

**Aan de Hoge Raad der Nederlanden**  
te Den Haag

Griffienummer: S 18/00565  
Datum conclusie: 25 september 2018  
Datum arrest: 13 november 2018

**REACTIE EX ART. 439 LID 5 SV.**

Inzake:

**[VERDACHTE],**  
verblijvende te [naam P.I.],  
advocaten: mr. R.J. Baumgardt en mr. P. van Dongen

Edelhoogachtbare Heren, Vrouwen:

Ondergetekenden, als daartoe door [VERDACHTE] nog steeds bijzonder gevolmachtigd, merken naar aanleiding van de hen gezonden conclusie van de advocaat-generaal mr. Machielse nog (kort) het volgende op.

#### Algemeen

In de conclusie stelt de Advocaat-Generaal dat er bij geen twijfel bestaat dat in de onderhavige zaak de Mr. Big methode in wezen is aangewend (§ 6.4). Dit wordt door de verdediging onderschreven. Opmerkelijk is dat eerder door het Openbaar Ministerie is aangevoerd dat de gevraagde deskundige Prof. Moore niet gehoord behoefde te worden nu deze alleen iets zou kunnen verklaren over de Mr. Big methode, die - volgens het O.M.- in deze zaak niet zou zijn toegepast en dat deze redenering ook door het hof is overgenomen (proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep van 9 mei 2017). Evenzo opmerkelijk is dat zowel het Openbaar Ministerie als de Rechtbank en het hof zelf geen aanleiding hebben gevonden zich door deskundigen te laten voorlichten over de mogelijke gevaren van de nieuwe methode.

In de conclusie wordt vervolgens (onder meer) terecht gesteld dat:

- een voldoende wettelijke grondslag ontbreekt (§ 8);
- de kans op een valse bekentenis door de Mr. Big methode wordt vergroot (§ 4.3);
- men in andere landen dan Canada altijd huiverig was om zulke technieken toe te passen (§ 4.3);
- om valse bekentenissen te voorkomen waarborgen moeten worden ingebouwd;
- in Canadese literatuur bepleit wordt de toepassing aan stringente voorwaarden te verbinden, bijvoorbeeld door te verlangen dat er in ieder geval al objectief bezwarend bewijs voorhanden moet zijn.

Hieronder zal apart -kort- worden ingegaan op de (internationale) kritiek op de Mr. Big methode en de consequenties daarvan.

In de conclusie wordt voorts terecht geconstateerd dat het hof: bij de verwerping van het betrouwbaarheidsverweer het zelfstandig karakter van dit verweer heeft veronachtzaamd (§ 7.5); het verweer met betrekking tot de alternatieve scenario's heeft afgewezen met een verwijzing naar de bekentenis hetgeen onvoldoende is, zodat het verweer op twijfelachtige wijze is verworpen (§ 7.7); niet heeft gereageerd op het verweer waarin aangevoerd is dat uitgaande puntige schoensporen zijn aangetroffen (§ 7.9, voetnoot 27).

Ook hieronder wordt daar nog (kort) op ingegaan.

Tenslotte zal nog worden ingegaan op de constatering van de Advocaat-Generaal, dat de huidige en toekomstige wetgeving niet voorziet in toepassing van de Mr. Big methode en de consequenties van het in wetenschappelijke kring ontbreken van

consensus over de waarde van de door middel van deze methode verkregen verklaringen.

#### De Mr. Big methode internationaal gezien

In de cassatieschriftuur is in middel 2 aandacht besteed aan de ontwikkeling van de Mr. Big methode in Canada. Ook in de conclusie wordt ingegaan op een aantal Canadese uitspraken. Een uitvoeriger bespreking van een groot aantal uitspraken van de Canadese rechter wordt gegeven in 'Undercover met Mr. Big', Uitgave bij het symposium over Mr. Big, 3 oktober 2018, Celsus Juridische Uitgevers, 2018, in de daarin opgenomen bijdragen van (respectievelijk) M.J. Klok; T. E. Moore, P. Copeland en R.A. Schuller; A. Iftene en T. Moore en K. Keenan. Ook uit deze literatuur blijkt dat de methode in Canada bepaald niet onomstreden is en -in ieder geval- geleid heeft tot de regel dat uit deze operaties verkregen bekentenissen worden verondersteld niet toelaatbaar te zijn als bewijs. Deze presumptie wordt ontkracht als de vervolgende instantie aantoont dat de bewijswaarde van de bekentenis de schadelijke effecten voortkomend uit het bewijs van een slecht karakter overstijgt (zie o.m. de bijdrage van M.J. Klok, § 24).

