



Paul De Hert,
Professor strafrecht
en strafprocesrecht,
vakgroep
criminologie, VUB



Tom Decaigny,
Advocaat balie
Antwerpen
Assistent strafrecht
en strafprocesrecht,
vakgroep
criminologie, VUB

De Wet bijzondere methoden inlichtingen- en veiligheidsdiensten (BIM) Het perspectief van de rechten van de verdediging

1 Inleiding

Met een wetsvoorstel, ingediend op 10 december 2008¹ blazen 9 senatoren het wetgevend initiatief betreffende methoden voor het verzamelen van gegevens door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten nieuw leven in. Een gelijkaardig wetsontwerp werd op 21 maart 2007, onder de regering Verhofstadt II ingediend en besproken², doch ingevolge het ontbinden van de kamers was dit project gevallen. Beide initiatieven hebben tot doel een ruimer en meer performant instrumentarium ter beschikking te stellen van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Op basis van een vergelijking met de zogenaamde BOM-wet³ wordt in dit kader gesproken over een BIM-wetsvoorstel.

Dit voorstel creëert nieuwe bevoegdheden voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten ('specifieke methoden' en 'uitzonderlijke methoden'). Daarnaast wordt een dubbele procedurele waarborg voorzien door de introductie van een bestuurlijke commissie en een toezicht door het Vast Comité I.

Aanleiding tot zowel het wetsontwerp uitgaande van de regering Verhofstadt II, als voorliggend wetsvoorstel vormt een vonnis van de correctionele rechtbank te Brussel in de GICM-zaak d.d. 16 februari 2006⁴. Hoewel (vooral) uit de beroepsuitspraak in deze zaak niet zou blijken dat de er voor de veiligheidsdiensten veel hindernissen zijn om hun gegevens over

te hevelen naar het strafsysteem, gaf de correctionele rechtbank een mooi signaal aan de wetgever dat de basiswetgeving voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, met name de wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdienst⁵, aan herwerking toe was. Deze wet die de werkingssfeer, de opdrachten, de middelen om deze opdrachten uit te voeren en enkele bevoegdheden van de Veiligheid van de Staat en de algemene Dienst inlichtingen en veiligheid van de Krijgsmacht (A.D.I.V.) regelt, was volgens de rechters in het licht van het zich expansief ontwikkelend privacyrecht toe aan herziening. Naast een wettelijke regeling van de reeds bestaande 'gewone methoden voor het verzamelen van gegevens' (gegevensinzameling en -inwisseling alsook menselijke bronnen), diende voorzien te worden in een regeling van andere methoden of bevoegdheden, wat aanleiding gaf tot voorliggend voorstel tot regeling van 'specifieke methoden' en 'uitzonderlijke methoden'.

Het wetsvoorstel doet evenwel meer dan alleen maar nieuwe bevoegdheden wettelijk uit te tekenen. Net zoals het wetsontwerp voorziet het in 'verbindingsbruggen' tussen de inlichtingen- en veiligheidsdiensten enerzijds en de gerechtelijke diensten anderzijds. In deze verbindingsbruggen huist de dubbelzinnigheid van dit wetsvoorstel. De regering Verhofstadt II putte zich in het kader van haar wetsontwerp uit – hierin gevolgd in het wetsvoorstel – in het benadrukken van de on-

derscheiden finaliteit van de BIM-regeling ten opzichte van strafrechtelijke onderzoeken. Desalniettemin wordt de mogelijkheid – zelfs de verplichting – informatie bekomen in het kader van een onderzoek door inlichtingen- en veiligheidsdiensten door te spelen aan het gerecht wettelijk verankerd en blijkt deze overdracht de onmiddellijke aanleiding te zijn voor het wetsontwerp en het wetsvoorstel. De combinatie van deze 'melding' aan gerechtelijke autoriteiten en de voorgestelde nieuwe methoden voor het verzamelen van gegevens, is bijzonder problematisch in het licht van een eerlijk proces. Voorliggende bijdrage heeft niet tot doel de opportuniteit van inlichtingen- en veiligheidsdiensten in vraag te stellen. Het is echter wel de betrachting de symbiose van onderzoeken van inlichtingen- en veiligheidsdiensten met strafrechtelijke onderzoeken kritisch tegen het licht te houden.

2 Nieuwe bevoegdheden voor het verzamelen van gegevens

Het wetsvoorstel maakt, naast de zogenaamde gewone methoden, een onderscheid tussen specifieke en uitzonderlijke methoden. Met de eerste term wordt bedoeld op de reeds bestaande methoden van gegevensverzameling, opgenomen in de artikelen 14 tot en met 18 W.I.V. Deze zijn niet spectaculair omdat het de inlichtingen- en veiligheidsdiensten alleen toegelaten is dwangmiddelen gebruiken onder de voorwaarden die door de wet worden bepaald (art. 12 W.I.V.). Kernbepaling van de W.I.V. was artikel 13 dat deze diensten de bevoegdheid gaf tot het verzamelen en bijhouden van nuttige (persoons)gegevens⁶. De overige bepalingen werken deze bevoegdheid verder uit. De correctionele rechtbank te Brussel verwees precies naar artikel 13 W.I.V. in de GICM-zaak d.d. 16 februari 2006, stellende dat in het licht van het ontwikkelend privacyrecht de bepaling een onvoldoende basis vormde voor bepaalde, verdergaande onderzoekshandelingen. Het wetsvoorstel wijzigt lichtjes de bepalingen 14 tot 18, maar concentreert zich voornamelijk op het toevoegen van twee nieuwe categorieën

'methoden' aan deze categorie van 'gewone methoden'. Artikel 14 van het wetsvoorstel voert in de W.I.V. een onderafdeling 2bis in (met als opschrift: "Specifieke methoden en uitzonderlijke methoden voor het verzamelen van gegevens") en voegt de artikelen 18/1 tot 18/17 toe aan de bestaande wet.

