

De Wet BOB tegen het (zon)licht gehouden

De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden in Aruba

Mr. E. Witjens*

De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden (verder: Wet BOB) is op 16 maart 2012 in werking getreden in Aruba. De wet behelst de uitbreiding van het Arubaanse Wetboek van Strafvordering met diverse ingrijpende bevoegdheden.¹ De wet is gebaseerd op de Nederlandse Wet BOB, die sinds 2000 gelding heeft. Door de inwerkingtreding kunnen politie en justitie een uitgebreider arsenaal aan opsporingsmethoden inzetten, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan.

In deze bijdrage zal ik de Caribische BOB-wetgeving nader introduceren² en belangrijke aspecten van deze wetgeving bespreken. Tevens komen de ervaringen uit Nederland, die in diverse rapporten zijn vastgelegd, aan bod met het oog op de toepassing van de nieuwe mogelijkheden in Aruba. De indeling is als volgt: allereerst volgt een korte introductie van de Wet BOB. Vervolgens bespreek ik in de tweede paragraaf de wettelijke systematiek. In de derde paragraaf komen de verschillende bevoegdheden en de ervaring die daarmee in Nederland is opgedaan aan bod. In de een-na-laatste paragraaf ga ik in op enkele aandachtspunten voor Aruba, waarna de vijfde paragraaf afrondt met een korte conclusie.

1. Introductie

De Wet BOB is in Nederland tot stand gekomen nadat een parlementaire enquêtecommissie onder leiding van Van Traa geconcludeerd had dat er sprake was van een 'crisis in de opsporing'. Volgens de commissie was het Openbaar Ministerie (OM) de regie over de opsporing kwijtgeraakt en bediende de politie zich van allerlei zeer ingrijpende, niet-gereguleerde opsporingsmethoden. Om deze situatie te keren werd de BOB-wetgeving in stelling gebracht, die zodoende een aantal doelstellingen had.³

De eerste doelstelling is de normering van opsporingsmethoden. In de Wet BOB worden limitatief de bevoegdheden opgesomd die de politie kan toepassen in het opsporings-

* Mr. E. Witjens is wetenschappelijk hoofdmedewerker straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit van Aruba.

1 Officieel is de strekking iets ruimer, hetgeen ook volgt uit de officiële benaming 'Landsverordening houdende wijziging van het Wetboek van Strafvordering van Aruba (AB 1996, nr.75) (bijzondere opsporingsmethoden en andere spoedeisende veranderingen). Ook in Curaçao en Sint Maarten is de Wet BOB aangenomen. Het onderhavige artikel spitst zich toe op Aruba, maar het overgrote deel van het hier opgemerkte zal ook voor Curaçao en Sint Maarten opgeld doen.

2 Met 'Caribisch' bedoel ik in dit verband Aruba, Curaçao en Sint Maarten. De wetgeving is reeds gesignaleerd in dit tijdschrift door Verbaan en Verbeek: J.H.J. Verbaan & R.J. Verbeek, 'Bijzondere opsporingsbevoegdheden in Curaçao', *Caribisch Juristenblad* 2012, nr. 3, p. 142-151..

3 R.J. Bokhorst e.a., *Evaluatie van de Wet BOB – fase 1*, Den Haag: WODC 2002 (verder: Bokhorst 2002), p. 36 e.v.

onderzoek, als voldaan is aan de hierin omschreven voorwaarden. De meeste in de Wet BOB opgenomen methoden werden al eerder toegepast; de wet is daarmee ook een neerslag van eerdere richtlijnen en jurisprudentie. Daarnaast hanteerde de politie 'pre-BOB': de methode van het doorlaten van drugs, om zo infiltranten te kunnen laten doorgroeien in criminele organisaties. In de wet is als reactie daarop voorzien in een zogeheten doorlaatverbod (art. 126ff Sv).⁴ Het valt buiten het bestek van deze bijdrage om daar uitgebreid op in te gaan, ik volsta met de opmerking dat het op de markt laten komen van drugs en dergelijke niet zonder meer is wat men van de politie verwacht en daarbij uiteraard groot gevaar oplevert voor de integriteit van de betreffende infiltrant.

Een tweede doel is het bevorderen van de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek. De Arubaanse Wet BOB benadert dit door hiërarchische controle door de officier van justitie in te voeren, door het aanreiken van een omschrijving van de toegestane methoden en door het vereisen van verantwoording over de inzet van die methoden. De jurisprudentie van het EHRM is daarbij een belangrijke factor, niet in de laatste plaats omdat het EHRM wettelijke regeling van ingrijpende opsporingsmethoden vereist. Juist bij ingrijpende methoden, waardoor aanzienlijk inbreuk kan worden gemaakt op de grondrechten van de betrokkenen, is een wettelijke grondslag een *must*.⁵

Als laatste doel – maar zeker niet minder belangrijk dan de voorgaande – geldt dat de Wet BOB ook simpelweg effectieve opsporing van (georganiseerde) criminaliteit mogelijk moet maken. De waarborgen moeten dus niet een slagvaardige toepassing in de weg staan. Zoals we nog zullen zien, is dat in Nederland niet onproblematisch gebleken.

In Aruba is de reden voor invoering van deze wetgeving niet zonder meer dezelfde. De regering geeft aan, dat vooral de internationale samenwerking in strafzaken – verband houdende met de grensoverschrijdende vormen van criminaliteit die in het Caribische gebied veel voorkomen – reden vormt om tot regeling van de bevoegdheden over te gaan. Men wil internationale partners geen nul op het rekest hoeven geven. Daarnaast zijn de bevoegdheden uiteraard ook in te zetten bij ernstige misdrijven en georganiseerde criminaliteit.⁶

De Raad van Advies was in zijn advies over de conceptlandsverordening uit 2010 niet erg enthousiast.⁷ Hij constateerde dat diverse kernbegrippen niet voldoende helder gedefinieerd waren, over (de verhouding tussen) de verschillende bevoegdheden de nodige vragen waren en tevens dat de rol van de rechter-commissaris (zijns inziens ten onrechte) werd gemarginaliseerd. Reden genoeg, met andere woorden, om de Wet BOB tegen het licht te houden.

4 Ook in de Arubaanse Wet BOB heeft dit doorlaatverbod een plaats gekregen, zie art. 177y ASv.

5 Bokhorst 2002, p. 182.

6 Zoals uiteengezet in de MvT bij de Landsverordening houdende wijziging van het Wetboek van Strafvordering van Aruba (AB 1996, nr.75) (bijzondere opsporingsmethoden en andere spoedeisende veranderingen) (verder: MvT) en ook gesignaleerd in Verbaan & Verbeek 2012.

7 RvA 199-09 (Advies van 3 maart 2010).

2. De systematiek van de Caribische Wet BOB

De Wet BOB is niet ongewijzigd overgenomen in Aruba. Weliswaar zijn de algemene uitgangspunten en begrippen (nagenoeg) hetzelfde, maar de onderverdeling in twee titels (IVa en V), waardoor de Nederlandse Wet BOB gekenmerkt werd, heeft de Arubaanse wetgever laten varen. In deze paragraaf zal ik eerst enkele algemene opmerkingen maken over de opbouw van de Caribische Wet BOB, om daarna in de volgende paragraaf artikelgewijs de verschillende opsporingsbevoegdheden te bespreken.