In de schriftuur is echter niet alleen aandacht geschonken aan de toepassing van de Mr. Big methode in Canada, maar is tevens aangevoerd dat de methode (inmiddels) in meerdere landen (zoals de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk en Duitsland) verboden is. In zijn conclusie heeft A-G Machielse uitgebreid stilgestaan bij de Canadese jurisprudentie omtrent Mr. Big, terwijl hij in zijn conclusie ten onrechte niet is ingegaan op de kritiek en het verbod op de Mr. Big methode in andere landen dan Canada.

Het feit dat de methode in andere landen daadwerkelijk verboden is/niet wordt toegepast én de omstandigheid dat volgens meerdere wetenschappers de methode – zoals ook door Machielse wordt erkend – onder meer het risico op valse bekentenissen vergroot, en er (dus) in wetenschappelijke kring bepaald geen consensus bestaat over de deugdelijkheid en consequenties van de betreffende methode, dient ertoe te leiden dat verklaringen verkregen door de inzet van de Mr. Big methode voor het bewijs moeten worden uitgesloten.

#### Financiële situatie

Zeer uitdrukkelijk en uitvoerig onderbouwd is door de verdediging naar voren gebracht dat sprake is geweest van onredelijk grote druk op verdachte mede omdat hij werkloos was geworden en sprake was van een penibele financiële situatie, zodat hij zich om die reden genoodzaakt voelde zich aan te sluiten bij het fictieve bedrijf.

Door de Advocaat-Generaal wordt in paragraaf 6.5 gesteld dat toen de Mr. Big operatie begon verdachte 'nog gewoon zijn baan' had en dat het dus niet waar is dat verdachte geen werk kon vinden, omdat hij door iedereen als boef werd gezien. Daarnaast verwijst de A-G naar een uitkering van de overlijdensrisicoverzekering en een bedrag van € 80.000,-. Het oordeel van het hof dat verdachte dus niet in een beklagenswaardige situatie zat, is volgens de A-G dan ook niet onbegrijpelijk.

Verdachte hecht er veel belang aan om nógmaals te benadrukken dat wel degelijk sprake was een onhoudbare financiële situatie en dat het beeld dat de Advocaat-Generaal in zijn conclusie schetst onjuist althans onvolledig is.

In verband hiermee verwijst de verdediging onder meer naar het proces-verbaal van de terechtzitting in eerste aanleg van 30 september 2015, waaruit blijkt dat verdachte onder meer het volgende verklaard:

*“In maart 2011 ben ik vast komen te zitten en in juni 2011 is de voorlopige hechtenis geschorst.*

*()*

*Mijn vaste contract was ik kwijt.*

*()*

*Na ongeveer anderhalf jaar zoeken is het gelukt om een baan te vinden.*

*()*

*Uiteindelijk is mijn contract bij [bedrijf] verlengd en werd dit twee dagen later weer ingetrokken. Tot op de dag van vandaag is dat voor mij een raadsel. Ik snap niet wat de reden was van het niet verlengen van mijn contract.*

*()*

*Het vermoeden van mij is dat de politie een telefoontje heeft gepleegd.*

*()*

*U vroeg mij naar Marbella. Het is dan 17 september 2014.*

*()*

*Op dat moment had ik grote financiële schulden. Ik had geen vast inkomen waardoor de schulden hoog opliepen. In de zomermaanden heb ik mijn boekhouder al om uitstel gevraagd voor het invullen van de inkomstenbelasting. Als zzp-er kon ik geen woning huren. Ook kon ik geen hypotheek afsluiten vanwege onderbroken jaarinkomsten. Als je 10 jaar aan het afbetalen bent, heb je meer rente afgelost. Ik ben zzp-er en heb de woning aan de [straatnaam] voor bijna 2 ton verkocht. Er was voor € 30.000,- aan verbouwd dus er was geen overwaarde. Het klopt dat door het overlijden van [slachtoffer] de overlijdensrisicoverzekering is uitgekeerd, waardoor het huis hypotheekvrij was. Maar ik kon niet huren en mijn vrouw werkte niet en aan het eind van de maand moet er toch € 8.000,- betaald worden. En daar liep ik tegenaan. Ik had al een bedrag van ongeveer € 50.000,- open staan. De goedkoopste vorm voor mij was om het huis aan te houden. Ik zat met een enorm dilemma. Het klopt dat ik na het overlijden van [slachtoffer] € 80.000,- op mijn rekening bijgeschreven heb gekregen. Ik heb anderhalf jaar geen inkomen gehad en ben pas in Antwerpen weer gaan werken. Ik heb deze gelden gebruik om van te leven. Die € 80.000,- heb ik dan ook opgeleefd.*

*()”*

Uit (onder meer) het voorgaande en (bijvoorbeeld) het proces-verbaal van 31 maart 2016 blijkt dat verdachte op het moment waarop het Mr. Big traject begon weliswaar een baan had, maar dat daaruit ook volgt dat verdachte pas na 1,5 jaar ná zijn vrijlating voor het eerst weer een baan had gevonden (en dus anderhalf jaar werkloos is geweest en geen inkomsten heeft genoten). Daarnaast volgt uit die processen-verbaal dat zijn contract tijdens het WOD-traject (na een eerdere toezegging) niet is verlengd, terwijl het vermoeden bestaat dat dit het gevolg is geweest van het handelen van de politie. Ten tijde van het afleggen van zijn valse bekentenis had verdachte al enige tijd

géén baan. Ook heeft verdachte aangegeven dat hij grote schulden had, het huis aan de [straatnaam] is verkocht zonder overwaarde en dat hij in de periode van 1,5 jaar waarin hij geen baan had heeft geleefd van onder meer die door de Advocaat-Generaal genoemde € 80.000,-. Dit geld was dus (gedurende de Mr. Big operatie) inmiddels opgeleefd.

Nu de Advocaat-Generaal in voetnoot 27 de spreekwoordelijke papieren muur heeft doorbroken, voelt de verdediging zich vrij om in dit kader te wijzen op het volgende. Uit de processen-verbaal van (onder meer) de terechtzitting in eerste aanleg van 31 maart 2016 en het proces-verbaal van de terechtzitting hoger beroep van 9 mei 2017 blijkt dat verdachte een stuk heeft opgesteld en aan de rechtbank en het hof heeft overgelegd met de titel 'De andere kant'. In dit uitgebreide document heeft verdachte zijn kant van het verhaal en zijn visie op de zaak op papier gezet. In dit document is onder andere veel aandacht besteed aan de (onderbouwing van de) financiële situatie van verdachte (zie onder meer paragraaf 9.2 en hoofdstuk 12). In dit stuk wordt hetgeen verdachte heeft aangevoerd met betrekking tot zijn financiële situatie zeer uitvoerig besproken en daarnaast onderbouwd met stukken.

Terug naar de conclusie. Door de A-G is enkel vermeld dat verdachte 'nog' een baan had op het moment dat de Mr. Big operatie begon, dat de hypotheek was afgelost en dat verdachte jaren daarvoor de beschikking heeft gehad over € 80.000,-, terwijl ten onrechte niet wordt vermeld dat hij 1,5 jaar werkloos is geweest, sprake was van schulden en het genoemde geldbedrag al lang en breed was opgeleefd. Gelet op het feit dat dus slechts een heel klein stukje van de gehele puzzel wordt belicht en op basis van dat zeer beperkte stukje een conclusie wordt getrokken, namelijk kortweg dat geen sprake was van financiële nood, mist het oordeel van het hof (én de Advocaat-Generaal) feitelijke grondslag en/of is dit oordeel in het licht van hetgeen onderbouwd door stukken/argumenten onbegrijpelijk.

