

# Controle op de bevoegdheid tot infiltratie en het moderniseringstraject van het Wetboek van Strafvordering

Verdwijnt de onafhankelijke controle op de bevoegdheid tot infiltratie van het toneel?

Sophie Naber<sup>1</sup>

Op 14 april 2021 pleegde een undercoveragent zelfmoord. De rol die hij speelde gedurende het undercovertraject was onder zijn huid gaan zitten. Naar aanleiding van dit tragische voorval is de Commissie Brouwer ingesteld om de feiten en omstandigheden rondom het overlijden te onderzoeken. De Commissie kwam tot een aantal zorgwekkende conclusies. Zo ontbrak het de organisatie aan professionaliteit en werden belangrijke operationele besluiten vanuit een te beperkte oriëntatie en op een te laag hiërarchisch niveau genomen. Maar hoe zit het eigenlijk met de controle op het inzetten van undercoverbevoegdheden en meer specifiek op de bevoegdheid tot infiltratie. Is de huidige wijze van opereren met voldoende (onafhankelijke) waarborgen omkleed of is versterking hiervan noodzakelijk?

**P**olitie en justitie zetten undercoverbevoegdheden als pseudo-koop, stelselmatig inwinnen van informatie en infiltratie in om *cold cases* op te lossen en de strijd aan te gaan tegen de georganiseerde misdaad. Zo maakte het Openbaar Ministerie (OM) onder andere gebruik van undercoverbevoegdheden in de *Kaatsheuvel*-zaak om een bekentenis te verkrijgen van de verdachte.<sup>2</sup> Ook zette het OM een criminele burgerinfiltrant in bij de verboden motorbende Hells Angels om informatie te vergaren over witwassen en internationale drugstransporten.<sup>3</sup>

Bij de zwaarste undercovervariant, infiltratie, neemt een opsporingsambtenaar of burger een alternatieve identiteit aan en neemt hij deel of verleent hij medewerking

aan een groep van personen waarbinnen misdrijven beraamd of gepleegd worden. Het doel hiervan is om informatie te verkrijgen over gepleegde of nog te plegen strafbare feiten.<sup>4</sup> Dat dit alles de nodige (afbreuk-)risico's en morele dilemma's met zich brengt, voor zowel de verdachte als de undercoveragenten, is onvermijdelijk.

Zo bestaat onder meer het gevaar dat de undercoveragent de verdachte uitlokt tot andere strafbare handelingen dan waarop zijn opzet van tevoren was gericht.<sup>5</sup> Ook kan infiltratie een zeer ingrijpende inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte en personen in zijn directe omgeving. Bovendien is het inzetten van deze heimelijke methode niet zonder gevaar voor de underco-

**Dat dit alles de nodige (afbreuk-)risico's en morele dilemma's met zich brengt, voor zowel de verdachte als de undercoveragenten, is onvermijdelijk**

veragent zelf. Het valt niet uit te sluiten, en het ligt wellicht zelfs voor de hand, dat de undercoveragent in geval van infiltratie in een gevaarlijke (criminele) organisatie infiltreert en hij strafbare feiten pleegt ten behoeve van de gehele operatie. Nauwgezette begeleiding van de undercoveragenten in langdurige en intensieve undercoveroperaties is daarom onontbeerlijk. Dat het hier nog wel eens aan schort, blijkt uit de tragische dood van een undercoveragent eerder dit jaar.<sup>6</sup> Op 14 april 2021 pleegde een undercoveragent, die werkzaam was als infiltrant bij het team Werken Onder Dekmantel (de WOD), zelfmoord. Naar aanleiding van dit voorval is in opdracht van de Korpschef en de Politiechef van de Landelijke Eenheid de Commissie Brouwer ingesteld om de feiten en omstandigheden rond het overlijden van de infiltrant te onderzoeken.<sup>7</sup>