2.1 Rol van de officier van justitie

Een belangrijk uitgangspunt is dat de Wet BOB de rol van de officier van justitie bij de inzet van de bijzondere opsporingsbevoegdheden benadrukt, door de toetsing grotendeels in handen van de officier van justitie te leggen en hem een centrale rol te geven bij de sturing van de politie. Dit heeft tot gevolg dat de rechter-commissaris een navenant kleinere rol krijgt. Weliswaar is voor enkele van de zwaarste bevoegdheden toestemming van de rechter-commissaris vereist, maar de officier wordt door de wetgever als centrale autoriteit in het opsporingsonderzoek gezien, een beweging die in het nieuwe Arubaanse Wetboek van Strafvordering wordt doorgezet.⁸

Artikel 177h ASv bepaalt de eisen waaraan de door de officier van justitie te geven bevelen moeten voldoen. Voorop staat dat het moet gaan om een schriftelijk bevel (waaraan gelijkstaat een mondeling bevel dat binnen drie dagen op schrift is gesteld). De officier moet in dit bevel duidelijk maken dat de wettelijke voorwaarden voor uitoefening van de bevoegdheid zijn vervuld en op welke wijze uitvoering moet worden gegeven aan het bevel.⁹ Daar hoort de spiegelbeeldige verplichting bij dat zodra niet meer wordt voldaan aan die voorwaarden, de officier moet bepalen dat de uitvoering van het bevel wordt beëindigd, aldus artikel 177h lid 4 ASv. Hieruit blijkt duidelijk de coördinerende rol van de officier van justitie, een rol die verdergaat dan de enkele inzet, maar ook de wijze van inzet betreft.¹⁰

Daarnaast heeft de officier de verantwoordelijkheid voor een goede verslaglegging van de toegepaste bevoegdheden in het dossier. Enerzijds door de hiervoor genoemde bevelen daarin op te nemen zodra het onderzoek dit toelaat,¹¹ anderzijds vanwege artikel 177k lid 1 ASv waarin de officier van justitie de verplichting wordt opgelegd om de processen-verbaal en andere voorwerpen waaraan gegevens kunnen worden ontleend die zijn verkregen door de bijzondere bevoegdheden bij de processtukken te voegen, *voor zover die voor het onderzoek in de zaak van enige betekenis zijn*. Het vierde lid van dat artikel verplicht om, als geen processen-verbaal van uitoefening van deze bevoegdheden bij de processtukken zijn gevoegd, van het gebruik van deze bevoegdheid melding te maken in het dossier.

Deze taakverdeling vraagt een bij uitstek magistratelijke taakuitoefening van de officier. Hij moet immers niet alleen het belang van het onderzoek, maar zeer zeker ook de belangen van de verdachte in overweging nemen. Immers, onregelmatigheden bij de toepassing

8 Ik merk op dat om een evenwichtigere rolverdeling te creëren in Nederland per 1 januari 2013 de Wet versterking positie rechter-commissaris in werking is getreden, (*Stb.* 2011, 600).

9 Lid 2 sub d respectievelijk sub c.

10 Het verdient uiteraard aanbeveling dit in nauw overleg met de politie te doen, die immers de haalbaarheid in de praktijk beter zal kunnen inschatten.

11 Zie art. 177h lid 4 ASv.

van de bevoegdheden zullen niet te controleren zijn als de verslaglegging daar geen aanknopingspunten voor geeft. De Nederlandse praktijk lijkt te zijn, dat het moeilijk is om de verschillende belangen op een zodanige manier af te wegen dat alle partijen zich erin kunnen vinden. Vooral advocaten klagen dat het zeer moeilijk is om inzicht te verkrijgen in de rechtmatigheid van de gebruikte bevoegdheden.¹²

Dat kan een probleem zijn, omdat rechterlijke toetsing veelal uitblijft. Zoals aan het begin van deze paragraaf is aangestipt, speelt de rechter-commissaris in de Wet BOB een nogal marginale rol.¹³ Maar ook de zittingsrechter blijkt nauwelijks controle uit te oefenen op de rechtmatigheid van de uitgeoefende bevoegdheden.¹⁴ Controle van het BOB-dossier vindt eigenlijk uitsluitend plaats als daar door de verdediging verweer op wordt gevoerd en zoals hiervoor aangestipt, staat of valt de mogelijkheid daartoe met een goede verslaglegging door de officier van justitie. De afgenomen rol van de rechter-commissaris heeft dus (nog) geen grotere rol van de zittingsrechter tot gevolg gehad bij het toetsen van de rechtmatigheid van de bijzondere opsporingsbevoegdheden.

2.2 Verkennend onderzoek (art. 177z ASv)

De Arubaanse wetgever heeft ervoor gekozen om de Nederlandse Titel V, gericht op opsporingsbevoegdheden naar het beramen of plegen van ernstige misdrijven in georganiseerd verband, niet over te nemen. In de memorie van toelichting wordt deze keuze verdedigd met de opmerking dat van deze titel in de praktijk (zeer) weinig gebruik wordt gemaakt.¹⁵ Het is jammer dat daarbij het meest recente onderzoek over het gebruik van de Nederlandse Titel IVa en V niet betrokken is, omdat dat wellicht tot andere inzichten had kunnen leiden.¹⁶

Uit dat onderzoek blijkt namelijk dat in de praktijk Titel IVa als het ware wordt opgerekt door als aangrijpingspunt een concrete verdenking te kiezen, maar daarnaast ook onderzoek te doen naar het grotere verband en misdrijven die nog worden begaan.¹⁷ Hoewel toepassing van Titel V voor de hand ligt in deze situaties, wordt blijkens de studie in deze gevallen niet zelden gekozen voor Titel IVa als grondslag voor de inzet van bijzondere opsporingsmethoden. Dit is onterecht en het lijkt zodoende alsof de behoefte aan hetgeen in Titel V is geregeld wel bestaat in de praktijk, maar om allerlei redenen miskend wordt dat gebruik van Titel V de oplossing biedt.¹⁸ In de genoemde studie wordt geconcludeerd dat de mogelijkheid van Titel V om onderzoek te doen naar een vermoeden dat ernstige

12 A. Beijer e.a., *De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden – eindevaluatie*, Den Haag: WODC 2004 (verder: Beijer 2004), p. 170.

13 Zie art. 177q lid 2, art. 177r, art. 177s lid 7 en art. 177t lid 3 ASv. De commissie-Van Traa had juist aanbevolen om de rol van de rechter-commissaris te vergroten, omdat hij in het pre-BOB-tijdperk al onvoldoende overzicht beschikte om doeltreffende controle uit te oefenen, zie Beijer 2004, p. 164. In Nederland zijn de rechters-commissarissen grotendeels positief over deze taakverdeling, maar zien zij het probleem van ontbrekend overzicht in de paar gevallen waarin zij nog wel betrokken zijn bij het onderzoek, zie Beijer 2004, p. 166-167.

14 Beijer 2004, p. 169.

15 MvT, p. 23. Overigens is een dergelijke redenering niet zeer sterk, nu het alhier geregelde waarschijnlijk (gezien de geringe grootte van Aruba) ook zeer zelden in stelling zal (hoeven) worden gebracht.

16 Krommendijk e.a., *De Wet BOB: Titels IVa en V in de praktijk*, Den Haag: WODC 2009 (verder: Krommendijk 2009).

17 Krommendijk 2009, p. 136.

18 Dit lijkt te worden miskend in de MvT, p. 24.

misdrijven in georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd, goed past bij de ontwikkeling naar een meer proactieve opsporing.¹⁹

Dat lijkt ook voor de Arubaanse wetgever een belang te zijn geweest, aangezien hij reden heeft gezien om het verkennend onderzoek op te nemen in de Wet BOB. Men zou kunnen denken dat dit bedoeld is om proactieve opsporing mogelijk te maken, dan wel te reguleren. Dat is echter niet het geval: verkennend onderzoek is geen opsporing. Er mag dan ook geen gebruik gemaakt worden van opsporingsbevoegdheden.²⁰ Wat valt dan wel onder verkennend onderzoek? De MvT denkt aan het 'al dan niet op grote schaal vastleggen van persoonsgegevens, afkomstig uit open bronnen of verkregen van particulieren op basis van vrijwillige medewerking'.²¹ De Nederlandse wetgever lijkt echter wat doorgeslagen te zijn in het codificeren van de proactieve fase – het nut lijkt op voorhand nogal beperkt. Blom merkt in zijn opmerkingen bij (het Nederlandse equivalent) artikel 126gg Sv op: 'Men kan zich niet aan de indruk onttrekken dat ook de wetgever nog geen afgerond beeld van het verkennend onderzoek heeft. Dat beeld wordt versterkt door de conclusie van de Commissie Kalsbeek die opheldering aanbeveelt'.²² Het lijkt daarom ongelukkig dat de Arubaanse wetgever juist deze mogelijkheid wél heeft opgenomen, maar de mogelijkheden van Titel V heeft laten liggen.

