

Recente ontwikkelingen van strafprocesrecht

Hans VAN BAVEL
Advocaat
Assistent strafprocesrecht K.U. Leuven

Deel 1. De wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige onderzoeksmethoden na het arrest van het arbitragehof dd. 21 december 2004¹

Door de Wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden² werd een regeling ingevoerd voor enerzijds de bijzondere opsporingsmethoden, die door artikel 47ter §1 Sv. worden opgesomd en verder worden uitgewerkt in de artikelen 47quater e.v. Sv., en anderzijds een aantal andere onderzoeksmethoden, zoals het onderscheppen van post, de inijkoperatie, het direct af luisteren, de uitgestelde tussenkomst en het inwinnen van gegevens over bankrekeningen en banktransacties.

Bijzondere opsporingsmethoden zijn blijkens artikel 47ter §1 Sv. de observatie, de infiltratie en de informantenwerking. Deze opsporingsmethoden worden aangewend met een strafrechtelijke finaliteit, nl. met als doel het vervolgen van daders van misdrijven, het opsporen, verzamelen, registreren en verwerken van gegevens en inlichtingen op grond van ernstige aanwijzingen van te plegen of reeds gepleegde, al dan niet aan het licht gebrachte strafbare feiten. In zijn arrest van 21 december 2004 stelt ook het Arbitragehof uitdrukkelijk dat, waar artikel 47ter Sv. toelaat bijzondere opsporingsmethoden aan te wenden met als doel "het opsporen, verzamelen, registreren en verwerken van gegevens en inlichtingen", deze bepaling redelijkerwijze niet zo kan geïnterpreteerd worden dat ze de aanwending van deze opsporingsmethoden zou toestaan buiten elke gerechtelijke finaliteit.³

Bijzondere opsporingsmethoden kunnen zowel in een opsporingsonderzoek als in een gerechtelijk onderzoek worden aangewend.⁴ In beide gevallen gebeurt dit onder controle van de Procureur des Konings. Wel is het zo dat de zaak, in geval van vervolging, hoe dan ook moet worden voorgelegd aan de raadkamer, ook na een opsporingsonderzoek. Artikel 47undecies Sv. bepaalt immers dat, wanneer de Procureur des Konings in zijn opsporingsonderzoek toepassing gemaakt heeft van observatie of infiltratie⁵ en vervolgens tot vervolging wenst over te gaan, hij in alle gevallen de onderzoeksrechter dient te vorderen. Er volgt dan een procedure "op verslag" voor de raadkamer, die uiteindelijk zal beslissen over de al dan niet verwijzing van de zaak naar het vonnisgerecht. In het kader van deze procedure is ook een zuivering van nietigheden mogelijk,

¹ Arbitragehof 21 december 2004, arrest nr. 202/2004, B.S. 6 januari 2005.

² B.S. 12 mei 2003.

³ Arbitragehof 21 december 2004, arrest nr. 202/2004, B.3.2.

⁴ Het Arbitragehof aanvaardt dat de bijzondere opsporingsmethoden worden toegestaan vanaf het stadium van het opsporingsonderzoek en derhalve door de Procureur des Konings kunnen worden gemachtigd: Arbitragehof 21 december 2004, arrest nr. 202/2004, B.23.1 en B.23.2.

⁵ Deze voorwaarde geldt niet wanneer slechts gebruik wordt gemaakt van de informantenwerking.

zodat een debat kan gevoerd worden over de regelmatigheid van het onderzoek en van de bijzondere opsporingsmethoden.⁶

In het kader van een gerechtelijk onderzoek is het de onderzoeksrechter die beslist welke methoden hij beveelt, wijzigt of stopzet. Zijn machtigingen worden echter, overeenkomstig het nieuwe art. 56bis Sv., door de Procureur des Konings ten uitvoer gelegd.⁷ De onderzoeksrechter oefent eveneens controle uit op de uitvoering van de opsporingsmethoden (cfr. *infra*).

Bijzondere opsporingsmethoden kunnen ook worden aangewend binnen de proactieve recherche, hetgeen door het Arbitragehof niet ongrondwettelijk wordt geacht omdat artikel 47ter Sv., door te verwijzen naar de artikelen 28bis §1 en 2 Sv., de bijzondere opsporingsmethoden die in het kader van een proactief onderzoek zouden kunnen worden toegepast, onderwerpt aan de voorwaarden waaraan een dergelijk onderzoek is onderworpen (o.m. op het vlak van de zwaarwichtigheid van de misdrijven waarvoor proactieve recherche mogelijk is). Het Arbitragehof heeft wel terecht beklemtoond dat bijzondere opsporingsmethoden niet kunnen worden aangewend tegen om het even welke persoon waarvan de overheden, zonder andere precisering, zouden kunnen vermoeden dat hij de bedoeling zou hebben om een misdrijf te plegen.⁸

I. De bijzondere opsporingsmethoden: observatie, infiltratie en informantenwerking

§1. Algemene voorwaarden

In het kader van de bijzondere opsporingsmethoden is elke vorm van *politie-onle provocatie verboden*. Artikel 47quater 1° Sv. bepaalt dat een politieambtenaar, bij de tenuitvoerlegging van een bijzondere opsporingsmethode, een verdachte niet mag brengen tot andere strafbare feiten dan deze waarop diens opzet reeds van tevoren was gericht. Om te beoordelen of er sprake is van provocatie, zal de rechter dus de invloed van het gedrag van de betrokken politieambtenaren op de handelingen van de dader moeten nagaan. Wanneer sprake is van politieke provocatie, heeft dit krachtens artikel 47quater, 2° Sv. tot ge-

⁶ Althans in theorie. In de praktijk zal het noodzakelijk gaan om een beperkt debat, omdat het onderzoeksgerecht geen kennis heeft van de vertrouwelijke verslagen die worden opgesteld i.v.m. de uitvoering van de bijzondere opsporingsmethoden. Deze worden bewaard in een "vertrouwelijk dossier" waarin de onderzoeksrechter slechts een inzage heeft en waarvan hij verder geen gewag mag maken. Dit systeem van controle werd dan ook terecht door het Arbitragehof ongrondwettelijk bevonden: cfr. *infra*.

⁷ Het Arbitragehof ziet geen probleem in het feit dat de tenuitvoerlegging van de bijzondere opsporingsmethoden steeds door de Procureur des Konings geschiedt, ook wanneer de opsporingsmethoden door de onderzoeksrechter zouden gemachtigd zijn. In dit laatste geval behoudt de onderzoeksrechter immers de controle over zijn gerechtelijk onderzoek en over de bijzondere opsporingsmethoden die hij machtigde: Arbitragehof 21 december 2004, arrest nr. 202/2004, B.24.1 tot B.24.5.

⁸ Arbitragehof, 21 december 2004, arrest nr. 202/2004, B.4.4.

volg dat de onontvankelijkheid van de strafvordering voor de uitgelokte feiten moet worden uitgesproken.

Artikel 47quater Sv. is evenwel door het arrest van het Arbitragehof vernietigd.⁹ Volgens het Arbitragehof leiden de omschrijving van het begrip politio-nale provocatie in artikel 47quater, en de gevolgen die door de feitenrechter moeten worden aangenomen in geval van provocatie (bedoeld wordt waar-schijnlijk de onontvankelijkheidssanctie) tot een niet-gerechtvaardigde discrim-inatie, naar gelang ten aanzien van de vervolgte persoon al dan niet de wet betreffende de bijzondere opsporingsmethoden wordt toegepast.

Van de definitie gehanteerd door artikel 47quater Sv. kan inderdaad worden gezegd dat ze restrictiever is dan deze die in de rechtspraak van het Hof van Cassatie werd ontwikkeld. Volgens de cassatierechtspraak kan er immers ook in geval van versterking of aanmoediging van het opzet, sprake zijn van pro-vocatie.

De vernietiging van artikel 47quater Sv. gebeurt met ingang van de publicatie van het vernietigingsarrest in het Belgisch Staatsblad (6 januari 2005). In af-wachting van een eventueel wetgevend initiatief, dient te worden teruggevallen op de gevestigde rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake provocatie.

Artikel 47quinquies Sv. houdt verder een principieel *verbod* in voor de politie-amttenaren die belast zijn met de uitvoering van bijzondere opsporingsmetho-den, om in het kader van hun opdracht *strafbare feiten te plegen*. Dit principi-eel verbod wordt evenwel gemilderd in paragraaf 2 van artikel 47quinquies Sv. Volgens deze bepaling, kan de Procureur des Konings uitdrukkelijk zijn ak-koord verlenen voor het plegen van strafbare feiten. In dat geval voorziet de wet in een beslissende verschoningsgrond. De politieambtenaren die, in het kader van hun opdracht en met het oog op het welslagen ervan of ter verzeke-ring van hun eigen veiligheid en deze van andere bij de operatie betrokken per-sonen, strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen, mits uitdrukkelijk akkoord van de Procureur des Konings, blijven vrij van straf. De strafbare feiten mogen evenwel niet ernstiger zijn dan die waarvoor de methoden worden aangewend en moeten noodzakelijkerwijze evenredig zijn met het nagestreefde doel. De politieambtenaren moeten schriftelijk en voorafgaand aan de uitvoering van de bijzondere opsporingsmethoden de strafbare feiten die zij voornemens zijn te plegen melden aan de Procureur des Konings. Indien dit niet mogelijk is, moet de Procureur nadien onverwijld (schriftelijk) in kennis worden gesteld van het plegen van de strafbare feiten.

Gelet op het ingrijpend karakter van de bijzondere opsporingsmethoden, geldt eveneens een *subsidiariteits- en proportionaliteitsvereiste*. Het subsidiariteits-vereiste houdt in dat het resultaat dat wordt beoogd door het inzetten van de bijzondere opsporingsmethoden, niet via de klassieke opsporingsmethoden mag kunnen bereikt worden.

⁹ Arbitragehof 21 december 2004, arrest nr. 202/2004, B.10.1 e.v.

§2. Observatie

Observatie in de zin van artikel 47sexies Sv. is het stelselmatig waarnemen door een politieambtenaar van één of meerdere personen, hun aanwezigheid of gedrag, of van bepaalde zaken, plaatsen of gebeurtenissen.

Een observatie is *stelselmatig* in de zin van artikel 47sexies indien het gaat om een observatie van meer dan vijf opeenvolgende dagen of van meer dan vijf niet opeenvolgende dagen gespreid over een periode van een maand, een observatie waarbij technische hulpmiddelen worden aangewend, een observatie met een internationaal karakter of een observatie uitgevoerd door de gespecialiseerde eenheden van de federale politie. Een *technisch hulpmiddel* wordt gedefinieerd als een configuratie van componenten die signalen detecteert, deze transporteert, hun registratie activeert en de signalen registreert, met uitzondering van de technische hulpmiddelen die worden aangewend om een telefoontap uit te voeren. Voorbeelden hiervan zijn localisatie- en bewakingsapparatuur, beeldregistratieapparatuur, explosieven, sweeping en het gebruik van metaaldetectoren.

