

Rolnummer 4307
Arrest nr. 98/2008 van 3 juli 2008

A R R E S T

In zake : de prejudiciële vraag betreffende artikel 189^{ter} van het Wetboek van strafvordering, gesteld door het Hof van Beroep te Gent.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters M. Bossuyt en M. Melchior, en de rechters R. Henneuse, E. De Groot, A. Alen, J.-P. Snappe en J. Spreutels, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter M. Bossuyt,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. Onderwerp van de prejudiciële vraag en rechtspleging

Bij arrest van 18 september 2007 in zake het openbaar ministerie tegen P.S. en anderen, waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 10 oktober 2007, heeft het Hof van Beroep te Gent de volgende prejudiciële vraag gesteld :

« Schendt artikel 189^{ter} van het Wetboek van strafvordering de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang gelezen met het artikel 6 van het EVRM en artikel 14 IVBPR, voor zover personen die het voorwerp hebben uitgemaakt van de bijzondere opsporingsmethode observatie, voor het in werking treden van de wet van 6 januari 2003, geen recht hebben op een controle door een onpartijdige en onafhankelijke rechtsinstantie van het vertrouwelijk dossier, samengesteld op grond van de ministeriële omzendbrief van 24 april 1990, zoals gewijzigd door de omzendbrief van 5 maart 1992, terwijl personen die het voorwerp hebben uitgemaakt van de bijzondere opsporingsmethode observatie, na het in werking treden van de wet van 6 januari 2003, wel ingevolge de artikelen 189^{ter} en 235^{ter} Sv. recht hebben op een controle van het vertrouwelijk dossier, bedoeld in het artikel 47^{septies}, § 1, door een onpartijdige en onafhankelijke rechtsinstantie, namelijk de Kamer van Inbeschuldigingstelling ? ».

P.S. en de Ministerraad hebben ieder een memorie ingediend; P.S. heeft ook een memorie van antwoord ingediend.

Op de openbare terechtzitting van 28 mei 2008 :

- zijn verschenen :

. Mr. S. De Baere, advocaat bij de balie te Brussel, *loco* Mr. H. Rieder, advocaat bij de balie te Gent, voor P.S.;

. Mr. F. Vandevoorde *loco* Mr. J. Bourtembourg en Mr. F. Belleflamme, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Ministerraad;

- hebben de rechters-verslaggevers E. De Groot en J. Spreutels verslag uitgebracht;

- zijn de voornoemde advocaten gehoord;

- is de zaak in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschil

Bij vonnis van 12 januari 2004 van de Rechtbank van eerste aanleg te Gent, rechtdoende in strafzaken, werden P.S. en R.G. veroordeeld wegens diverse inbreuken op de wet van 24 februari 1921 « betreffende het verhandelen van giftstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, psychotrope stoffen, ontsmettingsstoffen en antiseptica en van de stoffen die kunnen gebruikt worden voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen ».

Tegen dat vonnis werd door de veroordeelden en het openbaar ministerie hoger beroep aangetekend bij het Hof van Beroep te Gent.

P.S. verzocht het Hof van Beroep de kamer van inbeschuldigingstelling te gelasten met de controle over de toepassing van de bijzondere opsporingsmethode observatie, overeenkomstig artikel 235^{ter} van het Wetboek van strafvordering. Het Hof van Beroep oordeelde dat het buiten kijf stond dat de bijzondere opsporingsmethode observatie tot bewijsverkrijging werd aangewend en dat het zeer waarschijnlijk was dat in die zaak een vertrouwelijk dossier werd aangelegd. Het Hof stelde echter vast dat de zaak aanhangig werd gemaakt bij de rechter in eerste aanleg vóór het bestaan en de inwerkingtreding, zowel van de wet van 6 januari 2003 « betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden », als van de wet van 27 december 2005 « houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van strafvordering en van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de verbetering van de onderzoeksmethoden in de strijd tegen het terrorisme en de zware en georganiseerde criminaliteit ». De bepalingen van die wetten waren bijgevolg nog niet van toepassing. De procureur des Konings was op het tijdstip van de regeling van de rechtspleging aldus niet gehouden om de zaak bij de kamer van inbeschuldigingstelling aanhangig te maken met het oog op de controle van de bijzondere opsporingsmethode, controle waarin op dat tijdstip niet wettelijk was voorzien.