De specifieke methoden betreffen de observatie, met behulp van technische middelen, op publieke plaatsen ofwel de observatie, al dan niet met behulp van technische middelen op private plaatsen die toegankelijk zijn voor het publiek (art. 18/4); de doorzoeking, al dan niet met behulp van technische middelen, van plaatsen die toegankelijk zijn voor het publiek en van de voorwerpen die zich in deze plaatsen bevinden (art. 18/5); het kennis nemen van de identificatiegegevens van de afzender of de geadresseerde van post of van de titularis van een postbus (art. 18/6); de maatregelen tot identificatie van de abonnee of de gewoontelijke gebruiker van een dienst van elektronische communicatie (art. 18/7); de maatregelen tot opsporing van de oproepgegevens van elektronische communicatiemiddelen en de lokalisatie van de afkomst of de bestemming van elektronische communicatie (art. 18/8)

Deze uitzonderlijke methoden zijn: de observatie, al dan niet met behulp van technische middelen, in woningen (art. 18/11); de oprichting of het gebruik van een rechtspersoon ter ondersteuning van operationele activiteiten en het gebruik van agenten van de dienst, onder dekmantel van een fictieve identiteit (art. 18/12); de doorzoeking, al dan niet met behulp van technische middelen, van private plaatsen en van woningen, en van gesloten voorwerpen die er zich bevinden (art. 18/13); het openmaken en kennis nemen van een aan de postoperator toevertrouwde post (art. 18/14); het verzamelen van gegevens betreffende bankrekeningen en bankverrichtingen (art. 18/15); het binnendringen in een informaticasysteem, al dan niet met behulp van technische middelen, valse signalen, valse sleutels of valse hoedanigheden met uitsluitel van de informaticasystemen van de overheid (art. 18/16); het afluisteren, het kennis

Het is opvallend dat de voorwaarden voor de specifieke methoden eerder mager zijn. Ze omschrijven meer, doch binden deze methoden nauwelijks aan procedurele grenzen.

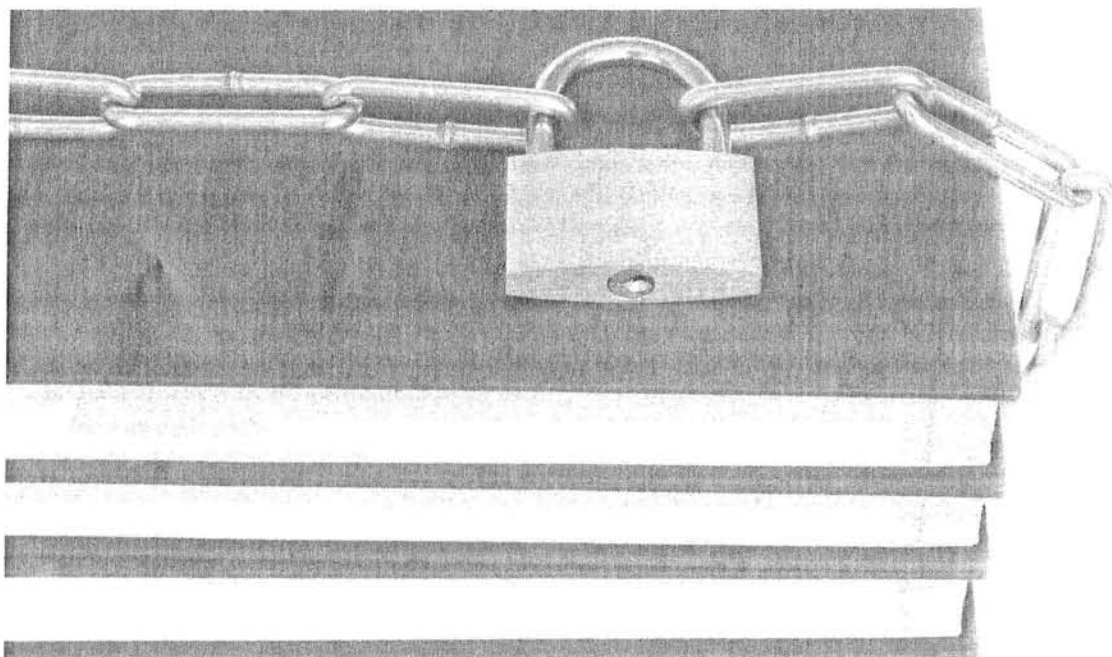
nemen van en het opnemen van communicaties (art. 18/17).

Het onderscheid tussen gewone, specifieke en uitzonderlijke methoden is niet louter gradueel. Het onderscheid heeft ook implicaties naar de wettelijke toepassingsvoorwaarden. Het wetsvoorstel voorziet in een bijzonder toezichtmechanisme (*infra*) voor de twee laatste categorieën, doch niet voor de categorie van de gewone methoden. Eveneens gelden voor deze twee laatste categorieën de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. Subsidiariteit houdt in dat slechts tot een specifieke methode kan worden overgegaan wanneer een gewone methode niet tot bevredigend resultaat kan leiden (in die zin is een specifieke methode aldus uitzonderlijk...). Tot een uitzonderlijke methode kan op haar beurt slechts worden overgegaan wanneer ook een specifieke methode niet volstaat. Deze wetgevende initiatieven hebben dan ook als verdienste dat ze de subsidiariteit ten dele concretiseren⁷.

Om een specifieke methode tot het verzamelen van gegevens aan te wenden, is een

schriftelijke en gemotiveerde beslissing van het diensthoofd of de daartoe aangestelde inlichtingenofficier vereist. Het betreft aldus een louter interne beslissing. Het Vast Comité-I oefent wel een *a posteriori* toezicht uit (*infra*).

In het wetsvoorstel worden zowel aan de specifieke als aan de uitzonderlijke methoden voorwaarden gekoppeld. We komen op deze inzake de uitzonderlijke methoden onmiddellijk terug (sub 4). Het is opvallend dat de voorwaarden voor de specifieke methoden eerder mager zijn. Ze omschrijven meer, doch binden deze methoden nauwelijks aan procedurele grenzen. Zo ontbreken de procedurele restricties, met inbegrip van de dwingende termijnen, met betrekking tot observaties in vergelijking met de stelselmatige observaties, zoals geregeld in de artikelen 47*sexies* e.v. van het Wetboek van Strafvordering. Onderzoeken van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten mogen dan wel een andere finaliteit hebben dan strafrechtelijke onderzoeken, het onderscheid is zonder meer significant en – in samenhang met de zogenaamde verbindingsbruggen tussen beide procedures – zorgwekkend.



