten niet langer onder de bevoegdheid van stelselmatige inwinning van informatie worden uitgeoefend. De MvT noemt de Mr. Big-methode niet met zoveel woorden maar uit de werkwijze die wordt toegelicht is denkbaar dat de Mr. Big-methode hierop van toepassing is.¹²³ Een reden om de Mr. Big-methode onder infiltratie te scharen is dat de bevoegdheid tot stelselmatige inwinning van informatie aan een termijn is gekoppeld en dit is bij de bevoegdheid tot infiltratie niet het geval. Gelet op de veiligheid van de infiltrant is het ongewenst als hij na het verstrijken van een bepaalde termijn plotseling geen deel meer kan uitmaken van de criminele groepering.¹²⁴ Bij stelselmatige inwinning van informatie is voor een termijn gekozen omdat de wetgever destijds niet voor ogen had dat er dusdanig langdurige en intensieve trajecten op grond van deze opsporingsbevoegdheid zouden worden ingezet.¹²⁵

Bovendien is in de concept-versie 2017 toegevoegd dat de officier van justitie pas een bevel tot infiltratie kan geven na een daartoe door de rechter-commissaris verleende machtiging. In het huidige wetboek is de tussenkomst van de rechter-commissaris over het algemeen beperkt tot de toepassing van bevoegdheden waarbij een ingrijpende inbreuk wordt gemaakt op grondrechten. Een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris werd bij de totstandkoming van de huidige regeling van infiltratie nog als te zwaar beschouwd. In de concept-versie van 2017 ontstaat de overtuiging

¹²² Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (concept-versie februari 2017), p. 250-251.

¹²³ Zie voor de werkwijze van de Mr. Big-methode paragraaf 2.2. Zie ook de Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (concept-versie februari 2017), p. 252: “Er zijn voorbeelden bekend van opsporingsonderzoeken waarbij infiltranten gedurende een lange tijd met een verdachte hebben meegelopen. Er werd gebruikt gemaakt van undercover’s die in contact werden gebracht met de verdachten en vervolgens werden zakelijke relaties of vriendschappen gesloten met deze verdachten. De verdachten gingen soms werken voor de opsporingsambtenaren of voerden andere klusjes voor hen uit. Zo werd een vertrouwensband geschapen. Dit alles meestal met als doel om de verdachte te laten verklaren.”

¹²⁴ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (concept-versie februari 2017), p. 252-253.

¹²⁵ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (concept-versie februari 2017), p. 252.

dat met de bevoegdheid tot infiltratie ook op zeer ingrijpende wijze inbreuk kan worden gemaakt op de grondrechten van de betrokkenen. Daarnaast kan bij de bevoegdheid infiltratie de integriteit van de opsporing in het geding raken. De officier van justitie heeft geen dagelijks zicht op de infiltrant, die in sommige gevallen toestemming heeft verkregen tot het plegen van strafbare handelingen. De integriteit van de opsporing kan bij deze bevoegdheid nog meer op het spel komen te staan dan bij de andere heimelijke bevoegdheden.¹²⁶

Het voorstel uit 2017 zorgt er dus voor dat de Mr. Big-methode in het vervolg op grond van de bevoegdheid tot infiltratie wordt uitgeoefend. Deze nieuwe grondslag betekent dat er voorafgaande goedkeuring van het College van procureurs-generaal, die advies krijgt van de CTC, een machtiging van de rechter-commissaris en een bevel van de officier van justitie nodig zijn voordat een Mr. Big-operatie kan worden opgestart. Volgens de wetgever verzekert deze werkwijze een zorgvuldige en weloverwogen beslissing over de uitoefening van een zeer ingrijpende en risicovolle bevoegdheid.¹²⁷

4.4.2 Ambtelijke versie 2020

In 2020 is er een nieuwe koers ingeslagen voor de toepassing van de Mr. Big-methode. Als de versie van 2020 vergeleken wordt met de versie uit 2017 vallen een aantal aanpassingen op. Ten eerste is de voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris als vereiste voor het bevelen van een infiltratietraject, welke in 2017 is toegevoegd, in de versie van 2020 geheel komen te vervallen. De reden hiervoor komt niet duidelijk naar voren. De tekst verwijst enkel naar het gegeven dat op advies van diverse ketenpartners wordt afgezien van het voornemen om de bevoegdheid te onderwerpen aan een vereiste machtiging van de rechter-commissaris.¹²⁸ Ten tweede is ervoor gekozen om, in overeenstemming met het huidige wetboek, de Mr. Big-methode onder de bevoegdheid tot het stelselmatig inwinnen van informatie te scharen, in plaats van onder de eerder (in 2017) voorgestelde bevoegdheid van 'infiltratie op een persoon'.¹²⁹ Er is in de ambtelijke versie uit 2020 voorgesteld om de

¹²⁶ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (concept-versie februari 2017), p. 250.

¹²⁷ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (concept-versie februari 2017), p. 252-253.

¹²⁸ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie 2020), p. 509-510.

¹²⁹ Art. 2.8.12 wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020).

bevoegdheid tot het stelselmatig inwinnen van informatie te splitsen in een lichtere en een zwaardere variant. Het eerste lid ziet op de huidige vorm van stelselmatige inwinning van informatie, dit is de lichtere variant.¹³⁰ De zwaardere variant in het nieuwe tweede lid ziet op de langdurige, intensieve undercovertrajecten. Deze variant wordt omschreven als het stelselmatig inwinnen van informatie over een persoon door hem activiteiten, al dan niet in samenwerking met de opsporingsambtenaar, te laten verrichten.¹³¹

De invoering van de zwaardere variant van stelselmatige inwinning van informatie dient ertoe te leiden dat langdurige undercovertrajecten, zoals Mr. Big, niet meer onder de bestaande bevoegdheid van stelselmatige inwinning van informatie worden uitgeoefend, maar onder de zwaardere variant uit het tweede lid. Ondanks de opvatting van de Hoge Raad dat art. 126j Sv wel als toereikende grondslag voor de Mr. Big-methode wordt gezien, blijkt uit de MvT dat het gevoel blijft bestaan dat art. 126j Sv onvoldoende wettelijke grondslag biedt voor opsporingsmethodes zoals de Mr. Big-methode. Het gaat bij deze methode om zeer ingrijpende en risicovolle operaties en daarbij horen zwaardere toepassingscriteria zoals gesteld in het nieuwe tweede lid, aldus de wetgever.¹³²

4.4.3 Advies Raad van State 2022

De ambtelijke versie 2020 zoals hierboven beschreven is ter advies voorgelegd aan de RvS. In april 2022 heeft de afdeling advisering van de RvS haar advies openbaar gemaakt. De RvS stelt in haar advies dat de Mr. Big-methode een aanzienlijke inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van verdachten. Sommige toepassingen van deze bevoegdheid kunnen zelfs worden gezien als de meest ingrijpende vorm van een undercoveroperatie.