Het Hof van Beroep stelde eveneens vast dat het Hof van Cassatie in een arrest van 31 oktober 2006 heeft geoordeeld dat de controle van de bijzondere opsporingsmethoden, bedoeld in de artikelen 189^{ter} en 235^{ter} van het Wetboek van strafvordering, enkel betrekking heeft op de methoden observatie en infiltratie die, met toepassing van de wetten van 6 januari 2003 en 27 december 2005, aanleiding hebben gegeven tot het opstellen van een vertrouwelijk dossier, bedoeld in de artikelen 47^{septies} of 47^{novies} van dat Wetboek. Op het middel van de eiser in cassatie, naar luid waarvan artikel 189^{ter} van het Wetboek van strafvordering een niet redelijk verantwoord verschil in behandeling in het leven roept op het vlak van de controle van het vertrouwelijk dossier, naar gelang van de datum waarop een zaak bij de rechter aanhangig wordt gemaakt, antwoordde het Hof van Cassatie dat dit verschil in behandeling enkel voortvloeit uit de datum waarop de bijzondere opsporingsmethode werd aangewend, en dus niet uit de artikelen 189^{ter} en 235^{ter} van het Wetboek van strafvordering.

Het Hof van Beroep achtte het nodig de door P.S. gesuggereerde prejudiciële vraag te stellen aan het Hof.

III. *In rechte*

- A -

A.1. Volgens beklagde P.S. bestaat er een niet te verantwoorden verschil in behandeling tussen de volstrekt gelijke categorieën van in verdenking gestelden die het voorwerp hebben uitgemaakt van de bijzondere opsporingsmethode observatie, naargelang die plaatsvond vóór of na de inwerkingtreding van de wet van 6 januari 2003 « betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden » en van de wet van 27 december 2005 « houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van strafvordering en van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de verbetering van de onderzoeksmethoden in de strijd tegen het terrorisme en de zware en georganiseerde criminaliteit », doordat de enen geen en de anderen wel toegang hebben tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter die de controle kan uitoefenen op de wettigheid van de inhoud van het vertrouwelijk dossier.

Voor dat verschil in behandeling heeft de wetgever geen wettig doel opgegeven, noch bestaat daarvoor een objectieve en redelijke verantwoording. De wetgever heeft immers gewoon vergeten te voorzien in overgangsbepalingen om het arrest nr. 202/2004 van 21 december 2004 van het Hof uit te voeren. Het gebrek aan toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter is een onevenredig gevolg van het ontbreken van een wettelijke regeling.

A.2. P.S. kan zich vinden in de interpretatie van de in het geding zijnde bepaling als procedureregulering, die derhalve onmiddellijk van toepassing is op alle hangende procedures, zodat de kamer van inbeschuldigingstelling ook bevoegd is voor de controle van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie die dateren van vóór de inwerkingtreding van de wet van 6 januari 2003.

A.3. De Ministerraad merkt op dat een louter verschil in behandeling in de tijd, op zich geen discriminatie uitmaakt, zodat de prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord.

Vermits de wet van 6 januari 2003 de modaliteiten en de voorwaarden van de opsporingsmethoden bepaalt, alsook de inhoud van het vertrouwelijk dossier, bepaalt die wet ook de wijze waarop de controle van dat dossier moet worden uitgevoerd. De bijzondere opsporingsmethoden die dateren van vóór de wet van 6 januari 2003, werden uitgevoerd volgens de bepalingen van de omzendbrieven van 24 april 1990 en 5 maart 1992, die niet voorzagen in de samenstelling van een vertrouwelijk dossier. Het is bijgevolg moeilijk in te zien hoe de wetgever de in de wetten van 6 januari 2003 en 27 december 2005 geregelde controle op de bijzondere opsporingsmethoden van toepassing kon verklaren op de bijzondere opsporingsmethoden die werden uitgevoerd vóór de inwerkingtreding van die wetten.