3 Bescherming van advocaten, artsen en journalisten.

In vergelijking met het wetsontwerp, wordt in het huidige wetsvoorstel tot invoering van een BIM-wet meer aandacht besteed aan het beroepsgeheim van advocaten en artsen, alsook aan het bronnengeheim van journalisten. Deze bijzondere aandacht is noodzakelijk, aangezien de specifieke rechtsbescherming wat deze groepen betreft, in het eerdere voorstel volledig ontbrak⁶. Concreet voorziet het wetsvoorstel in een vierledige bescherming⁹: (1) de advocaat, arts of journalist mag slechts het voorwerp uitmaken van een specifieke of bijzondere methode, wanneer de inlichtingen- en veiligheidsdiensten voorafgaandelijk over concrete gegevens beschikken waaruit diens persoonlijke betrokkenheid bij de onderzochte bedreiging blijkt; (2) de voorzitter van de bestuurlijke commissie gaat na het verkrijgen van gegevens die betrekking hebben op een advocaat, arts of journalist, hun communicatiemiddelen, hun beroepslokalen of hun woonplaats, na of deze gegevens rechtstreeks verband houden met de onderzochte dreiging; (3) de voorzitter van de bestuurlijke commissie is gehouden de tuchtoverste van de advocaat en de arts in te lichten en de vertegenwoordiger van de tuchtoverste is aanwezig bij de eventuele zoeking tegen een advocaat of arts en (4) bij het aanwenden van een uitzonderlijke methode ten opzichte van een advocaat, arts of journalist, dient de voorzitter van de bestuurlijke commissie, of zijn afgevaardigde, aanwezig te zijn.

4 De voorafgaande controle door de bestuurlijke commissie

We stelden reeds dat er meer beperkende voorwaarden worden voorgesteld voor de categorie van de uitzonderlijke methoden. Anders dan bij de specifieke methodes, vereist het aanwenden van een uitzonderlijke methode in beginsel een voorafgaande machtiging door een bestuurlijke¹⁰ commissie die

nagaat of aan de wettelijke voorwaarden, met inbegrip van de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit, is voldaan. Telkenmale moet dus een voorstel tot machtiging worden voorgelegd aan de bestuurlijke commissie¹¹, samengesteld uit drie magistraten, waarvan één, met name de voorzitter, een onderzoeksrechter is, gespecialiseerd in terrorismezaken. De overige twee leden zijn een magistraat van de zittende magistratuur en een parketmagistraat¹².

De samenstelling van deze bestuurlijke commissie, en in het bijzonder het voorzitterschap van een onderzoeksrechter gespecialiseerd in terrorisme, is problematisch. In de commissie zitten immers magistraten met een welbepaald belang¹³. Afgaande op het contentieux dat in aanmerking komt voor uitzonderlijke – en in mindere mate specifieke – methoden, kan gesteld worden dat strafrechtelijke onderzoeken naar terrorisme potentieel bijzonder dicht te liggen bij onderzoeken naar dezelfde fenomenen door veiligheids- en inlichtingendiensten. Nergens in het wetsvoorstel staat een verbod op parallele onderzoeken¹⁴. Integendeel acht het toezichthoudend Vast Comité I het opportuun dat gelijktijdige onderzoeken worden voortgezet omwille van de verschillende nagestreefde doelstellingen¹⁵. Er kan dus een strafprocesrechtelijk belang ontstaan bij de commissie om groen licht te geven voor uitzonderlijke methoden.

Bovendien is het systeem van de machtigingen verre van waterdicht. Het wetsvoorstel voorziet 2 belangrijke uitzonderingen op de voorafgaande machtiging dat de vorm moet aannemen van een eensluidend advies. Verleent de commissie niet (tijdig)¹⁶ een eensluidend advies, dan verzoekt de dienst de betreffende voogdijminister machtiging te verlenen¹⁷. Bovendien kan bij uiterste hoogdringendheid de machtiging worden verleend door de voorzitter van de commissie (lees: de onderzoeksrechter gespecialiseerd in terrorisme), dan wel door de voogdijminister en dit voor een periode van maximaal 48 uur¹⁸. De materie waarbinnen machtigingen dienen te worden verleend en de subsidiariteit die vereist is, laten toe te

Er wordt beoogd te vermijden dat een versnippering van de controle een efficiënte controle in de weg zou staan.

vermoeden dat de uiterste hoogdringendheid, niet zo uitzonderlijk is.

Stippen we tenslotte aan dat het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid van een eensluidend positief advies en een bindend negatief advies, maar spreekt – in tegenstelling tot het wetsontwerp¹⁹ – niet over een gebrek aan consensus binnen de bestuurlijke commissie. Het eerste luik van de voorziene rechterlijke controle op de uitzonderlijke methoden voor het verzamelen van gegevens, kan o.i. dan ook al te makkelijk omzeild worden. Gelukkig voorziet het wetsvoorstel nog in een bijkomend controleluik.

5 Controle door het Vast Comité I

Het wetsontwerp van 21 maart 2007 voorzagt in een rechtsprekend orgaan dat het tweede luik van de controle van de aangewende methodes voor haar rekening moest nemen. De creatie van dergelijke bijkomende (gerechtelijke) instantie was echter onderhevig aan kritiek²⁰, onder meer omdat er reeds een Vast Comité I²¹ bestond met een vergelijkbare toezichthoudende opdracht. Een *a posteriori* controle door het Vast Comité I biedt daarenboven de meerwaarde van toezicht door het nationaal parlement. Tevens wordt beoogd te vermijden dat een versnippering van de controle een efficiënte controle in de weg zou staan. Het Vast Comité I krijgt door het wetsvoorstel, naast zijn algemene bevoegdheden, specifieke bevoegdheden met betrekking tot de aangewende specifieke en uitzonderlijke methoden voor het verzamelen van gegevens. Vooreerst is er een informatieverplichting ten voordele van het Vast Comité I, in het kader waarvan het Comité geïnformeerd wordt over de specifieke en uitzonderlijke methoden die worden aangewend, de eensluidende adviezen en de beslissingen door de Commissie tot beëindigen van de methoden²², alsook de meldingen van vastgestelde onwettigheid in specifieke en uitzonderlijke methoden die aanleiding gaven tot een melding aan de fe-

derale procureur²³. Daarnaast heeft het Vast Comité I toegang tot de basisdocumenten met betrekking tot de aangewende methoden.

Vervolgens kan het Vast Comité I de wettelijkheid onderzoeken van de specifieke en uitzonderlijke methoden op klacht van iedere persoon die een rechtmatig belang kan aantonen, dan wel ambtshalve en op aangeven van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De tussenkomst door de voogdijminister bij stilzitten van de Commissie²⁴ en het stopzetten van de methode nopen ook noodzakelijkerwijze tot een onderzoek door het Vast Comité I²⁵. Zij kan hierbij de leden van de inlichtingen- en veiligheidsdienst en de leden van de bestuurlijke commissie verhoren. Ook de klager wordt eventueel gehoord.

Komt het Vast Comité I tussen op klacht van een particulier, dan wordt een beperkt inzage-recht toegekend aan de klager en diens raadsman²⁶.

