

ANNOTATIE

Mr. Big-methode bij moord Kaatsheuvel.

mr. J.H.J. Verbaan

Annotatie bij Hoge Raad, 17-12-2019, ECLI:NL:HR:2019:1982 (SR-2019-0428)

De verdediging klaagt namens verdachte, ten aanzien van wie moord is bewezen verklaard, onder meer over het oordeel van het hof dat niet aannemelijk is geworden dat de verdachte feitelijk in een situatie gebracht is dat een verklaring van hem werd verkregen in strijd met de in artikel 29 lid 1 Sv tot uitdrukking gebrachte en in artikel 6 lid 1 EVRM besloten liggende verklaringsvrijheid van de verdachte.

Het hof heeft ten aanzien van de aangevoerde verweren overwogen dat het vaststelt dat tijdens het opsporingsonderzoek naar de gang van zaken rondom de doodslag c.q. moord op het slachtoffer volgens het Openbaar Ministerie niet te verwachten viel dat verder onderzoek tot nadere bewijzende aanwijzingen in welke richting dan ook zou leiden. Als gevolg daarvan is besloten tot de inzet van het bijzondere opsporingsmiddel van het stelselmatig inwinnen van informatie in het kader van een WOD-traject. Het stelselmatig inwinnen van informatie via een WOD-traject vond in de onderhavige zaak plaats in de periode september 2013 tot en met oktober 2014. Daarbij hebben opsporingsambtenaren (politiële informanten) zich voorgedaan als gewone burgers (undercover) en contact gezocht met en actief geïnterfereerd in het leven van de verdachte. In hun contacten met de verdachte hebben zij hem aangeboden tegen betaling werkzaamheden voor hen te verrichten (het ontwikkelen van een track-and-tracesysteem gekoppeld aan een rapportage). De verdachte heeft tijdens de ontstane contacten diverse malen aangegeven zelf eveneens geïnteresseerd te zijn in het verrichten van werkzaamheden voor de informanten. Tijdens de ontstane contacten zijn ook tussentijdse betalingen aan de verdachte gedaan voor reeds verrichte werkzaamheden. Tijdens de onderlinge gesprekken kwamen naast onderwerpen van sociale aard na verloop van tijd ook

de doodslag c.q. moord ter sprake en de omstandigheid dat de verdachte daarvoor had vastgezet. Verdachte heeft na enkele malen te hebben ontkend iets met de dood te maken te hebben gehad, ruim een jaar na het eerste contact met de informanten op 18 september 2014 tijdens een gesprek met een van de informanten bekend de moord te hebben gepleegd. Verdachte heeft diezelfde dag deze bekentenis in het bijzijn van een andere informant herhaald en daarbij aangegeven hoe de moord had plaatsgevonden. Daarbij heeft hij gedetailleerd aangegeven op welke wijze hij de moord had gepleegd en op welke wijze hij heeft getracht zijn betrokkenheid daarbij te verhullen door het insceneren van een inbraak. Tijdens een aansluitend gesprek op dezelfde dag met een van de informanten heeft verdachte nogmaals bevestigd dat het doden van het slachtoffer met voorbedachten rade had plaatsgevonden.

Op grond van artikel 359a jo. 415 lid 1 Sv kan het hof, indien blijkt dat bij het voorbereidend onderzoek vormen zijn verzuimd die niet meer kunnen worden hersteld en de rechtsgevolgen hiervan niet uit de wet blijken, bepalen dat strafvermindering, bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie als het rechtgevolg aan het verzuim kan worden verbonden. Dienaangaande geldt dat allereerst dient te worden vastgesteld of er sprake is van één of meer vormverzuimen zoals vermeld in artikel 359a Sv. Onder een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv wordt verstaan het niet naleven van strafprocesrechtelijke geschreven en ongeschreven vormvoorschriften.

Ten aanzien van de inzet van de bijzondere opsporingsbevoegdheid is het hof van oordeel dat de bestaande verdenking van het begaan van het bijzonder ernstige delict ten tijde van het besluit tot het inzetten van het stelselmatig inwinnen van informatie de toepassing van artikel 126j Sv in beginsel rechtvaardigde. Ook beoordeelt het hof de inzet van de bijzondere opsporingsbevoegdheid als passend gezien de omstandigheid dat de inzet van andere opsporingsmiddelen – zoals deze in de onderhavige zaak gedurende langere tijd zijn ingezet – geen resultaat had opgeleverd. Blijkens de wetsgeschiedenis vindt het inzetten van het stelselmatig inwinnen van informatie door opsporingsambtenaren onder een andere identiteit zijn rechtvaardiging in het grote maatschappelijke belang dat is gediend bij de opsporing van misdrijven die een ernstige inbreuk maken op de rechtsorde, hetzij door hun gewelddadige karakter, hetzij door hun grote omvang en gevolgen voor de samenleving, doch waar regulier openlijk onderzoek onvoldoende resultaat heeft of belooft te hebben. Voor een dergelijke vorm van informatie-inwinning is een bevel van de officier van justitie vereist en dat vormt een waarborg dat van deze bevoegdheid niet lichtzinnig gebruik wordt gemaakt. Bij de keuze voor het toepassen van deze opsporingsbevoegdheid komt de officier van justitie beleidsvrijheid toe.

Het hof concludeert aan de hand van in het procesdossier opgenomen stukken dat het besluit

tot het toepassen van artikel 126j Sv op juiste wettelijke grondslag is gestoeld en aan de daarbij te stellen voorwaarden is voldaan. Immers, ten tijde van het afgegeven bevel stelselmatige inwinning van informatie van 31 juli 2013 en de daaropvolgende verlengingen bestond er een verdenking ter zake van een misdrijf als bedoeld in artikel 126j lid 1 Sv en kon de officier van justitie in redelijkheid tot afgifte van het bevel tot stelselmatig inwinnen van informatie over de verdachte beslissen. De verdenking bestond uit het begaan van een doodslag/moord op slachtoffer, de toenmalige partner van de verdachte en de moeder van hun twee jonge kinderen, gevolgd door het ter verhulling in scene zetten van een (poging tot) diefstal uit de woning, gepleegd in de nachtelijke uren terwijl de bewoners in de woning lagen te slapen. De bijzondere ernst van het betreffende misdrijf rechtvaardigt de toepassing van de betreffende opsporingsbevoegdheid mede gezien de omstandigheid dat andere wijzen van opsporing redelijkerwijs, mede met het oog op de grenzen van proportionaliteit en subsidiariteit, niet meer voorhanden waren.

Dat de toepassing van deze opsporingsmethode voorafgaand niet is voorgelegd noch achteraf is getoetst door de Centrale Toetsingscommissie (CTC) acht het hof niet strijdig met de bestaande regelgeving. De vigerende regelgeving aangaande de eventuele betrokkenheid van de CTC ten aanzien van de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden – onder verwijzing naar de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden – vereist niet dat de CTC de inzet van stelselmatig inwinnen van informatie voorafgaand beoordeelt of achteraf toetst. Dat de uitwerking van de inzet van het stelselmatig inwinnen van informatie in de onderhavige zaak voor wat betreft de wijze waarop is geverbaliseerd, noopte tot toetsing achteraf door de CTC, vermag het hof niet in te zien. De opsporingsambtenaar die fungeert als politieke informant zal een proces-verbaal moeten opmaken waarin de voor de zaak relevante gegevens (zowel in ontlastende als belastende zin) staan gerelateerd en dit proces-verbaal moet bij de processtukken worden gevoegd. Het hof heeft tijdens het onderzoek ter terechtzitting en in het zaakdossier geen aanwijzingen aangetroffen die aanleiding geven te twijfelen aan de inhoud van de processen-verbaal, noch aan het feit dat de verbaliseringsplicht zoals opgenomen in artikel 152 Sv (en nader ingevuld in de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden) en hetgeen is bepaald in artikel 126aa Sv, in de onderhavige zaak op enigerlei wijze zou zijn geschonden. Het hof onderschrijft op grond van het bovenstaande dan ook niet de stelling van de verdediging dat tijdens het opsporingsonderzoek niet voldaan is aan het vereiste van proportionaliteit en subsidiariteit.

Subsidiar acht de verdediging de inzet van de toegepaste opsporingsmethode ontoelaatbaar omdat ten tijde van de onderlinge contacten tussen verdachte en de informanten, gezien de omstandigheden waaronder deze gesprekken plaatsvonden, onredelijk grote druk op de verdachte is gelegd waardoor deze uiteindelijk een valse bekentenis heeft afgelegd. Doordat de

valse bekentenis is verkregen als gevolg van het uitoefenen van onredelijk grote druk op verdachte door middel van een discutabele bijzondere opsporingsmethode, is er volgens de verdediging geen sprake van een in vrijheid afgelegde verklaring en moet de bekentenis als onbetrouwbaar en derhalve onbruikbaar worden gezien en worden uitgesloten van het bewijs. Het hof stelt hierover dat de kern van de onderhavige zaak het antwoord is op de vraag of door het toepassen van de methode via een zogenoemd WOD-traject op de wijze zoals in de onderhavige zaak aangewend, (een) vormverzuim(en) heeft/hebben plaatsgevonden waardoor er geen sprake is geweest van een door de verdachte in vrijheid afgelegde verklaring. In dit verband is volgens het hof in de eerste plaats van belang hetgeen aangaande de verklaringsvrijheid van de verdachte is opgemerkt in de memorie van toelichting bij de wet van 27 mei 1999 (*Stb.* 1999, 245), waarbij de bijzondere opsporingsbevoegdheid het stelselmatig inwinnen van informatie op grond van artikel 126j Sv werd ingevoerd. Op dit punt wordt in de memorie van toelichting tot de in de artikel 126h en 126p Sv geregelde politieïle infiltratie – welke samenhang vertoont met de in artikel 126j Sv gegeven bevoegdheid – gesteld:

‘Een bijzonder aspect bij de bevoegdheid tot infiltratie is, evenals bij de hierna te bespreken bevoegdheid tot het stelselmatig undercover inwinnen van informatie, dat het zich kan voordoen, en deels zelfs onvermijdelijk zal zijn, dat de opsporingsambtenaar in gesprek komt met een verdachte. Voor alle duidelijkheid zij opgemerkt dat een dergelijk gesprek belangrijk verschilt van een verhoor. De verdachte wordt namelijk niet “als verdachte” gehoord (artikel 29 Sv). Op hem wordt niet de druk gelegd, die kenmerkend is voor de verhoorsituatie. Die druk is, doordat de opsporingsambtenaar niet als zodanig herkenbaar is, afwezig. Het feit dat de opsporingsambtenaar undercover optreedt, brengt met zich mee dat hij niet zijn bevoegdheden jegens burgers kan uitoefenen die hem normaal gesproken toekomen. Hij mag dus ook geen verhoor afnemen. De cautie, die de verdachte erop attendeert dat hij niet aan de op hem uitgeoefende druk hoeft toe te geven, is hier dan ook niet aan de orde. (...) Het probleem in de situatie als geschetst is niet de vrijheid van de verdachte ten opzichte van de opsporingsambtenaar om niet te verklaren, maar de schending van het vertrouwen van de verdachte door de opsporingsambtenaar. De verdachte zal niet verwachten dat de informatie die hij prijs geeft, wordt gebruikt voor opsporingsdoeleinden. De opsporingsambtenaar misleidt de verdachte.’

In de tweede plaats is eerder door de Hoge Raad uitgemaakt dat toepassing van artikel 126j Sv ten aanzien van een voorlopig gehechte verdachte licht het gevaar in zich bergt dat de verdachte op zodanige wijze feitelijk komt te verkeren in een verhoorsituatie waarbij de waarborgen van een formeel verhoor door een politiefunctionaris ontbreken, dat aldus verklaringen worden verkregen die in strijd met de in artikel 29 lid 1 Sv tot uitdrukking

gebrachte en in artikel 6 lid 1 EVRM besloten liggende verklaringsvrijheid van de verdachte zijn afgelegd. Of dat onder die omstandigheden het geval is, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. Daarbij komt onder meer betekenis toe aan de proceshouding die de verdachte met betrekking tot de strafbare feiten waarvan hij wordt verdacht heeft ingenomen en hetgeen zich in het voorbereidend onderzoek voor en gedurende de periode waarin de informant optreedt heeft afgespeeld, de aard en intensiteit van de door de informant ondernomen activiteiten jegens de verdachte, de mate van druk die daarvan jegens de verdachte kan zijn uitgegaan en de mate waarin de handelingen en gedragingen van de informant tot de desbetreffende verklaringen van de verdachte hebben geleid.

Het hof heeft het hiervoor weergegeven toetsingskader gehanteerd ten aanzien van de situatie in de onderhavige zaak. Het onderscheid met de situatie in de hiervoor weergegeven uitspraken is dat de verdachte in de onderhavige zaak zich niet in voorlopige hechtenis bevond en derhalve niet in zijn fysieke en sociale vrijheid was beperkt. Dat maakt dat de verdachte in de onderhavige zaak in beginsel meer mogelijkheden en ruimte tot zijn beschikking had om een weloverwogen beslissing te nemen over hetgeen hij aan informatie met de politieke informanten wilde delen. Verdachte had met andere woorden in beginsel alle vrijheid om al dan niet te verklaren en eventueel een bekentenis af te leggen en werd daarin niet gehinderd doordat hij zich in enige door de overheid opgelegde vrijheidsbeperkende of -benemende situatie bevond waarin hij onder druk werd verhoord. Dat de proceshouding van verdachte in dezen, zoals door de verdediging aangevoerd, was dat hij zich eerder niet op zijn zwijgrecht had (kunnen) beroepen, maakt dit volgens het hof niet anders. Met name van belang voor de weging of er in de onderhavige zaak sprake is van (een) vormverzuim(en) waardoor er geen sprake is geweest van een door de verdachte in vrijheid afgelegde verklaring, is hetgeen zich in het voorbereidend onderzoek voor en gedurende de periode waarin de informant optreedt heeft afgespeeld, de aard en intensiteit van de door de informant ondernomen activiteiten jegens de verdachte, de mate van druk die daarvan jegens de verdachte kan zijn uitgegaan en de mate waarin de handelingen en gedragingen van de informant tot de desbetreffende verklaringen van de verdachte hebben geleid.

Verdachte is in de periode waarin de bijzondere opsporingsbevoegdheid werd toegepast en er contact was tussen verdachte en een van de politieke informanten, aangeboden tegen betaling werkzaamheden voor hen te verrichten. Verdachte kwam in diezelfde periode ook zonder werk te zitten en heeft tijdens de ontstane contacten diverse malen aangegeven zelf eveneens geïnteresseerd te zijn in het verrichten van werkzaamheden voor de informanten. Na verloop van tijd is tijdens de gesprekken ook de doodslag c.q. moord ter sprake gekomen en de omstandigheid dat verdachte daarvoor had vastgezet. Voorwaarde voor het in dienst komen bij het fictieve bedrijf van de informanten was daarbij dat de verdachte opening van zaken zou

geven omtrent de verdenking die ten aanzien van hem bestond inzake zijn betrokkenheid bij de dood van het slachtoffer. Verdachte heeft in gesprekken met informanten enkele malen ontkend iets met de dood van slachtoffer te maken te hebben. In een van de laatste gesprekken is aan de verdachte voorgehouden dat hij, indien hij bleef bij het ontkennen van zijn betrokkenheid bij de moord, niet binnen het bedrijf van de informanten werd gehaald. Ruim een jaar na het eerste contact met de informanten heeft de verdachte op 18 september 2014 tijdens een gesprek met een van de informanten bekend de moord te hebben gepleegd. Verdachte heeft diezelfde dag deze bekentenis nog tweemaal bevestigd, waarbij hij in een gesprek gedetailleerd heeft aangegeven op welke wijze hij de moord had gepleegd en op welke wijze hij heeft getracht zijn betrokkenheid daarbij te verhullen door het insceneren van een inbraak.

Dat de verdachte uiteindelijk de moord heeft bekend onder omstandigheden waarbij sprake was van onredelijk grote druk, vermag het hof niet in te zien. Dat verdachte onder onredelijk grote druk is gezet doordat hij werkloos was geworden en zich door geldnood gedwongen zag om werkzaamheden te moeten gaan verrichten en aansluiting te zoeken bij het bedrijf zoals door de politieke informanten geschetst, acht het hof niet aannemelijk geworden. Verdachte was onder omstandigheden weliswaar beperkt in zijn financiële mogelijkheden en had de zorg voor vrouw en kinderen, maar verdachte had ook gezien zijn kwaliteiten en genoten opleiding (op termijn) voor een andere werkgever kunnen kiezen. Verdachte heeft echter gekozen voor het lucratieve (maar fictieve) aanbod van de informanten, ondanks dat hij beseftte dat de aan hem voorgespiegelde handel en wandel waarin hij werd betrokken ook wellicht niet-legale kanten kende. Verdachte koos echter voor het aantrekkelijke (fictieve) salaris. Dat de financiële druk in dezen zodanig groot was dat verdachte het mogelijke gevaar van het betrokken raken bij illegale praktijken – met alle risico's van dien voor vrouw en kinderen – voor lief nam, acht het hof niet aannemelijk geworden. Ook dat de verdachte tijdens de gesprekken onder onredelijk grote druk heeft gestaan doordat zijn aanvankelijke ontkenning van betrokkenheid bij de dood van het slachtoffer mogelijk de (fictieve) baan van een van de inmiddels bevriende informanten tot gevolg zou kunnen hebben, en/of door angst als gevolg van mogelijk (dreiging met) geweld door de leden van het (fictieve) bedrijf, zoals door de verdediging aangevoerd, acht het hof niet aannemelijk geworden. Verdachte heeft na zijn eerste bekentenis in de taxi blijkens de gang van zaken er zelf voor gekozen om terug te gaan naar de villa voor het hervatten van het gesprek met de (fictieve) baas van het bedrijf, terwijl hij ook de mogelijkheid had om terug te keren naar zijn hotel en de onderhandelingen af te breken. Ook had de verdachte met de bevriende informant kunnen afspreken bij de baas te liegen over zijn betrokkenheid bij de dood van het slachtoffer opdat hij een baan zou krijgen en de bevriende informant zijn baan mogelijk niet zou verliezen. Overigens merkt het hof nog op dat de verdachte over de angst die destijds bij hem zou hebben bestaan, in zijn latere

verklaringen bij de politie geen melding heeft gemaakt, maar pas bij de inhoudelijke behandeling in eerste aanleg.