De RvS wijst op de concept-versie 2017, waarin is te lezen dat vergaande undercoveroperaties gericht op individuen onder de bevoegdheid van infiltratie zouden worden geschaard in de vorm van een nieuwe variant 'infiltratie op een persoon'. Volgens deze versie zou een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris

¹³⁰ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie 2020), p. 505.

¹³¹ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie 2020), p. 507.

¹³² Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie 2020), p. 507.

vereist zijn voor infiltratie. Vervolgens wijst de RvS op de ambtelijke versie 2020 waarin de opsporingsmethode wordt geschaard onder een zwaardere bevoegdheid tot het stelselmatig inwinnen van informatie. Aan deze vorm van stelselmatige informatie inwinning zijn strengere toepassingsvoorwaarden verbonden, maar evenwel geen voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris. De RvS stelt dat naarmate een opsporingsbevoegdheid meer ingrijpend is, een hogere autoriteit moet beslissen over de toepassing hiervan. Dit uitgangspunt heeft de RvS ertoe gebracht om te adviseren dat voor de zwaardere variant van stelselmatige inwinning van informatie een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris wordt voorgeschreven.¹³³ Het advies van de RvS is in lijn met de uitspraak van de Hoge Raad, waarin is benadrukt dat een dergelijk optreden van een opsporingsambtenaar zoveel mogelijk auditief of audiovisueel moet worden vastgelegd.¹³⁴ Voor het opnemen van deze vertrouwelijke communicatie is immers ook een machtiging van de rechter-commissaris vereist.¹³⁵

Waarom de wetgever tussen 2017 en 2020 van koers veranderde komt niet duidelijk naar voren in de MvT. In de MvT van de ambtelijke versie 2020 geeft de wetgever aan dat er een belangrijk verschil is tussen de undercoverbevoegdheden infiltratie en het stelselmatig inwinnen van informatie. De opsporingsambtenaar mag bij het stelselmatig inwinnen van informatie geen strafbare feiten plegen en bij infiltratie wel.¹³⁶ Hierdoor kleven er andere risico's aan infiltratie dan aan het stelselmatig inwinnen van informatie.¹³⁷ Echter, uit de praktijk blijkt dat er bij de inzet van de Mr. Big-methode wel degelijk strafbare feiten worden gepleegd door de opsporingsambtenaren. Zo wijst Kooijmans er terecht op dat de opsporingsambtenaren in de Kaatsheuvel-zaak de auto van de verdachte opzettelijk hebben beschadigd om contact met hem te leggen en in de Posbank-zaak hebben de opsporingsambtenaren handelingen verricht met betrekking tot drugs en brandstichting gepleegd.¹³⁸ De beredenering van de wetgever dat een opsporingsambtenaar bij het stelselmatig inwinnen van informatie geen misdrijven

¹³³ *Advies over het nieuwe Wetboek van Strafvordering*. Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 6 april 2022, Den Haag: mei 2022, p. 113-114.

¹³⁴ Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982 r.o. 5.2.2; Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983 r.o. 5.2.2.

¹³⁵ *Advies over het nieuwe Wetboek van Strafvordering*. Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 6 april 2022, Den Haag: mei 2022, p. 115-116.

¹³⁶ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie 2020), p. 509.

¹³⁷ Zie ook paragraaf 2.3 over de juridische drempels van de undercoverbevoegdheden.

¹³⁸ Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982, NJ 2020/216, m.nt. T. Kooijmans, par. 3.

mag plegen en er hierdoor minder risico's zijn dan bij infiltratie gaat bij een Mr. Big-operatie dus niet altijd op.

De motivering van de wetgever om te kiezen voor een zwaardere variant van het stelselmatig inwinnen van informatie en niet voor infiltratie blijft onduidelijk. In de ambtelijke versie 2020 wordt verwezen naar de uitspraken van de Hoge Raad waarin is beslist dat het huidige art. 126j Sv een toereikende wettelijke grondslag is voor Mr. Big, maar er wordt ook erkend dat er zwaardere toepassings-eisen nodig zijn. De wetgever geeft in de concept-versie 2017 aan dat infiltratie een besluitvormingsprocedure heeft die een zorgvuldige en weloverwogen beslissing over de uitoefening van een zeer ingrijpende en risicovolle bevoegdheid verzekert. In de ambtelijke versie 2020 wordt deze besluitvormingsprocedure blijkbaar niet meer noodzakelijk geacht. Hiervan is afgestapt zonder nadere motivering.

4.5 De nieuwe wettelijke grondslag

De nieuwe wettelijke grondslag voor de inzet van de Mr. Big-methode is art. 2.8.11 Sv (nieuw). Dit artikel luidt als volgt:

“1. In geval van verdenking van een misdrijf kan de officier van justitie bevelen dat een opsporingsambtenaar stelselmatig informatie inwint over een persoon door deel te nemen aan de maatschappelijke verbanden waarin die persoon verkeert of door het hebben van contact met die persoon of met personen die deel uitmaken van zijn maatschappelijke verbanden.

2. In geval van verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld en dat gezien zijn aard of de samenhang met andere in verband met die verdenking begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert, kan de officier van justitie, indien het belang van het onderzoek dit dringend vereist, bevelen dat een opsporingsambtenaar stelselmatig informatie inwint over een persoon door hem activiteiten, al dan niet in samenwerking met de opsporingsambtenaar, te laten verrichten.

3. Het bevel wordt gegeven voor een periode van ten hoogste drie maanden. De geldigheidsduur kan telkens voor een periode van ten hoogste drie maanden worden verlengd.