De omstandigheid dat vroeger geen vertrouwelijk dossier werd aangelegd, zorgt ervoor dat de controle op het strafdossier verschilt, naargelang de opsporingsmethode werd uitgevoerd vóór of na de wet van 6 januari 2003. Niet alleen kon geen enkel stuk dienen ten nadele van de beschuldigde, zoals thans wel het geval is, maar ook controleerde de kamer van inbeschuldigingstelling de regelmatigheid van het strafdossier op grond van artikel 235*bis* van het Wetboek van strafvordering. De kamer van inbeschuldigingstelling kon de vervolgingen nietig verklaren wanneer zij de indruk had dat de onderzoekers belangrijke elementen verborgen hielden met betrekking tot de wijze waarop zij de bewijselementen hadden verzameld.

A.4. In ondergeschikte orde pleit de Ministerraad voor een grondwetsconforme interpretatie, inhoudende dat de kamer van inbeschuldigingstelling bevoegd is om een wettigheidscontrole uit te oefenen over de bijzondere opsporingsmethode observatie, ongeacht het tijdstip waarop die methode werd toegepast en zolang de lopende procedure zulks toelaat.

De Ministerraad is zich ervan bewust dat het Hof van Cassatie in zijn arrest van 31 oktober 2006 van oordeel is geweest dat de in het geding zijnde bepaling niet van toepassing is op de bijzondere opsporingsmethode observatie die werd aangewend vóór de inwerkingtreding van de wetten van 6 januari 2003 en 27 december 2005, maar niets belet het Hof te oordelen dat die interpretatie ongrondwettig is.

- B -

B.1. De prejudiciële vraag strekt ertoe van het Hof te vernemen of artikel 189*ter* van het Wetboek van strafvordering de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, schendt.

Het Hof dient te oordelen over die bepaling in zoverre de personen die vóór de inwerkingtreding van de wet van 6 januari 2003 « betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden » (*Belgisch Staatsblad* van 12 mei 2003), het voorwerp hebben uitgemaakt van de bijzondere opsporingsmethode observatie, niet het recht zouden hebben om op grond van voormeld artikel 189*ter* van het Wetboek van strafvordering de rechtbank te verzoeken de kamer van inbeschuldigingstelling met toepassing van artikel 235*ter* van hetzelfde Wetboek te belasten met de controle over de toepassing van die bijzondere opsporingsmethode, terwijl dat wel zou gelden voor de

personen die het voorwerp hebben uitgemaakt van die bijzondere opsporingsmethode na de inwerkingtreding van de voormelde wet van 6 januari 2003.

B.2. De artikelen 189^{ter} en 235^{ter} van het Wetboek van strafvordering werden ingevoegd bij de artikelen 22 en 23 van de wet van 27 december 2005 « houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van strafvordering en van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de verbetering van de onderzoeksmethoden in de strijd tegen het terrorisme en de zware en georganiseerde criminaliteit » (*Belgisch Staatsblad* van 30 december 2005) om een rechterlijke controle te organiseren op de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie.

Aldus werd gevolg gegeven aan het arrest van het Hof nr. 202/2004 van 21 december 2004. In dat arrest had het Hof immers vastgesteld dat de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met het recht op een eerlijk proces en de rechten van de verdediging, gewaarborgd in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, waren geschonden doordat « mogelijke onwettigheden waardoor de aanwending van de observatie of de infiltratie zijn aangetast en die uitsluitend zouden blijken uit de stukken vervat in het vertrouwelijk dossier, niet het voorwerp konden uitmaken van een controle door een onafhankelijke en onpartijdige rechter, en dat *a fortiori* die onwettigheden niet kunnen worden afgekeurd » (B.27.9).