De Commissie oordeelde in november 2021 dat politie en justitie naar aanleiding van dit voorval tijdens de undercoveroperatie tekortgeschoten zijn. Er ontwikkelde zich tijdens de operatie namelijk een intieme relatie tussen de undercoveragent en de vrouw van de verdachte. De infiltrant hield dit geheim voor de WOD. Andere betrokken infiltranten waarschuwden gedurende de undercoveroperatie herhaaldelijk hun leidinggevend over de aard van deze intieme relatie.<sup>8</sup> Daarnaast uitten zij hun zorgen over de mentale gesteldheid van de infiltrant. Zo kon hij volgens hen het onderscheid tussen zijn coverrol en zijn echte leven niet meer helder maken.<sup>9</sup>

Dat deze zorgen terecht waren blijkt, naar mijn idee, uit de verklaring van de inmiddels overleden infiltrant aan de WOD in april 2021. Hierin gaf hij aan dat het fictieve personage 'onder zijn huid' was gaan zitten.<sup>10</sup>

De herhaaldelijke waarschuwingen en signalen zijn volgens de Commissie Brouwer niet voldoende serieus genomen door de WOD en hebben niet tot adequate interventies geleid. Ook ontbrak het de organisatie aan professionaliteit en werden belangrijke operationele besluiten vanuit een te beperkte oriëntatie en op een te laag hiërarchisch niveau genomen. Bovendien hebben tactische en strategische leidinggevend langdurig te weinig aandacht gehad voor de operatie en de organisatie van de WOD. Daar komt bij dat de Commissie van mening is dat het bij het nemen van besluiten door de WOD ontbrak aan een breed afwegingskader.<sup>11</sup> Op grond van het voorgaande kwam de Commissie Brouwer onder andere tot de conclusie dat de betrokkenheid van leidinggevend bij zwaarwegende besluiten van de WOD geborgd moet zijn.

Gezien het tragische voorval, het rapport van de Commissie en de hierboven genoemde (afbreuk-)risico's die komen kijken bij de toepassing van undercovermethoden rijst de vraag of er voorafgaand aan en tijdens het

inzetten van deze bevoegdheden een voldoende onafhankelijke controle plaatsvindt om de rechtmatigheid en betrouwbaarheid hiervan te waarborgen.

Dit artikel beoogt inzicht te geven in de controle op het inzetten van undercoverbevoegdheden en meer specifiek in de controle op de bevoegdheid tot infiltratie. In dit verband bespreek ik de huidige controle op het inzetten van deze bevoegdheid en de (eventuele) rol van de rechter-commissaris (R-C) hierbij. Er wordt ingezoomd op de bestaande wettelijke regeling die ziet op de controle van infiltratie en de opvallende ommekeer die de wetgever maakt binnen het moderniseringstraject van het Wetboek van Strafvordering (Sv) tussen 2017 en 2020 als het gaat om de rol van de R-C bij de infiltratie. Vervolgens ga ik in op de vraag of de huidige controle op infiltratie met voldoende waarborgen omkleed is en doe ik een voorstel tot (verdere) versterking van de onafhankelijke controle op het inzetten van deze bevoegdheid.

### De officier van justitie aan het roer

Krachtens de huidige wetgeving is het de officier van justitie (OvJ) die een centrale positie inneemt als het gaat om te bepalen of een undercoverbevoegdheid, onder voorwaarden, ingezet kan worden. Opsporingsambtenaren en burgers kunnen namelijk onder leiding van politie en justitie na een bevel van of overeenkomst met de OvJ een undercoverbevoegdheid uitoefenen.<sup>12</sup> Zo kan de OvJ in geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67 lid 1 Sv, een opsporingsambtenaar in het belang van het onderzoek bevelen om de bevoegdheid tot pseudo-koop of dienstverlening uit te oefenen jegens een verdachte.<sup>13</sup>

De R-C speelt, op grond van de bestaande wetgeving, hier geen enkele rol in en houdt geen toezicht op de rechtmatigheid van deze beslissingen van de OvJ. Toch kunnen undercoverbevoegdheden niet te pas en te onpas worden gebruikt in de opsporing. Ze dienen te voldoen