Op basis van zijn onderzoek kan het Vast Comité I de *onwettelijkheid* van de betreffende specifieke of uitzonderlijke methode vaststellen²⁷. Het Comité beveelt in dergelijk geval de stopzetting van de betrokken methode (die eventueel reeds geschorst werd door de bestuurlijke commissie) en beveelt dat de gegevens die met deze methode werden verkregen niet verder mogen worden geëxploiteerd en dienen te worden vernietigd.

Een gemotiveerde beslissing dienaangaande wordt meegedeeld aan de inlichtingen- en veiligheidsdienst, de bestuurlijke commissie, de voogdijminister en – in voorkomend geval – aan de Commissie tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de klager, zij het dat in het laatste geval beschermde informatie wordt afgeschermd.

Het is evenwel ten zeerste de vraag of de *vaststelling van onwettelijkheid* in deze kan volstaan. Dergelijke vaststelling moet vooreerst onderscheiden worden van een sanctionering van de onregelmatigheid. Bovendien wordt enkel een beslissing naar de toekomst toe genomen: de stopzetting en het verbod van

verdere exploitatie van de ingewonnen gegevens. De reeds verrichte vaststellingen door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten blijven verworven, alsook behoudt de schriftelijke nota aan de federale procureur in beginsel haar geldingskracht^{28, 29}.

6 De relatie met strafrechtelijke onderzoeken

De wet-Franchimont gaf het proactief onderzoek een wettelijke basis als specifieke vorm van opsporingsonderzoek³⁰. Dergelijk onderzoek viseert te plegen of reeds gepleegde maar nog niet aan het licht gekomen strafbare feiten, waaromtrent een redelijk vermoeden bestaat³¹, met een gerechtelijke finaliteit. Vanuit de aard van de onderzoeken van veiligheids- en inlichtingendiensten zullen hun onderzoeken vaak overlappen met de onderzoeken van gerechtelijke instanties.

De wet voorziet dat de onderzoeken van veiligheids- en inlichtingendiensten gerechtelijke onderzoeken en opsporingsonderzoeken niet mogen schaden. Een overlegmodel met de commissie, het diensthoofd en het federaal parket wordt in het leven geroepen³². Evenwel ziet het Vast Comité I geen graten in parallelle onderzoeken (*supra*).

Niet zelden zal een onderzoek van de veiligheids- en inlichtingendiensten leiden tot indicaties met betrekking tot strafbare feiten. Het kan hierbij zowel gaan om redelijke vermoedens met betrekking tot strafbare feiten (zie proactieve recherche) als om ernstige aanwijzingen met betrekking tot strafbare feiten (reactieve recherche). Het wetsvoorstel voorziet in een meldingsplicht aan de gerechtelijke autoriteiten³³ in dergelijk geval. De inlichtingen- of veiligheidsdienst stelt dan een schriftelijke nota³⁴ op met betrekking tot deze vaststelling, die vervolgens wordt overgemaakt aan het federaal parket³⁵. Als de inlichtingen verworven zijn in het kader van het aanwenden van specifieke of uitzonderlijke methoden, wordt de bestuurlijke commissie hiervan in kennis gesteld met het oog op een controle van de le-

galiteit. Wanneer de commissie vervolgens een onregelmatigheid vaststelt bij de toepassing van de specifieke of uitzonderlijke methode, licht zij de federale procureur en het Vast Comité I hiervan in³⁶.

Op dit punt wijkt het wetsvoorstel, zonder gegeden motivering, in belangrijke mate af van de het wetsontwerp ingediend onder de vorige regering. Positief is dan wel dat een legaliteits-toetsing door de bestuurlijke commissie wordt voorzien, het valt te betreuren dat de filterfunctie van de commissie inzake meldingen³⁷ geschrapt werd.

Tevens wordt het concept van een gestandaardiseerde vorm van de melding verlaten. Het in het kader van het wetsontwerp voorziene niet-vertrouwelijk proces-verbaal diende te preciseren in welke context de inlichtingenopdracht heeft plaatsgevonden, het doel dat werd nagestreefd door de betrokken inlichtingen- en veiligheidsdienst, de ernstige aanwijzingen die bij die gelegenheid werden verzameld en die relevant zijn voor een eventuele gerechtelijke finaliteit³⁸. Op deze manier werd een minimale garantie ingebouwd ten opzichte van de verdediging in de eventuele latere strafzaak, die in het huidige wetsvoorstel moet stellen met een loutere "schriftelijke nota", waardoor de informatiepositie met betrekking tot onderzoek door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten verzwakt wordt³⁹. Het wetsvoorstel bepaalt verder: *Deze schriftelijke nota mag niet de exclusieve grond, noch de overheersende maatregel zijn voor de veroordeling van een persoon. De elementen vervat in deze schriftelijke nota moeten in overheersende mate steun vinden in andere bewijsmiddelen*⁴⁰.

7 Inperking van rechten van de verdediging door wegvallen garanties

Dit wetsvoorstel past, wat de (straf)rechtspracticus betreft, in een reeks initiatieven waarbij de uitoefening van de procedurele en inhoudelijke rechten van

De wet voorziet dat de onderzoeken van veiligheids- en inlichtingendiensten gerechtelijke onderzoeken en opsporingsonderzoeken niet mogen schaden. Een overlegmodel met de commissie, het diensthoofd en het federaal parket wordt in het leven geroepen.

De systematiek van het wetsvoorstel is bijzonder uitnodigend voor data and process laundering, technieken waarbij besmette onderzoekshandelingen verborgen worden gehouden voor verdediging en bodemrechters, dan wel kunstgrepen waarbij de volledige toedracht van voorafgaand onderzoek aan de tegenspraak wordt onttrokken.

verdediging worden ingeperkt. Belangrijke voorafgaande ijkpunten in die zin zijn: de (cassatie)rechtspraak volgens dewelke het openbaar ministerie vermoed wordt loyaal te zijn, de praktijk op basis waarvan een anonieme verklaring als proces-verbaal van inlichtingen wordt geacteerd zodat de eigenlijke informatiebron voor de verdediging verborgen blijft⁴¹, de bijzonder lichte bewijslast inzake de illegale oorsprong van vermogensbestanddelen in het kader van de witwasmisdrijven⁴², de wettelijke verankering van het niet-meedelen van informatie aan de verdediging bij de creatie van het vertrouwelijk dossier inzake Bijzondere Opsporingsmethoden...