B.3. Artikel 235^{ter} van het Wetboek van strafvordering belast de kamer van inbeschuldigingstelling met de controle over de toepassing van de bijzondere opsporingsmethode observatie. De controle is verplicht en is gesitueerd bij het afsluiten van het opsporingsonderzoek vooraleer het openbaar ministerie tot rechtstreekse dagvaarding overgaat of op het einde van het gerechtelijk onderzoek wanneer de onderzoeksrechter zijn dossier aan de procureur des Konings verzendt krachtens artikel 127, § 1, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering. De kamer van inbeschuldigingstelling kan die controle ook voorlopig verrichten, tijdens het gerechtelijk onderzoek, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van de onderzoeksrechter, hetzij op vordering van het openbaar ministerie (artikel 235^{quater} van hetzelfde Wetboek). Die controle kan eveneens worden gelast door het vonnisgerecht (artikel 189^{ter} van hetzelfde Wetboek), wanneer, na de controle door de kamer van inbeschuldigingstelling, nieuwe en concrete elementen aan het licht zijn gekomen die zouden

kunnen wijzen op het bestaan van een onregelmatigheid met betrekking tot die bijzondere opsporingsmethoden.

Die controle door de kamer van inbeschuldigingstelling kan worden gelast door een vonnisgerecht, ambtshalve, op vordering van het openbaar ministerie of op verzoek van de beklaagde, de burgerlijke partij of hun advocaten. De rechtbank zendt het dossier aan het openbaar ministerie over, teneinde de zaak daartoe bij de kamer van inbeschuldigingstelling aan te brengen.

In het arrest nr. 105/2007 van 19 juli 2007 heeft het Hof geoordeeld dat de artikelen 189*ter* en 235*ter* van het Wetboek van strafvordering, met uitzondering evenwel van paragraaf 6 van dat laatste artikel, bestaanbaar zijn met de bepalingen die te dezen ook in de prejudiciële vraag zijn vermeld.

B.4. Het aan het Hof voorgelegde verschil in behandeling berust op een letterlijke lezing van de voormelde bepalingen, en in het bijzonder van artikel 235*ter*, § 3, dat verwijst naar het vertrouwelijk dossier bedoeld in artikel 47*septies*, § 1, tweede lid, dat betrekking heeft op het opsporingsonderzoek of gerechtelijk onderzoek waarin of in het kader waarvan de bijzondere opsporingsmethode observatie werd toegepast. Volgens het Hof van Cassatie kan de kamer van inbeschuldigingstelling niet worden belast met de controle over de toepassing van de bijzondere opsporingsmethode observatie die vóór de inwerkingtreding van de voormelde wet van 6 januari 2003 - waarin de wettelijke basis werd gelegd voor die bijzondere opsporingsmethode - werd aangewend op grond van de ministeriële omzendbrieven van 24 april 1990 en 5 maart 1992 (Cass., 31 oktober 2006, P.06.1016.N).

B.5. Het aan het Hof voorgelegde verschil in behandeling vloeit voort uit de datum waarop de bijzondere opsporingsmethode observatie werd aangewend.

De artikelen 10 en 11 van de Grondwet vereisen niet dat een wijziging van wetgeving steeds met een bijzonder overgangsstelsel gepaard zou gaan. Het is daarenboven inherent aan een nieuwe regeling dat een onderscheid wordt gemaakt tussen personen die betrokken zijn bij rechtstoestanden die onder het toepassingsgebied van de vroegere regeling vallen en personen die betrokken zijn bij rechtstoestanden die onder het toepassingsgebied van de nieuwe regeling vallen. Een dergelijk onderscheid maakt op zich geen schending van de

artikelen 10 en 11 van de Grondwet uit. Elke wetswijziging zou onmogelijk worden, indien zou worden aangenomen dat een nieuwe bepaling die grondwetsartikelen zou schenden om de enkele reden dat zij de toepassingsvereisten van de vroegere regeling wijzigt.

B.6. Het Hof dient evenwel te onderzoeken of de uit de voormelde letterlijke lezing van de in het geding zijnde bepaling voortvloeiende ontstentenis van controle door een onafhankelijke en onpartijdige rechter op de aanwending van de bijzondere opsporingsmethode observatie vóór de inwerkingtreding van de wet van 6 januari 2003 bestaanbaar is met de bepalingen waarvan het Hof de naleving dient te verzekeren.