4. *Bij algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld ten aanzien van*
- a. *de eisen van bekwaamheid waaraan de opsporingsambtenaar moet voldoen en*
 - b. *de wijze waarop de bevoegdheid tot stelselmatige inwinning van informatie wordt uitgeoefend.*”

Als we dit nieuwe artikel vergelijken met het huidige art. 126j Sv zijn een aantal wijzigingen van belang voor de toepassing van de Mr. Big-methode. Allereerst is het tweede lid nieuw ingevoerd. Dit vormt de nieuwe grondslag voor Mr. Big-operaties. Deze meer indringende vorm van het stelselmatig inwinnen van informatie omvat het door de persoon activiteiten laten verrichten, al dan niet in samenwerking met de opsporingsambtenaar.

4.5.1 Persoon

Volgens art. 126j Sv kan stelselmatig informatie worden ingewonnen over een verdachte. In het nieuwe artikel kan, bij zowel de lichte als de zware variant, stelselmatig informatie worden ingewonnen over een persoon. Deze persoon hoeft dus niet meer de verdachte te zijn.¹³⁹ Op basis van deze bevoegdheid kan informatie worden ingewonnen over een persoon bij vrienden of kennissen van de persoon. De opsporingsambtenaar mag zich actief in het leven van de desbetreffende persoon mengen om zo informatie in te winnen. De opsporingsambtenaar kan zowel proberen rechtstreeks in contact te komen met de persoon, als via het voeren van gesprekken met derden om aan de nodige informatie te komen.¹⁴⁰ In de praktijk zal de aanpassing van verdachte naar persoon niet voor verandering zorgen. De waarborgen die in beginsel aan een verdachte toekomen, bijvoorbeeld het recht op rechtsbijstand en het zwijgrecht, komen in beginsel niet toe aan een verdachte in een Mr. Big-operatie omdat er sprake is van een undercoveroperatie, en niet van een verhoorsituatie.

De zinsnede uit art. 126j Sv dat de opsporingsambtenaar informatie inwint zonder dat kenbaar is dat hij als zodanig optreedt, is niet overgenomen in het nieuwe artikel. Ter onderbouwing van deze keuze is aangegeven dat het uit de aard van deze

¹³⁹ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie 2020), p. 506.

¹⁴⁰ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie 2020), p. 505.

bevoegdheid volgt dat de opsporingsambtenaar zich bij de uitoefening daarvan niet als zodanig kenbaar hoeft te maken. Het gaat immers om een heimelijke bevoegdheid.¹⁴¹

4.5.2 Verdenkingscriterium

Het verdenkingscriterium is bij de lichtere variant uit het eerste lid ongewijzigd en gelijk aan het huidige art. 126j Sv. De bevoegdheid kan worden uitgeoefend in geval van verdenking van een misdrijf. De zwaardere variant uit het tweede lid kent een zwaarder verdenkingscriterium. Deze bevoegdheid mag slechts worden uitgeoefend in geval van verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld en dat gezien zijn aard of de samenhang met andere in verband met die verdenking begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert.¹⁴²

4.5.3 Bevel

Volgens het nieuwe derde lid wordt het bevel overeenkomstig met de huidige bepaling voor ten hoogste drie maanden gegeven en de duur kan steeds met drie maanden worden verlengd. Volgens het huidige recht kan de officier van justitie het bevel geven indien dit in het belang van het onderzoek is. In het nieuwe artikel is in lid 2 bepaald dat de officier van justitie het bevel slechts kan geven indien het belang van het onderzoek dit dringend vereist.¹⁴³ Dit is een zwaardere juridische drempel dan de huidige regeling kent. De officier van justitie kan zijn bevel richten tot elke opsporingsambtenaar. Het nieuwe artikel verwijst niet meer naar welke opsporingsambtenaren worden bedoeld. Dit betreft geen inhoudelijke wijziging ten opzichte van de huidige regeling.¹⁴⁴ Ook is in het nieuwe artikel niet overgenomen wat het bevel dient te vermelden. Volgens het vierde lid kunnen bij AMvB nadere regels worden gesteld over de gegevens die een bevel moet bevatten, de eisen waaraan de opsporingsambtenaar moet voldoen en de wijze waarop de bevoegdheid wordt uitgeoefend.¹⁴⁵

¹⁴¹ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie 2020), p. 505.

¹⁴² Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie 2020), p. 506.

¹⁴³ Art. 2.8.11 wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020).

¹⁴⁴ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie 2020), p. 506.

¹⁴⁵ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie 2020), p. 505.

4.5.4 Verbaliseringsplicht

De Mr. Big-operatie gaat van start indien het bevel is afgegeven in overeenstemming met de bovengenoemde voorwaarden. Ook na de modernisering geldt de verbaliseringsplicht als voorwaarde tijdens de uitoefening van de bevoegdheid. De verbaliseringsplicht volgt in het huidige wetboek uit art. 152 Sv. Na invoering van het nieuwe wetboek volgt deze plicht uit art. 2.1.9 Sv (nieuw). Het eerste lid is overgenomen uit het huidige art. 152 Sv en bevat de algemene verbaliseringsplicht voor opsporingsambtenaren. Dit moet in overeenstemming met de huidige bepaling ruim worden opgevat. Daarnaast wordt een nieuw lid toegevoegd die een aanvulling op het eerste lid bevat. In het nieuwe tweede lid is bepaald dat opsporingsambtenaren in het proces-verbaal feiten en omstandigheden vastleggen die voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de opsporing van belang zijn. De wetgever heeft dit nieuwe lid toegevoegd, omdat dit lid aansluit bij de invulling die in de praktijk aan de verbaliseringsplicht wordt gegeven.¹⁴⁶

Bovendien hebben, zoals uiteengezet in paragraaf 4.3, na invoering van het nieuwe wetboek ook het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel en het instigatieverbod een wettelijke basis en gelden zij als waarborg voor de inzet van de Mr. Big-methode.