2.3 Aanwijzingen voor een terroristisch misdrijf

De Wet BOB introduceert een nieuwe definitie van het opsporingsonderzoek. Het gewijzigde artikel 1 ASv geeft als definitie: 'het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen'. Volgens de memorie van toelichting vallen hieronder twee situaties. In beide gevallen gaat het om activiteiten die gericht zijn op het nemen van strafvorderlijke beslissingen, maar in de ene situatie worden deze ondernomen naar aanleiding van het *redelijk vermoeden* dat een strafbaar feit begaan is (klassieke opsporing), terwijl in het andere geval ze worden ondernomen naar aanleiding van *aanwijzingen* voor een terroristisch misdrijf.²³

Dit brengt een aanzienlijke verruiming van de toepassingsmogelijkheden van bijzondere opsporingsbevoegdheden tot stand, omdat deze niet alleen bij een redelijk vermoeden van een strafbaar feit kunnen worden ingezet, maar ook bij 'aanwijzingen' van (voorbereiding van, poging tot en samenspanning tot) terroristische misdrijven. Er is onduidelijkheid over wat deze 'aanwijzingen' nu precies behelzen.²⁴ Volgens de memorie van toelichting is er sprake van aanwijzingen 'indien de beschikbare informatie feiten en omstandigheden bevat die erop duiden dat daadwerkelijk een terroristisch misdrijf zou zijn of zal worden gepleegd'. Als voorbeeld van voldoende aanwijzingen wordt genoemd moeilijk verifieerbare geruchten dat een aanslag wordt voorbereid of dat daartoe wordt samengespannen.

19 Krommendijk 2009, p. 140.

20 Een uitzondering is het vorderen van gegevens indien er sprake is van aanwijzingen voor een terroristisch misdrijf.

21 MvT, p. 47. Men zou bijvoorbeeld aan de informatie afkomstig van Facebook kunnen denken.

22 Tekst & Commentaar Strafvordering, Verkennend onderzoek bij: Wetboek van Strafvordering, Artikel 126gg [Ter voorbereiding van de opsporing. Voorwaarden].

23 MvT, p. 26.

24 Bijv. RvA 199-09 (Advies van 3 maart 2010), p. 3; B. van Gestel e.a., *Signalen van terrorisme en de opsporingspraktijk: de Wet opsporing terroristische misdrijven twee jaar in werking*, Den Haag: WODC 2009 (verder: Van Gestel 2009), p. 41 e.v.

Ook uitkomsten van dreigingsanalyses van (buitenlandse) inlichtingendiensten kunnen aanwijzingen opleveren.²⁵ Als aangrijpingspunt voor enkele van de meest ingrijpende opsporingsbevoegdheden die ons wetboek kent, is dat mijns inziens erg marginaal.²⁶ Daar komt bij dat de aanleiding, de gevallen waarin bijzondere opsporingsbevoegdheden mogen worden ingezet, bij aanwijzingen voor een terroristisch misdrijf altijd hetzelfde is.²⁷ Er wordt niet op dezelfde wijze als bij een 'klassieke' verdenking gedifferentieerd naar de ernst van de inbreuk of naar de zwaarte van de in te zetten bevoegdheid (waarover meer in paragraaf 3). Het lijkt vreemd dat wat in het ene geval een zeer gedifferentieerd stelsel rechtvaardigt, in dezelfde wet goeddeels terzijde wordt geschoven bij de aanwijzing van een terroristisch misdrijf. Overigens blijkt uit onderzoek van het WODC dat deze bevoegdheden in Nederland bijna nooit worden ingezet.²⁸ Het is naar mijn idee opmerkelijk dat het overnemen van de Nederlandse Titel V door de Arubaanse wetgever overbodig werd geacht wegens diezelfde reden, maar dat dat kennelijk niet gold voor de zich slecht met het systeem van de Wet BOB verdragende aanwijzingen voor terrorisme.

3. Commentaar op de bevoegdheden

In deze paragraaf schets ik de belangrijkste eigenschappen van de bevoegdheden planmatige observatie, infiltratie, pseudokoop en -dienstverlening, het stelselmatig inwinnen van informatie, bevoegdheden in een besloten plaats, het opnemen van vertrouwelijke informatie en bijstand aan de opsporing door burgers. Daarbij behandel ik de voor Aruba relevante in Nederland opgedane ervaringen en maak ik enkele kanttekeningen die vooral betrekking hebben op de kleinschaligheid van de Arubaanse rechtsorde.

Zoals hiervoor al kort aan bod kwam, worden naarmate de bevoegdheid ingrijpender is strengere eisen gesteld voordat een bevoegdheid naar aanleiding van een verdenking mag worden ingezet. Sommige bevoegdheden (zoals pseudokoop of -dienstverlening) mag de officier bevelen 'in het belang van het onderzoek', terwijl dit bij andere bevoegdheden alleen kan als 'het belang van het onderzoek dit dringend vordert'. In weer andere gevallen is vereist dat er een verdenking is van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten (bijvoorbeeld bij planmatige observatie).

De meest ingrijpende bevoegdheden vergen dat sprake is van verdenking van een misdrijf dat gezien zijn aard of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert (infiltratie is hiervan een voorbeeld). Het antwoord op de vraag of van een ernstige inbreuk sprake is, hangt af van de feiten en omstandigheden van het geval. Het kan gaan om de (mogelijk) ernstige gevolgen van een specifiek delict of de combinatie van meerdere delicten die bijvoorbeeld binnen een groep begaan

²⁵ MvT, p. 22.

²⁶ In dezelfde zin Blom, aant. 3 Tekst & Commentaar Strafvordering, Inleidende opmerkingen bij Titel VB bij: Wetboek van Strafvordering, Titel Vb Bijzondere bevoegdheden tot opsporing van terroristische misdrijven: 'Toepassing van de nieuwe bevoegdheden moet kennelijk al mogelijk zijn zonder dat sprake is van een verdenking van een begaan strafbaar feit of van een verdenking van een georganiseerd verband. Objectieve feiten en omstandigheden zijn in de toekomst niet meer nodig om te staven dat er sprake is van een begaan of een beraamd terroristisch misdrijf.'

²⁷ MvT, p. 27.

²⁸ Vgl. Van Gestel 2009, p. 46.

worden. Uit de Nederlandse rechtspraak blijkt dat een uitkeringsfraude of woninginbraak niet zonder meer voldoet.²⁹

Op deze wijze wordt uitdrukking gegeven aan het proportionaliteitsbeginsel – de ingrijpendheid van het middel moet in redelijke verhouding staan tot het misdrijf dat wordt opgespoord. Zoals eerder opgemerkt, wordt deze afweging losgelaten als er sprake is van aanwijzingen voor terrorisme – daar is geen gradatie aangebracht. Een extra waarborg bij de meest ingrijpende bevoegdheden is dat de officier van justitie voorafgaande toestemming van de procureur-generaal (bijvoorbeeld voor infiltratie) of – uitzonderingsgewijs – van de rechter-commissaris nodig heeft (dit is het geval bij het opnemen van vertrouwelijke communicatie).