Terzijde wordt nog opgemerkt dat een Mr. Big traject pas na uitvoerig onderzoek naar de achtergronden van een verdachte wordt opgestart. Deze methode is tijdrovend en kostbaar. Doel is een verdachte in te palmen door hem bijvoorbeeld zoals i.c. ook is gebeurd, een mooie baan/functie en dus toekomst in het vooruitzicht te stellen. Aangenomen moet worden dat de methode niet zou zijn toegepast indien het politieteam al bij voorbaat wist dat de kans op succes nihil zou zijn omdat het doelwit geen enkele reden zou hebben in te gaan op de door het team gewekte suggestie. Reeds hieruit vloeit voort dat in de ogen van Openbaar Ministerie en het WOD-team de situatie van verdachte in ieder geval van dien aard was, dat de kostbare en tijdrovende methode een reële kans op succes had.

#### Criteria eerlijk proces volgens het EHRM

In paragraaf 6.10 bespreekt Advocaat-Generaal Machielse een uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (Ibrahim et. al. v. UK). In deze uitspraak heeft het EHRM een aantal factoren opgesomd die in acht moeten worden genomen bij de toetsing of sprake is van een eerlijk proces. Eén van deze factoren (factor c) betreft 'whether the applicant had the opportunity to challenge the authenticity of the evidence and oppose its use'. Volgens de Advocaat-Generaal heeft de verdediging 'alle gelegenheid gehad om het tot stand komen en de betrouwbaarheid van de

bekentenis te betwisten', waar de Advocaat-Generaal aan toevoegt dat verdachte de 'undercovers' heeft kunnen ondervragen, 'zij het dat dat niet erg soepel is verlopen'.

De verdediging is het niet eens met dit oordeel. Door de verdediging is immers verzocht om verschillende deskundigen (te weten de heren Derksen, Van Koppen en Moore) te benoemen die zouden kunnen rapporteren over de wijze van de totstandkoming van de bekende verklaring en de betrouwbaarheid van die verklaring. Het hof heeft al deze verzoeken echter afgewezen. Frappant is dat het hof het verzoek om deskundige Moore te benoemen heeft afgewezen met de reden dat géén sprake zou zijn van de Mr. Big methode, terwijl de Advocaat-Generaal juist vaststelt dat deze methode wel degelijk is toegepast. Dat verdachte dus *alle gelegenheid* heeft gehad om de betrouwbaarheid van diens afgelegde bekende verklaring te betwisten, ziet de verdediging aldus niet in, nog afgezien van het feit dat in de onderhavige zaak de verdediging ook niet in staat is geweest om het verloop en inhoud van de vele contacten tussen verdachte en de undercovers na te gaan aan de hand van geluids- en beeldfragmenten, nu in de onderhavige zaak deze contacten niet audiovisueel zouden zijn vastgelegd, anders dan in Canada gebruikelijk en voorgeschreven is.

Terecht constateert de Advocaat-Generaal wel dat verdachte zijn bekentenis zo snel dat mogelijk was heeft ingetrokken; er vraagtekens zijn gezet bij de betrouwbaarheid van de bekentenis gelet op de wijze waarop deze tot stand is gekomen en de bekentenis een essentiële schakel in de bewijsvoering vormde en betwist is dat ander bewijs voorhanden is.

Nu de Advocaat-Generaal voorts aangeeft dat de methode niet kan worden gebaseerd op art. 126j Sv en het bewijs dus 'unlawfully' is verkregen; de methode diepgaand inbreuk heeft gemaakt op het privéleven van verdachte (art. 8 EVRM); toestemming van de CTC niet is verzocht en dus ontbrak; geen rechter-commissaris toezicht heeft gehouden zodat 'other procedural safeguards' ontbraken, is gehandeld in strijd met art. 6 EVRM.

#### Aannames betreffende de 'kennelijke bedoeling van het hof'

Op meerdere punten in de conclusie worden door de Advocaat-Generaal aannames gedaan over wat het hof met bepaalde uitlatingen kennelijk zou hebben bedoeld.