B.7. De rechten van de verdediging en het recht op een eerlijk proces zijn fundamenteel in een rechtsstaat. Het beginsel van de wapengelijkheid tussen de vervolgende partij en de verdediging alsook het contradictoir karakter van het proces zijn fundamentele elementen van het recht op een eerlijk proces. Het recht op een strafproces op tegenspraak houdt in dat zowel de vervolgende partij als de verdediging de mogelijkheid moeten hebben kennis te nemen van en te antwoorden op de opmerkingen en bewijselementen van de andere partij. Hieruit vloeit eveneens de verplichting voor de vervolgende partij voort om in beginsel alle bewijselementen aan de verdediging mede te delen.

Het recht om kennis te nemen van alle bewijselementen van de vervolgende partij is evenwel niet absoluut. In sommige strafrechtelijke procedures kunnen tegenstrijdige belangen aanwezig zijn, zoals de nationale veiligheid, de noodzaak om getuigen te beschermen of onderzoeksmethoden geheim te houden, die dienen te worden afgewogen tegen de rechten van de beklaagde. In sommige gevallen kan het noodzakelijk zijn bepaalde bewijselementen geheim te houden voor die partij teneinde de fundamentele rechten van andere personen of een behartenswaardig algemeen belang te vrijwaren.

De inmenging in de rechten van de verdediging kan echter enkel worden verantwoord indien zij strikt evenredig is met het belang van de te bereiken doelstellingen en indien zij wordt gecompenseerd door een procedure die een onafhankelijke en onpartijdige rechter in staat stelt de wettigheid van de procedure te onderzoeken (EHRM, 22 juli 2003 en 27 oktober 2004, *Edwards en Lewis t. Verenigd Koninkrijk*).

B.8. Uit het voorgaande volgt dat de personen die vóór de inwerkingtreding van de wet van 6 januari 2003 het voorwerp hebben uitgemaakt van de aanwending van één van die bijzondere opsporingsmethoden, zouden worden gediscrimineerd in de uitoefening van de rechten van de verdediging en van hun recht op een eerlijk proces.

B.9. Met zijn arrest nr. 202/2004 van 21 december 2004 heeft het Hof de artikelen 47*sexies*, §§ 4 en 7, tweede lid, 47*septies*, § 1, tweede lid, en § 2, 47*octies*, §§ 4 en 7, tweede lid, 47*novies*, § 1, tweede lid, en § 2, en 47*undecies* van het Wetboek van strafvordering, gewijzigd bij de wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden, vernietigd, doch de gevolgen van die bepalingen gehandhaafd gedurende de tijd die de wetgever nodig zou hebben om te voorzien in de vereiste controle, door een onafhankelijke en onpartijdige rechter, op de aanwending van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie, termijn die eindigde op 31 december 2005 (B.30.3). Het Hof oordeelde dat de voormelde artikelen « uitsluitend door ongrondwettigheid [waren] 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 » en dat het die artikelen enkel kon vernietigen « aangezien het Hof niet bevoegd is om zelf over te gaan tot de aanwijzing van de bevoegde rechter » (B.29).

B.10. In het licht van die beslissing tot handhaving van de gevolgen van de vernietigde bepalingen, kan, tot waarborging van de fundamentele grondrechten waarin artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten voorzien, de in B.8 vastgestelde ongrondwettigheid worden geremedieerd door de toepassing van de artikelen 189*ter* en 235*ter* van het Wetboek van strafvordering, vermits de wet van 27 december 2005 een rechter heeft aangewezen die in vergelijkbare omstandigheden bevoegd is. Die rechter kan dus, voor alle geschillen die nog niet definitief zijn beslecht, de aanwending van de bijzondere opsporingsmethoden controleren, ongeacht of die aanwending vóór of na de inwerkingtreding van de voormelde wet van 6 januari 2003 heeft plaatsgehad. Er anders over oordelen zou immers ten nadele van de in de prejudiciële vraag bedoelde personen een discriminerende inbreuk inhouden op de fundamentele rechten die door de voormelde verdragsbepalingen zijn gewaarborgd.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

Op voorwaarde dat wordt gehandeld zoals aangegeven in B.10, schendt artikel 189^{ter} van het Wetboek van strafvordering niet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

Aldus uitgesproken in het Nederlands en het Frans, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989, op de openbare terechtzitting van 3 juli 2008.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt