

Nederlands Juristenblad, Beoordeling van pseudokoop kan evenwichtiger Herijking van het Talloncriterium aan Straatsburgse rechtspraak gewenst

Vindplaats: NJB 2007, 1051
Auteur: Mr. W.H. Jebbink [i](#)

Bijgewerkt tot: 25-05-2007

Herijking van het Talloncriterium aan Straatsburgse rechtspraak gewenst

De Nederlandse strafrechter toetst de vraag of undercoveragenten bij pseudokoop de verdachte hebben uitgelokt, te weinig kritisch. Dat heeft te maken met de beperkte grondslag die wordt gekozen bij de toetsing aan het Talloncriterium. Meestal staat daarbij slechts de interpretatie van de inhoud van het eerste gesprek tussen verdachte en undercoveragent centraal, in het bijzonder de vraag wie over de verboden gedragingen is begonnen. Nu het Europese Hof voor de rechten van de mens onlangs in de zaak Khudobin tegen Rusland een aantal algemene uitgangspunten op een rij heeft gezet voor de beoordeling van de inzet van undercoveragenten, is er reden ons Talloncriterium te herijken. De rechter kan de vraag of er is uitgelokt, op basis van meer objectief bewijsmateriaal beoordelen. Daarmee is de rechtszekerheid gediend en wordt zoveel mogelijk tegemoetgekomen aan de eisen van een eerlijk proces: wie over de verboden gedragingen begon, doet er eigenlijk niet zo toe.

In strafzaken waarin het opsporingsmiddel pseudokoop door undercoveragenten is ingezet, wordt vaak als verweer gevoerd dat de opsporingsambtenaren met hun gedragingen de verdachte hebben aangezet tot een strafbaar feit dat hij helemaal niet van plan was te plegen. Als dat verweer slaagt, gaat de verdachte vrijuit: de Staat mag immers burgers niet uitlokken tot het plegen van strafbare feiten om vervolgens die zelf-gegenereerde criminaliteit te bestrijden. De Nederlandse rechter toetst een dergelijk verweer aan het Talloncriterium dat sinds enkele jaren is verankerd in de wet: de politie mag de verdachte niet hebben gebracht tot gedragingen waarop diens opzet niet reeds tevoren was gericht.[\[1\]](#) In dat kader dient de rechter de aard en intensiteit van het optreden van de pseudokoper te beoordelen, alsook de vraag of de verdachte 'generiek opzet' had. Dat laatste komt erop neer dat bepaald moet worden wat de verdachte daadwerkelijk heeft gewild.[\[2\]](#)

Of al dan niet aan het Talloncriterium is voldaan, blijkt in onze rechtspraak dikwijls te worden gereduceerd tot de vraag wie nu in een eerste contact het initiatief nam tot de verboden gedraging. Doet de verdachte als eerste een dergelijke uiting, zo luidt de achterliggende gedachte, dan geeft hij zijn generieke opzet prijs.[\[3\]](#) Ook de Hoge Raad kan zich vinden in deze toetsing, zoals blijkt uit een arrest uit 2000. Daarin wordt de vraag, of sprake is van schending van het Talloncriterium, beantwoord aan de hand van een nauwgezette interpretatie van het tot drugsoverdracht leidende gesprek tussen de

verdachte en de opsporingsambtenaar. Uit de volgende vaststellingen van het hof leidde de Hoge Raad af dat er geen sprake was van uitlokking:

'Uit het [...] proces-verbaal van politie [...] blijkt dat het initiatief tot de verkoop van cocaïne is uitgegaan van de verdachte [...]. Immers op de vraag van de verbalisant De Groot 'Kun je dat (opmerking: bedoeld wordt - blijkens de aan deze vraag voorafgaande uitlating van de verdachte - cocaïne) krijgen dan hier?', antwoordt de verdachte namelijk: 'Ja, volop, een hele berg als je wilt. Je kunt hier meer krijgen dan in de stad. Wil je iets hebben dan?' En eerst dan zegt de verbalisant: 'Ja dat is goed.' Het hof is van oordeel dat - gelet op vorenstaand gespreksverloop - niet kan worden gezegd dat de verdachte door de uitlatingen van de verbalisant De Groot welke vooraf zijn gegaan aan de vraag van de verdachte 'Wil je iets hebben dan?', is bewogen tot een strafbare gedraging - in casu de verkoop van cocaïne - welke hij zonder die uitlatingen achterwege zou hebben gelaten.^[4]