Naast de proportionaliteit van de inzet van de bevoegdheden is ook het subsidiariteitsbeginsel van groot belang bij de Wet BOB: als met een minder ingrijpend middel hetzelfde resultaat behaald kan worden, moet dat middel gekozen worden. Dit speelt een rol bij de keuze voor een bepaalde bevoegdheid (waarop ik hieronder een aantal keer terugkom), maar ook bij grotere onderzoeken waarin meerdere bevoegdheden tegelijkertijd worden ingezet. Een combinatie van minder ingrijpende bevoegdheden kan samen zeer ingrijpend zijn.³⁰ Het is dan minder juist om niet voor de zwaardere bevoegdheid te kiezen, die immers ook de bijbehorende toets kent. Het is dus van belang om uit de mogelijkheden ook de *juiste* bevoegdheid te kiezen.³¹

In onderstaande zal ik om herhaling te voorkomen de precieze voorwaarden voor toepassing niet bij ieder artikel (opnieuw) bespreken. Ik verwijs daarvoor naar de wettekst. Desondanks zal ik waar nuttig wel enige kanttekeningen plaatsen.

3.1 Observatie door opsporingsambtenaren

3.1.1 Planmatige observatie (art. 177l ASv – Nederland: art. 126g Sv)

Artikel 177l was oorspronkelijk bedoeld als regeling van *stelselmatige* observatie. Als zodanig heeft te gelden een observatie waarmee men een min of meer volledig beeld verkrijgt van bepaalde aspecten van iemands privéleven. Alleen vormen van observatie die een meer dan beperkte inbreuk maakten op de privacy van de burger, hoefden volgens deze opvatting met een bevel van de officier van justitie gepaard te gaan.³² De overige vormen van observatie konden gebaseerd blijven op de algemene taakstellende artikelen in het ASv.

Het begrip 'planmatig' is op een later moment in het wetgevingsproces geïntroduceerd, om te ontkomen aan de uitleg die de Hoge Raad in Nederland aan stelselmatige observatie heeft gegeven.³³ Volgens de Hoge Raad is datgene wat niet een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van het leven van de verdachte oplevert, niet als stelselmatig aan te merken. Dit werd door de Arubaanse wetgever blijkbaar op het laatste moment te ruim bevonden. Als 'planmatig' is volgens de memorie van toelichting bij de derde nota van wij-

29 Hof Amsterdam 24 juni 2004, NJ 2004, 531 en Rb. Den Haag 15 januari 2004, NJ 2004, 276.

30 Denk bijvoorbeeld aan een combinatie van pseudokoop of -dienstverlening met planmatige observatie – die combinatie kan net zo zwaar zijn als infiltratie, maar is met minder waarborgen omkleed.

31 Kruisbergen e.a., *Opsporen onder dekmantel*, Den Haag: WODC 2010 (verder: Kruisbergen 2010), p. 165-166.

32 MvT, p. 35.

33 Vgl. HR 12 februari 2002, NJ 2002, 310 en HR 26 oktober 2010, NJ 2010, 587.

ziging aan te merken: een observatie die lang genoeg duurt om de officier van justitie in te schakelen (hetgeen binnen twaalf uren mogelijk moet zijn) en daarnaast zodra enig vooropgezet plan aan de observatie ten grondslag ligt.³⁴ Vooral die laatste omschrijving wringt, omdat bij de ruime toepassing de politie bijna geen speelruimte meer zal hebben om zonder machtiging te observeren op basis van artikel 2 Landsverordening Politie en artikel 184-185 ASv. Op het moment immers dat de politie naar een bepaalde straat gaat omdat het de dag daarvoor onrustig was, zou men al kunnen zeggen dat een vooropgezet plan aan de observatie ten grondslag ligt.

De termijn waarvoor het bevel mag worden gegeven is maximaal zes weken, waarna opnieuw schriftelijk autorisatie moet worden verkregen. Deze termijn is beduidend korter dan in Nederland, hetgeen als voordeel heeft dat de officier nauwer betrokken blijft, maar als nadeel dat de duur van een bevel al goeddeels verlopen kan zijn voordat ook maar een begin is gemaakt met de observatie. In het belang van het onderzoek kan de officier bepalen dat ter uitvoering van de observatie besloten plaatsen worden betreden zonder toestemming van de rechthebbende en een technisch hulpmiddel kan worden aangewend, zolang daarmee geen vertrouwelijke communicatie wordt opgenomen (waarvoor namelijk de artikelen 177q en 177r ASv bedoeld zijn). Op de specifieke regels die de technische hulpmiddelen betreffen, kom ik later terug.

Deze bevoegdheid wordt in Nederland, op de telefoontap na, het meest ingezet, zo blijkt uit evaluatieonderzoek.

3.2 Undercoveroperaties door opsporingsambtenaren³⁵

3.2.1 Infiltratie (art. 177m ASv – Nederland: art. 126h Sv)

Een van de zwaarste bevoegdheden betreft de mogelijkheid tot infiltratie. Niet alleen moet daarom voor toepassing sprake zijn van verdenking van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten, dat daarbij een ernstige inbreuk op rechtsorde oplevert, maar het onderzoek moet de toepassing ook dringend vorderen (in tegenstelling tot andere bevoegdheden, waar de maatstaf wordt aangehouden dat toepassing 'in het belang van het onderzoek' moet zijn). Daarboven heeft de officier van justitie ook nog voorafgaande schriftelijke toestemming nodig van de procureur-generaal.

Infiltratie is zo risicovol omdat de infiltrant, zonder dat kenbaar is dat hij optreedt in een opsporingstaak, langdurig deel uitmaakt van een crimineel milieu. Het gevaar van afglijden is reëel, omdat onderdeel van die rol het plegen van strafbare feiten zal zijn. Infiltratie raakt daardoor aan pseudokoop of -dienstverlening en creëert ook de meeste spanning met het verbod op doorlaten. In de wettelijke regeling is expliciet opgenomen dat de infiltrant een ander niet tot (andere) strafbare feiten brengt dan waarop diens opzet reeds tevoren was gericht.³⁶

³⁴ MvT bij de derde nota van wijziging, p. 20.

³⁵ Zie uitgebreider over infiltratie en de andere undercoverbevoegdheden: Kruisbergen 2010. Undercoveroperaties worden in het algemeen in Nederland zeer weinig gebruikt. Zie specifiek over de risico's p. 227 e.v.

³⁶ Het zogenoemde Tallon-criterium/instigatieverbod. Met de iets andere vormgeving is kennelijk geen betekeniswijziging bedoeld. Zie uitgebreid Kruisbergen 2010, p. 58-69, p. 82-83.

In Nederland is infiltratie daarom voorbehouden aan speciale teams.³⁷ Het is een open vraag of de KPA (Korps Politie Aruba), respectievelijk de andere lokale politiekorpsen, voldoende mankracht hebben om dergelijke operaties op te zetten. Ik kom daar in paragraaf 4 op terug; op deze plaats kan opgemerkt worden dat in voorkomende gevallen overwogen kan worden of opnemen van communicatie (zie hieronder, paragraaf 3.4) als alternatief kan worden ingezet.

3.2.2 *Pseudokoop of -dienstverlening (art. 177n ASv – Nederland: art. 126i Sv)*

Ook deze bevoegdheid kan gevaar meebrengen voor de integriteit van de opsporing, omdat een opsporingsambtenaar in een positie wordt gebracht waarin hij goederen of gegevens afneemt van een persoon, dan wel diensten verleent aan een persoon. Het gevaar is echter in zoverre minder groot dan bij infiltratie, omdat het hier om nauw afgebakende, kortstondige operaties gaat. De memorie van toelichting noemt het zich voordoen als koper van verdovende middelen bij een dealer.³⁸

Zoals hiervoor aangegeven, is het zeer wel denkbaar dat tijdens een infiltratie activiteiten ontplooid worden die overeenkomen met de onderhavige bevoegdheid. De Arubaanse wetgever is van mening dat een bevel tot infiltratie de onderhavige bevoegdheid omvat, mits dit omschreven is in het bevel tot infiltratie en dit bevel zelfs tot de (niet zelfstandig geregelde) pseudoverkoop kan strekken.³⁹ Omdat voor de pseudokoop of -dienstverlening aan minder zware eisen voldaan hoeft te worden dan bij infiltratie, kan het voor de politie zodoende lonen om 'te winkelen' voor de bevoegdheid aan welke formele vereisten het makkelijkst voldaan kan worden. Dit zou tot met de bedoeling van de wetgever strijdige situaties kunnen leiden.⁴⁰

De onderhavige bevoegdheid gecombineerd met het stelselmatig inwinnen van informatie kan leiden tot een situatie, die eigenlijk als infiltratie moet worden gekwalificeerd. Relevante factoren om de voorgenomen inzet van deze bevoegdheden onder infiltratie te laten vallen zijn onder andere: de verwachte langere duur waarover een en ander zich zal uitstrekken en de aard van de misdrijven (bijvoorbeeld deelneming aan een criminele organisatie) waardoor al gauw sprake zal zijn van het deelnemen aan een groep. Ook het nog niet bestaan van een concreet aanbod of concrete vraag van de zijde van de hoofdverdachten kan een factor zijn die meespeelt bij de vraag of kan worden volstaan met een combinatie van stelselmatige informatie-inwinning en pseudokoop, evenals de verwachtingen omtrent herhaalde toepassing van de bevoegdheid pseudokoop of -dienstverlening.⁴¹ Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zal dan aan de zwaardere eisen van infiltratie voldaan moeten worden.

3.2.3 *Stelselmatig inwinnen van informatie (art. 177o ASv – Nederland: art. 126j Sv)*

Het gaat bij deze bevoegdheid om het stelselmatig undercover inwinnen van informatie door een opsporingsambtenaar. Deze bevoegdheid hoeft alleen te worden ingezet als sprake is van *stelselmatig* inwinnen van informatie. De memorie van toelichting geeft als

37 Beijer 2004, p. 101.

38 MvT, p. 37.

39 Bijlage B van de ontwerplandsverordening, p. 10.

40 Bokhorst 2002, p. 41-42.

41 Beijer 2004, p. 108.

voorbeeld, dat voor het vragen van inlichtingen bij autodealers en juweliers over de bestedingen van een bepaalde persoon deze bevoegdheid niet ingezet hoeft te worden.⁴² Het verschil met infiltratie is dat men niet deelneemt of meewerkt aan het plegen van strafbare feiten.⁴³

Om vast te stellen of sprake is van stelselmatigheid, moet men kijken naar de mate van privacy-inbreuk die met de inzet van het middel gepaard gaat, waarbij het oordeel in Nederland is dat de inzet al gauw stelselmatig is.⁴⁴ Opvallend is dat deze bevoegdheid in Nederland in toenemende mate in zware zaken wordt toegepast, om een diepgravend onderzoek te faciliteren, terwijl het eigenlijk als een van de lichtere bevoegdheden is bedoeld.⁴⁵ Dit wordt des te pregnanter, als een opsporingsambtenaar zich bijvoorbeeld laat insluiten bij een verdachte die zich in voorlopige hechtenis bevindt. Op een dergelijke wijze zouden waarborgen betreffende verhoor kunnen worden omzeild. De Hoge Raad heeft deze methode echter onder voorwaarden toelaatbaar geacht.⁴⁶

De bevoegdheid wordt regelmatig toegepast ter voorbereiding op de twee vorengenoemde bevoegdheden. Een opsporingsambtenaar wordt dan in voorbereiding op (bijvoorbeeld) een infiltratie in positie gebracht, waardoor een zekere fasering wordt aangebracht. Het is echter waarschijnlijk niet in overeenstemming met wat de wetgever voor ogen stond; de informatie- inwinning is in deze gevallen immers niet in het belang van 'het onderzoek' *an sich*, maar ter voorbereiding van de inzet van een andere bevoegdheid.⁴⁷ Opmerking verdient dat deze bevoegdheid als alternatief kan worden ingezet voor de (zwaardere) bevoegdheid opnemen van communicatie (OVC). Dat gebeurt echter niet altijd, zo blijkt in Nederland, omdat de OVC minder capaciteit kost.⁴⁸

3.3 Het betreden van plaatsen

Er zijn diverse bevoegdheden die de mogelijkheid geven om plaatsen te betreden, waaronder bij uitzondering zelfs woningen. Dit kan zijn om de bevoegdheid zelf uit te voeren, denk aan planmatige observatie (zie art. 177l lid 2 ASv), of als dit noodzakelijk is om die bevoegdheid toe te passen. Het opnemen van vertrouwelijke communicatie (zie art. 177q lid 2 ASv) is van dit laatste een voorbeeld.

3.3.1 Bevoegdheden in een besloten plaats (art. 177p ASv – Nederland: art. 126k Sv)

Deze op zichzelf staande bevoegdheid om een besloten plaats te betreden en het daar uitvoeren van onderzoekshandelingen (bijvoorbeeld het opnemen van die plaats, of het vaststellen van sporen) geeft een bredere grondslag dan het binnentreden van een besloten plaats ter uitoefening van een bevoegdheid als inbeslagneming. De bevoegdheid is echter niet bedoeld als doorzoeking, al zal in het kader van deze bevoegdheid wellicht verdergegaan moeten worden dan zoekend rondkijken, bijvoorbeeld om technische hulpmidde-

42 MvT, p. 38.

43 Bokhorst 2002, p. 40.

44 Beijer 2004, p. 101.

45 Beijer 2004, p. 102-104.

46 Zie HR 9 maart 2004, NJ 2004, 263 m.nt. Sch.

47 Beijer 2004, p. 107; Kruisbergen 2010, p. 144.

48 Odinot e.a., *Het gebruik van de telefoon- en internettap in de opsporing*, Den Haag: WODC 2012 (verder: Odinot 2012), p. 97-98. Over de OVC meer in paragraaf 3.4.

len aan het oog te onttrekken.⁴⁹ Opmerking verdient dat deze praktijk zich nog niet haarfijn laat passen in het onderscheid tussen 'zoekend rondkijken' en 'doorzoeken' dat het Wetboek van Strafvordering tot nu toe kent.

3.4 Het opnemen van vertrouwelijke informatie

3.4.1 Het opnemen van vertrouwelijke communicatie (art. 177q ASv – Nederland: art. 126l Sv)

Het direct af luisteren van mensen met een technisch hulpmiddel, denk bijvoorbeeld aan het plaatsen van af luisterapparatuur in de woning of auto van een verdachte, is streng gereguleerd. Het is een van de bevoegdheden waarvoor de officier van justitie machtiging van de rechter-commissaris nodig heeft.

De communicatie kan meerdere vormen aannemen, niet alleen een in beslotenheid gevoerd gesprek, maar ook een e-mailbericht of gebruik van een bankautomaat kan er onder vallen, bijvoorbeeld als de communicatie wordt onderschept door registratie van de toetsaanslagen.⁵⁰ De wetsterm 'communicatie' kan in beginsel vele verschillende vormen bestrijken, hetgeen onder invloed van de voortschrijdende technologie geen overbodige luxe is.⁵¹ Het uitwisselen van gegevens of berichten tussen twee partijen is het wezenlijke element van communicatie. Voor toepassing van de bevoegdheid is vereist dat de communicatie wordt opgenomen; dit is voor de controleerbaarheid van het grootste belang.⁵² Zoals hiervoor aangegeven, biedt het tweede lid van het artikel de mogelijkheid om onder voorwaarden een woning te betreden, bijvoorbeeld om apparatuur te plaatsen. Niet altijd is vereist, dat het om de verdachte gaat.

Pas bij de derde nota van wijziging is voorzien in een uitzonderingspositie voor verschooningsgerechtigden: in lid 4 is bepaald dat ten opzichte van hen alleen een bevel kan worden gegeven als zij zelf als verdachte worden aangemerkt.

Over de eisen waaraan de technische hulpmiddelen waarmee de opsporingsambtenaar de communicatie opneemt moeten voldoen, is in Nederland het nodige te doen; ik kom daar later op terug. Van het opnemen, zo stelt lid 6, wordt binnen drie dagen proces-verbaal opgemaakt.