De systematiek van het wetsvoorstel is immers bijzonder uitnodigend voor wat Onsea⁴³ treffend omschrijft als *data and process laundering*, technieken waarbij besmette onderzoekshandelingen verborgen worden gehouden voor verdediging en bodemrechters, dan wel kunstgrepen waarbij de volledige toedracht van voorafgaand onderzoek aan de tegenspraak wordt onttrokken. Het lijdt geen ernstige twijfel dat politiediensten en gerechtelijke autoriteiten wat dat betreft minstens de grenzen van de wettelijkheid en de vereiste loyaliteit aftasten⁴⁴. De redenen om deze bezorgdheid te uiten zijn dubbel.

Primo zijn de garanties waarbij de specifieke en de uitzonderlijke methoden voor het verzamelen van gegevens door veiligheids- en inlichtingendiensten zijn omringd, beduidend minder stringent dan de voorwaarden met betrekking tot de equivalenten in het Wetboek van Strafvordering. Niet alleen zijn de voorwaarden voor de specifieke methoden bij vergelijking vaak minder beperkend, bovendien biedt de procedurele omkadering van schriftelijke en gemotiveerde beslissing van het diensthoofd of de daartoe aangestelde inlichtingenofficier met controle achteraf door de commissie (specifieke methoden), respectievelijk een voorafgaande machtiging van de commissie dan wel van de voogdijminister (uitzonderlijke methoden) minder garanties dan de bevelschriften van een parketmagistraat of onderzoeksrechter die daarenboven

vervolgens onderworpen zijn aan controle door de vonnisrechter en eventueel het onderzoeksgerecht.

Tenslotte worden geen efficiënte procedurele sancties voorzien voor het niet-naleven van de voorschriften van de BIM-wet. De controlefunctie van bestuurlijke commissie leidt immers tot het mogelijk vaststellen van *onwettigheid* of *onwettelijkheid*⁴⁵, zonder dat bijvoorbeeld een nietigheidssanctie wordt voorzien. Het is hierbij bijzonder pijnlijk dat het wetsvoorstel slechts op één plaats voorziet in een nietigheidssanctie, met name bij de vormvereisten van de klacht door een belanghebbende persoon⁴⁶!

De loutere vaststelling van onregelmatigheid leidt sinds de zogenaamde Antigoon-rechtspraak immers niet langer tot enige (verplichte) procedurele sanctionering⁴⁷. *Mutadis mutandis* gaat er voor de onderzoekers 'in het veld' nog maar weinig dreiging uit van een procedureel voorschrift, hoewel elk voorschrift de bescherming van een (grond)recht inhoudt.

Zonder nietigheidssanctie leidt een vastgestelde onregelmatigheid enkel nog tot bewijsuitsluiting door terugkoppeling naar de betrouwbaarheid van het bewijs of het gevaar voor de rechten van de verdediging⁴⁸. Het is dan ook, bij wijze van illustratie, tekenend dat de voorschriften om veiligheids- en inlichtingendiensten toe te laten private communicatie af te luisteren hun inspiratie volgens de regering vonden in de wettelijke bepalingen betreffende de telefoontap⁴⁹, maar de vormvoorschriften en de nietigheidssanctie van artikel 90*quater*, § 1, van het Wetboek van Strafvordering die door de wetgever in 1994 nog absoluut noodzakelijk werden geacht⁵⁰, worden in het ontwerp van BIM-wet achterwege gelaten. Het wetsvoorstel komt aldus niet – minstens niet op een vanuit grondrechtenperspectief aanvaardbare wijze – tegemoet aan haar eigen doelstellingen, met name duidelijkheid te verschaffen met betrekking tot de bruikbaarheid in een strafprocedure van informatie ingewonnen in het kader van een onderzoek door veiligheids- en inlichtingendiensten.

8 Inperking van rechten van de verdediging door schriftelijke nota

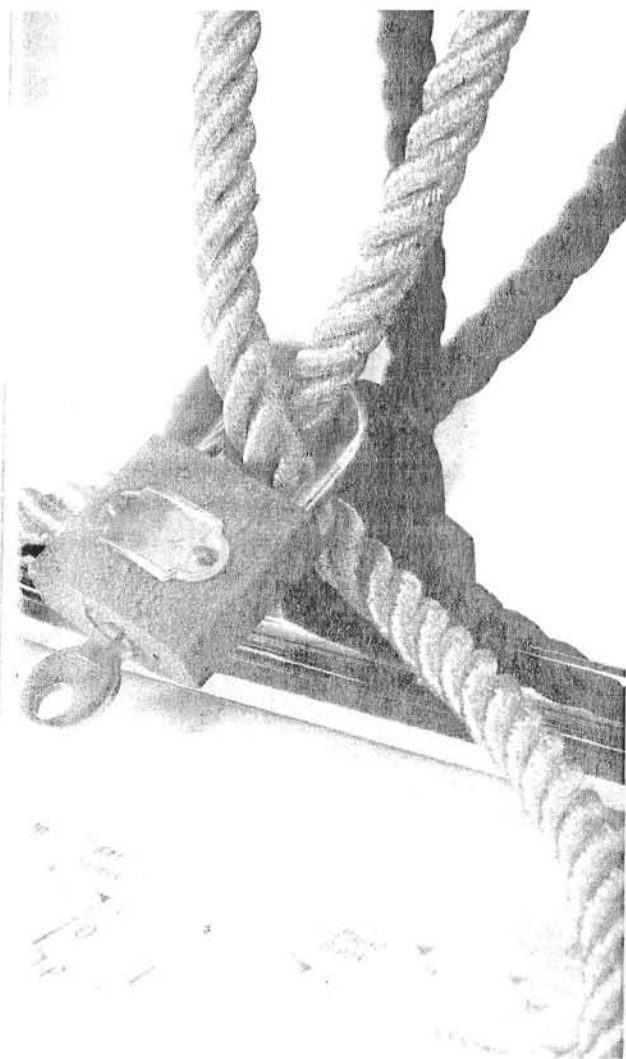
Secundo, is er de scharnierfunctie van de schriftelijke nota, waarbij het federaal parket in kennis wordt gesteld van indicaties met betrekking tot strafbare feiten. Dergelijke nota houdt de zekerheid in van partiële informatieverstrekking en staat op bijzonder gespannen voet met het recht op een eerlijk proces. De interne openbaarheid wordt immers met voeten getreden wanneer niet alle beschikbare en relevante informatie wordt verstrekt. Hoe-

wel de interne openbaarheid niet absoluut is, moet o.i. *in casu* vastgesteld worden dat de *counterbalancing measures* in de voorgestelde wettelijke regeling te licht uitvallen.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens mag dan wel toelaten dat de interne openbaarheid wordt ingeperkt door de verdediging bepaalde informatie te ontzeggen teneinde hogere rechtsgoederen te beschermen⁵¹. Al te vaak, zo ook inzake de BOM-wet, wordt er hierbij geen acht op geslagen dat in het concrete geval – en bovendien onder rechterlijk toezicht – moet worden afgewogen welke informatie aan de verdediging wordt ontzegd⁵².