In de schriftuur is onder punt 2.25 naar voren gebracht dat het opvallend is dat het hof enerzijds overweegt dat niet aannemelijk is geworden dat sprake was van onredelijk grote druk in verband met angst als gevolg van mogelijke dreiging met geweld, terwijl het hof een aantal zinnen daarvoor heeft overwogen dat verdachte zelf heeft gekozen voor het lucratieve aanbod, ondanks dat hij besepte dat hij betrokken zou worden bij wellicht ook illegale activiteiten en dat hij het mogelijke gevaar van het betrokken raken bij illegale praktijken – met alle risico's van dien voor vrouw en kinderen – toch voor lief nam. Volgens de verdediging is hier sprake van een innerlijke tegenstrijdigheid.

De Advocaat-Generaal reageert daarop door te overwegen dat het hof *kennelijk aldus niet bedoeld* heeft dat vanuit de organisatie gevaren zouden dreigen, maar dat die gevaren door de te verrichte werkzaamheden uit een ander hoek zouden kunnen

ontstaan. Nu evenwel niet duidelijk is dat dit de bedoeling van het hof is geweest, kan niet zonder meer gesteld worden dat geen sprake is van innerlijke tegenstrijdigheid en/of onbegrijpelijkheid.

Tevens is in de cassatieschriftuur (paragraaf 2.28) naar voren gebracht dat de bewezenverklaring tekort schiet omdat het onverhoeds en met kracht op het hoofd van het slachtoffer slaan in strijd is met de bewijsmiddelen waaruit volgt dat getuigen een 'ijselijke gil' hebben gehoord.

Volgens Machielse heeft het hof de gang van zaken *kennelijk* voor zich gezien dat het slachtoffer, nadat zij de poort binnen was gekomen, ineens onverhoeds geconfronteerd werd met iemand de kwade bedoelingen had en toen (terwijl zij nog bij bewustzijn was) hard heeft gegild.

Ook in dit geval is de invulling die de A-G geeft aan de overweging en de kennelijke bedoeling van het hof onbegrijpelijk, nu die kennelijke bedoeling niet valt af te leiden uit de overwegingen van het hof zelf. Daarnaast volgt de verdediging de A-G ook niet in diens redenering, aangezien de vraag kan worden gesteld waarom het slachtoffer zo zou schrikken en gillen op het moment dat ze haar eigen partner ziet.

Onder het kopje "Afwijzing alternatieve scenario's" wordt tevens aandacht besteed aan de door de A-G gegeven invulling van de kennelijk bedoelingen van het hof.

#### Consequenties voor [undercover agent 1]

Volgens de Advocaat-Generaal (§ 6.13) is het oordeel van het hof, dat het hof niet aannemelijk heeft geacht dat de weigering om te bekennen geen consequenties zou hebben voor verdachten op dat moment 'goede vriend [undercover agent 1]', begrijpelijk. Het weigeren om tegenover [undercover agent 2] (Mr. Big) een nadere verklaring te geven zou immers volgens de A-G enkel ertoe leiden dat verdachte het kon vergeten om aan de organisatie verbonden te worden. Dit is feitelijk onjuist.

In de schriftuur is in paragraaf 2.2 geciteerd uit een proces-verbaal van de terechtzitting in eerste aanleg van 16 oktober 2015, waarin [undercover agent 1] als getuige heeft verklaard dat hij in de taxi - dus net ná het moment waarop verdachte tegenover [undercover agent 2] heeft gezegd dat hij niets met de moord te maken heeft en net vóór het tweede gesprek met de uiteindelijk bekende verklaring - tegen verdachte heeft gejammerd dat hij de zaak kwijt zou raken. Hieruit volgt ontegenzeggelijk dat het niet bekennen wel degelijk consequenties zou hebben voor de bevriende informant [undercover agent 1].

Voorts is in dit kader van belang te benoemen dat de A-G in paragraaf 7.5 overweegt dat het gejammer van [undercover agent 1] verdachte zeker heeft beïnvloed.