Voor een korstondige observatie moeten de voorwaarden van artikel 47sexies Sv. niet worden nageleefd.¹⁰

Wat de *observatie met gebruik van technische hulpmiddelen* betreft, geldt een bijkomend vereiste. Deze kan enkel worden gemachtigd wanneer er ernstige aanwijzingen zijn dat de strafbare feiten een correctionele hoofdgevangenisstraf van een jaar of een zwaardere straf tot gevolg kunnen hebben.

De Procureur des Konings is niet bevoegd tot machtiging van een *observatie met technische hulpmiddelen om zicht te verwerven in een woning* (art. 56bis lid 2 Sv.). Deze bevoegdheid is voorbehouden aan de onderzoeksrechter in het kader van een gerechtelijk onderzoek. Op grond van artikel 56bis lid 2 Sv. diende aanvankelijk te worden aangenomen dat de observatie met gebruik van technische hulpmiddelen om zicht te verwerven in een woning door de onderzoeksrechter kon worden gelast in het kader van een mini-instructie. Dit vloei- de voort uit de samenlezing van dit artikel met artikel 28septies lid 3 Sv. Het Arbitragehof heeft hier terecht ingegrepen. Vanuit de overweging dat deze maatregel te vergelijken is met de klassieke huiszoeking werd geoordeeld dat de maatregel enkel kan worden toegelaten onder dezelfde voorwaarden, d.i. met tussenkomst van de onderzoeksrechter. Door de observatie met gebruik van technische hulpmiddelen om zicht te verwerven in een woning niet uit te sluiten van het toepassingsgebied van de mini-instructie is er een schending van de artikelen 15 en 22 van de Grondwet. Het Arbitragehof besluit dan ook dat deze maatregel enkel kan worden toegelaten onder dezelfde voorwaarden als degene die gelden in verband met de huiszoeking en het af luisteren van telefoongesprekken en vernietigt artikel 56bis lid 2 Sv., uitsluitend in zoverre het kan worden toegepast in samenhang met artikel 28septies Sv.¹¹

¹⁰ Antwerpen 13 juni 2002, *T. Strafr.* 2003, 135.

¹¹ Arbitragehof 21 december 2004, arrest nr. 202/2004, B.7.1 t/m B.7.8.

Met ingang van 6 januari 2005 kan de onderzoeksrechter nog steeds een machtiging verlenen tot het uitvoeren van een observatie met gebruik van technische hulpmiddelen om zicht te verwerven in een woning. De Procureur des Konings kan deze opsporingstechniek echter niet meer vorderen via de figuur van de mini-instructie.¹²

De machtiging tot observatie wordt in het kader van een opsporingsonderzoek gegeven door de Procureur des Konings. In het kader van een gerechtelijk onderzoek, wordt de machtiging gegeven door de onderzoeksrechter. De machtiging houdt in principe de vermeldingen in die zijn opgesomd in artikel 47sexies §3 Sv. In spoedeisende gevallen kan de machtiging tot observatie ook mondeling worden verstrekt, maar ze moet dan zo spoedig mogelijk schriftelijk worden bevestigd.

Door de leidinghebbende officieren van gerechtelijke politie worden processen-verbaal opgesteld van de verschillende fasen van de uitvoering van de observatie. Hierin wordt verwezen naar de machtiging tot observatie en worden een aantal van de verplichte vermeldingen uit de machtiging vermeld. De originele machtiging hoeft dus niet bij het strafdossier te worden gevoegd. De opgestelde processen-verbaal worden uiterlijk na het beëindigen van de observatie bij het strafdossier gevoegd. In de processen-verbaal worden evenwel geen elementen vermeld die de afscherming van de gebruikte technische hulpmiddelen en positionele onderzoekstechnieken of de vrijwaring van de veiligheid en de afscherming van de identiteit van de informant en de politieambtenaren in het gedrang kunnen brengen.

Daarnaast worden vertrouwelijke verslagen opgesteld van de uitvoering van de observatie, die terechtkomen in het zogenaamde "*vertrouwelijk dossier*". Artikel 47septies Sv. bepaalt in dit verband dat de leidinggevende officier van gerechtelijke politie aan de Procureur des Konings nauwgezet, volledig en waarheidsgetrouw schriftelijk verslag uitbrengt over elke fase in de uitvoering van de observaties waarover hij de leiding heeft. Deze vertrouwelijke verslagen worden rechtstreeks aan de Procureur des Konings verzonden, die ze in een afzonderlijk en vertrouwelijk dossier bewaart in de zin van artikel 47septies Sv.

De Procureur des Konings heeft als enige toegang tot dit dossier. Wel heeft de in voorkomend geval geadieerde onderzoeksrechter een inzagerecht maar hij mag geen gewag maken van de inhoud van het vertrouwelijk dossier, wat vragen oproept bij het nut van een dergelijk "inzagerecht". Partijen in de strafprocedure kunnen evenmin inzage bekomen in het vertrouwelijk dossier. De informatie hiervan kan (uiteraard) niet ten laste van de beklaagde worden gebruikt, en valt onder het beroepsgeheim.

¹² Het Arbitragehof heeft ook hier toepassing gemaakt van artikel 8 van de wet van 6 januari 1989 en de gevolgen van de vernietigde bepalingen gehandhaafd tot de datum van de bekendmaking van het arrest in het Belgisch Staatsblad. Maatregelen uitgevoerd voor die datum van bekendmaking blijven dus geldig. Voor de nog niet uitgevoerde maatregelen, dient een gerechtelijk onderzoek te worden gevorderd.

Het gebrek aan toegang tot het vertrouwelijk dossier voor de onderzoeksrechter en het gebrek aan controle door de onderzoeksrechter of de onderzoeksge-rechten op de wettigheid van de aangewende methoden werden terecht voor het Arbitragehof bekritiseerd.

Het Arbitragehof beslist dat de controle op de wettigheid van de aanwending van bepaalde bijzondere opsporingsmethoden zoals die thans door de wetgever is uitgewerkt, ontoereikend is om na te gaan of de inmenging in de grondrechten verantwoord is, en of niet op onevenredige wijze afbreuk wordt gedaan aan de vereisten van een eerlijk proces. Het Arbitragehof stelt in zijn arrest terecht als uitgangspunt dat in beginsel de vervolgende partij de verplichting heeft om alle bewijselementen mee te delen aan de verdediging, maar dat het recht voor de verdediging om van al deze elementen kennis te nemen niet absoluut is en beperkt kan worden door de afweging van de andere belangen zoals de bescherming van getuigen of de geheimhouding van onderzoeksmethoden. De noodzakelijke inperking van het recht van verdediging moet echter worden gecompenseerd door een procedure die een onafhankelijke en onpartijdige rechter in staat moet stellen de wettigheid van de gebruikte opsporingsmethoden te onderzoeken. Deze controlemogelijkheid werd niet of onvoldoende ingebouwd in de Wet van 6 januari 2003.¹³

De artikelen 47septies (procedure van de observatie), 47sexies §4 en 7, tweede lid (machtiging om een misdrijf te plegen in het kader van de observatie), en 47undecies (optreden van de onderzoeksrechter en van de raadkamer in geval van vervolging), in samenhang gelezen met artikel 56bis Sv., zijn volgens het Arbitragehof uitsluitend door ongrondwettigheid aangetast in zoverre zij niet erin voorzien dat de aanwending van de methoden van observatie (en infiltratie) wordt gecontroleerd door een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Het Hof vernietigt de aangevochten bepalingen in deze mate maar voegt er onmiddellijk aan toe dat de wetgever deze artikelen opnieuw integraal kan overnemen, zowel wat betreft de methoden waarin ze voorzien als wat het vertrouwelijk karakter betreft waarmee ze zijn omgeven, voor zover daaraan de aanwijzing van de rechter wordt toegevoegd, die alle waarborgen van onpartijdigheid biedt en aan wie de wettigheidsstoetsing zal worden toevertrouwd. Het Arbitragehof geeft de wetgever daartoe tot 31 december 2005 de tijd. Tot dan kunnen de maatregelen verder worden aangewend en blijven de gevolgen ervan gehandhaafd.

§3. Infiltratie

De infiltratie in de zin van artikel 47octies Sv. is het door een politieambtenaar, infiltrant genoemd, onder een fictieve identiteit, duurzaam contact onderhouden met één of meerdere personen, waarvan er ernstige aanwijzingen bestaan dat zij strafbare feiten plegen of zouden plegen in het kader van een criminele organisatie of misdaden of wanbedrijven vermeld in artikel 90ter §2 tot 4 Sv.

¹³ Arbitragehof 21 december 2004, arrest nr. 2002/2004, B.26 – B.27.

In uitzonderlijke omstandigheden en mits uitdrukkelijke machtiging van de bevoegde magistraat kan de infiltrant bij een welbepaalde operatie kortstondig een beroep doen op de deskundigheid van een persoon die niet tot de politiediensten behoort, bv. een schilderijenexpert of een diamantair.

De Procureur kan aan de politiedienst machtiging verlenen om bepaalde politionele onderzoekstechnieken aan te wenden. Deze politionele onderzoekstechnieken worden voorzien door het Koninklijk Besluit van 9 april 2003. Het gaat meer bepaald om de pseudokoop, de vertrouwenskoop, de testkoop, de pseudoverkoop, de vertrouwensverkoop, de gecontroleerde aflevering, de gecontroleerde doorlevering en de front store. Deze technieken kunnen enkel worden aangewend door leden van de directie van de speciale eenheden van de federale politie, en enkel binnen het kader van een infiltratie (dus niet als autonome onderzoeksdaad).

Pseudokoop is de techniek waarbij men zich aan een persoon voorstelt of wordt voorgesteld als een potentiële koper van een dienstverlening of van een goed, bedoeld in artikel 42, 1° tot en met 3° Sw., en waarvan deze persoon de eigendom wenst over te dragen voor eigen rekening of voor rekening van een ander. Hierbij kan een zogenaamde "flash-roll" worden gebruikt, dat is het vertonen van een belangrijke geldsom aan potentiële verkopers.

Bij een *vertrouwenskoop* wordt een stap verdergegaan en wordt de eigendom van het goed ook effectief overgedragen, teneinde het vertrouwen van de verkoper te winnen en bijkomende informatie te verzamelen.