Het wetsontwerp vergoelijkte haar werkwijze met twee overwegingen. Vooreerst zou het recht op een eerlijk proces niet van toepassing zijn op de inlichtingen aangezien de vervolging van bepaalde misdrijven niet aan de orde is⁵³, ten tweede zou de wapengelijkheid gegarandeerd zijn omdat de vervolgende instantie en de rechter net zo min als de verdediging kennis kunnen nemen van meer gegevens van het onderzoek van de veiligheids- en inlichtingendiensten dan deze vervat in het niet-vertrouwelijk proces-verbaal van de voorzitter van de commissie⁵⁴.

Waar het inderdaad zo is dat het recht op een eerlijk proces niet van toepassing is op een onderzoek zonder gerechtelijke finaliteit, gaat die redenering niet langer op wanneer het onderzoek van de veiligheids- en inlichtingendiensten *de facto* een gerechtelijke finaliteit krijgt, door het overmaken van een proces-verbaal met bepaalde bevindingen van het onderzoek. Daarnaast gaat het niet op de tegenspraak en de wapengelijkheid te beperken tot een artificieel beperkt deel van de bestaande informatie⁵⁵. In de redenering dat het proces-verbaal van de voorzitter van de commissie aan volledige tegenspraak wordt onderworpen en de wapengelijkheid met betrekking tot de betwisting van de inhoud van dit document wordt gerespecteerd, huist een groot cynisme. Omtrent een geselecteerde fractie van de informatie kan tegenspraak worden gevoerd, terwijl het overgrote deel van de achterliggen-



de informatie versluierd wordt. De informatie is alsdan – in de termen van Onsea (*supra*) – witgewassen... Door het afzwakken van het niet-vertrouwelijk proces-verbaal tot een louter schriftelijke nota, is de situatie er in het kader van het besproken wetsvoorstel alieen maar erger op geworden vanuit grondrechtenperspectief.

Trouwens moet worden opgemerkt dat de rol van het federaal parket in deze niet eenduidig is. Er wordt zowel in contact getreden met het federaal parket wanneer een strafrechtelijk onderzoek parallel loopt met een onderzoek van veiligheids- en inlichtingendiensten, alsook wordt de 'schriftelijke nota' aan het federaal parket overgemaakt. Ten onrechte indiceert dit onderscheid dat beide hypothesen niet overlappen. Het risico bestaat immers dat het federaal parket wordt betrokken in een overleg inzake parallelle onderzoeken en vervolgens in kennis wordt gesteld van 'relatief nieuwe' strafbare feiten. In dergelijk geval beschikt het openbaar ministerie wel degelijk over meer informatie dan de rechter en de verdediging.

De beperkte bewijswaarde die aan de schriftelijke nota wordt toegekend vormt geen eigenlijke bescherming van de grondrechten. Per hypothese wordt het federaal parket immers in kennis gesteld met geselecteerde informatie van een onderzoek van veiligheids- en inlichtingendiensten waarbij op een heimelijke wijze bijzonder verregaande onderzoekshandelingen werden verricht. Dergelijke nota kan aldus bijzondere precieze en uitvoerige informatie bevatten, inhoudelijk vergelijkbaar met een vrij uitvoerig gevoerd strafrechtelijk onderzoek. Het gaat aldus niet louter om een materiële bevinding. De uitvoerige en precieze informatie van de nota van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten kan vervolgens eenvoudig door reguliere onderzoekshandelingen worden bevestigd.

De beperking van bewijswaarde van bepaalde informatie is niet nieuw in het Belgisch strafprocesrecht. Met name op basis van de recht-

spraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inzake anonieme getuigen en later op basis van de wet van 8 april 2002⁵⁶ kan een anonieme getuigenis conform artikel 86bis ev. Wetboek van Strafvordering enkel als steunbewijs dienen bij een veroordelend vonnis⁵⁷. Het Hof van Cassatie bracht een bijkomende nuance aan door voorop te stellen dat anonieme getuigenissen buiten het kader van artikel 86bis ev. van het Wetboek van Strafvordering op zich geen bewijswaarde heeft, maar toch belang kan hebben bij het beoordelen van de coherentie van de overige bewijsmiddelen⁵⁸.

Het maken van een onderscheid dat hierbij gevegd wordt van de bodemrechter is een onhoudbare fictie, waarbij gevraagd wordt dat de rechter als het ware met het ene element meer rekening houdt dan met het andere, onverminderd de intrinsieke geloofwaardigheid van het ene of andere bewijselement.

Bovenal kan een anonieme verklaring, buiten het kader van de wet 8 april 2002, dan wel op zich niet bijdragen tot enige veroordeling, ze kan wel aangewend worden als ernstige aanwijzing van schuld voor verdere onderzoekshandelingen. Zo achtte het Hof van Cassatie dergelijke huiszoeking regelmatig⁵⁹. *Mutadis mutandis* kan de informatie in het proces-verbaal van de voorzitter van de commissie eenvoudig bevestigd worden door een verregaande strafvorderlijke onderzoekshandeling zoals huiszoeking of telefoontap en is de omschakeling van een onderzoek door veiligheids- en inlichtingendiensten naar een strafrechtelijk onderzoek alsdan succesvol voltooid.

9 Nabeschouwing

Het besproken wetsvoorstel betreffende methoden voor het verzamelen van gegevens door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten heeft, net zoals het eerdere wetsontwerp, de verdienste een wettelijke kader te willen creëren voor de inlichtingen- veiligheidsdiensten.

De praktijk blijkt in deze voorop te lopen op de wetgeving, wat de noodzaak van een wettelijke regeling in de verf zet. Eveneens wordt de combinatie met het strafrechtelijk onderzoek niet genegeerd.

Huidig wetsvoorstel maakt tegenover het eerdere wetsontwerp bovendien enkele stappen vooruit, met een betere bescherming van het beroepsgeheim van advocaten en artsen, een betere bescherming van de zoeking in private plaatsen en de schrapping van het rechtsprekend orgaan ten voordele van het Vast Comité I.

Desalniettemin biedt het voorstel o.i. nog steeds te weinig garanties ter bescherming van de grondrechten van de burger: al te gemakkelijk kunnen verregaande en ingrijpende maatregelen worden aangewend, er worden geen sancties voorzien bij onwettelijkheid en de brug tussen 'BIM' en strafprocedure houdt een onevenredige inperking van het recht van verdediging in. Het verdere verloop van dit wetsvoorstel dient in de gaten te worden gehouden.