Dat een dergelijke wijze van toetsen de rechtszekerheid niet ten goede komt en daardoor tot willekeurige uitkomsten kan leiden, blijkt reeds uit diezelfde zaak: advocaat-generaal Jörg, vond - eveneens op grond van interpretatie van het gesprek - dat de verdachte wél was uitgelokt. Ook als het gaat om zorgvuldig voorbereide langdurige en complexe undercoveroperaties, wordt de vraag inzake het Talloncriterium dikwijls teruggebracht tot enkel de inhoud van het eerste contact.^[5]

Tegen deze wijze van toetsen, bestaat een tweetal nadere bezwaren. Het eerste is dat wanneer de verdachte betwist dat hij in het gesprek het initiatief nam, voor de controle van die stelling doorgaans uitsluitend de verklaring van de undercoveragent beschikbaar is. Gesprekken zoals hier aan de orde, vinden doorgaans nu eenmaal niet plaats in bijvoorbeeld het bijzijn van getuigen.^[6] Wie heeft dan gelijk? Voor zover ik zie, geeft de rechter in dit soort kwesties de opsporingsambtenaar steeds het voordeel van de twijfel. Het Gerechtshof Den Bosch verwierp bijvoorbeeld het verweer dat het Talloncriterium was geschonden, als volgt:

'Dit verweer mist naar het oordeel van het hof feitelijke grondslag en zal derhalve reeds hierom worden verworpen. Uit het proces-verbaal van de infiltrant A1029, d.d. 15 juni 2001 valt immers af te leiden dat verdachte ten aanzien van de levering van verdovende middelen zelf het initiatief heeft genomen en daarbij de aard en de hoeveelheid van die middelen zelf ter sprake heeft gebracht.^[7]

Een motivering voor de keuze van de lezing van de opsporingsambtenaar ontbreekt soms.^[8] Hoewel uit artikel 344 lid 2 Sv volgt dat de wetgever een bijzonder vertrouwen heeft gesteld in de betrouwbaarheid van een proces-verbaal van een opsporingsambtenaar^[9], wordt daaraan in dit verband in de rechtspraak niet expliciet gerefereerd. Een kritische beoordeling alsmede het kenbaar maken daarvan in de uitspraak is alleszins op zijn plaats, nu het hier gaat om verslagen van politieambtenaren over situaties waarin zij zelf figureren, ja, die zij zelf in het leven roepen. Waar de rechter echter wel de moeite neemt om zijn keuze te motiveren, geschiedt dat helaas met onbevredigende argumenten. Zo overwoog bijvoorbeeld het Gerechtshof Den Haag:

'De verdediging en [verdachte] hebben weliswaar aangevoerd dat de inhoud van die processen-verbaal niet klopt [...] maar na zorgvuldige lezing van die processen-verbaal en op grond van wat hierna onder het kopje Zorgvuldigheid is overwogen acht het hof dat alles niet aannemelijk geworden.^[10]

Ik geloof niet dat het hof hier bedoelt aan te geven dat deze zaak zich van andere onderscheidt door zorgvuldige lezing van de stukken. De rechtspraak overziend, komt het mij voor dat betwisting door de verdachte van hoe 'één-op-één' het eerste contact verliep, geen gewicht in de schaal legt. Krasser gezegd: de verklaring van de verdachte doet er niet toe. In dergelijke situaties wordt dus in feite de

vraag, of er al dan niet is uitgelokt, door de rechter gedelegeerd aan de politieambtenaar. Een tweede bezwaar tegen het centraal stellen van de inhoud van het eerste contact is dat het in wezen toeval zal zijn wie van de gesprekspartners uiteindelijk over het strafbare feit begint. Een gesprek komt immers doorgaans niet plotsklaps op delicate onderwerpen als het plegen van criminele feiten. Aannemelijk is dat daarop door de undercoveragent ten minste wordt aangestuurd. Ook vanuit deze notie ligt het niet voor de hand om de beoordeling van uitlokking enkel te laten afhangen van de inhoud van het gesprek.

General principles EHRM

De vorengenoemde problematiek kan in belangrijke mate worden weggenomen door uitlokking te toetsen aan andere factoren dan de inhoud van het initiële contact. Het Europese Hof voor de rechten van de mens (hierna ook: EHRM) kiest, zoals wij in het navolgende zullen zien, voor een meer objectieve benadering bij de beoordeling van het optreden van undercoveragenten als pseudokoper. Daarbij springt vooral in het oog dat wie in een eerste contact de criminele gedragingen aanroerde, geen rol van betekenis speelt. Het toetsingskader dat het EHRM hanteert, is onlangs in de zaak *Khudobin* voor het eerst in een aantal *general principles* verwoord.^[11] Aan de hand daarvan kunnen, mede in het licht van overige Straatsburgse uitspraken, de contouren van de toetsing van het optreden van undercoveragenten nader worden verkend.