3.4.2 Het opnemen van communicatie (art. 177r ASv – Nederland: art. 126m Sv)

Het opnemen van communicatie (OVC), wat men vaak uit gewoonte de telefoontap noemt, is in Nederland veruit de meest gebruikte bevoegdheid.⁵³ De BOB-regeling wijzigt de oude regeling in die zin, dat de eerstgenoemde regeling de bevoegdheid creëert om communicatie op te nemen die met gebruikmaking van de diensten van een serviceprovider plaatsvindt. Onder serviceproviders worden degenen verstaan die aan de gebruikers van een dienst de mogelijkheid bieden te communiceren met behulp van een geautomatiseerd werk of die gegevens verwerken of opslaan ten behoeve van een zodanige dienst,

49 Beijer 2004, p. 84.

50 MvT. p. 38-39.

51 Denk bijvoorbeeld aan de veelvoorkomende communicatie via BlackBerry Messenger of WhatsApp. Overigens is onvermijdelijk dat de voortschrijdende technologie weer verdere codificatie wenselijk zal maken.

52 Bokhorst 2002, p. 44.

53 Zie hierover uitgebreid Odinet 2012. Zie over de verschillende vormen in het bijzonder a.w., hoofdstuk 4.

aldus de memorie van toelichting.⁵⁴ Veruit de belangrijkste categorie aanbieders betreft de openbare telecommunicatiesector. Maar ook webhostingdiensten of beheerders van websites vallen eronder. Het kan dus gaan om het aftappen van communicatie van en naar een bepaald telefoonnummer of telefoontoestel (eventueel in de vorm van verkeersgegevens),⁵⁵ of om het internetverkeer (of alleen het e-mailverkeer) dat over een bepaalde internetlijn gaat.⁵⁶ Over het algemeen levert de bevoegdheid in Nederland vooral sturingsinformatie op voor het onderzoek en kan daarnaast helpen de verdachten te traceren; de bevoegdheid levert in mindere mate bewijs op.⁵⁷

De verwachting is dat de internettap van steeds groter belang zal worden, maar op dit moment is de technische realisatie nog moeizaam. Steeds meer communicatie is niet direct door de politie terug te leiden tot een persoon of tot begrijpelijke informatie.⁵⁸ Bij digitale gegevens kan encryptie een probleem vormen – zo zijn bijvoorbeeld Skype-gesprekken zeer goed versleuteld. Ook mobiele telefonie levert problemen op: over het algemeen zal het de politie meer moeite kosten dan voorheen om te achterhalen van welke telefoonnummer(s) of telefoon(s) de verdachte gebruik maakt. In tegenstelling tot vroeger staan voor de verdachte vele mogelijkheden open, die niet op naam geregistreerd hoeven te zijn.⁵⁹ Het artikel voorziet in de bevoegdheid voor de officier van justitie om medewerking te vorderen van de aanbieder van de dienst, in lid 3. Bij zowel dit bevel als het bevel van artikel 177q ASv geldt dat de geldigheidsduur beperkt is tot vier werken, hetgeen in overeenstemming is met de ernst van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer die met de tenuitvoerlegging van deze bevelen gepaard kan gaan. De eerste toetsing over inzet van de bevoegdheid en het beheer van de tap wordt dus door de officier van justitie gedaan, in tegenstelling tot de vroegere situatie, waarin dat de bevoegdheid van de rechter-commissaris was. De rechter-commissaris toetst echter ook nu nog voorafgaand aan de inzet (nogmaals) de rechtmatigheid van het bevel.

De bevoegdheid wordt in Nederland breed ingezet, zowel bij een straatroof waarbij een telefoon buitgemaakt wordt, als bij onderzoeken naar georganiseerde criminaliteit. Bij de laatstgenoemde onderzoeken weten de verdachten over het algemeen dat een grote kans bestaat dat ze afgeluisterd worden en passen ze hun communicatie daarop aan.⁶⁰ Niet altijd is vereist dat het om een verdachte gaat, ook derden kunnen worden getapt. Voor de inzet is uiteraard vereist, dat er voldoende capaciteit is om de communicatie uit te werken, een punt waar ik later op terugkom. Bijzondere aandacht verdient nog de kwestie, dat de

54 MvT p. 39-40.

55 'Verkeersgegevens geven inzicht in het belgedrag van de gebruiker van een telefoonnummer. Door het opvragen van deze gegevens kan inzichtelijk worden gemaakt met wie, hoe vaak, hoe lang en vanaf welke locatie ongeveer gebeld is met een bepaald telefoonnummer.' Zie hiervoor Odinot 2012, p. 111 e.v. In Nederland is dit apart gecodificeerd in art. 126n Sv, in Aruba lijkt het eerder onder art. 177s Asv gebracht te kunnen worden.

56 Odinot 2012, p. 155 e.v.

57 Odinot 2012, p. 89 en 91-94. Bij het bewijs gaat het dan vooral om aanvullend en indirect bewijs, maar bijna nooit direct bewijs. Zie ook a.w. p. 124 e.v.

58 Odinot 2012, p. 165-167.

59 Odinot 2012, p. 49, 53. Zie ook p. 129-130.

60 Odinot 2012, p. 89.

communicatie van geheimhouders buiten de bevoegdheid gehouden moet worden op grond van artikel 177k lid 2 en artikel 177q lid 4 ASv.⁶¹

Een verdachte of betrokkene tegen wie deze (en overigens niet uitsluitend deze) bevoegdheid wordt ingezet, moet daarvan genotificeerd worden, zodra het onderzoek dat toelaat.⁶² Het moge duidelijk zijn, dat dat lastig te combineren is met een effectieve opsporing. De ervaringen in Nederland zijn dat er in het veld weinig enthousiasme voor bestaat, maar dat in de laatste jaren (na druk vanuit justitie) de notificatieplicht nageleefd wordt. Het gaat immers om een grote inbreuk op het recht op privacy.⁶³ De uit de bevoegdheden voortgevloeide informatie moet volgens artikel 177kb lid 2 ASv in beginsel twee maanden na het einde van de zaak vernietigd worden, tenzij de officier van justitie bepaalt dat de informatie in een andere zaak gebruikt kan worden (art. 177kc lid 2 ASv). Het is van belang hiertoe een gestandaardiseerde werkwijze te hanteren, waardoor de vernietiging niet afhankelijk is van toevallige welwillendheid van een persoon in de opsporingsketen.

3.4.3 *Steunbevoegdheden (art. 177u en 177v ASv)*

De beide hiervoor beschreven bevoegdheden kunnen gecombineerd worden met het achterhalen van het nummer, waarmee een gebruiker van de communicatiedienst geïdentificeerd wordt, om zo de toepassing van die bevoegdheden mogelijk te maken. Daarnaast kan de officier van justitie iemand, waarvan redelijkerwijs kan worden vermoed dat die in staat is de versleutelde communicatie te ontsleutelen, tot medewerking bevelen.

3.5 *Bijstand aan de opsporing door burgers*

Titel XIX is gewijd aan de medewerking die van gewone burgers kan worden gevraagd. Deze vorm van opsporing brengt specifieke gevaren mee, omdat burgers moeilijker te sturen zijn dan speciaal opgeleide opsporingsambtenaren (de eerstgenoemden kunnen bijvoorbeeld andere belangen voor ogen hebben dan het bijdragen aan de opsporing).⁶⁴ Toch kan het noodzakelijk zijn burgers in te zetten, bijvoorbeeld voor infiltraties die niet door opsporingsambtenaren kunnen worden verricht. De ervaring in Nederland is, dat deze mogelijkheid zeer zelden wordt benut.⁶⁵

Het is niet moeilijk voor te stellen dat in deze categorie de uitgangspunten van openbaarheid, controleerbaarheid en effectiviteit van de opsporingsbevoegdheden met elkaar in aanvaring kunnen komen. De bereidheid van burgers om mee te werken zal afnemen naarmate er meer openbaar wordt, terwijl hun effectiviteit afneemt als men de burger niet voldoende kan controleren en sturen.