¹ Wetsvoorstel (H. Vandenberghé et al.) betreffende methoden voor het verzamelen van gegevens door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, *Parl. St. Senaat*, 2008-09, nr. 4-1053/1. Wetsontwerp betreffende de methoden voor het verzamelen van gegevens door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, *Parl. St. Senaat*, 2006-07, 3-2138/1.

² Wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden, *B.S.* 12 mei 2003 (verder BOM-wet).

In deze zaak werd de regelmatigheid van het aanwenden van informatie bekomen van de inlichtingendiensten in vraag gesteld. De bruikbaarheid van deze informatie werd uiteindelijk bevestigd door het Hof van Beroep en het cassatieberoep tegen dit arrest werd op 27 juni 2007 verworpen. *Cass.* 27 juni 2007. P.07.0333. *F. T. Strafr.* 2008, afl. 4, 271. Brussel 19 januari 2007. *T. Strafr.* 2008, afl. 4, 281, door F. Schuermans.

³ Wet 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdienst, *Belgisch Staatsblad* 18 december 1998. Verder: W.I.V.

⁴ "In het raam van hun opdrachten kunnen de inlichtingen- en veiligheidsdiensten inlichtingen en persoonsgegevens opsporen, verzamelen, ontvangen en verwerken die nuttig kunnen zijn om hun opdrachten te vervullen en een documentatie bijhouden, meer bepaald met betrekking tot de gebeurtenissen, de groeperingen en de personen die een belang vertonen voor de uitoefening van hun opdrachten. De in de documentatie vervatte inlichtingen moeten in verband staan met de doeleinden van het gegevensbestand en beperkt blijven tot de vereisten die eruit voortvloeien".

⁵ Opmerkelijk, en op zich een bijkomende indicatie van de dualiteit van het ontwerp, is dat de voorgestelde methoden geïnspireerd zijn op de strafvorderlijke equivalenten, maar deels wordt een andere terminologie gebruikt. Volgens de regering speciaal om de verschillende finaliteit in de verf te zetten – p. 30 wetsontwerp; p. 46 wetsvoorstel.

⁶ Wat de keuze voor artsen en advocaten betreft, wordt verwezen naar artikel 90octies Wetboek van Strafvordering inzake afluisteren. Het beschermen van advocaten en artsen in deze bepaling – en de uitsluiting van andere beroepsgroepen wat deze bescherming betreft – werd door het Crondwettelijk Hof niet discriminatoir geacht. Wetsvoorstel, *Parl. St. Senaat*, 2008-09, nr. 4-1053/1, 14-16; *GwH* 10 juli 2008, nr. 102/2008; zie ook C. Alexander, "Het gebruik van vertrouwelijke briefwisseling en het afluisteren van gesprekken tussen raadsman en client," *Panopticon* 2008, afl. 4, 113. Inzake de bescherming van het bronnengeheim wordt hier kortheidshalve verwezen naar de wet van 7 april 2005 tot bescherming van journalistieke bronnen, *B.S.* 27 april 2005.

⁷ Cf. het voorgestelde 2, § 2 W.I.V. en het voorgestelde artt. 18/3, § 1, tweede lid en 18/9, § 4, W.I.V.

⁸ Het wetsontwerp sprak dienaangaande van een 'administratieve' commissie.

⁹ Cf. het voorgestelde art. 18/, 10 W.I.V.

¹⁰ Cf. het voorgestelde art. 43/1 W.I.V.

- ¹⁷ Zie ook de aanwezigheid van een parketmagistraat.
- ¹⁸ Wel bevat het wetsvoorstel een bepaling op basis waarvan een onderzoek door veiligheids- of inlichtingendiensten een strafrechtelijk onderzoek niet mag schaden. Artikel 8 van het wetsvoorstel voegt een art. 13^{ter} in de W.I.V. "De inlichtingen- en veiligheidsdiensten waken erover geen onderzoeken te voeren die een bewuste aantasting uitmaken van de bevoegdheden van de procureur des Konings of de onderzoeksrechter of die het goede verloop van opsporingsonderzoeken of gerechtelijke onderzoeken kunnen schaden. Wanneer een inlichtingen- en veiligheidsdienst een onderzoek instelt dat een weerslag kan hebben op een opsporings- of gerechtelijk onderzoek mag de inlichtingen- en veiligheidsdienst die de in artikel 18/2 bedoelde methoden voor het verzamelen van gegevens aanwendt, dit gerechtelijk- of opsporingsonderzoek niet schaden. De inlichtingen- en veiligheidsdienst brengt de commissie hiervan op de hoogte. De commissie neemt een beslissing of, en volgens welke modaliteiten, de inlichtingen- en veiligheidsdienst het onderzoek kan voortzetten, in overleg met het federaal parket en het diensthoofd van de betrokken dienst. De commissie brengt het Vast Comité I op de hoogte van zijn beslissing. De inlichtingen- en veiligheidsdienst voert zijn opdracht uit overeenkomstig de beslissing van de commissie. De commissie ziet toe op de naleving van zijn beslissing." (vgl. art. 18/3 van het wetsontwerp).
- ¹⁹ Memorie van Toelichting wetsontwerp, *Parl. St. Senaat*, 2006-07, 3-2138/1, 8.
- ²⁰ Het wetsvoorstel voorziet een termijn van drie werkdagen, in tegenstelling tot het wetsontwerp dat een (verlengbare) termijn van vijf dagen vooropstelde - 4-1053/1, 20.
- ²¹ Cf. het voorgestelde art. 18/10, § 3 W.I.V.
- ²² Cf. het voorgestelde art. 18/10, § 4, .
- ²³ Cf. het voorgestelde art. 18/11, §3, zevende lid W.I.V in het wetsontwerp.
- ²⁴ F. Schuermans, "Het gebruik van gegevens afkomstig van de inlichtingendiensten in de strafprocedure: is er nood aan een "BIM-Wet"?" (noot onder Brussel 19 januari 2007), *T. Strafr.* 2008, afl. 4, nr. 29, 324.
- ²⁵ Vast Comité van Toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten; www.comiteri.be; Wet van 18 juli 1991 tot regeling van het toezicht op de politie- en inlichtingendiensten en op het coördinatieorgaan voor de dreigingsanalyse, *B.S.* 26 juli 1991.
- ²⁶ Cf. het voorgestelde art. 43/4 W.I.V in het wetsontwerp.
- ²⁷ Cf. het voorgestelde art. 19^{bis}, tweede lid W.I.V, *infra*.
- ²⁸ De tussenkomst van de voogdijminister in geval van hoogdringendheid leidt aldus niet noodzakelijk tot een controle door het Vast Comité I.
- ²⁹ Cf. het voorgestelde art. 43/5 W.I.V.
- ³⁰ Cf. het voorgestelde art. 43/6, § 3, W.I.V: "De klager en zijn advocaat kunnen op de griffie van het Vast Comité I gedurende vijf werkdagen op de dagen en uren medegedeeld door het Vast Comité I, het dossier raadplegen. Dit dossier bevat alle ter zake relevante informatie en inlichtingen met uitzondering van die welke afbreuk doen aan de bescherming van bronnen, de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van derden, de classificatieregels bepaald in de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen of de vervulling van de opdrachten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten als gedefinieerd in de artikelen 7, 8 en 11".
- ³¹ Cf. het voorgestelde art. 43/7 W.I.V.
- ³² Cf. het voorgestelde art. 19^{bis} W.I.V.
- ³³ *Infra* wordt verder ingegaan op het ontbreken van sancties in het wetsvoorstel.
- ³⁴ Art. 28^{bis} Wetboek van Strafvordering, zoals gewijzigd door de Wet van 12 maart 1998.
- ³⁵ Zie dienaangaande: Cass. 4 juni 2002, P.02.0387.N, conclusie Duinslaeger; Cass. 2 oktober 2007, P.07.0685.N; F. Verspeelt, "It's not what you know, it's what you can prove". Over de "ernstige aanwijzingen" voor het opstarten van een infiltratiedossier," (noot onder Rk. Namen 14 februari 2005, bevestigd door K.I. Luik 24 februari 2005 en K.I. Gent 28 juni 2005), *Vigiles* 2005/4, 130; B. Van Geebergen en D. Van Daele, "De uitholling van de proactieve recherche," *N.C.* 2008, afl. 5, 327.
- ³⁶ Cf. het voorgestelde art. 13^{ter} W.I.V.