Fair hearing; relatie overheid-burger

Het EHRM plaatst de vraag of de verdachte is uitgelokt in de sleutel van het recht op een *fair hearing*, zoals neergelegd in artikel 6 EVRM. Onderdeel daarvan maakt uit de wijze waarop bewijs wordt gebruikt door de rechter:

'The Court's task under the Convention is not to give a ruling as to whether statements of witnesses were properly admitted as evidence, but rather to ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair.'^[12]

Indien uitlokking door undercoveragenten wordt vastgesteld, is het gebruik van het door hun interventie verkregen bewijs in strijd met een eerlijk proces, wegens *misuse of State power*.^[13] Dat heeft als consequentie dat het verdrag pas geschonden wordt geacht, indien uitlokking is gepleegd door politieambtenaren. Inzet in een undercoveroperatie van privépersonen, die op instructie of onder controle van de politie optreden, valt daarmee samen.^[14] Ook de inzet door de politie van 'lokauto's', 'lokietsen', 'lokwoningen' en 'lokhoeren', methoden die thans in zwang zijn in Dordrecht, Tilburg en Rotterdam, vallen dus onder het bereik van *fair hearing*.^[15]

Op haar beurt dient ook de politie onder toezicht te staan. Ofschoon de in dit verband gebruikte terminologie (*judicial review*) erop duidt dat het Europese Hof een voorkeur heeft voor rechterlijk toezicht, heeft het ook voldoende bevonden het toezicht door de vervolgende instantie of door 'slechts' een politieorgaan, mits dan het wel de vervolgende instantie daarvan op de hoogte is.^[16] Uit *Khudobin* blijkt dat het toezicht in ieder geval onafhankelijk moet zijn, wat duidt op: onafhankelijk van het orgaan dat de operatie uitvoert:

In the present case the police operation had been authorised by a simple administrative decision of the body which later carried out the operation. Furthermore, the operation was not subjected to judicial review or any other independent supervision.^[17]

Verdragsschending zal in Straatsburg pas worden aangenomen indien het bewijs uit de operatie het enige of belangrijkste bewijsmateriaal is dat de veroordeling draagt.^[18] Uit *Teixeira de Castro* kan in dat verband worden afgeleid dat ook alle bewijsmateriaal, dat als direct gevolg van uitlokking in de undercoveroperatie is verkregen, niet naast de verklaringen van de undercoveragenten als 'steunbewijs' mag worden gebruikt.^[19]

Proportionaliteit/subsidiariteit

Het EHRM reserveert de toelaatbaarheid van undercoveroperaties voor gevallen van ernstige criminaliteit die moeilijk te bestrijden zijn:

the Court would like to stress that it is not blind for the difficulties encountered by the authorities in combating serious crimes and the need for more sophisticated methods of investigation sometimes required in this context'.^[20]

In dit vereiste ligt een proportionaliteits- en subsidiariteitsbesloten. De hier genoemde 'moeilijkheden' en het beperkende uitgangspunt dat bijzondere onderzoeksmethoden *soms* nodig zijn, duiden erop dat in het concrete geval zal moeten blijken dat de bestreden misdrijven bezwaarlijk op andere wijze tot klaarheid konden worden gebracht. Met andere woorden: de aard van het feit rechtvaardigt niet automatisch tot undercoveroperaties. Dit wordt onderstreept door de volgende overweging in de zaak *Sequeira*:

'The use of undercover agents must be restricted and safeguards put in place even in cases concerning the fight against drug trafficking.'^[21]

Wat onder ernstige criminaliteit moet worden verstaan, specificeert het Europese Hof niet. De *general principles* refereren aan georganiseerde criminaliteit, maar hierin dient waarschijnlijk geen beperking te worden gelezen: in de zaak *Eurofinacom* ging het om het bemiddelen tot prostitutie (een zevenjaarsfeit in Frankrijk); de ernst van het feit speelde bij de niet-ontvankelijkverklaring van de klacht geen rol. Ook blijkt de inzet van undercoveragenten toelaatbaar bij de bestrijding van straathandel in (wat wij noemen) gebruikershoeveelheden harddrugs, zoals impliciet blijkt uit de zaak *Khudobin*. Het ging hier om een luttele 0318 gram heroïne.^[22]

Geen 'actieve instigatie'