## Krachtens de huidige wetgeving is het de officier van justitie die een centrale positie inneemt als het gaat om te bepalen of een undercoverbevoegdheid ingezet kan worden

#### Auteur

1. Mr. S.F. Naber is coördinator scripties RW en examinator straf(proces)recht aan de Open Universiteit. Haar (onderzoeks) expertise is gericht op strafprocesrecht, mensenrechten en meer specifiek bijzondere opsporingsbevoegdheden. Op dit moment promoveert zij, onder begeleiding van prof. Sluiter en prof. Brinkhoff, op een onderzoek

naar undercoverbevoegdheden in het licht van art. 6 en 8 EVRM gezien de rechtsvergelijking met Canada en Duitsland.

#### Noten

- HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982.
- nos.nl/artikel/2337035-justitie-inzet-crimineel-als-infiltrant-bij-friese-hells-angels-

was-verantwoord, laatst geraadpleegd op 2 februari 2022.

- Kamerstukken II 1996/97, 25403 nr. 3, onder 3.3.
- Ook wel Tallon-criterium genoemd, voortkomend uit HR 4 december 1979, NJ 1980/356 (Tallon-arrest).
- volkskrant.nl/a-b5f27718, laatst geraadpleegd op 2 februari 2022.

- Rapport Commissie Brouwer 2021, p. 2.
- Rapport Commissie Brouwer 2021, p. 3.
- Rapport Commissie Brouwer 2021, p. 8.
- Rapport Commissie Brouwer 2021, p. 9.
- Rapport Commissie Brouwer 2021, p. 3-4.
- Zie bijvoorbeeld art. 126h, 126i, 126j en 126qa Sv.
- Art. 126i lid 1 Sv.



© Shutterstock

aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Op grond van deze rechtsbeginselen dient het inzetten van deze bevoegdheden niet alleen in verhouding te staan tot de zaak (proportionaliteit), maar mag ook geen ander of lichter opsporingsmiddel mogelijk zijn in de opsporing naar het strafbare feit (subsidiariteit). Zo stelt de wetgever dat bij de beoordelingen tot het inzetten van ingrijpende opsporingsbevoegdheden de effectiviteit van de bevoegdheid en het afbreukrisico afgezet moeten worden tegen het belang van het inzetten van de bevoegdheid in dat specifieke geval.<sup>14</sup> De subsidiariteitstoets komt in de huidige wetgeving onder andere terug in artikel 126h lid 1 Sv, dat bepaalt dat infiltratie alleen mag worden ingezet indien het onderzoek dit dringend vordert.<sup>15</sup> Hierdoor wordt de OvJ gedwongen om een afweging te maken of bij de opsporing naar het strafbare feit niet minder ingrijpende opsporingsbevoegdheden ingezet kunnen worden. Ook mogen undercovermethoden niet uitsluitend toegepast worden om de informatiepositie van het OM in een bepaald onderzoek te kunnen verbeteren, maar moeten ze een strafvorderlijk doel dienen.<sup>16</sup>

De wetgever heeft voor de bevoegdheid tot infiltratie een extra waarborg ingebouwd: bij de beslissing tot het inzetten van infiltratie heeft de OvJ toestemming nodig van het College van procureurs-generaal (het College) en dient hij voorafgaand daaraan advies te vragen bij de CTC.<sup>17</sup> Door een objectief advies van de CTC wordt ook via deze weg uitwerking gegeven aan de proportionaliteits- en subsidiariteitstoets.<sup>18</sup> De verantwoordelijke hoofdofficier van justitie legt de bewuste zaak ter goedkeuring voor aan het College en zendt de stukken aan de CTC. De CTC buigt zich vervolgens over de specifieke zaak en geeft een niet-bindend advies aan het College.<sup>19</sup>

Opmerkelijk is dat de toetsingscriteria bij het vormen van een advies op de inzet van bijzondere opsporingsmethodieken door de eerdergenoemde CTC tot 2011 nog waren opgenomen in de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden (de Aanwijzing), maar dat ze in de meest recente Aanwijzing uit 2014 niet langer terug te vinden zijn.<sup>20</sup> Toetsingscriteria als wet- en overige regelgeving, jurisprudentie, proportionaliteit, subsidiariteit en afbreukrisico<sup>21</sup> komen niet langer voor in de huidige Aanwijzing opsporingsbevoegdheden.<sup>22</sup> Of de CTC deze toetsingscriteria niet meer gebruikt of alleen intern hanteert bij het vormgeven van een advies is onbekend.