Bij een *testkoop* wordt de eigendom effectief overgedragen, teneinde de beweringen van de verkoper en de waarachtigheid van het aangeboden goed te controleren.

De *pseudoverkoop* is de techniek waarbij men zich aan een persoon voorstelt of wordt voorgesteld als een potentiële verkoper van een dienstverlening of van een goed, bedoeld in artikel 42, 1° tot en met 3° Sw.

In geval van een *vertrouwensverkoop* wordt de eigendom effectief overgedragen om het vertrouwen van de koper te winnen en bijkomende informatie te verzamelen.

Bij de *gecontroleerde aflevering* wordt een illegaal transport van goederen of personen, waarvan de politiediensten op de hoogte zijn en waarbij politieambtenaren zelf het illegaal transport uitvoeren en afleveren of daartoe hulp verschaffen, doorgelaten onder de permanente controle van de politiediensten en waarbij de politionele tussenkomst wordt uitgesteld uiterlijk tot op de eindbestemming.

Bij de *gecontroleerde doorlevering* wordt het illegaal transport doorgelaten onder de permanente controle van politiediensten, zonder politionele tussenkomst uiterlijk op de eindbestemming. Een dergelijke gecontroleerde doorlevering is niet toegestaan wanneer het gaat om personen.

De *front store* tot slot is de techniek waarbij door of vanwege de politiediensten één of meerdere bedrijven, desgevallend aan de hand van fictieve gegevens, daadwerkelijk worden opgericht of uitgebaat, door middel waarvan ondersteuning in de vorm van goederen of diensten aan het criminele milieu kan worden aangeboden.

Ook in geval van infiltratie dient een schriftelijke machtiging vanwege de Procureur des Konings voorhanden te zijn die een aantal vermeldingen moet inhouden (art. 47octies §3 Sv.). Op het ogenblik van deze machtiging zal tevens in een afzonderlijke en schriftelijke beslissing van de Procureur een opsomming gegeven worden van eventuele strafbare feiten die door de politiediensten in het kader van de observatie of infiltratie kunnen worden gepleegd. Deze beslissing en de machtiging worden bewaard in het vertrouwelijk dossier.

Het controlesysteem van het vertrouwelijk dossier dat door de wetgever opgezet werd, is vergelijkbaar met datgene dat hoger werd besproken inzake de observatie (artikel 47novies Sv.). Ook hier besliste het Arbitragehof in het arrest van 21 december 2004 dat de controle op de wettigheid van de aanwending van de infiltratie zoals deze door de wetgever werd uitgewerkt ontoereikend is om na te gaan of de inmenging in de grondrechten verantwoord is, en of niet op onevenredige wijze afbreuk wordt gedaan aan de vereiste van een eerlijk proces.¹⁴ Aldus werden de artikelen 47novies Sv. waarin de procedure van de infiltratie is vastgelegd, 47octies §4 en §7 Sv. i.v.m. de machtiging om een misdrijf te plegen in het kader van de infiltratie en 47undecies Sv. i.v.m. het optreden van de onderzoeksrechter en de raadkamer in geval van vervolging, in samenhang gelezen met artikel 56bis Sv., door het Arbitragehof vernietigd omdat ze door ongrondwettigheid zijn aangetast, in zoverre zij er niet in voorzien dat de aanwending van de methode van de infiltratie wordt gecontroleerd door een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Ook hier heeft het Arbitragehof gestipuleerd dat de wetgever tot 31 december 2005 kan voorzien in nieuwe bepalingen, dat de maatregelen intussentijd verder kunnen worden aangewend en dat de gevolgen ervan verder blijven gehandhaafd.

§4. Informantenwerking

Informantenwerking is het onderhouden van regelmatige contacten door een politieambtenaar met een persoon, informant genoemd, waarvan vermoed wordt dat hij nauwe banden heeft met één of meerdere personen, waarvan er ernstige aanwijzingen zijn dat ze strafbare feiten plegen of zouden plegen, en die de politieambtenaar hierover, al dan niet gevraagd, inlichtingen en gegevens verstrekt (art. 47decies Sv.).

De betrokken politieambtenaar wordt *contactambtenaar* genoemd. Het wordt niet uitgesloten dat de informant zelf strafbare feiten heeft gepleegd of behoort tot het crimineel milieu. Bij de politiediensten worden *informantenbeheerders* aangesteld. Er is een nationale informantenbeheerder, die – onder het gezag

¹⁴ Arbitragehof 21 december 2004, arrest nr. 202/2004, B.26 – B.27.

van de federale procureur – toeziet op de naleving van de regelgeving inzake de informantenwerking. Daarnaast wordt per arrondissement een lokale informantenbeheerder aangesteld die – onder het gezag van de Procureur des Konings – een permanente controle uitoefent over de betrouwbaarheid van de informanten en toeziet op de naleving van de regelgeving en de goede werking van de contactambtenaren. De lokale informantenbeheerder brengt de Procureur des Konings op diens verzoek en minstens driemaandelijks algemeen verslag uit over de informantenwerking binnen de gedeconcentreerde gerechtelijke diensten en de lokale politiekorpsen van het arrondissement.

De nationale informantenbeheerder brengt minstens driemaandelijks, of op verzoek, verslag uit aan de federale procureur. Het gaat om een algemeen verslag over de informantenwerking binnen de geïntegreerde politiedienst.

Indien de informantenwerking ernstige aanwijzingen over gepleegde of nog te plegen strafbare feiten aan het licht brengt, wordt hierover door de lokale informantenbeheerder onverwijld en schriftelijk, nauwgezet, volledig en waarheidsgetrouw verslag uitgebracht. De Procureur des Konings kan eventueel de lokale informantenbeheerder bij schriftelijke beslissing verbieden verder te werken op bepaalde informatie die een informant aanbiedt. De verslagen van de informantenbeheerder zijn vertrouwelijk en worden door de Procureur des Konings bewaard in een afzonderlijk vertrouwelijk dossier, waarin de procureur als enige toegang heeft, onverminderd het inzagerecht van de onderzoeksrechter. Het is de Procureur die, in functie van het belang van de aangebrachte informatie en met inachtneming van de veiligheid van de informant, beslist of hiervan proces-verbaal wordt opgesteld. Indien dit proces-verbaal betrekking heeft op een lopend opsporingsonderzoek of gerechtelijk onderzoek, staat de Procureur des Konings in voor de voeging ervan bij dit strafdossier.

Met betrekking tot het vertrouwelijk dossier in verband met de informanten werd eveneens aan het Arbitragehof de vraag gesteld of de wettigheidstoetsing die door de wet in het leven werd geroepen toereikend is. Volgens het Arbitragehof is dit het geval. Het Arbitragehof maakt dus een onderscheid tussen het vertrouwelijk dossier in verband met de observatie en de infiltratie, en het vertrouwelijk dossier in verband met de informantenwerking. Het vertrouwelijk dossier in verband met de informanten bevat in principe geen bewijsstukken die zullen worden aangewend in een later proces. Bovendien stelt het Arbitragehof dat het vertrouwelijk dossier inzake informantenwerking van essentieel belang is om de anonimiteit en dus de veiligheid van de informanten te vrijwaren. Artikel 47decies §5 en 6 Sv. in verband met de verslaggeving en het vertrouwelijk dossier worden dus door het Arbitragehof niet strijdig bevonden met de Grondwet.¹⁵

¹⁵ Arbitragehof 21 december 2004, arrest nr. 202/2004, B.27.2.

II. Andere onderzoeksmethoden voorzien door de Wet van 6 januari 2003

§1. Onderscheppen van post

Bij Wet van 6 januari 2003 werd artikel 46ter Sv. ingevoerd dat een wettelijke grondslag biedt voor het onderscheppen van post.

Op grond hiervan, kan de *Procureur des Konings* bij het opsporen van misdaden en wanbedrijven aan een postoperator toevertrouwde post, bestemd voor of afkomstig van een verdachte of die op hem betrekking heeft, onderscheppen en in beslag nemen. Voorwaarde hiertoe is dat er ernstige aanwijzingen zijn dat de strafbare feiten een correctionele hoofdgevangenisstraf van een jaar of een zwaardere straf tot gevolg kunnen hebben.

Onder post in de zin van artikel 46ter Sv. dient te worden verstaan de brievenpost zoals gedefinieerd in artikel 131, 4° van de Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven. Wellicht is deze verwijzing verkeerd, en wordt bedoeld op artikel 131, 7° van deze wet, dat brievenpost omschrijft als "een op enigerlei fysieke drager aangebrachte schriftelijke mededeling die wordt vervoerd en besteld op het door de afzender op de zending zelf of op de omslag ervan vermelde adres". Elektronische post valt dus duidelijk niet onder deze definitie.¹⁶ De *Procureur des Konings* kan, bij een schriftelijke en met redenen omklede beslissing, de medewerking van een postoperator vorderen teneinde het onderscheppen van post mogelijk te maken.

De *onderzoeksrechter* kan onder dezelfde voorwaarden als de *Procureur des Konings* overgaan tot het onderscheppen en in beslag nemen van aan de post toevertrouwde stukken. Behoudens heterdaad is de *onderzoeksrechter* op grond van artikel 88sexies Sv. de enige die gemachtigd is deze post te openen en kennis te nemen van de inhoud ervan. Daaruit volgt dat de post noch kan worden geopend in het raam van een opsporingsonderzoek, noch in het raam van een proactief onderzoek.

Het Arbitragehof stelt uitdrukkelijk, in zijn arrest van 21 december jl., dat de door de wetgever aan de overheden geboden mogelijkheid om, in het raam van hun opdracht, post te onderscheppen, in beslag te nemen en te openen onder de in de wet vastgestelde voorwaarden niet op onevenredige wijze afbreuk doet aan de rechten van de betrokken persoon (zoals o.m. gewaarborgd door art. 29 van de Grondwet, dat bepaalt dat het briefgeheim onschendbaar is).¹⁷

¹⁶ Deze kan worden onderschept op grond van artikel 90ter Sv.

¹⁷ Arbitragehof 21 december 2004, arrest nr. 202/2004, B.12.1 tot B.12.5.

§2. Inwinnen van bankgegevens

Het nieuwe artikel 46quater Sv. verleent de Procureur des Konings de bevoegdheid om een aantal inlichtingen inzake bankgegevens te vorderen. Dit is enkel mogelijk bij het opsporen van misdaden en wanbedrijven, wanneer er ernstige aanwijzingen zijn dat de strafbare feiten een correctionele gevangenisstraf van een jaar of een zwaardere straf tot gevolg kunnen hebben.