4.6 Tussenconclusie

Het moderniseringstraject heeft verschillende ontwikkelingen doorgemaakt. Volgens het huidige ontwerp van het nieuwe wetboek zoals weergegeven in de ambtelijke versie 2020, blijft de wettelijke grondslag voor de inzet van Mr. Big het stelselmatig inwinnen van informatie. Wel komt er een zwaardere variant van deze bevoegdheid. Deze variant wordt omschreven als het stelselmatig inwinnen van informatie over een persoon door hem activiteiten, al dan niet in samenwerking met de opsporingsambtenaar, te laten verrichten. Dit brengt een aantal wijzigingen met zich mee die van belang zijn voor het juridisch kader omtrent de inzet van de Mr. Big-methode. Allereerst kan informatie worden ingewonnen over een persoon. Deze persoon hoeft dus niet meer de verdachte te zijn. Daarnaast kent de zwaardere variant een zwaarder verdenkingscriterium en een zwaardere juridische drempel dan de

¹⁴⁶ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie 2020), p. 258.

huidige regeling. Bovendien is de verbaliseringsplicht aangevuld met een nieuw lid dat beter aansluit bij de praktijk en krijgen het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel en het instigatieverbod een wettelijke basis. De RvS heeft als aanvulling op dit juridisch kader geadviseerd dat voor de zwaardere variant van stelselmatige inwinning van informatie wel een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris wordt voorgeschreven.

HOOFDSTUK 5: DE MODERNISERING VAN MR. BIG EN ART. 6 EVRM

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre de waarborgen die voortvloeien uit het nieuwe wetboek in overeenstemming zijn met de waarborgen die volgen uit art. 6 EVRM. Er wordt ingegaan op de nieuwe juridische grondslag voor de inzet van de Mr. Big-methode volgend uit het nieuwe wetboek en de verhouding met de waarborgen uit art. 6 EVRM, namelijk het beginsel van equality arms, nemo tenetur-beginsel en instigatieverbod.

5.2 Mr. Big in het licht van art. 6 EVRM

De nieuwe wettelijke grondslag voor de inzet van de Mr. Big-methode blijft het stelselmatig inwinnen van informatie, maar dan met een nieuw (zwaarder) juridisch kader. De belangrijkste wijziging met betrekking tot deze methode is dat er een zwaarder verdenkingscriterium en een zwaardere juridische drempel komen voor de toepassing van de Mr. Big-methode.¹⁴⁷ Mijns inziens is dit een positieve ontwikkeling. Door de zwaardere variant van het stelselmatig inwinnen van informatie uit het nieuwe wetboek heeft deze bevoegdheid niet meer de laagste juridische drempel en zijn de toepassingseisen om dit middel in te kunnen zetten verzaamd. Bovendien ben ik het met het advies van de RvS eens en moet een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris worden voorgeschreven. Op grond van de huidige wetgeving vindt rechterlijke toetsing alleen achteraf plaats en niet vooraf via de rechter-commissaris. De rechter-commissaris kan vooraf als toezienend oog een bijdrage leveren aan een rechtmatige inzet van de Mr. Big-methode.¹⁴⁸ Dit alles is in mijn ogen een beter passend juridisch kader dan voorheen bij een ingrijpende undercoverbevoegdheid als Mr. Big.

Ondanks deze (positieve) wijzigingen blijft het bij de inzet van de Mr. Big-methode in mijn ogen altijd afwachten of de toepassing ervan in overeenstemming is met de waarborgen uit art. 6 EVRM. In dit onderzoek zijn drie waarborgen die volgen uit art. 6

¹⁴⁷ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie 2020), p. 505-506.

¹⁴⁸ *Advies over het nieuwe Wetboek van Strafvordering*. Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 6 april 2022, Den Haag: mei 2022, p. 113-114.

EVRM en een rol spelen bij de toepassing van de Mr. Big-methode aan bod gekomen. Hoe deze waarborgen zich verhouden tot de modernisering van Mr. Big wordt behandeld in de volgende subparagrafen.

5.2.1 Equality of arms

Bij het beginsel van equality of arms staat gelijkheid van rechten en middelen van procespartijen voorop. Om deze gelijkheid te bewerkstelligen is het uitgangspunt dat partijen evenveel kennis bezitten over elkaars standpunten, het bewijs en alle informatie die gedurende het onderzoek naar voren is gekomen.¹⁴⁹ De processen-verbaal van de undercoveragenten spelen hierbij een belangrijke rol. In het kader van transparantie is het tijdens het uitoefenen van de Mr. Big-operatie daarom belangrijk dat de opsporingsambtenaren voldoen aan de verbaliseringsplicht. Echter, uit de Mr. Big zaken blijkt dat de verslaglegging vaak een discussiepunt is.¹⁵⁰ In de Kaatsheuvelzaak is de verslaglegging zelfs onvoldoende gebleken.¹⁵¹ Dit is problematisch omdat de processen-verbaal doorgaans het beslissende bewijs vormen in de strafzaak omtrent Mr. Big.

De verbaliseringsplicht die volgt uit het nieuwe wetboek is gelijk aan het huidige art. 152 Sv, met aanvulling van een nieuw tweede lid.¹⁵² De opsporingsambtenaren dienen op basis van dit nieuwe lid in het proces-verbaal feiten en omstandigheden vast te leggen die voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de opsporing van belang zijn. De reden voor deze aanvulling is dat deze omschrijving volgens de wetgever beter aansluit bij de praktijk.¹⁵³

Aanpassing van de verbaliseringsplicht is naar mijn mening geen verbetering ten aanzien van het waarborgen van het equality of arms-beginsel. De rechter heeft in de zaken Kaatsheuvel, Posbank en Van Dillenburg specifiek gewezen op het belang van de verbaliseringsplicht. De rechter kan namelijk alleen inzicht krijgen in het verloop van

¹⁴⁹ EHRM 27 oktober 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:1027JUD001444888 (*Dombo/Nederland*), par. 33; EHRM 28 augustus 1991, ECLI:CE:ECHR:1991:0828JUD001117084 (*Brandstetter/Oostenrijk*) par. 67; EHRM 16 december 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:1216JUD001307187 (*Edwards/UK*), par. 36.

¹⁵⁰ Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983 r.o. 3.4; Rechtbank Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805, r.o. 5.3.5;

¹⁵¹ Gerechtshof Den Haag 16 februari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:205.

¹⁵² Zie ook paragraaf 4.5.

¹⁵³ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie 2020), p. 258.

de Mr. Big-operatie indien dit in de processen-verbaal voldoende en nauwkeurig is weergegeven.¹⁵⁴ Toch blijkt uit de huidige praktijk dat de verslaglegging voor problemen zorgt bij een Mr. Big-operatie. In de zaak Kaatsheuvel heeft het gerechtshof de verdachte zelfs vrijgesproken omdat de undercoveragenten in hun processen-verbaal onvoldoende nauwkeurig hebben beschreven welke mondelinge communicatie met de verdachte heeft plaatsgevonden.¹⁵⁵ Ook advocaat-generaal Machielse benadrukt in zijn conclusie bij de Kaatsheuvel-zaak dat verslaglegging nauwkeurig moet plaatsvinden. Dit geldt ook voor de omstandigheden waarin de undercoveroperatie plaats heeft gevonden en de situatie waarin de verdachte verkeerde. Dit alles moet duidelijk worden beschreven.¹⁵⁶ Om vast te kunnen stellen of de verdachte een eerlijk proces heeft gehad is het van belang om in detail te kunnen vaststellen wat er is gezegd of gebeurd. Met een proces-verbaal dat, zo blijkt, vaak te wensen overlaat is het lastig om hieraan te voldoen. Dit resulteert logischerwijs in een gebrek aan transparantie en controleerbaarheid. Hierdoor kan strijdigheid met het equality of arms-beginsel ontstaan.

De Hoge Raad heeft in de zaken Posbank en Kaatsheuvel geoordeeld dat het in de rede ligt dat tijdens een Mr. Big-operatie de interactie met de verdachte auditief dan wel audiovisueel wordt opgenomen.¹⁵⁷ Uit de door mij bekeken (feiten)rechtspraak blijkt niet dat het uitgangspunt is dat er standaard opnames van de interactie met de verdachte worden gemaakt tijdens undercoveroperaties.¹⁵⁸ Het nieuwe tweede lid van de verbaliseringsplicht uit het nieuwe wetboek en met name de uitleg van de wetgever hierbij, namelijk dat deze aanvulling beter aansluit bij de invulling die in de praktijk aan de verbaliseringsplicht wordt gegeven, vind ik daarom onvoldoende dekkend en een gemiste kans. Zoals hierboven aangegeven blijkt uit de rechtspraak dat de verbaliseringsplicht in de huidige praktijk te wensen overlaat. Het zoeken van aansluiting bij deze praktijk levert in mijn optiek daarom geen verbetering van de

¹⁵⁴ Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983 r.o. 5.2.2; Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982 r.o. 5.6; Gerechtshof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083, r.o. 9.3.6.

¹⁵⁵ Gerechtshof Den Haag 16 februari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:205.

¹⁵⁶ Concl. A-G A.J. Machielse, 25 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1042, par. 4.4.

¹⁵⁷ Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982 r.o. 5.2.2; Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983 r.o. 5.2.2.

¹⁵⁸ De jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot het belang van opnames dateert van 2019. Het is daarom mogelijk dat de praktijk is bijgedraaid en in de pas loopt met de jurisprudentie van de Hoge Raad. Dit blijkt echter nog niet uit de (feiten)rechtspraak inzake undercoveroperaties tussen 2019 en 2022.

verbaliseringsplicht op. Mijns inziens had de wetgever in de modernisering de nadruk kunnen leggen op het belang van auditieve of audiovisuele opnames, in lijn met de Hoge Raad, in plaats van meer aansluiting te zoeken bij de huidige praktijk omdat deze praktijk juist zorgt voor spanning met het equality of arms-beginsel.

5.2.2 Het nemo tenetur-beginsel

Het nemo tenetur-beginsel houdt, kort gezegd, in dat niemand is gehouden tegen zichzelf bewijs te leveren. Het zwijgrecht en het recht tegen zelfbelasting dienen in beginsel ter bescherming van de vrijheid van de verdachte om te kiezen tussen spreken of zwijgen.¹⁵⁹ De verklaringsvrijheid van de verdachte vormt de kern van het nemo tenetur-beginsel.¹⁶⁰ In het huidige recht lijkt het uitgangspunt te zijn aangenomen dat bij een undercoveroperatie de verklaringsvrijheid van de verdachte niet onder druk staat en het nemo tenetur-beginsel niet wordt geschonden, omdat in de wetsgeschiedenis is bepaald dat het stellen van vragen door de undercoveragent aan de verdachte niet kan worden aangemerkt als een verhoorsituatie.¹⁶¹

Deze lijn wordt doorgetrokken in het nieuwe wetboek. In de MvT van de ambtelijke versie 2020 is aangegeven dat het stelselmatig inwinnen van informatie een heimelijke bevoegdheid betreft. Volgens de wetgever kan er bij de uitoefening van een heimelijke bevoegdheid geen sprake zijn van een verhoorsituatie.¹⁶² Een verhoorsituatie is namelijk niet heimelijk. Voorafgaand aan het verhoor wordt de verdachte medegedeeld dat hij niet tot antwoorden verplicht is en weet de verdachte dat hij in gesprek is met een opsporingsambtenaar. Dat is bij de uitoefening van stelselmatige inwinning van informatie niet het geval, aldus de wetgever.¹⁶³

Zowel in het huidige als in het nieuwe wetboek wordt dus aangenomen dat er geen sprake kan zijn van een verhoorsituatie tijdens een undercoveroperatie. Bij deze stellingname van de wetgever zet ik mijn vraagtekens. Uit de rechtspraak blijkt namelijk

¹⁵⁹ Council of Europe: European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, 31 August 2022, p. 43.

¹⁶⁰ Reijntjes 1996, p. 5 en De Haas & Vissers, *TFB* 2014, p. 77; EHRM 8 februar 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191 (*Murray/VK*), par. 45; Ganzeboom, *DD* 2019/52, p. 10; Dieben & Boksem, *T&C Strafvoeding*, art. 29 Sv, aant. 4a.

¹⁶¹ *Kamerstukken II*, 1996/97, 25403 nr. 3, p. 30; Blom, *T&C Strafvoeding*, art. 126j Sv, aant. 2a.

¹⁶² Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvoeding (ambtelijke versie 2020), p. 505.