Met andere woorden: de verdachte had onder de geschetste omstandigheden volgens het hof wel degelijk de mogelijkheden om redelijkerwijs anders te kunnen handelen, maar verkoos er in vrije wil voor om zich aan te bieden aan de politieke informanten. In die positie heeft hij er tevens voor gekozen om – weliswaar onder enige subjectief gevoelde druk van het kunnen mislopen van een goed betaalde baan, dan wel het gaan fungeren in een wellicht niet geheel legaal handelend bedrijf – uit eigener beweging opening van zaken te geven omtrent zijn betrokkenheid bij de moord. Het hof acht daarbij het stellen van de vertrouwensvraag waarbij langs indirecte weg tot een verklaring over de betrokkenheid van verdachte bij haar dood wordt gekomen onder genoemde omstandigheden van het stelselmatig inwinnen van informatie niet ontoelaatbaar. Dat de verdachte in casu enkel – ten onrechte – heeft bekend omdat daar financieel voordeel mee te behalen viel en het financiële belang dan wel de angst voor mogelijk (dreiging met) geweld dermate zwaarwegend was dat het belang om – ten onrechte – een moord te bekennen groter was dan om zijn betrokkenheid te (blijven) ontkennen, acht het hof gezien de hiervoor geschetste feiten en omstandigheden niet aannemelijk. De omstandigheid dat niet alle details van deze bekentenis verifieerbaar blijken, maakt dat niet anders. Dat deze bekentenis leugenachtig en vals zou zijn en onder onredelijk grote druk afgelegd, acht het hof gezien de feiten en omstandigheden waaronder de bekentenis is afgelegd – dat wil zeggen naast hetgeen zich in het voorbereidend onderzoek voor en gedurende de periode waarin de politieke informanten optraden heeft afgespeeld – voor wat betreft hetgeen inzake de onderlinge contacten tussen de verdachte en de politieke informanten in de desbetreffende processen-verbaal van het verrichte opsporingsonderzoek is gerelateerd, gezien de aard en intensiteit van de door de informanten ondernomen activiteiten jegens de verdachte, de mate van druk die daarvan jegens de verdachte kan zijn uitgegaan en de mate waarin de handelingen en gedragingen van de informanten tot de desbetreffende verklaringen van de verdachte hebben geleid, derhalve niet aannemelijk.

Het hof komt dan ook tot de conclusie dat tijdens het stelselmatig inwinnen van informatie door de methode van een zogenoemd WOD-traject op de wijze zoals dat in de onderhavige zaak is toegepast, geen vormverzuimen hebben plaatsgevonden. Het hof acht de resultaten van de toegepaste opsporingsmethode (de bekentenis van verdachte ten aanzien van het ten laste gelegde) betrouwbaar en de wijze waarop deze is verkregen op een behoorlijke wijze verricht. Derhalve is niet aannemelijk geworden dat de verdachte feitelijk in een zodanige situatie is gebracht dat een verklaring van hem werd verkregen die in strijd met zijn in artikel 29 lid 1 Sv tot uitdrukking gebrachte en in artikel 6 lid 1 EVRM besloten liggende verklaringsvrijheid is afgelegd. Gelet op de overwegingen van het hof als hiervoor omschreven

komt het hof tot de conclusie dat niet gebleken is van vormverzuimen als bedoeld in artikel 359a Sv als door de verdediging bepleit. Het hof gaat uit van de bekennende verklaringen zoals afgelegd door de verdachte. Nu de weerlegging van de door de verdediging aangevoerde alternatieve scenario's besloten ligt in de gebezigde bewijsmiddelen, komt het hof niet toe aan een bespreking daarvan, aangezien deze scenario's niet in lijn zijn met de door de verdachte jegens de politieke informanten afgelegde bekennende verklaringen. Als uitgangspunt geldt dat ingeval een verdachte het hem ten laste gelegde bestrijdt met een alternatieve lezing van de gebeurtenissen, die niet met een bewezenverklaring strookt, de rechter – indien hij tot een bewezenverklaring komt – die aangedragen alternatieve gang van zaken zal moeten weerleggen. Nu echter de verdachte een bekennende verklaring heeft afgelegd, ontbreekt de noodzaak van dit onderzoek.