De Procureur des Konings kan meer bepaalde volgende inlichtingen vorderen:

- A. lijst van bankrekeningen van welke aard dan ook waarvan de verdachte titularis, gevolmachtigde of de uiteindelijk gerechtigde is, en, in voorkomend geval alle nadere gegevens hieromtrent;
- B. de bankverrichtingen die in een bepaald tijdvak zijn uitgevoerd op één of meerdere van deze bankrekeningen, met inbegrip van de bijzonderheden betreffende de rekening van herkomst of bestemming.

Ook hier voorziet de wet dat de Procureur des Konings, bij een schriftelijke en met redenen omklede beslissing, de medewerking van de bank- of kredietinstelling kan vorderen teneinde het bekomen van deze inlichtingen mogelijk te maken.

Inbreuken op de medewerkingsplicht worden strafbaar gesteld met gevangenisstraf van acht dagen tot een jaar en met geldboete van 26 euro tot 10.000 euro.

Het Arbitragehof heeft zich in zijn arrest van 21 december jl. ook moeten uitspreken over de grondwettigheid van art. 46quater Sv. Het Hof oordeelde dat de hierin voorziene maatregel, weliswaar een inmenging vormt in het privéleven van niet alleen de geveiseerde persoon maar ook van diegene die financieel contact met hem heeft. Door de strafdrempel te koppelen aan vrij ernstige misdrijven, heeft de wet evenwel de evenredigheidstoets vervat in de artikelen 22 van de Grondwet en 8 EVRM doorstaan.¹⁸

§3. Inkijkoperatie

De inkijkoperatie bestaat in het betreden van een private plaats, buiten medeweten van de eigenaar of zijn rechthebbende of van de bewoner, of zonder hun toestemming, teneinde (1) die plaats op te nemen en zich te vergewissen van de eventuele aanwezigheid van zaken die het voorwerp van het misdrijf uitmaken, die gediend hebben of bestemd zijn tot het plegen ervan of die uit een misdrijf voortkomen, van de vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen, van de goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld of van de inkomsten uit de belegde voordelen; (2) de bewijzen te verzamelen van de aanwezigheid van de zaken bedoeld in (1), of (3) in het kader van een observatie een technisch hulpmiddel te plaatsen als bedoeld in art.

¹⁸ Arbitragehof 21 december 2004, arrest nr. 202/2004, B.17.4.

47sexies §1 Sv. (cfr. *supra*). De wettelijke regels waaraan een dergelijke inkiijkoperatie onderworpen is, zijn vastgelegd door art. 89ter Sv.

Wanneer de private plaats niet wordt betreden maar een technisch hulpmiddel wordt aangewend met het oog op één van de genoemde doelstellingen, wordt dit gelijkgesteld met het betreden van een private plaats.

De inkiijkoperatie kan enkel door de onderzoeksrechter worden bevolen wanneer er ernstige aanwijzingen zijn dat de strafbare feiten een misdrijf vormen dat voorkomt in de limitatieve lijst van misdrijven van artikel 90ter §2 tot 4 Sv. (in verband met af luisteren van telefoongesprekken) of dat gepleegd wordt in het kader van een criminele organisatie.

De inkiijkoperatie is enkel mogelijk wanneer men op basis van precieze aanwijzingen vermoedt dat de hoger vermelde zaken er zich bevinden, dat er bewijzen van kunnen verzameld worden of dat ze gebruikt worden door personen op wie een verdenking rust.

Zoals voor de observatie en de infiltratie, voorziet de wet in dit geval tevens in een subsidiariteitsvereiste.

Op het vlak van de formele voorwaarden, is principieel een schriftelijk en met redenen omkleed bevel van de onderzoeksrechter nodig. In spoedeisende gevallen kan de machtiging evenwel ook mondeling worden verstrekt, mits ze zo spoedig mogelijk schriftelijk en met redenen omkleed wordt bevestigd.

Er werd reeds opgemerkt dat de scheidingslijn tussen de gevallen waarin een inkiijkoperatie mogelijk is en die waarin enkel een huiszoeking kan worden bevolen in bepaalde gevallen zeer vaag zal zijn.

Volgens het systeem van de Wet van 6 januari 2003, is de inkiijkoperatie mogelijk in het kader van een door de Procureur des Konings gevorderde mini-instructie. In zijn arrest van 21 december jl., beslist het Arbitragehof dat het verplichte optreden van de onderzoeksrechter, de ernst van de misdrijven waarvoor de inkiijkoperatie kan worden aangewend en het subsidiariteitsbeginsel dat de aanwending van die methode begrenst, in beginsel waarborgen dat de inbreuk op de rechten van de betrokken personen evenredig is met de doelstelling van efficiënte bestrijding van bepaalde ernstige vormen van criminaliteit. Wel stelt het Arbitragehof terecht vast dat de inkiijkoperatie een maatregel is die, wat betreft de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven, kan worden vergeleken met de klassieke huiszoeking en met het af luisteren en opnemen van privé-communicatie en telecommunicatie toegestaan bij artikel 90ter Sv. De huiszoeking en de af luistermaatregel zijn echter door de wet uitdrukkelijk uitgesloten van de toepassingssfeer van artikel 28septies Sv., in verband met de mini-instructie.

Het Arbitragehof beslist dan ook dat artikel 89ter Sv. moet worden vernietigd, uitsluitend in zoverre het kan worden toegepast in samenhang met artikel 28septies Sv. Het Arbitragehof is dus van oordeel dat de wetgever de inkiijkoperatie uitdrukkelijk moet uitsluiten van de toepassingssfeer van het mini-

onderzoek, waardoor ook deze maatregel enkel mogelijk wordt gemaakt in het kader van een gerechtelijk onderzoek.¹⁹ Wel worden de gevolgen van de vóór 6 januari 2005 overeenkomstig art. 89ter Sv. uitgevoerde maatregelen gehandhaafd.

§4. Direct afluisteren van privé-communicatie- of telecommunicatie

Door een aanvulling in het tweede lid van artikel 90ter §1 Sv., heeft de Wet van 6 januari 2003 het ook mogelijk gemaakt voor politiediensten om binnen te dringen in een woning of in een private plaats teneinde het direct afluisteren van privé-communicatie of telecommunicatie mogelijk te maken, er kennis van te nemen of deze op te nemen met technische hulpmiddelen.

Het Arbitragehof stelt vast dat deze maatregel enkel in het kader van een gerechtelijk onderzoek door de onderzoeksrechter kan worden gemachtigd, en dus door de wetgever werd uitgesloten van het mini-onderzoek. Op dit punt is dus geen kritiek mogelijk tegen de regeling, die bovendien door het Arbitragehof in overeenstemming bevonden wordt met de artikelen 15 en 22 van de Grondwet en 8 EVRM, in de mate de strenge voorwaarden toepasselijk zijn die gelden voor het afluisteren van privé-telecommunicatie en het noodzakelijk was een passend politieel antwoord te bieden op de criminele contrastrategie van de codering van telefoongesprekken die het afluisteren ervan onmogelijk maakt.²⁰

Bibliografie

- BERKMOES, H., DELMULLE, J., "De bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden", *Vigiles (N)* 2004, deel 1: afl. 2, 40-63; *Vigiles (N)* 2004, deel 2: afl. 3, 76-93;
- BERKMOES, H., "De bom ontmijnd. Het arrest van het Arbitragehof m.b.t. de Wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden", *Vigiles*, 2005, nog te verschijnen;
- DE RUE, M., "La loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête: premiers commentaires", *R.D.P.* 2003, afl. 9-10;
- DE RUE, M., DE VALKENEER, C., "Les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête. Commentaire de la loi du 6 janvier 2003 et de ses arrêtés d'application", *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, nr. 44;
- JACOBS, A., "La loi du 6 janvier 2003, concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête", *Rev. Dr. ULg.* 2004, afl. 1, 13-132;
- MEESE, J., "Bijzondere opsporingsmethoden en andere onderzoeksmethoden", *NjW* 2003, afl. 47, 1134-1153;

¹⁹ Arbitragehof 21 december 2004, arrest nr. 202/2004, B.13.1 – B.13.10.

²⁰ Arbitragehof 21 december 2004, arrest nr. 202/2004, B.15.2 en B.15.3.

VAN CAUWENBERGHE, K., "De bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden. Eindelijk een wettelijk kader voor omstreden technieken", *TVW* 2003, afl. 8, 398-403;

VAN DROMME, S., DE ROY, C., "De 'dark side' van de bijzondere opsporingsmethoden: over de onmogelijke rechterlijke controle op het vertrouwelijk dossier", *TvMR* 2004, afl. 1, 12-15;

Deel 2. Wet van 26 maart 2003 houdende oprichting van een centraal orgaan voor de inbeslagneming en de verbeurdverklaring²¹

Bij wet van 26 maart 2003 werd er binnen het Openbaar Ministerie een centraal orgaan voor de inbeslagneming en verbeurdverklaring opgericht. Dit centraal orgaan is ermee belast de gerechtelijke overheden bij te staan bij de opsporing, de vervolgediging en het onderzoek van misdrijven en bij de strafuitvoering op het vlak van de inbeslagneming van vermogensvoordelen, het uitvoeren van de strafvordering die de bijzondere verbeurdverklaring van vermogensvoordelen tot voorwerp heeft, en de tenuitvoerlegging van definitieve beslissingen houdende bevel tot bijzondere verbeurdverklaring van zulke goederen.

Voor de praktijk zijn vooral de *taken van het COIV i.v.m. het beslag in strafzaken* van belang. Enerzijds zal het COIV een gecentraliseerd en geïnformeerd gegevensbeheer voeren m.b.t. de inbeslagneming, met inbegrip van de bewaring of de opslag van deze gegevens. De Procureur des Konings en de onderzoeksrechter – of de politiediensten onder hun verantwoordelijkheid – zijn ertoe gehouden het COIV in kennis te stellen van de genomen maatregelen inzake beslag en van alle verder genomen beslissingen. Anderzijds zorgt het COIV op verzoek van de Procureur of de onderzoeksrechter voor het bijzonder beheer van in beslag genomen goederen en in voorkomend geval ook voor de vervreemding ervan. Het COIV zorgt voor het "waardevast beheer" van de aan misdrijven verbonden vermogensbestanddelen die in beslag werden genomen. Dit betekent dat het COIV instaat voor de bewaring of de opslag van in beslag genomen goederen overeenkomstig de hiertoe beschikbare en haalbare middelen, met het oog op de teruggave of de verbeurdverklaring ervan in een staat die redelijkerwijze vergelijkbaar is met de staat ervan ten tijde van de inbeslagneming, ofwel zorgt voor de vervreemding van de in beslag genomen goederen, waarbij het beslag blijft rusten op de verkregen opbrengst (art. 6 van de wet van 26 maart 2003). Daarnaast staat het COIV ook in voor het beheer van in beslag genomen geldsommen die het ontvangt. Wanneer de sommen zijn toevertrouwd aan een financiële instelling of aan een bijzondere beheerder,

²¹ Wet van 26 maart 2003 houdende oprichting van een Centraal orgaan voor de inbeslagneming en de verbeurdverklaring en houdende bepalingen inzake het waardevast beheer van in beslag genomen goederen en de uitvoering van bepaalde vermogenssancties, *B.S.* 2 mei 2003.

vallen ze in principe niet onder de bevoegdheid van het COIV, maar kan de Procureur des Konings of de onderzoeksrechter het COIV verzoeken in te staan voor het verder beheer van de gelden. Het COIV kan ook worden gevraagd het beheer te doen van effecten op naam of aan toonder of van andere goederen die een bijzonder beheer behoeven.