De voorgaande constatering is naar mijn mening in het kader van de transparantie in de opsporing van groot belang, vooral gezien het feit dat de CTC naast de OvJ en het College de stok achter de deur moet zijn als het gaat om het waarborgen van de proportionaliteit en subsidiari-

**Het lijkt wenselijk om de toetsingscriteria van de CTC wederom op te nemen in de Aanwijzing, zodat het voor zowel politie en justitie als de verdediging duidelijk is waar de CTC aan toetst**

teit van de inzet. Het lijkt mij dan ook wenselijk om de toetsingscriteria van de CTC wederom op te nemen in de Aanwijzing, zodat het voor zowel politie en justitie als de verdediging duidelijk is waar de CTC aan toetst. Zeker nu de CTC-rapporten en -journaals beschouwd worden als interne stukken en deze in beginsel niet inzichtelijk zijn voor de verdediging.<sup>23</sup>

### De rol van de R-C in het wetsvoorstel van 2017

Op basis van het wetsvoorstel van 2017 ter modernisering van het huidige Wetboek van Sv werd voor de uitoefening van infiltratie door de wetgever een voorafgaande machtiging van de R-C opgenomen als extra toepassingscriterium.<sup>24</sup> Deze keuze van de wetgever van 2017 beruiste op het feit dat bij het inzetten van infiltratie meestal een ingrijpende inbreuk wordt gemaakt op grondrechten, zoals het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer voortkomend uit artikel 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Zo gaat het bij het inzetten van deze bevoegdheid niet alleen om de persoonlijke levenssfeer van verdachten, maar ook om personen uit zijn directe omgeving zoals familie en vrienden. Dat dit in de praktijk voorkomt, blijkt tevens uit de zaak van de undercoveragent die zich van het leven beroofde. Hij raakte verstrikt in een intieme relatie met de vrouw van de verdachte.<sup>25</sup> Verder noemt de wetgever van 2017 het risico dat bij het inzetten van de bevoegdheid tot infiltratie de integriteit van de opsporing in het geding kan raken en geeft aan dat de OvJ geen dagelijks toezicht heeft op de infiltrant. Dat terwijl de OvJ diegene is die de infiltrant toestemming kan geven om strafbare feiten te plegen bij het uitvoeren van de bevoegdheid tot infiltratie.

### De rol van de R-C in het wetsvoorstel van 2020

Waar de wetgever in 2017 nog duidelijk koos voor het extra toepassingscriterium waarbij infiltratie werd voorzien van een voorafgaande rechterlijke toets, wordt daar in de versie van 2020 geheel van afgestapt. De voorgaande toets van de R-C is in artikel 2.8.12 geheel verdwenen en het is wederom de OvJ die beslist over het inzetten van

deze bevoegdheid.<sup>26</sup> Waarom de wetgever van koers veranderde tussen 2017 en 2020 komt niet duidelijk naar voren in de memorie van toelichting (MvT). De tekst verwijst hierbij enkel naar het gegeven dat op advies van diverse ketenpartners wordt afgezien van het voornemen om infiltratie te onderwerpen aan een vereiste machtiging van de R-C.<sup>27</sup>