¹⁶³ Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvoeding (ambtelijke versie 2020), p. 506.

dat er wel degelijk situaties kunnen ontstaan waarbij er geen sprake is van een officieel verhoor, maar wel een verhoorsituatie kan ontstaan tijdens de undercoveroperatie.¹⁶⁴ De verklaringsvrijheid van de verdachte kan daardoor onder druk komen te staan. Het EHRM heeft zich nog niet gebogen over een zaak waarin de Mr. Big-methode is toegepast, maar wel over de inzet van undercovermethodes in verschillende situaties in relatie tot art. 6 EVRM. Uit de jurisprudentie van het EHRM, meer specifiek uit de arresten *Allan* en *Bykov*, blijkt dat er veel aandacht wordt besteed aan de beoordeling of er een verhoorsituatie is ontstaan. Wanneer er sprake is van een verhoorsituatie, is volgens het EHRM afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarbij acht het EHRM van belang dat de verdachte keuzevrijheid heeft gehad om een verklaring af te leggen. Het kan een rol spelen of undercoveragenten indringende en onophoudelijke vragen hebben gesteld aan de verdachte over zijn betrokkenheid bij het strafbare feit, de verdachte zelf contact heeft gezocht met de undercoveragent en of de verklaring enigszins spontaan is gedaan of juist is aangespoord door de undercoveragent.¹⁶⁵

De Nederlandse rechter heeft zich wel uitgesproken over de verklaringsvrijheid van de verdachte bij Mr. Big-operaties. De Hoge Raad heeft richtlijnen geformuleerd om te beoordelen of de verdachte in een verhoorsituatie terecht is gekomen en of de verklaringsvrijheid is aangetast.¹⁶⁶ Naast deze richtlijnen spelen ook het ontstaan van een financiële afhankelijkheid van de verdachte ten opzichte van de fictieve organisatie en of de undercoveragenten indringende vragen hebben gesteld over de betrokkenheid van de verdachte bij het strafbare feit een rol.¹⁶⁷ Evenwel blijft het afhankelijk van de omstandigheden van het geval of er sprake is van een verhoorsituatie. Dit wordt echter niet erkend door de wetgever, aangezien de wetgever in de modernisering nog steeds aangeeft dat bij de uitoefening van een heimelijke bevoegdheid geen sprake kan zijn van een verhoorsituatie. Het nieuwe wetboek lijkt

¹⁶⁴ EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802 (*Bykov/Rusland*); EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan/VK*); Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982; Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983; Rechtbank Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805; Gerechtshof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083.

¹⁶⁵ EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802 (*Bykov/Rusland*), par. 102; EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan/VK*), par. 50.

¹⁶⁶ Zie ook paragraaf 2.5 en Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982 r.o. 5.2.2; Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983 r.o. 5.2.2.

¹⁶⁷ Zie ook paragraaf 2.5 en Gerechtshof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083, r.o. 9.3.6; Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982 r.o. 5.3.3; Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983 r.o. 5.4.3.

dus geen verandering te brengen in de knelpunten omtrent de verklaringenvrijheid van de verdachte bij Mr. Big-operaties. Deze bestaan in de huidige situatie en dit zal ook na invoering van het nieuwe wetboek zo blijven.

5.2.3 Instigatieverbod

Het instigatieverbod houdt in dat een verdachte niet mag worden vervolgd voor gedragingen die hij zonder het optreden van de opsporingsambtenaren niet zou hebben begaan.¹⁶⁸ Het verbod volgt uit art. 6 EVRM en in de huidige Nederlandse wetgeving is dit verbod verankerd in verschillende wettelijke bepalingen omtrent het opsporingsonderzoek. Het is niet opgenomen in de huidige wettelijk bepaling van de undercoverbevoegdheid stelselmatige informatie inwinning, maar speelt hierbij wel een rol.

In het nieuwe wetboek is het instigatieverbod in een algemene bepaling van het opsporingsonderzoek centraal gesteld, namelijk art. 2.1.4 Sv (nieuw).¹⁶⁹ Dit vind ik een positieve ontwikkeling. De wetgever onderstreept op deze manier het belang van het verbod. Meer kan de wetgever in mijn ogen niet doen om het instigatieverbod te waarborgen. Het EHRM heeft in haar rechtspraak criteria geformuleerd om te kunnen beoordelen wanneer er sprake is van ontoelaatbare uitlokking bij een undercoveroperatie. Het is opvallend dat bij de drie Nederlandse zaken waarin toepassing van de Mr. Big-methode centraal staat de rechter niet expliciet aandacht heeft besteed aan het instigatieverbod. Dit in tegenstelling tot het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel, waaraan de rechter wel nadrukkelijk toetst in haar rechtspraak omtrent Mr. Big.¹⁷⁰ Naar mijn mening is het positief dat na de invoering van het instigatieverbod als wettelijke bepaling de rechter naar verwachting meer nadrukkelijk gaat beoordelen of het optreden van de undercoveragenten en de uitvoering van de operatie binnen de grenzen van artikel 2.1.4 Sv (nieuw) zijn gebleven. Zeker indien de rechter tot nadere normering bereid is in haar rechtspraak omtrent Mr. Big, ben ik het

¹⁶⁸ Kruisbergen, De Jong & Kouwenberg 2010, p. 82.

¹⁶⁹ Zie ook paragraaf 4.3.2.

¹⁷⁰ Zie bijvoorbeeld: Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982 r.o. 5.6; Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983 r.o. 5.6; Gerechtshof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083, r.o. 9.3.6; Rechtbank Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805, r.o. 5.3.3 en r.o. 5.3.5.

met Van Kempen eens dat de codificatie van het instigatieverbod de werking ervan versterkt ten opzichte van de huidige situatie.¹⁷¹

5.3 Tussenconclusie

Om te kunnen voldoen aan het equality of arms-beginsel speelt de verbaliseringsplicht een belangrijke rol. In de huidige praktijk zorgt de verbaliseringsplicht voor een gebrek aan transparantie en controleerbaarheid bij een Mr. Big-operatie. In het nieuwe wetboek wordt de verbaliseringsplicht aangevuld met een nieuw lid, zodat de verbaliseringsplicht beter aansluit bij de praktijk. Echter, de huidige praktijk zorgt juist voor spanning met het beginsel van equality of arms en dat betekent dat het nieuwe wetboek in mijn ogen geen betere waarborg voor het equality of arms-beginsel biedt.

Zowel in het huidige als in het nieuwe wetboek wordt aangenomen dat bij een Mr. Big-operatie de verklaringenvrijheid van de verdachte niet onder druk staat en het nemo tenetur-beginsel niet wordt geschonden. Terwijl uit de rechtspraak blijkt dat er diverse situaties zijn geweest waarbij er geen sprake was van een officieel verhoor, maar wel van een verhoorsituatie tijdens een undercoveroperatie. De wetgever heeft dit niet erkend en het nemo tenetur-beginsel wordt daardoor onvoldoende gewaarborgd in het nieuwe wetboek.