De Hoge Raad haalt artikel 126j lid 1 Sv en relevante overwegingen uit de wetgeschiedenis van de wet van 27 mei 1999 (*Stb.* 1999, 245) aan (*Kamerstukken II* 1996/97, 25403, 3, p. 34-35 en *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, 3, p. 30) en overweegt onder het kopje *Algemene uitgangspunten* dat het in ECLI:NL:HR:2004:AN9195 naar aanleiding van de vraag naar toelaatbaarheid van het stelselmatig inwinnen van informatie door een opsporingsambtenaar ingeval een verdachte voorlopig gehecht is, terwijl die opsporingsambtenaar zich onder een andere identiteit, dus zonder dat voor de verdachte kenbaar is dat hij optreedt als opsporingsambtenaar, bevindt in de omgeving van de verdachte op de plaats waar deze is ingesloten, heeft overwogen dat artikel 126j Sv, mede in het licht van de wetgeschiedenis, een voldoende duidelijke en voorzienbare wettelijke grondslag als bedoeld in artikel 8 EVRM biedt voor het stelselmatig inwinnen van informatie waarbij een opsporingsambtenaar, zonder dat kenbaar is dat hij als zodanig optreedt, onder een andere identiteit in de omgeving van de verdachte verkeert en, met schending van diens vertrouwen, met de verdachte in contact komt. De Hoge Raad overweegt dat uit de ontstaansgeschiedenis van die bepaling en van de titel waarin zij is opgenomen volgt dat daaronder ook is begrepen het inwinnen van informatie door contacten met de verdachte zelf, terwijl tekst noch geschiedenis van die bepaling steun biedt aan de opvatting dat een dergelijk inwinnen van informatie op voorhand is uitgesloten ten aanzien van een verdachte die zich in voorlopige hechtenis bevindt. Dat neemt niet weg dat toepassing van artikel 126j Sv ten aanzien van een voorlopig gehechte verdachte licht het gevaar in zich bergt dat de verdachte op zodanige wijze feitelijk komt te verkeren in een verhoorsituatie waarbij de waarborgen van een formeel verhoor door een politiefunctionaris ontbreken, dat aldus verklaringen worden verkregen die in strijd met de in artikel 29 lid 1 Sv tot uitdrukking gebrachte en in artikel 6 lid 1 EVRM besloten liggende verklaringsvrijheid van de verdachte zijn afgelegd. Gelet daarop zal vooreerst bij de toetsing van een zodanige toepassing van artikel 126j Sv aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit uitgangspunt moeten zijn dat die toepassing eerst in aanmerking komt als de

bijzondere ernst van het misdrijf zulks rechtvaardigt en andere wijzen van opsporing redelijkerwijs niet voorhanden zijn. Indien aan voornoemd uitgangspunt is voldaan, kan de rechter voor de vraag komen te staan of informatie van de verdachte niet in strijd met voormelde bepalingen is verkregen. De beantwoording van die vraag hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. Daarbij komt onder meer betekenis toe aan de proceshouding die de verdachte met betrekking tot de strafbare feiten waarvan hij wordt verdacht ingenomen heeft en hetgeen zich in het voorbereidend onderzoek voor en gedurende de periode waarin de informant optreedt, heeft afgespeeld, de aard en intensiteit van de door de informant ondernomen activiteiten jegens de verdachte, de mate van druk die daarvan jegens de verdachte kan zijn uitgegaan en de mate waarin de handelingen en gedragingen van de informant tot de desbetreffende verklaringen van de verdachte hebben geleid (vgl. ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999, *NJB* 2003, nr. 2, p. 80).