Zo is het Platform Bijzondere Opsporingsdiensten (BOD) van mening dat de huidige regeling omkleed is met voldoende waarborgen die zien op de afweging van proportionaliteit en subsidiariteit. Dat de OvJ, met instemmingsvereiste van het College en advies van de CTC, de centrale autoriteit is hierin, vormt geen bezwaar. Hierdoor stelde de BOD voor om dit extra toepassingscriterium te schrappen.<sup>28</sup> De politie sluit zich hierbij aan en is van mening dat er voldoende intern en extern toezicht bestaat op het opsporingsonderzoek, waardoor er geen uitbreiding nodig is.<sup>29</sup> Het OM laat zich op dit punt niet expliciet uit. In het advies komt enkel naar voren dat er geen wijzigingen worden beoogd in de verhouding van de OvJ tot de R-C of in de positie van het OM ten opzichte van de opsporingsdiensten.<sup>30</sup> De Koninklijke Marechaussee (KMar) geeft aan voorstander te zijn van een marginale toets van de R-C om te toetsen of de OvJ in alle redelijkheid tot het besluit om de bevoegdheid tot infiltratie in te zetten mocht komen.<sup>31</sup>

### Slager die zijn eigen vlees keurt?

De huidige wijze van opereren, waarbij de OvJ toestemming nodig heeft van het College na advies van de CTC, dient naar mijn idee ter discussie te worden gesteld. Daartoe geef ik het volgende in overweging.

Het is de OvJ die leidinggeeft aan het opsporingsonderzoek met als doel om strafbare feiten op te sporen en tegelijkertijd de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht te nemen. Het is voor te stellen dat het bewaken van de professionele afstand tot de zaak in het geding komt. Zeker in het geval van een zwaarwegend opsporingsbelang als een vastgelopen *cold case* waar met behulp van een undercoverinzet mogelijk nieuwe infor-

## De MvT verwijst enkel naar het gegeven dat op advies van diverse ketenpartners wordt afgezien van het voornemen om infiltratie te onderwerpen aan een vereiste machtiging van de R-C

14. Kamerstukken II 1996/97, 25403, nr. 3 onder 2.7.

15. Zie ook art. 126h, 126p en 126ze lid 1 Sv.

16. Aanwijzing opsporingsbevoegdheden 2014, onder 2.9.

17. Aanwijzing opsporingsbevoegdheden 2014, onder 5.1.

18. Rb. Den Bosch 14 april 1998, nr. 01/089083/96 (*Shoarma*).

19. Aanwijzing opsporingsbevoegdheden 2014, onder 5.1.

20. Aanwijzing opsporingsbevoegdheden 2004, onder 4.1.3.

21. Aanwijzing opsporingsbevoegdheden 2011, afbreukrisico's zijn bijvoorbeeld

operationele aspecten (stuurbaarheid van de infiltrant), fysieke aspecten (veiligheidsrisico's), strafvorderlijke aspecten (kans op stukgaan van de zaak voor de rechter) en politieke en internationale aspecten (verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie).

22. Aanwijzing opsporingsbevoegdheden 2014, onder 5.1.

23. Rb. Den Bosch 14 april 1998, nr. 01/089083/96 (*Shoarma*); HR 18 mei

1999, NJ 2000/104 (4M); HR 20 juni 2000, NJ 2000/502.

24. Art. 2.8.2.6.1 Wetsvoorstel tot vaststelling boek 2 van het nieuwe wetboek van strafvordering.

25. Rapport Commissie Brouwer 2021, p. 6 en 7.

26. Art. 2.8.12 Ambtelijke versie Wetboek van Strafvordering juli 2020.

27. Ambtelijke versie juli 2020 memorie van

toelichting bij Wetboek van Strafvordering, p. 509-510.

28. Advies BOD bij boeken 1 en 2 modernisering WvS, p. 33.

29. Advies politie bij modernisering WvS, p. 11.

30. Advies OM bij modernisering WvS, p. 4.

31. Advies KMar bij boeken 1 en 2 modernisering WvS, p. 35.

## Men kan zich afvragen of deze samenstelling ten goede komt aan de objectieve beoordeling van een rechtmatige inzet van de bevoegdheid tot infiltratie