61 Indien dat niet geschiedt, zal (in ieder geval) de sanctie van bewijsuitsluiting van art. 413 ASv voor de hand liggen. Vgl. over de Nederlandse regeling Odinet 2012, p. 67-69, 133-135, en 163 e.v.

62 Zie art. 177ka ASv. Zie over het Nederlandse equivalent art. 126bb Sv: Odinet 2012, p. 222 e.v.

63 Odinet 2012, p. 61 e.v. en 138 e.v.

64 Kruisbergen 2010, p. 131 en 233.

65 Kruisbergen 2010, p. 129-130.

3.5.1 *Burgerpseudokoop of -dienstverlening en inwinnen van informatie (art. 177w ASv – Nederland: art. 126ij/126v Sv)*

Voor wat betreft de burgerpseudokoop of -dienstverlening valt weinig toe te voegen aan de opmerkingen bij artikel 177n ASv. Dat geldt echter niet voor het alhier geregelde stelselmatige inwinnen van informatie door een burger.

De constructie is aldus, dat een opsporingsambtenaar met een persoon een overeenkomst kan sluiten nadat de officier daartoe bevel gegeven heeft, hetgeen blijkens het zesde lid alleen kan indien de procureur-generaal schriftelijk toestemt. De officier van justitie kan deze optie alleen kiezen, als het niet mogelijk is om de activiteiten door een opsporingsambtenaar te laten verrichten, aldus het tweede lid.

De overeenkomst is schriftelijk en vermeldt de rechten en plichten van de burger en de wijze waarop aan de overeenkomst uitvoering wordt gegeven. Met andere woorden, contacten met informanten moeten, als ze op basis van dit artikel plaatsvinden, schriftelijk worden vastgelegd. Uit de ervaringen in Nederland blijkt dat dit zeer problematisch is. Uit evaluatieonderzoek blijkt namelijk dat informanten geen schriftelijke contracten willen ondertekenen. Dit wordt versterkt omdat het gevoel leeft dat de afscherming van de informant onvoldoende gewaarborgd is als men zijn informatie voor het bewijs zou willen gebruiken.⁶⁶

Een logische vraag is dan: wanneer valt contact met informanten onder deze regeling? De ervaringen in Nederland leren dat de meningen verschillen. Soms wordt de stelselmatigheid van de informatie-inwinning gekoppeld aan één informant: als de informatie van één persoon tot een min of meer volledig beeld van enkele aspecten van het persoonlijk leven van iemand leidt, is sprake van stelselmatigheid. Zo geredeneerd, kan toepassing van het artikel 'voorkomen worden' door meerdere informanten stukjes informatie te laten aanbrengen. Dat is echter in strijd met de geest van de wet. Een andere benadering is om informanten niet (meer) te sturen, vanuit de gedachte dat spontaan prijsgegeven informatie geen stelselmatige informatie-inwinning kan heten.

Duidelijk is in ieder geval dat de vormgeving van deze bevoegdheid grote praktische problemen meebrengt voor de (Criminele Inlichtingendienst-)praktijk. In Nederland wordt actief gestreefd naar het niet 'stelselmatig' laten worden van informanten, om hen zo buiten het bereik van de Wet BOB te houden. Om het vanuit Arubaans recht te benaderen: zolang het contact met informanten immers niet onder artikel 177w ASv valt, kan het worden gebaseerd op de algemene artikelen 184-185 ASv en artikel 2 van de Landsverordening Politie en hoeven dus (bijvoorbeeld) de afspraken niet op papier te worden vastgelegd. Dit komt de bereidwilligheid van de informanten vast ten goede, maar zal niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest.

3.5.2 *Burgerinfiltratie (art. 177x ASv – Nederland: art. 126w Sv)*

Voor de burgerinfiltratie gelden dezelfde zware eisen als voor de inzet van artikel 177w ASv: alleen als de infiltratie niet door opsporingsambtenaren gedaan kan worden, uitsluitend met voorafgaande toestemming van de procureur-generaal.

Daar infiltratie veelal gepaard gaat met het plegen van strafbare feiten, voorziet lid 7 in voorafgaande toestemming van de officier van justitie. Mocht de toestemming tekortschiet-

66 Vgl. Beijers 2004, p. 88.

ten, dan kan de officier deze toestemming mondeling geven. Uit de Arubaanse wetsgeschiedenis blijkt niet van een verbod op criminele burgerinfiltranten. In tegenstelling tot in Nederland, zijn zij dus niet uitgesloten van deze regeling. Het is echter een van de meest risicovolle opsporingsmethoden, omdat de ervaring is dat burgers slecht(er) bestuurbaar zijn en uit de aard van de werkzaamheden gevaar voor de burger voortvloeit.⁶⁷ Het was immers de onverantwoorde inzet van de zogeheten groei-infiltranten in de IRT-affaire die uiteindelijk tot de Wet BOB heeft geleid.⁶⁸ Dat zal tot grote terughoudendheid bij het inzetten van criminele burgerinfiltranten moeten nopen.

4. Aandachtspunten in Aruba

Met de invoering van de Wet BOB zijn een aantal belangrijke mogelijkheden voor het bestrijden van criminaliteit gecodificeerd. Toch zijn bij de transplantatie van deze wetgeving van Nederland naar de Caribische situatie een aantal kanttekeningen te plaatsen. Allereerst zijn er aandachtspunten die de regelgeving zelf betreffen. De introductie van de term 'planmatig', ter vervanging van 'stelselmatige' observatie, brengt onduidelijkheid met zich mee. De stelselmatigheid is in Nederland een ambigue begrip gebleken. Door voor het Caribische gebied een nieuwe term te introduceren, die onvermijdelijk tot minder doctrinevorming aanleiding zal geven, heeft de wetgever de praktijk bepaald geen plezier gedaan. Opvallend is overigens wel, dat de keuze van de Arubaanse wetgever voor een zeer strikte benadering van observaties – immers, de bedoeling was dat er eerder van een 'planmatige' observatie sprake is dan van een 'stelselmatige' observatie – haaks staat op de ervaring in de Nederlandse praktijk dat veelal te vroeg, als het nog niet nodig is, een machtiging tot observatie wordt gevraagd door de politie.⁶⁹ De politie wil namelijk niet achteraf het verwijt krijgen dat een bevel nodig was, maar is uitgebleven. In de Arubaanse regeling wordt deze situatie van 'vroeg' bevelen geïnstitutionaliseerd, terwijl er materieel gezien niet noodzakelijkerwijs sprake is van een zodanige inbreuk op de levenssfeer die de toepassing van artikel 177 ASv vereist. Welke rol blijft nog over voor de algemene taakstellende artikelen 184-185 ASv en artikel 2 van de Landsverordening Politie? Een bijkomend punt is, dat als het bevel 'te vroeg' gevraagd wordt de officier in de toets misschien niet alle relevante omstandigheden meeneemt, omdat die wellicht pas ná de aanvraag opkomen. Een ander punt is dat het onwaarschijnlijk is dat voor Aruba een Besluit technische hulpmiddelen zal worden opgesteld.⁷⁰ Als dit niet zou gebeuren zou dat een kwalijke zaak zijn, omdat bij de bevoegdheden die technische hulpmiddelen vergen (denk aan het opnemen van communicatie) de betrouwbaarheid en controleerbaarheid van (bijvoorbeeld) de opgenomen gesprekken staat en valt met de kwaliteit en mogelijkheden van de gebruikte apparatuur. Hoewel in Nederland wel geklaagd wordt over de onnodige bureaucratie omtrent de mogelijk te gebruiken technische hulpmiddelen, lijkt de Arubaanse wetgever zich hier

67 Beijer 2004, p. 99.

68 Kruisbergen 2010, p. 40.

69 Beijer 2004, p. 60.

70 Zie MvT p. 25. Ik preludeerde daar hiervoor in par. 3.1 en 3.4 al op. De wet biedt hier de mogelijkheid toe door in art. 177h lid 7 ASv te stellen: 'Bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen, *kunnen* regels worden gesteld (...) [mijn cursivering – EMW]'. Het Nederlandse pendant art. 126ee Sv stelt simpelweg dat 'Bij algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld omtrent (...)'.
 Cari

wel erg gemakkelijk vanaf te willen maken. Dat wringt des te meer, nu uit de Nederlandse ervaringen blijkt dat de zittingsrechter weinig kritisch is ten opzichte van de met de Wet BOB vergaarde informatie.