Het instigatieverbod krijgt in het nieuwe wetboek een algemene wettelijke bepaling. Het verankeren van het instigatieverbod in het nieuwe wetboek is een positieve ontwikkeling ten opzichte van de huidige situatie. Dit omdat naar verwachting de rechter meer nadrukkelijk gaat beoordelen of de Mr. Big-operatie binnen de grenzen van het instigatieverbod is gebleven.

¹⁷¹ Van Kempen, *DD* 2018/8, p. 7.

HOOFDSTUK 6: CONCLUSIE EN AANBEVELINGEN

6.1 Conclusie

In dit onderzoek is getracht antwoord te geven op de volgende onderzoeksvraag:

Hoe verhoudt de voorgestelde bevoegdheid uit het nieuwe Wetboek van Strafvordering voor de inzet van Mr. Big-operaties zich tot de waarborgen voortvloeiend uit artikel 6 EVRM?

De Mr. Big-methode is een undercoveroperatie waarbij opsporingsambtenaren onder een dekmantel een vertrouwensband met een verdachte opbouwen door hem te betrekken in een fictieve criminele organisatie. Het uiteindelijke doel van deze operatie is om een bekentenis te verkrijgen. In het huidige wetboek vindt de Mr. Big-methode zijn wettelijke grondslag in de undercoverbevoegdheid het stelselmatig inwinnen van informatie, ex art. 126j Sv. Deze bevoegdheid heeft juridisch gezien de laagste drempel van de undercoverbevoegdheden. In het nieuwe wetboek gaat dit veranderen. De wetgever heeft voor de uitoefening van de Mr. Big-methode een nieuwe wettelijke grondslag geboden, namelijk art. 2.8.11 Sv (nieuw).

De wettelijke grondslag voor de inzet van de Mr. Big-methode blijft het stelselmatig inwinnen van informatie, maar dan in de vorm van een zwaardere variant. De zwaardere toepassingseisen die volgen uit de nieuwe grondslag voor Mr. Big zorgen ervoor dat de juridische drempel om deze methode in te kunnen zetten wordt verhoogd. Dit is in mijn optiek een positieve ontwikkeling. Als de wetgever bovendien het advies van de RvS opvolgt om een machtiging van de rechter-commissaris toe te voegen, ontstaan er nog meer waarborgen voor de inzet van de Mr. Big-methode. Het nieuwe wetboek is in mijn ogen om deze redenen een verbetering ten opzichte van het huidige wetboek. Echter, op basis van dit ontwerp van de modernisering met de zwaardere ingangseisen en eventuele betrokkenheid van de rechter-commissaris, lijkt het nog steeds geen vanzelfsprekendheid dat de inzet van de Mr. Big-methode in alle gevallen in overeenstemming is met art. 6 EVRM.

De modernisering zorgt er naar mijn mening nog steeds onvoldoende voor dat Mr. Big-operaties in overeenstemming worden gebracht met de waarborgen voortvloeiend uit art. 6 EVRM. Waar de wetgever de modernisering wel heeft aangegrepen om het belang van het instigatieverbod te benadrukken, heeft hij dit nagelaten bij het equality of arms-beginsel en het nemo tenetur-beginsel. De modernisering zorgt niet voor meer transparantie of een betere controleerbaarheid van Mr. Big-operaties en daarmee blijft er spanning bestaan met het equality of arms-beginsel. Bovendien blijft de wetgever bij het standpunt dat de verklaringsvrijheid bij Mr. Big-operaties niet onder druk komt te staan en er geen sprake is van een schending van het nemo tenetur-beginsel. Dit is niet in lijn met uitspraken van het EHRM en de Hoge Raad. De wetgever heeft het momentum van de modernisering daarmee onvoldoende gebruikt om deze twee waarborgen sterker te positioneren in de wet.

De modernisering van de Mr. Big-methode zorgt ervoor dat het instigatieverbod voldoende waarborging in het nieuwe wetboek vindt, maar Mr. Big-operaties blijven dus op gespannen voet staan met het equality of arms-beginsel en het nemo tenetur-beginsel en hierdoor kan strijdigheid met art. 6 EVRM ontstaan.

6.2 Aanbevelingen

Op basis van dit onderzoek worden de volgende aanbevelingen gedaan.

De eerste aanbeveling richt zich op het belang van het waarborgen van het nemo tenetur-beginsel. De opvatting van de wetgever dat er geen sprake kan zijn van een verhoorsituatie tijdens de Mr. Big-operatie omdat het gaat om een heimelijke bevoegdheid is namelijk achterhaald. Uit de rechtspraak blijkt dat er wel degelijk sprake kan zijn van een verhoorsituatie. De omstandigheden van het geval zijn doorslaggevend voor de vraag of er sprake is van een verhoorsituatie. Dit is niet per definitie uitgesloten bij een heimelijke bevoegdheid, zoals Mr. Big. Waarom de wetgever, in tegenstelling tot de rechtspraak, van mening is dat er geen sprake kan zijn van een verhoorsituatie bij een heimelijke situatie, is onduidelijk. De wetgever heeft de modernisering niet aangegrepen om dit te onderbouwen. Evenmin heeft de wetgever de modernisering gebruikt om op één lijn te komen met de rechtspraak.

Naar mijn mening is het volledig wegnemen van de spanning omtrent het nemo tenetur-beginsel niet mogelijk. Er kunnen geen wettelijke bepalingen of strikte voorwaarden worden opgenomen om dit te ondervangen, omdat de omstandigheden van het geval doorslaggevend zijn. Mijns inziens is het wel van belang dat de wetgever in de modernisering erkent dat er sprake kan zijn van een verhoorsituatie waardoor de verklaringsvrijheid van de verdachte onder druk kan komen te staan. Ik adviseer de wetgever om in (de MvT van) het nieuwe wetboek de lijn dat er geen sprake kan zijn van een verhoorsituatie niet door te trekken. Het is aan te bevelen om een nieuwe richting in te slaan door te benadrukken dat de omstandigheden van het geval doorslaggevend zijn bij de beoordeling of er sprake is van een verhoorsituatie tijdens een Mr. Big-operatie. Op die manier is het nieuwe wetboek in overeenstemming met de rechtspraak.