Ofschoon het EHRM onder bepaalde omstandigheden undercoveroperaties niet afkeurt, wordt daaraan wel een strikte eis gesteld. Politieambtenaren mogen in bepaalde gevallen hun identiteit verborgen houden om informatie en bewijsmateriaal te verzamelen over strafbare feiten, doch nimmer de verdachte 'actief instigeren' (*actively instigate*) tot het plegen van een strafbaar feit. Doen zij dat wel, dan is sprake van *State created crime*.^[23] Het verbod op actieve instigatie hangt sterk samen met de vraag of de verdachte *predisposed* was om de strafbare feiten te plegen waarvoor hij later werd vervolgd, een vereiste dus, vergelijkbaar met generiek opzet. Nadere precisering van het vereiste *predisposed* blijkt uit de zaak tegen *Teixeira de Castro*, die volgens het EHRM werd uitgelokt omdat 'the national authorities had had no good reason to suspect the applicant of prior involvement in drug trafficking: he had no criminal record and there was nothing to suggest that he had a predisposition to become involved in drug dealing until he was approached by the police'.^[24]

De Nederlandse wijze van beoordelen indachtig, springt hier de passage *until he was approached by*

the police in het oog. Of de undercoveragenten Teixeira de Castro 'actief instigeerden' omdat zij hem onomwonden om heroïne vroegen, blijkt in de overwegingen geen rol te spelen, noch ten voor- of nadele van de agenten, noch van Teixeira de Castro. Dat het (verbale) initiatief van de undercoveragent tot de verboden gedraging naar Straatsburgse maatstaven niet automatisch tot het oordeel leidt dat er is uitgelokt, blijkt ook uit andere uitspraken, bijvoorbeeld de zaak *Rajcoomar*, waarin het volgende vaststond:

It appears that it was Dawes [een, zo bleek, niet door de politie gestuurde informant, WHJ] and the undercover police officers who first raised the idea of organising a drugs deal [...].^[25]

Het EHRM onderkent blijkbaar - anders dan de Nederlandse rechter - dat de benadering van een burger door undercoveragenten met het oog op criminaliteit, het zicht vertroebelt op wat de verdachte daadwerkelijk heeft gewild. Het lijkt om die reden dat niet zozeer de inhoud van het eerste contact van belang is, als wel wie tot het zoeken van dat contact het initiatief nam. Reeds in twee zaken die in 1997 door de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (hierna ECHR) op ontvankelijkheid werden beoordeeld, kwam dat naar voren:

'However, the Commission also notes that, as accepted by the national courts, the undercover agents did not take the initiative to contact the applicant with a view to importing heroin into the United Kingdom, but only reacted to an offer by the applicant.'^[26]

Als de undercoveragent het initiatief neemt, dan moet het generieke opzet van de verdachte kunnen worden vastgesteld op grond van feiten en omstandigheden die zich voordoen voorafgaand aan het contact, zo volgt uit *Teixeira de Castro*. (Om welke feiten en omstandigheden het gaat, komt in de volgende paragraaf aan de orde.) Als generiek opzet op deze wijze vaststaat, mag 'botweg' verbaal worden geïnstigeerd. De zaak *Eurofinacom* bevestigt dit. Daarin was aan de orde het inloggen door undercoveragenten op een *dating site* van een bedrijf dat verdacht werd van bemiddeling tussen prostituees en potentiële klanten. De politieambtenaren bezochten, als 'potentiële klant', de *site* onder fictieve namen en benaderden andere gebruikers met de termen 'voorwaarden' en 'kosten'. Hierop 'haptten' andere gebruikers, waarmee zij prijsgaven prostituees te zijn. Ondanks dat het EHRM oordeelde dat hier sprake was van directe uitlokking door de undercoveragenten, zag het nochtans geen verdragrechtelijk probleem, omdat de politie reeds voorafgaand aan de undercoveractie over informatie beschikte die suggereerde dat Eurofinacom werd gebruikt als intermediair.^[27]

Dit alles neemt niet weg dat initiatief van de verdachte in sommige gevallen een doorslaggevende rol kan spelen. Echter ook dan blijkt het niet te gaan om de vraag of de verdachte als eerste over het strafbare feit begon te spreken, maar of hij als eerste contact zocht. In de zaak *Calabro* had de undercoveragent volgens het EHRM 'louter' aan een derde kenbaar gemaakt dat hij was toegerust op het importeren van grote hoeveelheden drugs. De derde, een compagnon van de verdachte, vertelde de undercoveragent dat hij geïnteresseerd was in het kopen van drugs en dat hij dit met verdachte besproken had. Vervolgens zocht de verdachte, na door zijn compagnon geïnformeerd te zijn over de verblijfplaats van de agent, uit eigen wil telefonisch contact met deze, betaalde hem en organiseerde een ontmoeting voor de aflevering van 46 kilogram heroïne. Geoordeeld werd dat gelet op al deze omstandigheden (het eigen initiatief speelde dus niet als enige een rol) de intenties van verdachte duidelijk naar voren waren getreden:

'In so doing, he showed that he was involved in an international drug-trafficking ring.'^[28]

Eigen initiatief speelde ook in de ECRM-zaak *Shahzad*. De verdachte was weliswaar al, met het oog op drugshandel, samen met twee anderen in aanraking gekomen met undercoveragenten, maar stelde

enkele dagen daarna aan een van de undercoveragenten een eigen, 'onafhankelijk' drugsexport naar Engeland voor. Hieraan werd onder leiding van de Britse douane gevolg gegeven. Het blijkt dat de undercoveragent vervolgens stevig bij de verdachte aandrong om naar Engeland te komen ('H [de undercoveragent, WHJ] *tried for weeks to persuade the applicant to come to the United Kingdom and receive the heroin*'), maar dat werd niet doorslaggevend geoordeeld:

'[T]he undercover agents did not take the initiative to contact the applicant with a view to importing heroin into the United Kingdom, but only reacted to an offer by the applicant. [...] [I]n the present case, it has not been established that the undercover agents were the real initiators of the offences.^[29]

De waardering van de intensiteit van het optreden van de undercoveragent lijkt derhalve afhankelijk te zijn van het op dat moment al dan niet vaststaan van generiek opzet bij de verdachte.

In de laatstgenoemde zaken is sprake van wat Machielse wel heeft genoemd het door de undercoveragent 'tegen opzet aanlopen.'^[30] Daarbij lijkt dus vanuit Straatsburgs perspectief van belang dat de undercoveragent niet eerst tegen de verdachte is 'aangelopen.' In zo'n geval zou het zicht op de precieze invloed van de undercoveragent op de wil van de verdachte vertroebelen.

Om welke intenties gaat het en hoe worden die vastgesteld?

Zoals steeds in Straatsburg, is de toetsing van uitlokking sterk casuïstisch. Wat inzake de beoordeling van uitlokking opvalt, is dat bepaalde gedragingen van undercoveragenten, afhankelijk van de concrete omstandigheden, in het ene geval wel en in het andere weer niet als 'actieve instigatie' worden aangemerkt. Zo werd in *Teixeira de Castro*, na het afwegen van alle omstandigheden van het geval, overwogen:

'The necessary inference from these circumstances is that the two police officers did not confine themselves to investigating Mr Teixeira de Castro's criminal activity in an essentially passive manner [...].^[31]

Het EHRM toetst strikt als het gaat om de vraag of de verdachte *predisposed* was. Aangetoond moet worden dat *initiële stappen* zijn gezet in de richting van het feit waarvoor de verdachte naderhand wordt vervolgd:

'The Sequeira decision indicates in that connection that suspicion must be based on concrete evidence showing that initial steps have been taken to commit the acts constituting the offence for which the 'defendant' is subsequently prosecuted.^[32]

Deze voorwaarde gaat echter niet zo ver dat de verdachte zich reeds voorafgaand aan het contact een voorstelling moet hebben gemaakt van wanneer en hoe het feit zal worden gepleegd. Het optreden van de undercoveragent mag op die factoren van invloed zijn; de verdachte mag, met andere woorden, de kans worden gegeven het feit te concretiseren.^[33]

Nu het EHRM initiële stappen eist, ligt het reeds daarom niet voor de hand dat in dit verband aan bestaan van een strafblad zelfstandige betekenis toekomt.^[34] Haentjens heeft er in heldere beeldspraak op gewezen dat de infiltrant op een rijdende trein moet springen en dat het duidelijk moet zijn in welke richting de delictueuze handelingen gaan.^[35]

In het oog springt dat de aanname van die initiële stappen op *concreet bewijs* moet zijn gebaseerd. In *Sequeira* en *Eurofinacom* was daarvan sprake. Sequeira had A benaderd met het oog op het organiseren van drugstransport naar Portugal, waarna A op zijn beurt C inschakelde voor de verscheping. C, een politie-informant, bewoog A om samen met hem voor de politie te gaan werken,

waarna vervolgens de operatie onder toezicht van de vervolgende instantie kwam te staan. Ofschoon de verklaringen van A en C hier doorslaggevend zullen zijn geweest, startte de undercoveroperatie op een moment dat het generieke opzet van de verdachte uit zich reeds toen voordoende feiten en omstandigheden kon worden vastgesteld.^[36] Het hierboven al genoemde Franse bedrijf *Eurofinacom* werd *predisposed* geoordeeld op grond van zowel een tijdschriftpublicatie over het gebruik van de *site* door prostituees, als bewijsmateriaal dat eerder was verkregen in dezelfde en andere onderzoeken van de zedenpolitie. Het leek daarbij te gaan om materiaal dat later door de rechter (deels) als bewijsmiddel werd gebruikt.^[37] Ook hier werd dus het generiek opzet afgeleid uit omstandigheden van vóór de inzet van de undercoveragenten.

'Concreet bewijs' duidt op een kwaliteitseis. Van belang lijkt daarbij in ieder geval dat de informatie voor de verdediging toetsbaar is, want onvoldoende werd in dit verband bevonden de loutere stelling van de politie dat zij informatie had over verdachtes betrokkenheid bij drugshandel, zoals blijkt uit de tegen Rusland ingediende klacht van *Vanyan*.^[38] Uit de zaak van de Britten *Edwards* en *Lewis* blijkt dat het materiaal, dat generiek opzet zou suggereren of reeds zou kunnen suggereren, niet mag worden achtergehouden voor de verdachte. De verdachte moet dus de mogelijkheid krijgen het materiaal tegen te spreken. In de zaak van *Edwards* openbaarden de Britse autoriteiten eerst gedurende de procedure in Straatsburg het bewijsmateriaal dat suggereerde dat *Edwards* eerder betrokken was bij drugshandel. Het EHRM kwam tot een verdragsschending en oordeelde dat het bewijsmateriaal in kwestie voor het rechterlijk oordeel over uitlokking *of determinative importance* was, en voorts onder meer:

'It was not, therefore, possible for the defence representatives to argue the case on entrapment in full before the judge. [...].^[39]

Volgens de parlementaire geschiedenis van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden mag de gerichtheid van het opzet in verband met het Talloncriterium worden afgeleid uit betrouwbaar geoordeelde inlichtingen, mits tevens gegevens voorhanden zijn die het meer waarschijnlijk maken dat deze juist zijn. Daarbij kan - volgens de wetgever - worden gedacht aan een eerdere veroordeling voor eenzelfde delict, of het bij de politie als pleger van een soortgelijk delict bekendstaan.^[40] Deze aanvullende voorwaarden lijken voor het aantonen van initiële stappen onvoldoende. Zoals in het voorgaande al betoogd, behoren eerdere strafrechtelijke veroordelingen in dit verband geen gewicht in de schaal te leggen, terwijl het bij de politie bekend zijn als pleger van een soortgelijk delict veel lijkt op de in dit verband ontoereikend geoordeelde bewering van de Russische politie in de zaak *Vanyan*.^[41] Volgens Straatsburg mag ook eerst achteraf blijken dat de verdachte *predisposed* was.^[42] In de ECHR-zaak *Müller* erkende de verdachte tegenover de politie dat hij al bezig was met drugshandel alvorens hij in contact kwam met de undercoveragent, hetgeen de ECRM leidde tot niet-ontvankelijkverklaring van zijn klacht. Hier droeg de verdachte dus zelf een omstandigheid aan die reeds voor het contact met de undercoveragent speelde en waaruit het generieke opzet bleek. In *Teixeira de Castro* wogen eveneens omstandigheden, die eerst achteraf konden blijken, mee bij het oordeel over uitlokking: de verdachte had na het verzoek daartoe door de undercoveragenten de drugs bij een derde moeten betrekken en had ten tijde van zijn arrest niet meer drugs in zijn bezit dan was gevraagd.^[43] Ten aanzien van dit laatste lijkt mij dat de omgekeerde situatie, dat *meer* wordt geleverd dan gevraagd, bij het ontbreken van enige aanwijzing over het generiek opzet voorafgaand aan het contact met de undercoveragenten, beperkte betekenis toekomt. Vooral indien een undercoveroperatie langdurig is geweest en veelvuldige contacten met de verdachte heeft gekend, zal moeten worden beoordeeld of de verdachte niet gaandeweg op ideeën is gebracht. Het zicht op wat de verdachte aanvankelijk daadwerkelijk heeft gewild, raakt dan vertroebeld, waardoor het voor de rechter moeilijk is om te

bepalen of de undercoveragenten op een 'rijdende trein zijn gesprongen.'

Besluit

Bij de beoordeling van het optreden van pseudokopende undercoveragenten ligt er in Straatsburg de nadruk op dat het generiek opzet moet blijken uit feiten en omstandigheden, die zich *voorafgaand aan* het contact tussen de undercoveragent en de verdachte hebben voorgedaan. Het oordeel, of de undercoveragenten zich al dan niet passief hebben gedragen, hangt samen met de intenties van de verdachte voorafgaand aan het contact: bleek de verdachte inderdaad *predisposed*, dan wordt niet snel geoordeeld dat de agenten 'actief instigeerden', ook niet indien zij zich als eerste onomwonden over het strafbare feit jegens de verdachte uitlieten.

Opvallend is dat de Nederlandse rechter amper aandacht besteedt aan de factoren die aan het contact met de pseudokoper zijn voorafgegaan. De vraag, of sprake is van uitlokking, verzandt onnodig in een ingewikkelde interpretatie van de inhoud van het eerste contact, en wie daarin nu als eerste in over het strafbare feit begon. De uitkomst daarvan kan tot in laatste instantie onduidelijk blijven, wat de rechtszekerheid niet ten goede komt en voor de in het ongelijk gestelde verdachte reden zal zijn om tot aan de Hoge Raad door te procederen. Bovendien is het onwenselijk dat veel gewicht wordt toegekend aan een situatie waarin de undercoveragent vanzelfsprekend niet volkomen passief is en sturende invloed uitoefent. Daarmee vertroebelt immers het zicht op de initiële wil van de verdachte. Om die reden behoort niet de inhoud van het eerste gesprek, doch wie daartoe het initiatief nam, de doorslag te geven voor veroordeling of vrijspraak.

Met de Straatsburgse benadering kan de rechter voorkomen dat hij in sommige gevallen uitsluitend moet afgaan op de bevindingen van de undercoveragent en de verklaring van de verdachte: wie als eerste contact heeft gezocht, kan dikwijls - indien bijvoorbeeld telefoontaps zijn aangelegd - gemakkelijker en meer objectief, worden vastgesteld dan de inhoud van een eerste gesprek. Door, tot slot, het generiek opzet uitsluitend te beoordelen op basis van aan het procesdossier toegevoegd concreet bewijs, zal de verdachte de daadwerkelijke mogelijkheid worden geboden om dit te betwisten, waardoor het proces een zo evenwichtig mogelijke uitkomst kan krijgen.

Voetnoten

- [*] W.H. Jebbink is advocaat te Amsterdam.
- [1] O.m. art. 126h, 126i, 126p en 126q Sv.
- [2] Vergelijk conclusie voor HR 26 september 2000, NJ 2000, 739 en noot C bij HR 24 oktober 1989, NJ 1990, 239.
- [3] Bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 22 december 2000, LJN AA9423.
- [4] HR 26 september 2000, LJN AA7233.'
- [5] Vergelijk bijvoorbeeld Hof Den Haag 12 april 2002, LJN AE4747.
- [6] Ook Frielink wees erop dat deze factoren praktisch oncontroleerbaar zijn. P.M. Frielink, *Infiltratie in het strafrecht*, Arnhem 1990, p. 141.
- [7] Hof Den Bosch 3 juni 2003, LJN AO9091.'
- [8] Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 19 december 2003, LJN AP0560 en Rb. Rotterdam 14 juni 2002, LJN AE4239.
- [9] Vergelijk expliciet: HR 10 februari 2004, NJ 2004, 452.
- [10] Hof Den Haag 12 april 2002, LJN AE4747; Hof Den Bosch 29 november 2006, LJN AZ4125 overwoog: 'Daarbij speelt vooral een rol dat in deze processen-verbaal ook feiten en omstandigheden worden gerelateerd die in het voordeel van verdachte spreken. Tevens is van belang dat de begeleiders van [verbalisant] in hun verhoren bij de rechter-commissaris verklaard

hebben [verbalisant] er bij herhaling op gewezen te hebben dat hij niet in strijd moest handelen met het Tallon-criterium.'