De Hoge Raad overweegt dat zowel in het geval dat de rechter bevindt dat de hier bedoelde toepassing van artikel 126j Sv niet strookt met de daaraan op grond van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit te stellen eisen, als in het geval dat de rechter bevindt dat die toepassing wel aan die eisen voldoet, maar tot het oordeel komt dat de verklaringen van de verdachte in strijd met zijn verklaringsvrijheid zijn afgelegd, daarop in de regel slechts uitsluiting van het bewijs van die verklaringen past. Deze overwegingen zijn, in het bijzonder waar het gaat om de in artikel 29 lid 1 Sv tot uitdrukking gebrachte en in artikel 6 lid 1 EVRM besloten liggende verklaringsvrijheid, tevens van belang in gevallen als de onderhavige, die hierdoor worden gekenmerkt dat door één of meer opsporingsambtenaren, zonder dat kenbaar is dat zij als zodanig optreden, binnen het verband van een gefingeerde criminele organisatie het vertrouwen van een niet-gedetineerde verdachte wordt gewonnen, waarna hem in het kader van die organisatie voordelen in het vooruitzicht worden gesteld als hij een (bekennende) verklaring aflegt omtrent zijn betrokkenheid bij een bepaald strafbaar feit. Ook bij de uitvoering van zo een operatie bestaat immers het gevaar dat de verdachte feitelijk in een verhoorsituatie terechtkomt waarbij de waarborgen van een formeel verhoor door een politiefunctionaris ontbreken en verklaringen worden verkregen die in strijd met de verklaringsvrijheid van de verdachte zijn afgelegd. Ook in deze gevallen moet daarom worden beoordeeld of de in het kader van zo een operatie door de verdachte afgelegde verklaring niet is verkregen in strijd met zijn verklaringsvrijheid. Voor die beoordeling of de verklaringsvrijheid van de verdachte in zo een geval is aangetast, is in het bijzonder van belang het verloop van het opsporingstraject, de eventueel reeds door de verdachte ingenomen proceshouding met betrekking tot de strafbare feiten waarvan hij wordt verdacht, de mate van (psychische) druk die in dat traject op de verdachte is uitgeoefend, de mate en de wijze van binnen dat traject toegepaste misleiding van de verdachte en de bemoeienis die opsporingsambtenaren hebben gehad met de inhoud van (wezenlijke onderdelen van) de

door de verdachte afgelegde verklaring. Bij deze beoordeling is voorts van belang de duur en intensiteit van dat traject, de strekking en frequentie van de contacten met de verdachte zelf en de in het vooruitzicht gestelde positieve of negatieve consequenties als de verdachte wel of juist geen opheldering geeft over bepaalde zaken. Bij deze beoordeling dient de rechter, naast het feitelijke optreden van de opsporingsambtenaren jegens de verdachte, tevens acht te slaan op de wettelijke grondslag waarop het optreden van de opsporingsambtenaren heeft plaatsgevonden, en in het geval dat het optreden is gebaseerd op een bevel tot het stelselmatig inwinnen van informatie als bedoeld in artikel 126j Sv, in het bijzonder op de inhoud van dat bevel waar het gaat om de wijze waarop aan dat bevel uitvoering wordt gegeven, alsmede de eventueel nader aan dat bevel verbonden voorwaarden die verband houden met het verkrijgen van een verklaring van de verdachte.

Teneinde de rechter in staat te stellen een en ander te kunnen beoordelen, is van groot belang dat hij inzicht heeft in het concrete verloop van de uitvoering van de opsporingsmethode en de interactie met de verdachte die daarbij heeft plaatsgevonden. Mede met het oog daarop is een voldoende nauwkeurige verslaglegging aangewezen, door naleving van de wettelijke eisen met betrekking tot de inhoud van het bevel waarop het optreden van opsporingsambtenaren berust alsook de in artikel 152 Sv bedoelde verplichting van de opsporingsambtenaar tot het opmaken van proces-verbaal en de in artikel 126aa Sv en artikel 149a Sv omschreven verplichtingen tot voeging van processtukken. Deze verslaglegging dient inzicht te geven in het verloop van de uitvoering van de opsporingsmethode over de gehele periode waarin deze is ingezet, en in het bijzonder een voldoende nauwkeurige weergave van de communicatie met de verdachte te omvatten. Naast verslaglegging door middel van verbalisering ligt het in de rede dat, voor zover dat bij de uitvoering van het opsporingstraject mogelijk is, die communicatie auditief of audiovisueel wordt geregistreerd. Voor die registratie is een bevel tot het opnemen van vertrouwelijke communicatie, zoals bedoeld in artikel 126l Sv, vereist.