Door de wet van 26 maart 2003 werd hieraan een *nieuwe procedure* gekoppeld, die ingevoerd is in de artikelen 28octies en 61sexies van het Wetboek van Strafvordering. Op basis van deze artikelen kan iemand die geschaad wordt door een opsporingshandeling of een onderzoekshandeling m.b.t. zijn goederen, aan de Procureur des Konings of aan de onderzoeksrechter vragen dat deze het COIV de *toelating* geeft om *tot gehele of gedeeltelijke vervreemding* van deze goederen over te gaan, of dat hij ze zou *teruggeven tegen zekerheidstelling*. Onder vervreemding wordt verstaan, de verkoop van de in beslag genomen goederen of de omzetting daarvan in andere waarden. De zekerheidstelling bestaat in de storting van geldwaarden door de persoon tegen wie de inbeslagneming is gedaan of een derde, of in de verbintenis van een derde, of in de verbintenis van een derde als borg.

Het verzoekschrift overeenkomstig de artikelen 28octies en 61sexies wordt ingediend zoals bij het "strafrechtelijk kort geding". Wel bepaalt de wet uitdrukkelijk dat het initiatief tot vervreemding of zekerheidstelling ook kan worden genomen door het COIV, door de Procureur des Konings of door de onderzoeksrechter. In deze hypothese kan de vervreemding enkel betrekking hebben op goederen waarvan de opslag zelfs gedurende een beperkte tijd kan leiden tot een aanzienlijke waardevermindering of waarvan de kosten van bewaring niet in een redelijke verhouding staan tot hun waarde. Bovendien moet het gaan om goederen die vervangbaar zijn, en moet de tegenwaarde ervan op eenvoudige wijze bepaalbaar zijn.

De wet voorziet in een vrij complexe procedure van kennisgeving aan de personen ten laste van wie en in wier handen het beslag werd gelegd en aan de personen die zich blijkens het dossier uitdrukkelijk kenbaar hebben gemaakt als zijnde geschaad. Bij onroerend beslag moeten de hypothecaire schuldeisers worden verwittigd. Deze ingelichte personen, en alle door het beslag benadeelde personen, kunnen bezwaar aantekenen binnen vijftien dagen na de verzending van de kennisgeving. De Procureur of de onderzoeksrechter doet uitspraak uiterlijk binnen een maand na het verstrijken van de termijn om bezwaar in te dienen, d.w.z. binnen een maand en vijftien dagen na de datum van verzending van de kennisgeving. Tegen deze beslissing kan hoger beroep worden aangetekend door de personen aan wie de kennisgeving door de Procureur des Konings of de onderzoeksrechter wordt gericht, door het COIV en door alle personen die geschaad worden door de beslagmaatregel. Hierover wordt uitspraak gedaan door de Kamer van Inbeschuldigingstelling. Ook in geval van niet-tijdige beslissing hebben de personen aan wie de kennisgeving van de Procureur of de onderzoeksrechter was gericht of die hun bezwaren hebben laten kennen, en het COIV, het recht zich te wenden tot de Kamer van Inbeschuldigingstelling.

Tot slot kan nog worden opgemerkt dat een analoge procedure aan deze van artikel 28octies Sv. is terug te vinden in artikel 21, 3° van de wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, zoals gewijzigd door de wet van 19 maart 2003. Krachtens deze bepaling kan de Procureur des Konings het COIV toelaten om door de directeur van registratie en domeinen te laten overgaan tot de vervreemding van een motorvoertuig dat in beslag werd genomen wegens niet verzekerd rijden, wanneer het beslag langer dan twee maanden duurt.

Bibliografie

BROUCHER, M. en ROME, C., « Het centraal orgaan voor de inbeslagneming en de verbeurdverklaring, een nieuw openbaar ministerie? » in DE SAMBLANX, M., DE BIE, B. en WAETERINCKX, P. (ed.), *De Wet van 19 december 2002 tot uitbreiding van de mogelijkheden tot inbeslagneming en verbeurdverklaring in strafzaken. Kaalpluk: haarpluk?*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 246 p.;

FRANCIS, E., "Forum van het COIV", *T. Straft*: 2004, 156-159;

FRANCIS, E., "Het beheer en de beschikking over goederen in strafzaken. Bestaande en nieuwe regels", in VANDERMEERSCH, D., DEJEMEPPE, B., FRANCIS, E., ROME, M., KLEES, O. en VERMEULEN, G., *Beslag en verbeurdverklaring van criminele voordelen*, 330 p.;

WAETERINCKX, P., DE MEULENAER, S., CABOOR, P., "Het strafrechtelijk beslag sinds 24 februari 2003. Een nieuwe mijlpaal in het buitgericht rechercheren. Een analyse vanuit de invalshoek van het 'ondernemingsstrafrecht'", in DE SAMBLANX, M., DE BIE, B. en WAETERINCKX, P. (ed.), *De Wet van 19 december 2002 tot uitbreiding van de mogelijkheden tot inbeslagneming en verbeurdverklaring in strafzaken. Kaalpluk: haarpluk?*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 246 p.

Deel 3. Het Europees aanhoudingsbevel

Door de Wet van 19 december 2003 betreffende het Europees aanhoudingsbevel²², die in werking getreden is op 1 januari 2004, heeft de Belgische wetgever het Kaderbesluit van de Europese Raad dd. 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedure van overlevering tussen lidstaten omgezet in nationale wetgeving.

Bedoeling is dat binnen de Europese Unie de uitlevering tussen regeringen – met tussenkomst van de uitvoerende macht – zou worden afgeschaft en vervangen door een quasi automatische overlevering tussen de gerechtelijke overheden van de lidstaten. De klassieke uitlevering van het internationaal recht maakt op die manier plaats voor de uitvoering door Belgische gerechtelijke en politiediensten van het bevel van een buitenlands magistraat.

²² Wet van 19 december 2003 betreffende het Europees aanhoudingsbevel, B.S. 22 december 2003.

Tot op heden hebben enkel Italië en Estland het Europees Kaderbesluit nog niet omgezet. Voor de betrekkingen met deze lidstaten blijven de uitleveringswet van 15 maart 1874 of de bestaande verdragen op het vlak van uitlevering van toepassing.²³

In artikel 2 §3 van de nieuwe wet wordt het Europees aanhoudingsbevel omschreven als "een gerechtelijke beslissing genomen door de bevoegde rechterlijke autoriteit van een lidstaat van de EU, uitvaardigende lidstaat genaamd, met het oog op de aanhouding en de overlevering door de bevoegde rechterlijke autoriteit van een andere lidstaat, uitvoerende autoriteit genaamd, van een persoon gezocht met het oog op de instelling van de strafvervolgning of de tenuitvoerlegging van een vrijheidsbenemende straf of veiligheidsmaatregel".

Net zoals dit het geval is voor de vroegere uitlevering, kan een onderscheid worden gemaakt tussen de actieve en de passieve overdracht, al naargelang de Belgische gerechtelijke overheden zelf een Europees aanhoudingsbevel uitvaardigen dan wel er één ontvangen.

I. De actieve overdracht: het uitvaardigen van een Europees aanhoudingsbevel door Belgische overheden

Een Europees aanhoudingsbevel kan worden uitgevaardigd met het oog op vervolging of met het oog op de tenuitvoerlegging van een straf. Betreft het de vervolging van een verdachte, dan is de onderzoeksrechter de bevoegde overheid om een Europees aanhoudingsbevel uit te vaardigen. Voor de tenuitvoerlegging van een straf is de Procureur des Konings de bevoegde overheid.

De vormvoorwaarden van artikel 16 van de Voorlopige Hechteniswet zijn niet van toepassing. Zoals het oorspronkelijk Europees Kaderbesluit voorzag, bepaalt de wet de vorm die een Europees aanhoudingsbevel dient aan te nemen en de verschillende gegevens die erin moeten vermeld worden (art. 2 §4 van de wet).

De Belgische overheden kunnen een Europees aanhoudingsbevel uitvaardigen wegens feiten die volgens de Belgische strafwet gestraft worden met een vrijheidsbenemende straf of veiligheidsmaatregel met een maximale duur van tenminste twaalf maanden. Gaat het om een reeds uitgesproken straf, dan volstaat het dat deze straf of veiligheidsmaatregel minstens vier maanden bedraagt. Wanneer de Belgische overheid de plaats kent waar de betrokken persoon zich bevindt, kan het Europees aanhoudingsbevel rechtstreeks worden toegezonden aan de buitenlandse rechterlijke overheid die voor de tenuitvoerlegging ervan bevoegd is. Om uit te maken wie precies bevoegd is binnen de uitvoerende staat, kunnen de onderzoeksrechter of de Procureur des Konings beroep doen op de website van het Secretariaat-generaal van de Raad van de Europese Unie en het Europees justitieel netwerk. Wanneer de uitvaardigende

²³ Cass. 26 mei 2004, P.04.0772.F.

gerechtelijke overheid niet weet waar de betrokken persoon zich bevindt, kan via het Schengen-informatiesysteem worden gesignaleerd dat tegen de betrokkene een Europees aanhoudingsbevel is uitgevaardigd. Hiertoe kan ook het Interpol-systeem worden gebruikt.