matie verkregen kan worden, terwijl aan de andere kant een wezenlijke en ingrijpende inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte. Het is de vraag of de toestemming van het College, mede gebaseerd op het advies van de CTC, een voldoende waarborg is. Zeker in het licht van een mogelijk langdurige en ingrijpende inbreuk op het leven van de verdachte, zijn directe omgeving en de undercoveragenten. Het College is onderdeel van het OM en de CTC bestaat uit leden van de politie en het OM zelf. Vanuit die gedachte kan men zich afvragen of deze samenstelling ten goede komt aan de objectieve beoordeling van een rechtmatige inzet van de bevoegdheid tot infiltratie met het oog op de eerder beschreven risico's. De politie en het OM hebben hetzelfde (opsporings)belang, waardoor het geheel veel weg kan hebben van een slager die zijn eigen vlees keurt. De kracht van de CTC zou juist gelegen moeten zijn in deskundigheid met het oog op de belangen van en de gevaren voor de betreffende infiltranten en meer in het algemeen het afbreukrisico. Maar uit het rapport van de Commissie Bouwer blijkt dat er terughoudendheid bestaat in de informatieverstrekking van undercoveragenten aan gezagsdragers en vervolgens aan de CTC.<sup>32</sup> Zonder een gedegen aanvoer van informatie kan er ook geen objectief en betrouwbaar advies worden gegeven aan het College.

### Een voorstel tot versterkte controle

De Commissie Brouwer heeft onder andere geconstateerd dat belangrijke operationele besluiten van de WOD op een te laag hiërarchisch niveau genomen worden en dat het ontbreekt aan een breed afwegingskader.<sup>33</sup> Om dit in de toekomst te voorkomen, zou ik het volgende willen voorstellen.

Allereerst dat de CTC niet langer bestaat uit alleen leden van het OM en de politie, maar uit een multidisciplinair team. Dit team, bestaande uit een rechter(plaatsvervanger), deskundigen zoals psychologen en advocaten, politie en leden van het OM, buigt zich dan net als in de huidige procedure over het dossier om een advies af te geven aan het College over het inzetten van de bevoegdheid tot infiltratie. Door een rechter(plaatsvervanger) op te nemen in de CTC wordt de rechterlijke onafhankelijkheid in het oog gehouden. De rechtmatigheid van het inzetten van infiltratie en de professionele afstand van de OvJ tot de zaak kunnen hiermee mijns inziens worden bewaakt. Dit lijkt mij van meer toegevoegde waarde dan het eerder voorgestelde extra toepassingscriterium door de wetgever uit 2017. De R-C kan immers niet meer doen dan vooraf een hamerslag geven op het inzetten van de bevoegdheid. De eerdergenoemde (afbreuk)risico's zoals gevaren voor de undercoveragenten of een schending van het *Tallon*-criterium worden hiermee niet direct beperkt.

Door ook deskundigen op te nemen in het multidisciplinaire team worden zwaarwegende besluiten ook vanuit een andere – niet per se juridische – invalshoek belicht. Hiermee wordt gehoor gegeven aan het advies van de Commissie Brouwer om deskundigen toegang te verschaffen tot operaties om het mentale welzijn en de integriteit van infiltranten te beschermen.

Tot slot lijkt mij een verplichte periodieke controle, voor intensieve infiltratietrajecten die langer duren dan drie maanden, raadzaam. Op deze manier kan er een vinger aan de pols gehouden worden om de eerdergenoemde (afbreuk)risico's te bewaken.

Het is in ieder geval onvermijdelijk, zoals dat ook valt af te leiden uit het rapport van de Commissie Brouwer, dat er behoefte is aan meer controle op en begeleiding bij infiltratieoperaties. Als de tragische dood van de undercoveragent ons iets heeft geleerd, dan is het wel dat de (afbreuk)risico's niet onderschat mogen worden. Om de rechtmatigheid en betrouwbaarheid voorafgaand aan en tijdens een intensieve en vaak langdurige undercovermethode als infiltratie te waarborgen, is een versterkte controle naar mijn idee onontbeerlijk. •

<sup>32</sup>. Rapport Commissie Brouwer 2021, p. 3.

<sup>33</sup>. Rapport Commissie Brouwer 2021, p. 3.