Indien de rechter oordeelt dat binnen het aangeduide opsporingstraject verklaringen van de verdachte in strijd met zijn verklaringsvrijheid zijn afgelegd, past daarop in de regel slechts uitsluiting van het bewijs van die verklaringen. Indien de rechter voor het bewijs wel gebruikmaakt van die verklaringen, moet hij motiveren waarom dit gebruik in het licht van het beoordelingskader toelaatbaar is en dient hij voorts ervan blijk te geven – op grond van de concrete omstandigheden van het geval – zelfstandig de betrouwbaarheid van de verklaringen te hebben onderzocht. De rechter toetst dan ook voor het overige de rechtmatigheid van de wijze van opsporing jegens de verdachte, onder meer met betrekking tot de vraag of het optreden door de opsporingsambtenaren in overeenstemming is met de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

De Hoge Raad overweegt onder het kopje *Beoordeling van de zaak* dat het hof heeft met

betrekking tot het stelselmatig inwinnen van informatie bij de verdachte onder meer vastgesteld dat dit stelselmatig inwinnen heeft plaatsgevonden in de periode van september 2013 tot en met oktober 2014 en dat de verdachte, na aanvankelijk in gesprekken met de informanten betrokkenheid bij de doodslag/moord te hebben ontkend, op 18 september 2014 aan de informanten heeft verteld dat hij het slachtoffer heeft vermoord. Deze verklaring heeft het hof gebruikt voor het bewijs. De Hoge Raad overweegt dat het hof geoordeeld heeft dat niet aannemelijk geworden is dat het optreden van de opsporingsambtenaren in verband met het stelselmatig inwinnen van informatie, ertoe heeft geleid dat de verdachte onder onredelijk grote druk is gezet om de moord te bekennen of anderszins ertoe heeft geleid dat van hem een verklaring is verkregen in strijd met zijn verklaringsvrijheid, zodat geen belemmering bestaat om die verklaring voor het bewijs te gebruiken. De Hoge Raad oordeelt dat dit oordeel niet toereikend gemotiveerd is. De Hoge Raad neemt daarbij in aanmerking dat het hof onder meer vastgesteld heeft dat de informanten al ruim een jaar contact hadden met de verdachte, dat zij hem meermalen tegen betaling werkzaamheden voor hen lieten verrichten, dat de verdachte meermalen in gesprekken met hen betrokkenheid bij de dood van het slachtoffer heeft ontkend en dat nadien een voor de werkloze en met de zorg voor zijn gezin belaste verdachte lucratief aanbod is gedaan tot indiensttreding bij een fictief bedrijf. Vervolgens is 'aan de verdachte (...) voorgehouden dat hij, indien hij bleef bij het ontkennen van zijn betrokkenheid bij de moord, niet binnen het bedrijf van de informanten werd gehaald'. Daarmee werd een voorwaarde gesteld die er feitelijk toe strekte dat hij een bekennende verklaring zou afleggen met betrekking tot de moord. Blijkens de vaststellingen van het hof heeft de verdachte eerst na dit aanbod tegenover de informanten zijn betrokkenheid bij de doodslag/moord bekend, en zijn de informanten op 18 september 2014, ook nadat de verdachte had verteld dat hij het slachtoffer had vermoord, vragen aan de verdachte blijven stellen over zijn betrokkenheid zonder zich daarbij bekend te maken als opsporingsambtenaren. Het kennelijke oordeel van het hof dat ondanks dit samenstel van omstandigheden – dat erop neerkomt dat de verdachte feitelijk in een verhoorsituatie is komen te verkeren waarbij de opsporingsambtenaren bemoeienis hebben gehad met de inhoud van wezenlijke onderdelen van de door de verdachte afgelegde verklaring – de verklaringsvrijheid van de verdachte niet ontoelaatbaar is aangetast, is mede in het licht van hetgeen is vooropgesteld over de in dat verband in aanmerking te nemen omstandigheden, niet toereikend gemotiveerd. Dat het hof aan zijn oordeel tevens ten grondslag heeft gelegd dat de verdachte niet in zijn fysieke en sociale vrijheid was beperkt, dat de verdachte gezien zijn kwaliteiten en genoten opleiding voor een andere werkgever had kunnen kiezen, en dat de verdachte na zijn eerste bekentenis in de taxi de mogelijkheid had terug te keren naar zijn hotel en de onderhandelingen af te breken dan wel ervoor had kunnen kiezen te liegen over zijn betrokkenheid bij de dood van het slachtoffer, maakt dit niet anders. Daar komt bij dat het hof geen blijk ervan heeft gegeven te hebben onderzocht of de inhoud

van de processen-verbaal toereikend inzicht geeft in het verloop van de uitvoering van de opsporingsmethode over de gehele periode waarin deze is ingezet en de communicatie met de verdachte binnen die periode, en daarmee samenhangend of ook gronden bestonden voor het auditief of audiovisueel vastleggen van deze communicatie met de verdachte, en zo ja, of die vastlegging heeft plaatsgevonden en welke betekenis die heeft voor de beoordeling van de juistheid en de volledigheid van de processen-verbaal inzake de langdurige opsporingsoperatie. (Zie ook Mr. Big-methode Posbankmoord SR 2019-0427.)