Van een andere orde zijn aandachtspunten die samenhangen met de kleinschaligheid van de Arubaanse rechtsorde. De Wet BOB geeft een gedetailleerde regeling met vele mogelijkheden. Toepassing ervan zal in de praktijk lastige afwegingen meebrengen. Een voorbeeld kan dit verhelderen.

Infiltratie is een van de zwaarste bevoegdheden die de Wet BOB kent. In het systeem van de Wet BOB moet de infiltratie door opsporingsambtenaren geschieden, tenzij alleen burgers de operatie tot een goed einde kunnen brengen. Het is echter kwestieus of de KPA genoeg potentiële infiltranten heeft. De kleinschaligheid van de samenleving zal het daarbij lastiger maken undercover te werken. In de memorie van toelichting wordt het standpunt ingenomen dat externe infiltranten het gat kunnen opvullen, maar is het reëel om te verwachten dat zij worden opgenomen in het criminele milieu op het eiland?⁷¹ De benaderbaarheid van het subject kan bemoeilijkt worden als de infiltrant niet precies dezelfde achtergrond heeft als het subject.⁷²

Dit zal het in de Arubaanse situatie aantrekkelijker maken om gebruik te maken van bijstand aan de opsporing door burgers, een bevoegdheid die in Nederland zeer weinig gebruikt wordt. Dit is echter, zoals we hiervoor zagen, een risicovolle methode – temeer omdat het gebruik van criminele burgerinfiltranten in Aruba niet is uitgesloten. Dat is een reden om de bevoegdheid, ondanks dat deze gezien de beperkte mankracht bij de KPA aantrekkelijk kan lijken, toch terughoudend in te zetten.

Het voorgaande hoeft niet per se een probleem te zijn: ook in Nederland is het gebruik van de undercover bevoegdheden heel beperkt. Zoals we zagen, worden de 'tapbevoegdheden' (OVC) veel meer ingezet. Het is niet onwaarschijnlijk dat dat in Aruba hetzelfde zal zijn.⁷³ Echter, dan zullen die tapbevoegdheden wel op orde moeten zijn. Telefoons tappen vergt een behoorlijke personele investering: enerzijds een administratieve vanwege alle bevelen die verzorgd moeten worden, anderzijds door de vele gesprekken die moeten worden uitgewerkt.⁷⁴ In Aruba zullen vaak tolken noodzakelijk zijn voor de uitwerking, maar de gesprekken zullen daarbij ook door een rechercheur moeten worden bekeken.⁷⁵ Zeker als vele lijnen worden afgeluisterd, stapelt het werk zich op. De kwaliteit van de tolken is daarbij van levensbelang voor het nut van het af luisteren.

Met het opkomen van communicatiemogelijkheden via internet, is het enkele bestaan van de wettelijke bevoegdheid tot tappen niet afdoende. De ervaringen in Nederland leren dat bij internettaps veel 'bijvangst' kan zijn – niet relevante informatie die wel bekeken moet worden. Er moet dus geïnvesteerd worden in technieken die het toelaten in de datastroom de relevante delen te selecteren, om efficiënt gebruik van deze bevoegdheid mogelijk te maken.⁷⁶

71 MvT, p. 29.

72 Kruisbergen 2010, p. 263.

73 Vgl. Kruisbergen 2010, p. 275.

74 Odinot 2012, p. 263-264.

75 Odinot 2012, p. 118-119.

76 Odinot 2012, p. 158 en 262.

Er spelen zodoende allerlei factoren een rol bij de keuze voor een Wet BOB-bevoegdheid. Uiteraard zal per geval bekeken moeten worden welke bevoegdheid de best werkbare oplossing geeft. Het is verstandig dat het OM daar in nauw overleg met de politie over beslist. Daarnaast is van groot belang dat de politiek het niet laat bij de enkele codificatie van deze bevoegdheden: de politie moet tevens de personele en budgettaire ruimte krijgen om de wettelijke bevoegdheden in de praktijk te benutten.

5. Conclusie

Het voorgaande heeft niet de pretentie een volledige beschrijving te zijn van alle aspecten die met de Wet BOB samenhangen. De complexiteit van de wetgeving brengt mee, dat men in de praktijk veelvuldig voor nieuwe afwegingen zal komen te staan. Het kan bijvoorbeeld gaan om de vraag welke (combinatie) van bevoegdheden in een bepaald geval gekozen moet worden, of wat de grenzen aan toepassing van een specifieke bevoegdheid zijn. Om maar een voorbeeld te geven: informatie die voortvloeit uit de toepassing van infiltratie tegen de ene verdachte, kan ook gebruikt worden om een pseudokoop op te zetten tegen een andere verdachte.

Van belang blijft echter steeds de proportionaliteit en subsidiariteit van de inzet van de bevoegdheden.⁷⁷ Niet uit het oog mag worden verloren dat het hier om ingrijpende bevoegdheden gaat, die diep kunnen ingrijpen op de grondrechten van burgers. De opzet van de wet vergt een zorgvuldige toepassing van de toegekende bevoegdheden door de actoren die betrokken zijn bij de strafvordering. Zoals eerderesignaleerd, moet het OM zorgen dat de relevante verslaglegging over (de toepassing van) de bevoegdheden in het dossier komt. Het is van groot belang dat het OM zijn magistratelijke positie waarmaakt en ook de politie doordringt van het belang van zorgvuldige en volledige verslaglegging van de gebruikte bevoegdheden. De ervaring in Nederland leert, dat de politie daarvan niet altijd de meerwaarde ziet – bijvoorbeeld uit angst dat criminelen op de hoogte raken van opsporingsmethoden. Toch is het voor de rechtmatigheid van de opsporing van groot belang dat de politie en het OM nauwgezet aan de eisen van de wet voldoen.

De (eveneens eerderesignaleerde) verzwakte positie van de rechter-commissaris zou voor de zittingsrechter aanleiding moeten zijn om strenger te toetsen op inzet van de bevoegdheden en dit niet alleen af te laten hangen van ter zake gevoerde verweren van advocaten – zeker waar de verslaglegging te wensen overlaat zal het immers lastig zijn om deze verweren te formuleren. Fouten in de toepassing van de Wet BOB kunnen tot de sancties van artikel 413 ASv leiden. Op deze wijze kan worden tegemoetgekomen aan de bezwaren die de Raad van Advies formuleerde bij het ontwerp van de landsverordening en kan een juiste wetstoepassing worden afgedwongen.

Wat kan nu de slotsom zijn van het tegen het (zon)licht houden van de Wet BOB? De zon is in ons deel van het koninkrijk zeer fel: onvolkomenheden blijven in dit licht niet lang verborgen. Het is naar mijn verwachting onvermijdelijk dat zich problemen met de toepassing van de wet zullen aandienen. De kleinschaligheid van onze rechtsorde brengt nu een-

⁷⁷ Kruisbergen 2010, p. 69 merkt op dat in de onderzochte rechtspraak verweren die de proportionaliteit en subsidiariteit aanvechten meestal weinig effect sorteren. Het is te hopen dat dat het gevolg is van een zorgvuldige inzet door het OM.

maal uitdagingen mee voor de toepassing van deze regelgeving. Buiten kijf staat echter dat de Wet BOB in een belangrijke behoefte voorziet en het is daarom te hopen dat deze uitdagingen niet leiden tot het terzijde schuiven van de mogelijkheden, maar tot een verantwoord gebruik ervan.