#### Daderkennis/ Afwijzing alternatieve scenario's

Door de verdediging is in hoger beroep en in cassatie onder meer aangevoerd dat niet gesteld kan worden dat uit de bekende verklaringen van verdachte 'daderkennis' blijkt en dat de verklaringen niet door objectief bewijsmateriaal wordt bevestigd. In



(juist) dit opzicht verschilt deze zaak dan ook van de door de A-G in zijn conclusie genoemde 'Canadese zaken' Allgood en Johnson. In de conclusie heeft de A-G meerdere keren overwogen dat dit verweer is gevoerd (zie o.m. § 6.12, 7.1 en 7.7), terwijl het verweer door de Advocaat-Generaal niet wordt weersproken.

Door de verdediging is aangevoerd dat de bekende verklaring van verdachte vals is en ter onderbouwing daarvan zijn onder meer een aantal alternatieve scenario's naar voren gebracht. Het hof heeft deze alternatieve scenario's afgewezen met een enkele verwijzing naar de bekende verklaring van verdachte. Volgens de Advocaat-Generaal is die redengeving onvoldoende en is het verweer door het hof op twijfelachtige wijze verworpen.

Verdachte kan zich vanzelfsprekend vinden in dit oordeel.

Volgens de Advocaat-Generaal heeft het hof *kennelijk* bewijsmiddel 9 (een procesverbaal waarin vermeld staat dat geen sporen van braak of overklimming zijn aangetroffen) gebruikt ter onderbouwing van het oordeel dat sporen ontbreken en de geschetste alternatieve scenario's daarmee worden gefalsificeerd, zodat slechts het scenario dat verdachte de dader is overblijft. Ondanks de mankementen in de overwegingen ten aanzien van de verwerping van het verweer, ligt de verwerping van die alternatieve scenario's volgens de Advocaat-Generaal (aldus) in de bewijsvoering besloten.

De door de A-G genoemde vaststellingen (geen sporen van braak en geen sporen van overklimming/verstoorde sneeuwlaag) sluiten de naar voren gebrachte alternatieve scenario's evenwel niet, althans niet zonder meer, uit. Immers staat vast dat het hard sneeuwde (mogelijk had de dader zich al veel eerder verschanst in de tuin waardoor eventuele sporen alweer waren bedekt met verse sneeuw), terwijl daarnaast is aangevoerd dat er maar liefst zes sleutels in omloop waren en tevens onduidelijk is of de achterdeur überhaupt op slot was. Ook bestaat de mogelijkheid dat iemand, direct nadat het slachtoffer de poort had geopend, achter het slachtoffer aan het perceel is binnengedrongen. De vaststellingen dat geen sporen van braak aanwezig waren en dat de sneeuwlagen op de omheining, poort en schuur niet verstoord waren, kunnen de aangevoerde alternatieve scenario's dan ook niet categorisch uitsluiten.

In dit kader is ook het volgende van belang. In de voetnoot (!) stelt de A-G vast dat het hof niet uitdrukkelijk heeft gereageerd op de stelling van de verdediging dat uitgaande puntige schoensporen bij de poort (in de brandgang) zijn aangetroffen. De A-G schuift dit gebrek vervolgens aan de kant door te overwegen dat het hof *kennelijk* de conclusie heeft getrokken dat dit geen dadersporen zullen zijn geweest, omdat het slachtoffer rond 00:15 uur zou zijn overleden, terwijl de politie pas na 00:54 uur ter plekke is gekomen en de schoensporen ondanks hevige sneeuw nog tamelijk vers waren. De Advocaat-Generaal onderbouwt dit standpunt door te verwijzen naar een stuk uit het strafdossier, namelijk een relaas van onderzoek van 30 april 2014. De eerder genoemde 'papieren muur' is hiermee aldus doorbroken.