- [11] EHRM 26 oktober 2006, application nr 59696/00 (Khudobin-Rusland), par. 128-131.
- [12] Bijvoorbeeld EHRM 15 december 2005, application nr 53203/99 (Vanyan-Rusland).'
- [13] EHRM 6 april 2004, application nr 67537/01 (Shannon-VK).
- [14] EHRM Shannon-VK en EHRM Vanyan-Rusland. In Shannon wordt separaat geconstateerd dat de politie niet op de hoogte was van een door een journalist uitgevoerde geheime operatie, zodat dit mogelijk een zelfstandige factor is bij de beoordeling of sprake is van misuse of state power.
- [15] Rb. Dordrecht respectievelijk 12 januari 2006, LJV AV0757, 22 maart 2006, LJV AX0773 en 2 januari 2007, LJV AZ5422; Algemeen Dagblad 2 maart 2007 en De Volkskrant 29 maart 2007.
- [16] EHRM 15 juni 1992 application nr 12433/86 (Lüdi-Zwitserland); EHRM 6 juni 1998, application nr 44/1997/828/1034 (Teixeira de Castro-Portugal); EHRM 7 september 2004, application nr 58753/00 (Eurofinacom-Frankrijk).
- [17] EHRM Khudobin-Rusland.'
- [18] EHRM Eurofinacom-Frankrijk, ook: EHRM 21 maart 2002, application nr 59895/00 (Calabro-Italië en Duitsland).
- [19] EHRM Teixeira de Castro-Portugal.
- [20] ECRM 28 juni 1995, application nr 22463/93 (Müller-Oostenrijk).'
- [21] EHRM 6 mei 2003, application nr 73557/01 (Sequeira-Portugal).'
- [22] Door de Russische rechter volgens het arrest trouwens 'particularly large' genoemd. Vergelijk ook HR 4 december 1990, NJ 1991, 327. Het lijkt om deze reden niet toelaatbaar om het middel in te zetten jegens bijvoorbeeld fietsendieven, vergelijk noot nr 15.
- [23] EHRM 27 oktober 2004, applications nrs 39647/98 and 40461/98 (Edwards and Lewis-VK), par. 58.
- [24] EHRM Khudobin-Rusland, par. 129.'
- [25] EHRM 14 december 2004, application nr 59457/00 (Rajcoomar-VK).'
- [26] EHRM application nr 34225/96 (Shahzad-VK) en ECRM 22 oktober 1997, application nr 32715/96 (K.L.-VK).'
- [27] Pas aan het slot van de beslissing wordt geoordeeld dat de undercoveragenten niet in werkelijke zin het door het bedrijf (en niet de prostituees) gepleegde feit uitlokten.
- [28] EHRM 21 maart 2002, application nr 59895/00 (Calabro-Italië en Duitsland).'
- [29] ECHR Shahzad-VK.'
- [30] Conclusie voor HR 4 februari 2003, LJV AE9069, in vergelijkbare zin: Jörg, conclusie voor HR 26 september 2000, NJ 2000, 739.
- [31] EHRM Teixeira de Castro-Portugal, par. 38.'
- [32] EHRM Eurofinacom-Frankrijk. Uit EHRM Rajcoomar-VK blijkt overigens dat uitsluitend bij het toetsen aan art. 8 EVRM het niet hoeft te gaan om nader specificeren van een criminele intentie. Voldoende is dan reeds dat wordt vastgesteld dat iemand op enigerlei wijze langs criminele weg aan geld wenste te komen.'
- [33] Vergelijk ECHR Shahzad-VK.
- [34] Door de Rb. Dordrecht 2 januari 2007, LJV AZ5422 (niet onherroepelijk) werd mijns inziens ten onrechte het wilsbesluit van de verdachte louter aangenomen op grond van eerdere veroordelingen wegens dezelfde feiten.
- [35] R.C.P. Haentjens, Controle op onder-cover activiteiten, DD 16 (1986), af 1, p. 1.
- [36] EHRM Sequeira-Portugal.
- [37] EHRM Eurofinacom-Frankrijk.
- [38] EHRM Vanyan-Rusland, par. 49.
- [39] EHRM Edwards and Lewis-VK.'
- [40] Kamerstukken II 1996/97, 25 403, nr 3, p. 31.
- [41] Geheime, doch betrouwbaar geoordeelde informatie kan volgens het EHRM enkel bij de 'speciale categorie' van terroristische misdrijven als basis voor 'reasonable suspicion' in de zin van art. 5 EVRM dienen. Vergelijk EHRM 27 maart 1991, applications nrs 12244/86; 12245/86; 12383/86 (Fox, Campbell and Hartley-VK) en EHRM 10 oktober 2001, application nr 37555/97 (O'Hara - VK).
- [42] Zie inzake het temporele element van het Talloncriterium A-G Jörg, conclusie voor HR 26 september 2000, NJ 2000, 739.
- [43] EHRM Teixeira de Castro-Portugal, par. 38.