De tweede aanbeveling richt zich op het belang van auditief of audiovisueel opnemen van de Mr. Big operatie. Bij de inzet van de Mr. Big-methode lijkt er sprake te zijn van een structureel probleem, namelijk een gebrek in de controle- en toetsingsmogelijkheid. Er kan slechts aan de hand van nauwkeurig en expliciet omschreven feiten en omstandigheden worden vastgesteld of de gehele procedure eerlijk is geweest. Deze concrete feiten en omstandigheden lijken echter te ontbreken in Mr. Big-operaties, waardoor het lastig is om te voldoen aan de waarborgen voortvloeiend uit art. 6 EVRM. Om dit te kunnen bewerkstelligen is het opnemen van de Mr. Big-operatie gewenst. De wetgever kan in de modernisering (of middels lagere wetgeving, zoals een AMvB) een bepaling opnemen die het belang van het gebruik van auditieve of audiovisuele opnames gedurende de Mr. Big-operatie benadrukt. Op deze manier wordt de Mr. Big-operatie mijns inziens voldoende transparant en controleerbaar en daarmee in overeenstemming met het beginsel van equality of arms.

Ook gelet op het nemo tenetur-beginsel en het instigatieverbod is het gebruik van opnames van belang. De schriftelijke verbalisering is zelden toereikend om te kunnen beoordelen in hoeverre de verklaringsvrijheid of het instigatieverbod zijn geschonden. Het opnemen van de Mr. Big-operatie moet daarom eerder regel dan uitzondering zijn, ondanks dat hier ook (praktische) nadelen aan kunnen zitten. Hierbij valt te denken aan de hoeveelheid opnamemateriaal en de mogelijke risico's voor de undercoveragenten. In mijn ogen weegt het belang zwaarder dat duidelijkheid ontstaat

over de wijze waarop de Mr. Big-operatie is uitgevoerd en welke interactie met de verdachte heeft plaatsgevonden. Er wordt veel waarde gehecht aan de verklaring van de verdachte in Mr. Big-operaties. Deze dient daarom goed te worden vastgelegd met opnames. Daarbij moet niet alleen de verklaring van de verdachte worden opgenomen, maar ook voorafgaande interacties met de verdachte. Dan kan worden vastgesteld welke vragen er zijn gesteld, welke antwoorden daarop volgden, welke informatie is weggegeven en vooral hoe de undercoveragenten toewerkten naar het doel van de operatie: de bekentenis. Het benadrukken van de noodzaak van auditief of audiovisuele opnames in het nieuwe wetboek draagt bij aan het beter kunnen toetsen of de inzet van de Mr. Big-methode een (on)toelaatbare inbreuk vormt op het nemo tenetur-beginsel en het instigatieverbod.

Literatuurlijst

Beijer e.a. 2004

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

Blom, T&C Strafvordering, art. 126j Sv

T. Blom, in: *Tekst & Commentaar Strafvordering 2022*, art. 126j Sv

Crijns & Dubelaar, *Ars Aequi* 2020

J. Crijns & M. Dubelaar, 'Mr. Big een maatje te groot voor Nederland?', *Ars Aequi* september 2020

Dieben & Boksem, T&C Strafvordering, art. 29 Sv

T. Dieben & J. Boksem, in: *Tekst & Commentaar Strafvordering*, art. 29 Sv

Droogleever 2016

S. Droogleever, 'Mr. Big methode is gevaarlijk', *advocatenblad.nl*, 19 mei 2016

Ganzeboom, *DD* 2019/52

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

De Haas & Vissers, *TFB* 2014

P. de Haas en A.B. Vissers, 'Nemo-teneturbeginsel; verklaar je nader!', *TFB* 2014

Hansen, *EBH Legal* 2022

C. Hansen, 'De omstreden Mr. Big-methode in het strafrecht', *EBH Legal* 2022

De Jong 2017

T. de Jong, *Procedurele waarborgen in ateriële EVRM-rechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

Van Kempen, *DD* 2018/8

P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Subsidiariteit, proportionaliteit en doelbinding als algemene beginselen: codificatie graag, maar meer volledig', *DD* 2018/8

Klok 2018

M.J. Klok, 'Grondslagen, reikwijdte en (rechts)psychologische aspecten van de undercovermethode 'Mr Big'', Celsius Juridische uitgever 2018

Van Koppen & Horselenberg, *Strafblad* 2018/2

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

Kruisbergen, De Jong & Kouwenberg 2010

E.W. Kruisbergen, D. De Jong & R.F. Kouwenberg, *Opsporen onder dekmantel. Regulering, uitvoering en resultaten van undercovertrajecten*, Den Haag: WODC 2010

Kruisbergen, *Strafblad* 2018/4

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

Reijntjes 1996

J.M. Reijntjes, *Nemo tenetur: een holle leus?*, Arnhem: Goude Quint 1996

Vedder 2020

J.W. Vedder, *De Mr. Big-opsporingsmethode en het nemo tenetur beginsel. Slimme misleiding of ontoelaatbare druk?*, Weert: Celsius juridische uitgeverij 2020

Verrest, *BSb* 2021/1

P.A.M. Verrest, 'Het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Hoe verder?', *BSb* 2021, nr. 1

De Vocht, *T&C Strafvordering*, art. 6 EVRM

D.L.F. de Vocht, in: *Tekst & Commentaar Strafvordering 2022*, art. 6 EVRM

Jurisprudentielijst

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 28 augustus 1991, ECLI:CE:ECHR:1991:0828JUD001117084

(Brandstetter/Oostenrijk)

EHRM 16 december 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:1216JUD001307187 *(Edwards/UK)*

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

EHRM 27 oktober 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:1027JUD001444888

(Dombo/Nederland)

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

EHRM, 16 februari 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0216JUD002705295 *(Jasper/VK)*

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

EHRM 5 februari 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0205JUD007442001

(Ramanauskas/Litouwen)

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

EHRM 4 november 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1104JUD001875706

(Bannikova/Rusland)

EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108

(Ibrahim/VK)

Hoge Raad

Hoge Raad 4 december 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7429

Hoge Raad 28 oktober 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BE9817 (concl. A-G G. Knigge)

Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:PHR:2018:1042 (concl. A-G A.J.

Machielse)

Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982

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

Kooijmans

Hoge Raad 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983

Gerechtshof

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

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2416

Gerechtshof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:293

Gerechtshof Den Haag 16 februari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:205

Gerechtshof Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2083

Rechtbank

Rechtbank Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805