Indien die redenering wordt gevolgd - namelijk dat de puntige schoensporen geen daderspoor zouden zijn omdat het hevige sneeuwde en ze redelijk vers waren - zou het feit dat er geen sporen/verstoorde sneeuwlaag zijn aangetroffen in verband met een eventuele overklimming dus helemaal niets kunnen uitsluiten/geen toegevoegde



waarde hebben. Immers, die mogelijke sporen van overklimming zouden dan (gelet de periode tussen het tijdstip van overlijden en het ter plaatse komen van de politie) al lang moeten zijn ‘dicht gesneeuwd’.

Nu de overwegingen in het arrest omtrent de verwerping van de alternatieve scenario's gebrekkig en zelfs twijfelachtig zijn én het hof niet heeft gereageerd op hetgeen de verdediging ten aanzien van die aangetroffen schoensporen uitdrukkelijk naar voren heeft gebracht, terwijl dergelijke sporen zeer van belang zijn in het kader van de beoordeling van de gepresenteerde alternatieve scenario's, is de verwerping van die alternatieve scenario's onbegrijpelijk en onvoldoende met redenen omkleed. Ook kan niet worden gesteld dat de verwerping van het verweer in de bewijsvoering besloten ligt.

Voorts is van belang dat in de schriftuur ook nog is aangevoerd dat door de verdediging (naast de aangetroffen schoensporen in de sneeuw) nog meer punten naar voren zijn gebracht, zoals onder meer de aanwezigheid van een DNA-spoor van een onbekende man in het vingervuil van het slachtoffer, op een van de lades in de woning én in de hals van het slachtoffer; een handschoenspoor in huis; een drugslab bij de burens en als betrouwbaar aangemerkte CIE-informatie inhoudende dat in december 2010 een woningoverval zou zijn gepleegd in Kaatsheuvel waarbij de inbrekers door de vrouw des huizes zijn overlopen en de vrouw na de confrontatie is overleden. Deze verweren worden door de A-G niet besproken en vinden geen weerlegging in de bewijsmiddelen, zodat de verwerping van de alternatieve scenario's ook hierom onvoldoende/onbegrijpelijk is.

#### Voldoende wettelijke basis en toekomstmuziek

De Advocaat-Generaal sluit zijn conclusie af met een aantal opmerkingen met het oog op de toekomst. Treffend overweegt hij dat vrijwel zonder twijfel kan worden gesteld dat de Mr. Big methode het risico op valse bekentenissen vergroot. Ook stelt hij dat het heimelijke karakter en de intensiteit van de contacten niet bevorderlijk lijken voor een volledige en adequate verslaglegging. Volgens de Advocaat-Generaal moeten opsporingsmethoden als de onderhavige een voldoende specifieke wettelijke basis hebben en is er bij de totstandkoming van artikel 126j Sv niet gedacht dat dit artikel als grondslag zou dienen voor dergelijke langdurige en intensieve trajecten. Ook M.J. Klok stelt dat van de drie ‘undercoverbevoegdheden’ in Nederland, te weten stelselmatig inwinnen van informatie (126j Sv), pseudokoop en -dienstverlening (126i Sv) en infiltratie (126h Sv), artikel 126j Sv de minste waarborgen kent. Opmerkelijk is dat in de ogen van de wetgever deze bevoegdheid – in tegenstelling tot infiltratie – de minst ingrijpende undercoverbevoegdheid is, terwijl de inzet van de Mr. Big methode zeer vergaand is (‘Undercover met Mr. Big’, Uitgave bij het symposium van Mr Big 3 oktober 2018, pp. 60, 61 en 85).

De A-G geeft daarnaast aan dat uit het voorstel voor het nieuwe Wetboek van Strafvordering blijkt dat het niet de bedoeling is dat dergelijke intensieve en langdurige trajecten die gericht zijn op één persoon die zich schuldig zou hebben gemaakt aan één misdrijf onder worden gebracht het beoogde nieuwe infiltratie-artikel 2.8.2.6.1.

Uit het bovenstaande blijkt dat de onderhavige methode door de (huidige) wetgever niet als een rechtmatige en geoorloofde opsporingsmethode wordt beschouwd. Gelet hierop moeten de door verdachte tegenover de WOD-ambtenaren afgelegde verklaringen van het bewijs worden uitgesloten.

Indien wetgeving onduidelijk zou zijn ten aanzien van de mogelijke inzet van (nieuwe) opsporingsactiviteiten bestaat overigens (nog) meer reden voor terughoudendheid van de inzet daarvan (aldus M.J. Borgers in zijn noot onder HR 11 november 2014, NJ 2015, 296).

Hieraan moet nog het volgende worden toegevoegd. De insteek van de Mr. Big methode die slechts uitgaat van één schuldige verdachte en gericht is op het verkrijgen van een bekentenis, staat haaks op het breed omhelsde beginsel dat een opsporingsonderzoek niet moet worden gestart/voortgezet vanuit/met een tunnelvisie. Na de ervaringen met (o.m.) de Schiedammer Parkzaak is onder meer vanuit de voor opsporing verantwoordelijke gezagsdragers aangedrongen op procedures waarin bijvoorbeeld sprake is van ‘tegenspraak’. Of deze methode gebruikt kan/mag worden, is dan ook een zaak van en voor de wetgever. Bovendien spelen er bij de methode allerlei ethische en praktische kwesties een rol. Mag een overheid zo ver met misleiding gaan dat een verdachte in een schijnwereld wordt meegezogen? Wie bepaalt wanneer in welke gevallen en onder welke omstandigheden de methode wordt ingezet? Wie bepaalt wanneer de methode waarom moet worden gestaakt? Wat gebeurt er na een ‘mislukte’ Mr. Big? Wordt het target gedebrieft en/of krijgt hij/zij schadevergoeding en/of psychologische ondersteuning? Dat psychologische ondersteuning na een ‘mislukt’ Mr. Big traject aangewezen is, blijkt overigens alleen al uit de zaak “Hart”, waar Nelson Hart ten gevolge van de methode alle vertrouwen in zijn medemens heeft verloren (aldus Prof. Moore, A.D. 5 oktober 2018, artikel van Koen Voskuil).

In zijn bijdrage aan het symposium “Undercover met Mr. Big” d.d. 3 oktober 2018 heeft S. Brinkhoff ten aanzien van de noodzakelijke wetgeving nog aangegeven dat ook gedacht kan worden aan het opstellen van waarborgen, zoals het in de wet opnemen van (onder meer) een proportionaliteits- en subsidiariteitseis; pressieverbod; instigatieverbod en motiveringsverplichting (zoals in art. 344a Sv).

Terzijde wordt nog opgemerkt dat het ook te verwachten is dat de wetgever wèl voldoende aanleiding vindt zich omtrent de pro’s en contra’s van de nieuwe methode te laten voorlichten, door onder meer gedragsdeskundigen e.d.

Indien de Hoge Raad van menig is dat niet sprake is van het ontbreken van een voldoende wettelijke basismethode en (bijvoorbeeld) het huidige artikel 126j Sv voldoende wettelijke grondslag biedt voor langdurige ‘infiltratietrajecten’ zoals in de zaak van verdachte, meent de verdediging dat de Hoge Raad nadere en duidelijke eisen zal dienen te stellen aan de inzet, de uitvoering en de verslaglegging van die methode. Ook naar aanleiding van de problematiek omtrent de inbeslagname van en het onderzoek aan de smartphone heeft de Hoge Raad vorig jaar een juridisch toetsingskader geschetst omtrent de vraag wanneer dergelijk onderzoek rechtmatig is en of de wettelijke grondslag in bepaalde gevallen voldoende legitimatie biedt (HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:592, NJ 2017/230). Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht het voorleggen aan het CTC; voorafgaande en tussentijdse toetsing door een

rechter-commissaris; audiovisuele vastlegging van alle contacten tussen de verdachte en opsporingsambtenaren etc.

Indien en nadat de Hoge Raad dergelijke kaders heeft gegeven dient de zaak terug te worden verwezen naar het hof, zodat het hof kan beoordelen of in de onderhavige zaak aan die nadere kaders/regels/eisen is voldaan.

De verdachte handhaaft dan ook onverkort zijn middelen.

Rotterdam, 8 oktober 2018

Advocaten

mr. R.J. Baumgardt

mr. P. van Dongen