Wanneer door een onderzoeksrechter een Europees aanhoudingsbevel wordt uitgevaardigd, is hiertegen geen enkel rechtsmiddel mogelijk in België. Hier gelden de regels van de Belgische Voorlopige Hechteniswet. Dit betekent dat zodra een persoon op basis van een door een Belgische onderzoeksrechter uitgevaardigd Europees aanhoudingsbevel naar België is overgedragen, dezelfde procedure zal moeten gevolgd worden als degene die vroeger gold na de aflevering van een bevel tot aanhouding bij verstek. Dit betekent concreet dat twee mogelijkheden zich kunnen voordoen. Ofwel wordt de betrokkene gevonden na de afsluiting van het onderzoek. Dan wordt hij in uitvoering van het Europees aanhoudingsbevel opgesloten, en is enkel de procedure van de voorlopige invrijheidsstelling door het vonnisgerecht nog relevant. Owel wordt de verdachte gevonden vóór de afsluiting van het gerechtelijk onderzoek. Dan moet hij door de onderzoeksrechter worden ondervraagd. De onderzoeksrechter kan de betrokkene in vrijheid stellen. Wanneer hij meent dat de betrokkene aangehouden moet blijven, zal de onderzoeksrechter een bevel tot aanhouding afleveren dat aan de verdachte moet worden betekend binnen de 24 uur volgende op de overdracht aan België en dat aan alle grond- en vormvoorwaarden van de Voorlopige Hechteniswet zal moeten voldoen. De duur van de in het buitenland ondergane vrijheidsberoving wordt in mindering gebracht van de hechtenis die de betrokken persoon in België – op grond van zijn veroordeling – moeten ondergaan.

Net zoals in het uitleveringsrecht, geldt voor het Europees aanhoudingsbevel het specialiteitsbeginsel, hetgeen betekent dat de overgeleverde persoon niet kan worden vervolgd, veroordeeld of van zijn vrijheid beroofd wegens enig ander voor de overlevering begaan feit dan hetgene waarvoor de overlevering op basis van het Europees aanhoudingsbevel is toegestaan. Artikel 37 §2 van de wet voorziet hierop evenwel zes uitzonderingen, waaronder de hypothese waarin de betrokkene heeft ingestemd met zijn overlevering en tegelijkertijd heeft afgezien van de mogelijkheid om een beroep te doen op het specialiteitsbeginsel.

II. De passieve overdracht: de behandeling van een buitenlands Europees aanhoudingsbevel door Belgische overheden

Wanneer de Belgische overheden gevraagd worden om een Europees aanhoudingsbevel ten uitvoer te leggen en dus om iemand in België van zijn vrijheid te beroven, zal hieraan in beginsel gevolg moeten worden gegeven. De basisfilosofie die aan het systeem van de Europese aanhouding ten grondslag ligt, bestaat er immers precies in dat de verschillende lidstaten de gerechtelijke beslissingen van een andere lidstaat erkennen en ten uitvoer leggen alsof het om be-

slissingen van de eigen gerechtelijke overheden gaat. De overlevering moet dan ook worden toegestaan, tenzij één van de volgende – verplichte of facultatieve – weigeringsgronden van toepassing is.

§1. Verplichte weigeringsgronden

Artikel 4 van de Wet stelt voorop dat de tenuitvoerlegging wordt geweigerd:

- wanneer voor het strafbare feit waarop het aanhoudingsbevel betrekking heeft, in België een amnestiewet geldt voor zover krachtens de Belgische wet vervolging wegens de feiten kon ingesteld worden,
- wanneer de gezochte persoon onherroepelijk door een lidstaat is berecht voor dezelfde feiten en, in geval van veroordeling, de sanctie is ondergaan of wordt ondergaan, of wanneer de sanctie niet meer kan worden ondergaan,
- wanneer ten aanzien van de betrokken persoon wegens dezelfde feiten een andere beslissing is genomen die de vervolging belet,²⁴
- wanneer de betrokken persoon, gelet op zijn leeftijd krachtens het Belgisch recht nog niet strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor de betreffende feiten,²⁵
- wanneer de strafvordering of de straf volgens de Belgische wet is verjaard en de Belgische gerechten bevoegd zijn om kennis te nemen van de feiten,²⁶
- wanneer er ernstige reden bestaan te denken dat de tenuitvoerlegging afbreuk zou doen aan de fundamentele rechten van de betrokken persoon, zoals die worden bevestigd door art. 6 E.V.R.M.,²⁷
- wanneer het betreffende feit niet voldoet aan de voorwaarde van de dubbele incriminatie – strafbaarheid in het verzoekende én uitvoerende land-, behalve wanneer het gaat om een feit dat valt onder de lijst van 32 in artikel 2 van het Kaderbesluit opgesomde strafbare feiten (in welk geval de dubbele incriminatievoorwaarde niet mag gesteld worden als in de uitvaardigende lidstaat op het feit een vrijheidsstraf staat met een maximum van tenminste drie jaar),²⁸

§2. Facultatieve weigeringsgronden

Overeenkomstig artikel 6 van de Wet kan de uitvoerende rechterlijke autoriteit de tenuitvoerlegging weigeren:

²⁴ Deze weigeringsgrond was in het oorspronkelijke Kaderbesluit een facultatieve weigeringsgrond, die door België verplicht is gemaakt.

²⁵ Zie Cass. 24 augustus 2004, P.04.1211.N m.b.t. een buitenlands bevel aan België overgemaakt.

²⁶ In het oorspronkelijke Kaderbesluit is de verjaring een facultatieve weigeringsgrond.

²⁷ Deze weigeringsgrond was in het oorspronkelijke Kaderbesluit niet opgenomen.

²⁸ In het oorspronkelijke Kaderbesluit was de dubbele incriminatie een facultatieve weigeringsgrond.

- wanneer de betrokken persoon in België wordt vervolgd wegens dezelfde feiten,
- wanneer een Belgische rechterlijke autoriteit heeft beslist geen vervolging in te stellen voor dezelfde feiten of een einde te maken aan die vervolging,
- wanneer blijkt dat de gezochte persoon door een derde land onherroepelijk is berecht voor dezelfde feiten, met dien verstande dat, in geval van veroordeling, de sanctie is ondergaan, of op dat tijdstip wordt ondergaan dan wel niet meer ten uitvoer kan worden gelegd volgens het recht van de staat waarin de veroordeling is uitgesproken,
- wanneer, ingeval van een Europees aanhoudingsbevel gericht op de tenuitvoerlegging van een straf of een veiligheidsmaatregel, de betrokken persoon Belg is of in België verblijft, en de bevoegde autoriteiten zich ertoe verbinden die straf of veiligheidsmaatregel overeenkomstig de Belgische wet uit te voeren,
- wanneer de feiten geheel of gedeeltelijk zijn gepleegd op Belgisch grondgebied of op een plaats die met dat grondgebied wordt gelijkgesteld,
- wanneer de feiten gepleegd zijn buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat en het Belgische recht niet voorziet in de vervolging voor deze feiten gepleegd buiten het Belgische grondgebied.

Er kan worden opgemerkt dat de Wet op het Europees aanhoudingsbevel niet voorziet in een algemene weigeringsgrond van nationaliteit. Dit betekent dat België er in beginsel toe gehouden is zijn eigen onderdanen uit te leveren.

§3. Verdere procedure

A. Aanhouding en voorlopige hechtenis

De arrestatie van de persoon tegen wie een Europees aanhoudingsbevel bestaat, verloopt volgens de vereisten van artikel 2 van de Voorlopige Hechteniswet. Dit betekent dat de beslissing tot vrijheidsbeneming enkel door de Procureur des Konings kan worden genomen. In afwachting hiervan kan de politie evenwel bewarende maatregelen treffen.

Vooraf dient rekening te worden gehouden met het vereiste van artikel 2 V.H.W., volgens hetwelk de gearresteerde persoon binnen de 24 uur na zijn vrijheidsbeneming voor de onderzoeksrechter dient te worden gebracht. De onderzoeksrechter is ertoe gehouden de betrokken persoon te verhoren, en hierna een beschikking te nemen. De onderzoeksrechter kan de aanhouding van de betrokkene gelasten, de invrijheidstelling onder voorwaarden bevelen of de invrijheidstelling met borgsom bevelen. De geldigheidsduur van deze beschikking is niet zoals in intern recht beperkt tot 5 dagen maar blijft gevolgt hebben tot aan de beslissing tot tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel. Tegen de beslissing van de onderzoeksrechter staat geen rechtsmiddel open.

Naast de beslissing over de aanhouding van de persoon na zijn eerste verhoor, beslist de onderzoeksrechter ook over de handhaving van de hechtenis gedu-

rende de procedure tot de definitieve beslissing over de tenuitvoerlegging. De bevoegdheid die in intern recht toekomt aan de onderzoeksgerechten wordt dus hier uitgeoefend door de onderzoeksrechter. De onderzoeksrechter kan de betrokkene van ambtswege of op zijn verzoek in vrijheid stellen onder voorwaarden of tegen borgstelling.

De beslissing van het onderzoeksgerecht om het Europees aanhoudingsbevel uit te voeren levert de titel van vrijheidsbeneming op tot aan de daadwerkelijke overlevering van de persoon. In deze beslissing kan wel worden voorzien in een voorwaardelijke invrijheidstelling of invrijheidstelling tegen borgstelling, in afwachting van de daadwerkelijke overlevering van de persoon. In een arrest van 29 september 2004 heeft het Hof van Cassatie beslist dat er geen hoger beroep mogelijk tegen de beschikking van de raadkamer die beslist dat er geen reden is het verzoek tot invrijheidstelling in te willigen wanneer ze uitspraak doet over de tenuitvoerlegging van het aanhoudingsbevel.²⁹

Indien beslist wordt het Europees aanhoudingsbevel niet uit te voeren, wordt de betrokken persoon in vrijheid gesteld.

B. Beslissing over de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel

Naast de beslissing over de aanhouding van de persoon, kan de onderzoeksrechter beslissen dat het Europees aanhoudingsbevel niet wordt ten uitvoer gelegd wegens de aanwezigheid van een kennelijke weigeringsgrond. Een dergelijke beslissing kan uiteraard genomen worden wanneer sprake is van de hoger opgesomde verplichte weigeringsgronden, maar ook op basis van de facultatieve weigeringsgronden.

Het Openbaar Ministerie beschikt wel over een beroepsmogelijkheid tegen de beslissing van de onderzoeksrechter. Het O.M. kan binnen 24 uur te rekenen vanaf de dag van de beslissing van de onderzoeksrechter, beroep instellen bij de Kamer van Inbeschuldigingstelling. Deze is ertoe gehouden binnen 15 dagen na de instelling van het hoger beroep uitspraak te doen, na een tegensprekelijk debat waarin de Procureur generaal en de betrokken persoon en/of zijn raadsman worden gehoord. Tegen de beslissing van de Kamer van Inbeschuldigingstelling is een voorziening in cassatie mogelijk.

Indien de persoon instemt met de overlevering vindt een vereenvoudigde procedure plaats. De instemming wordt door de Procureur des Konings opgetekend in een proces verbaal, in aanwezigheid van de betrokkene en zijn raadsman. De instemming kan in ieder stadium van de procedure worden gegeven en kan worden ingetrokken tot op het tijdstip van de daadwerkelijke overlevering van de betrokkene.

²⁹ Cass. 29 september 2004, P.04.1278.F.

Indien de onderzoeksrechter geen kennelijke grond tot weigering vaststelt en de betrokkene niet met zijn overlevering instemt, wordt de beslissing tot tenuitvoerlegging door de Raadkamer genomen, op verslag van de onderzoeksrechter en na een tegensprekelijk debat waarin de Procureur des Konings en de betrokkene of zijn raadsman worden gehoord. De raadkamer is ertoe gehouden binnen 15 dagen uitspraak te doen, te rekenen vanaf de aanhouding. In geval de raadkamer geen uitspraak doet binnen de 15 dagen, moet de onderzoeksrechter de invrijheidstelling van de persoon gelasten, behoudens hoger beroep van het Openbaar Ministerie binnen 24 uur te rekenen van deze beschikking. Over dit hoger beroep wordt uitspraak gedaan door de Kamer van Inbeschuldigingstelling.

Wat betreft de modaliteiten van de verschijning (inzage in het dossier, wijze van oproeping ...) gelden dezelfde regels als in een procedure tot handhaving van de voorlopige hechtenis van de V.H.W.

Voor de raadkamer kan een tegensprekelijk debat worden gevoerd omtrent de voorwaarden voor het uitvaardigen van een Europees aanhoudingsbevel, het voorhanden zijn van de weigeringsgronden, etc.

Tegen de beschikking van de raadkamer is hoger beroep mogelijk, dat moet worden ingesteld binnen een termijn van 24 uur vanaf de betekening van de beschikking. Over dit hoger beroep wordt door de Kamer van Inbeschuldigingstelling uitspraak gedaan binnen 15 dagen na de instelling ervan.

Tegen het arrest van de Kamer van Inbeschuldigingstelling staat cassatieberoep open, zowel voor de betrokkene als voor het Openbaar Ministerie.

Wanneer de beslissing omtrent de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel definitief is, wordt deze door het Openbaar Ministerie aan de betrokken persoon en aan de uitvaardigende rechterlijke overheid betekend. Het Openbaar Ministerie staat dan verder in voor de overlevering van de betrokkene aan de uitvaardigende staat.

Bibliografie

BARBE, E., « Une triple étape pour le troisième pilier de l'Union européenne: mandat d'arrêt européen, terrorisme et Eurojust », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 2002, nr. 454.

BENOIT, L., « Le mandat d'arrêt européen », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 2003, nr. 465.

BLEXTON, R., « Europees arrestatiebevel », *N.J.B.* 2002, pp. 1058-1061.

BRAEM, A., BILQUIN, B., « Het Europees aanhoudingsbevel. Een belangrijk instrument van de Europese gerechtelijke en politieke samenwerking in strafzaken. », *Vigiles* 2003, afl.3, pp. 86-98.

DEJEMEPPE, B., « La loi du 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen », *J.T.* 2004, 111 –115.

FLORE, D., « Le mandat d'arrêt européen: première mise en œuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne », *J.T.* 2002, 273 à 281.

GOOSSENS, F., "Nieuwe wetgeving met betrekking tot de strijd tegen het terrorisme: het Europees arrestatiebevel en de omschrijving van terroristische misdrijven", *TVW* 2004, afl. 3, 80-83.

MASSET, A., "L'extradition", *R.D.P.*, 2002, 211-248.

MONVILLE, P., « Le mandat d'arrêt européen: remise en cause du mécanisme de la simple remise », *J.T.D.E.* 2003, 168-172.

SMEULERS, A. en DE VRIES, J., « Het Europees aanhoudingsbevel: gerechtvaardigd vertrouwen? », *N.J.C.B.-Bulletin* 2003, 428-460.

STESSENS, G., "Het Europees aanhoudingsbevel. De wet van 19 december 2003", *R.W.* 2004-05, 561-581.

SWART, A., *Een ware Europese rechtsruimte, wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen in de Europese Unie.*, Gouda Quint, Deventer, 2001, 34 p.

VERMEULEN, G., « Over terreurbestrijding en de versnelde afbouw van fundamentele rechten bij de overlevering van verdachten en veroordeelden in de Europese unie. », in BRIJS, B., CUYPERS, D., DEBERSAQUES, G., VANHEULE, D. *Migratie en migrantenrechten. Recente ontwikkelingen. Deel 8. Procedures en contentieux in het vreemdelingenrecht*, Die Keure, Brugge, 2003, 203 p.

WATTIER, I., " Une euromesure de contrainte: le mandat d'arrêt européen », *Journal du juriste* 2002, liv. 8, 4.

WINANTS, A., « Het Europees aanhoudingsbevel », *R.A.B.G.* 2004, afl.3, 183-188.

Deel 4. Sanctionering van onregelmatigheden bij de bewijsverkrijging

In de Belgische rechtspraak wordt traditioneel aangenomen dat onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal op geen enkele wijze mag dienen voor het bewijs van een ten laste gelegd misdrijf.³⁰ Volgens vaste cassatierechtspraak kan een onrechtmatig bewijs noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks enig gevolg hebben. De vonnisrechter die vaststelt dat een bewijselement door een onrechtmatigheid is aangetast, dient dit bewijselement uit de debatten te weren.³¹ Op het niveau van het onderzoeksgerecht gelden sedert de inwerkingtreding van de Wet Franchimont de artikelen 131 §2 en 235bis §6 van het Wetboek van Strafvordering, op grond waarvan de raadkamer en de Kamer van Inbeschuldigingstelling de stukken die voortvloeien uit een onregelmatigheid nietig kunnen verklaren en fysisch laten verwijderen uit het strafdossier (het systeem van de zuivering van nietigheden).

Aldus wordt in ons strafprocesrecht al decennia lang de zogenaamde "exclusionary rule" gehuldigd, die inhoudt dat onrechtmatig verkregen bewijs niet mag dienen voor het bewijs van een misdrijf en dus moet worden uitgesloten.

³⁰ Cass. 12 maart 1923, *Pas.* 1923, I, 233.

³¹ Cass. 20 januari 1999, *A.C.* 1999, nr. 31.

In het zogenaamde "Antigoon" arrest van 14 oktober 2003 breekt het Hof van Cassatie met deze rechtspraak. Het Hof van Cassatie beslist dat de rechter een onrechtmatig verkregen bewijselement in principe slechts in drie gevallen buiten beschouwing moet laten bij het vormen van zijn overtuiging, nl.:

- wanneer de naleving van bepaalde vormvoorwaarden voorgeschreven wordt op straffe van nietigheid
- wanneer de begane onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast
- wanneer het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces.

Dit betekent dat bewijsuitsluiting voortaan niet langer de regel is.

Wanneer sprake is van onrechtmatige bewijsgaring, moet worden nagegaan of één van de drie beschreven hypothesen aan de orde is. In een arrest van 23 maart 2004 heeft het Hof van Cassatie inmiddels gepreciseerd dat onrechtmatig verkregen bewijselementen *alleen* in de drie zojuist beschreven gevallen kunnen worden uitgesloten.³²

Het toepassingsgebied van de bewijsuitsluitingsregel is derhalve voortaan beperkt tot de hierna besproken hypothesen (die alternatief zijn en dus niet moeten beschouwd worden als cumulatieve voorwaarden). In alle andere gevallen kan de strafrechter rekening houden met bewijselementen die op onrechtmatige wijze werden verkregen.

I. Op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvoorwaarden

Indien de wetgever een vormvoorwaarde in het strafprocesrecht op straffe van nietigheid heeft voorgeschreven, leidt het overtreden van de procesregel zeker tot bewijsuitsluiting. Dit is zelfs zo wanneer het niet-naleven van de vormregel niet meteen de betrouwbaarheid van het bewijs aantast, of strijdig is met het recht op een eerlijk proces.

De meeste vormvoorschriften in het strafprocesrecht zijn echter niet op straffe van nietigheid voorgeschreven.

Om deze reden besliste het Hof van Cassatie traditioneel dat de strafrechter bewijselementen ook kon uitsluiten wanneer deze verkregen werden met miskenning van een algemeen rechtsbeginsel of een "substantieel" vormvoorschrift. Na het Antigoonarrest schreven een aantal auteurs dat er geen bewijsuitsluiting meer zou zijn in geval van miskenning van deze substantiële – d.w.z. door de rechtspraak als wezenlijk beschouwde – vormen. Uitsluiting zou enkel nog mogelijk zijn wanneer de betrouwbaarheid van het bewijselement

³² Cass. 23 maart 2004, *R.A.B.G.* 2004, 1061, noot F. SCHUERMANS, P.04.0012.N.

hierdoor is aangetast, of wanneer het gebruik van het bewijs strijdig is met het recht op een eerlijk proces.³³

Het Hof van Cassatie heeft inmiddels de gelegenheid genomen zijn rechtspraak te preciseren. In een arrest van 16 november 2004 beslist het Hof dat noch uit artikel 6 EVRM, noch uit artikel 8 EVRM, noch uit enige grondwettelijke of wettelijke bepaling kan worden afgeleid dat bewijs dat met miskenning van een door het EVRM of door de Grondwet gewaarborgd grondrecht werd verkregen, altijd ontoelaatbaar is.³⁴ Hiermee lijkt ook een antwoord te zijn gegeven op de vraag naar het lot van het bewijsmiddel dat verkregen werd met miskenning van een "substantieel" vormvoorschrift. Dergelijke miskenning zal enkel nog gesanctioneerd worden als één van de volgende twee hypothesen aan de orde is.

II. De betrouwbaarheid van het bewijs is aangetast

De tweede hypothese waarin volgens het Hof van Cassatie bewijsuitsluiting dient te volgen, is deze waarin de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast.

Door dit criterium brengt het Hof van Cassatie de wettigheid van de bewijsverkrijging in verband met de bewijswaardering, die traditioneel wordt overgelaten aan de "intieme overtuiging" van de strafrechter.

Deze bewijswaardering, of de mate waarin de rechter geloof hecht aan een bepaald bewijselement, wordt gekoppeld aan het feit dat een onwettelijke of onrechtmatige handeling werd gepleegd bij de bewijsverkrijging.

In de rechtsleer werd terecht opgemerkt dat het door het Hof van Cassatie aangegeven criterium van de betrouwbaarheid vooral een rol zal spelen in de gevallen waarbij de bewijsverkrijging wettelijk is geregeld, zoals bijvoorbeeld bij een bloedafname.³⁵ Indien de voorgeschreven werkwijze niet op straffe van nietigheid is opgelegd zou de strafrechter kunnen oordelen dat de betrokken onwettelijkheid niet leidt tot bewijsuitsluiting omdat de betrouwbaarheid van het bewijs niet is aangetast.

De rechter kan evenwel ook beslissen dat de betrouwbaarheid van het bewijs wel degelijk is aangetast door de onwettelijke of onrechtmatige handeling. De sanctionering van de onrechtmatigheid wordt aldus overgelaten aan de intieme overtuiging van de strafrechter, en zal in vele gevallen op die manier aan elke cassatiecontrole ontsnappen.

³³ Zie E. BREWAEYS, "Niet alle onregelmatigheid leidt tot verwerping bewijs", *Juristenkrant*, 5 jg., december 2003, p. 4.

³⁴ Cass. 16 november 2004, P.04.1127.N en P.04.0644.N, twee arresten.

³⁵ Zie PH. TRAEST, "Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs: het Hof van Cassatie zet de bakens uit", *T. Strafr.* 2004, 137.

III. Het gebruik van het bewijselement is in strijd met het recht op een eerlijk proces

De derde en laatste situatie waarin de rechter onrechtmatig verkregen bewijs dient uit te sluiten, is het geval waarin het gebruik van het bewijselement in strijd is met het recht op een eerlijk proces. Deze notie kan in verband gebracht worden met de artikelen 6 EVRM en 14 van het BUPO-verdrag.

De koppeling van het criterium van het eerlijk proces aan artikel 6 EVRM houdt waarschijnlijk in dat het begrip zal worden begrensd zoals in de rechtspraak van het Europees Hof.

Vermits volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens niet elke schending van het EVRM het eerlijk proces aantast, zullen een aantal schendingen geen aanleiding geven tot bewijsuitsluiting in het Belgisch recht.

Met name zal de omstandigheid dat een bewijs werd verkregen in strijd met artikel 8 EVRM (het recht op privacy) niet automatisch betekenen dat ook artikel 6 is geschonden. Dit is uitermate belangrijk omdat het ertoe zou kunnen leiden dat wanneer politiediensten bewijstechnieken zouden gebruiken die een inmenging in de privacy impliceren maar waarvoor geen wettelijke regeling bestaat, het hieruit voortvloeiende bewijs niet automatisch als onrechtmatig zou moeten worden uitgesloten.

De wijze waarop de rechter dient te beoordelen of een bewijselement verkregen werd in strijd met het recht op een eerlijk proces, werd door het Hof van Cassatie gepreciseerd in een arrest van 23 maart 2004.

Volgens het Hof dient de rechter de schending van het recht op een eerlijk proces te beoordelen rekening houdend met de elementen van de zaak in haar geheel genomen, inbegrepen de manier waarop het bewijs verkregen werd en de omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan. Hierbij kan de rechter, ondermeer, de volgende omstandigheden in overweging nemen: het feit dat de overheid de onrechtmatigheid opzettelijk heeft begaan, dat de ernst van het misdrijf de begane onrechtmatigheid veruit overstijgt, of dat het onrechtmatig bewijs alleen een materieel element van het misdrijf betreft...

Uit het arrest blijkt dat de door het Hof van Cassatie gegeven opsomming niet limitatief is. De rechter kan dus ook andere beschouwingen in aanmerking nemen om te oordelen dat het bewijs verkregen werd in strijd met het recht op een eerlijk proces.

Het eerste beoordelingselement, het al dan niet opzettelijk karakter van de begane onrechtmatigheid, schijnt enkel de door de overheid doelbewust begane onrechtmatigheid te omvatten. Klaarblijkelijk blijven de derde, en ook de aangever hier buiten beschouwing.

Wat het tweede criterium betreft, de verhouding tussen de ernst van het te bewijzen misdrijf en de begane onrechtmatigheid, schijnt het Hof van Cassatie opnieuw een vrij grote appreciatiebevoegdheid over te laten aan de feitenrechter. Deze moet blijkbaar de regels van het strafprocesrecht minder strikt toepassen bij zwaardere misdrijven, wanneer de ernst van het misdrijf de ernst van de onrechtmatigheid overstijgt.

Het laatste beoordelingselement is minder duidelijk. De rechter moet bij de vraag of hij de onrechtmatigheid sanctioneert rekening houden met het feit dat het onrechtmatig bewijs alleen een materieel element betreft van het misdrijf.³⁶ Volgens de rechtsleer verwijst deze notie niet naar het klassieke onderscheid tussen het materiële en het morele element van het misdrijf. De term "materieel element van het misdrijf" zou verwijzen naar bewijselementen die louter het bestaan van strafbare feiten betreffen, in tegenstelling tot bewijselementen die een vermoedelijke dader, materieel dan wel moreel, kunnen linken aan die strafbare feiten. Het bewijs van het misdrijf vereenzelvigt zich in vele gevallen niet noodzakelijk met het bewijs van de schuld van de beklaagde.³⁷ Wanneer een bewijselement i.v.m. de betrokkenheid van een vermoedelijke dader onregelmatig verkregen is, zal sneller moeten besloten worden tot een schending van het recht op een eerlijk proces. Het op onregelmatige wijze vastgestelde misdrijf zal echter niet noodzakelijk voor onbestaande moeten worden gehouden wanneer de bewijsverkrijging tegenover de dader van dat misdrijf als onrechtmatig wordt geweerd omdat diens recht op een eerlijk proces in het gedrang is gekomen.

Hoe dit in de praktijk zal worden geconcretiseerd, is echter niet onmiddellijk duidelijk.

§1. Gevolgen van de Antigoonrechtspraak voor de zuivering van nietigheden

Uit het cassatiearrest van 23 maart 2004 kan worden afgeleid dat de criteria die het Hof van Cassatie ontwikkeld heeft in het Antigoonarrest, ook van toepassing zijn voor de onderzoeksgerechten in het kader van een procedure "zuivering van nietigheden". In de zaak die aanleiding gegeven heeft tot dit arrest, moest het Hof van Cassatie immers uitspraak doen over een cassatieberoep dat ingesteld was tegen een arrest van de Kamer van Inbeschuldigingstelling te Antwerpen, waarin klaarblijkelijk de Antigooncriteria waren toegepast.

Het was inderdaad moeilijk denkbaar dat onrechtmatigheden die op het niveau van het vonnisgerecht geen aanleiding geven tot bewijssuitsluiting, wel zouden kunnen leiden tot een zuivering van nietigheden door het onderzoeksgerecht.

³⁶ F. SCHUERMANS, "Cassatie verfijnt en relateert verder de bewijssuitsluitingsregels in strafzaken", noot onder Cass. 23 maart 2004, *R.A.B.G.* 2004, 1066 e.v.

³⁷ Zie conclusie Adv.-gen. DE SWAEF voor Cass. 14 oktober 2003, *R.W.* 2003-04, 814.

Toch is de toepassing van de door het Hof van Cassatie in het Antigoonarrest vooropgestelde criteria door het onderzoeksgerecht verre van evident. Met name kan de vraag worden gesteld of het tweede en derde criterium in alle omstandigheden door het onderzoeksgerecht kunnen worden gehanteerd.

Het oordeel over de betrouwbaarheid van bewijsmateriaal, zelfs indien dit samenhangt met een onrechtmatigheid in de bewijsverkrijging, behoort normaal tot de essentiële taak van het vonnisgerecht waaraan het onderzoeksgerecht door een voortijdige nietigverklaring en verwijdering van het onrechtmatig verkregen bewijs afbreuk riskeert te doen.

Ook de beoordeling van de mate waarin door een onrechtmatigheid het recht op een eerlijk proces wordt aangetast, zal niet altijd evident zijn voor een onderzoeksgerecht. Volgens het Hof van Cassatie gaat het immers om een beoordeling van het proces in globo, in zijn geheel. Het lijkt niet logisch dat het onderzoeksgerecht zich steeds een oordeel zal kunnen vormen over de mate waarin een onrechtmatigheid het recht op een eerlijk proces aantast. Met name kan op het niveau van het onderzoeksgerecht moeilijk worden geanticipeerd op de vraag of de onrechtmatigheid eventueel nog kan worden rechtgezet in de fase van het vonnisgerecht.

§2. In het buitenland op onrechtmatige wijze verkregen bewijs

De omstandigheid dat bewijselementen in het buitenland op onrechtmatige manier werden bekomen, leidde vroeger in regel tot uitsluiting van het bewijs. Ook hier moet nu de "Antigoon" rechtspraak worden toegepast. De in de rechtspraak van het Hof van Cassatie ontwikkelde criteria werden door de wetgever uitdrukkelijk ingeschreven in artikel 13 van de Wet van 9 december 2004 betreffende o.m. de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken.³⁸

In een Belgische strafprocedure mag aldus (enkel) geen gebruik worden gemaakt van in het buitenland op onrechtmatige wijze verzameld bewijsmateriaal indien de onregelmatigheid volgens het recht van de staat waarin het bewijsmateriaal is verzameld volgt uit de overtreding van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereiste, indien de onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal aantast, of indien de aanwending van het bewijsmateriaal een schending inhoudt van het recht op een eerlijk proces.

Bibliografie

BERNEMAN, S., "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal: een inleiding tot het Antigoonarrest van 14 oktober 2003", *T. Strafr.* 2004, 2-39.

BREWAEYS, E., "Niet elke onregelmatigheid leidt tot verwerping bewijs", *Juristenkrant*, 2003, nr. 79, 1-4.

³⁸ B.S. 24 december 2004.

DE WOLF, D., "Nieuwe wending in de rechtspraak betreffende de sanctie bij onrechtmatig verkregen bewijs: het cassatiearrest van 14 oktober 2003", *R.W.* 2003-2004, 1235-1239.

EMBREGHTS, M., *Uitsluitel over bewijssluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*, Kluwer, Deventer, 2003, 378 p.

SCHUERMANS, F., "De nieuwe cassatierechtspraak inzake de sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs: doorbraak of bres?", *R.A.B.G.* 2004, 337-357.

SCHUERMANS, F., "Cassatie wil af van terreur van procedure", *Juristenkrant*, 2004, nr.89.

SCHUERMANS, F., "Cassatie verfijnt en relativeert verder de bewijssluitingsregel in strafzaken", *R.A.G.B.*, 2004, 1066-1071.

SCHUERMANS, F., "Ook de onrechtmatige voertuigzoeking kan dienen als geldig bewijs: het cassatiearrest van 14 oktober 2003, *Vigiles*, 2004, 16-27.

TRAEST, P., "Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs. Het Hof van Cassatie zet de bakens uit", *T. Straft*: 2004, 133-143.