- ⁴³ Cf. artikel 29 Wetboek van Strafvordering.
- ⁴⁴ Het wetsontwerp sprak dienaangaande van een niet geclassificeerd proces-verbaal, opgesteld door de Voorzitter van de Commissie (18/3 § 2).
- ⁴⁵ Cf. het voorgestelde art. 19bis W.I.V.
- ⁴⁶ Cf. het voorgestelde art. 19bis, tweede lid, W.I.V.
- ⁴⁷ Cf. het voorgestelde art. 18/3, § 2, tweede lid, W.I.V in het wetsontwerp.
- ⁴⁸ Cf. het voorgestelde art. 18/3, § 2, derde lid, W.I.V in het wetsontwerp.
- ⁴⁹ Zie ook *infra* met betrekking tot processen-verbaal van inlichting.
- ⁵⁰ Cf. het voorgestelde art. 18/3, § 2, vierde lid, W.I.V in het wetsontwerp.
- ⁵¹ F. Verspeelt, "Drie vangnetten voor een danser op een slappe koord: de bescherming van de menselijke informatiebron in het strafproces (deel II)," *Vigiles* 2007, afl. 2, 35 (42); F. Schuermans, *De anonieme getuige: een eerste commentaar op de wet van 8 april 2002 betreffende de anonimiteit van getuigen*, in CABG, Brussel, Larcier, 65 en 68.
- ⁵² Cass. 28 november 2006, P.06.1129.N; E. Van Dooren, "De feitelijke precisering van het aan een witwasmisdrijf voorafgaand basismisdrijf wordt steeds minder vereist," (noot onder Cass. P.06.0608.N, 19 september 2006), *N.C.* 2007, afl. 3, 215-218; Y. Van Den Berge, "Het bewijs van witwassen en de motivering van de verbeurdverklaring," (noot onder Cass. 21 maart 2006), *R.A.B.G.* 2006/20, 1498.
- ⁵³ I. Onsea, *De bestrijding van georganiseerde misdaad*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 162-163.
- ⁵⁴ Zie o.m. F. Verspeelt, "Drie vangnetten voor een danser op een slappe koord: de bescherming van de menselijke informatiebron in het strafproces (deel II)," *Vigiles* 2007, afl. 2, 35. Beide komen in het wetsvoorstel voor....
- ⁵⁵ Cf. het voorgestelde art. 43/5 W.I.V – de rechtstoegang van de individuele burger is m.a.w. bezaaid met procedurele wolfljzers, aan schendingen van de wet door de desbetreffende professionals worden dergelijke sancties niet verbonden.
- Zie dienaangaande o.a. T. Decaigny, "Bever, beroepsgeheim en bewijs," (noot onder Cass. 9 mei 2007, P.07.0056.F), *T. Strafr.* 2008, afl. 2, 97.
- ⁵⁶ Het Grondwettelijk Hof voorziet ook de sanctie van het *ongeldig bewijs* bij een onregelmatigheid in een materie waarin sprake is van een diepgaande inmenging in grondrechten, ingrijpende onderzoekshandelingen (i.c. bijzondere opsporingsmethoden) en de zorg waarmee de wetgever een juridisch kader heeft geschapen: Grondwettelijk Hof, arrest 105/2007 van 19 juli 2007, B.3.2 en Grondwettelijk Hof 26 juli 2007, arrest 107/2007, B.4.2 – eerder gaf één van ons reeds aan dat ongeldig bewijs uit te sluiten bewijs is: T. Decaigny, "Bever, beroepsgeheim en bewijs," (noot onder Cass. 9 mei 2007, P.07.0056.F), *T. Strafr.* 2008, afl. 2, 100 en T. Decaigny, "De BOM-controle anno 2008," *T. Strafr.* 2008, afl. 3, 183.
- ⁵⁷ Cf. art. 90ter ev. Wetboek van Strafvordering, ingevoerd door de Wet van 30 juni 1994, *B.S.* 24 januari 1995.
- ⁵⁸ *Verslag namens de commissie voor de justitie, uitgebracht door de heer F. ERDMAN, Parl. St. Senaat 1992-93, 843-2, 114-115.*
- ⁵⁹ Zie dienaangaande ook: Arbitragehof nr. 202/2004, 21 december 2004, *Njw.* 2005, 340, *T. Strafr.* 2005/3, 199.
- ⁶⁰ EHRM 16 februari 2000, Jasper/VK, § 52.
- ⁶¹ Memorie van Toelichting wetsontwerp, *Parl. St. Senaat*, 2006-07, 3-2138/1, 8.
- ⁶² Memorie van Toelichting wetsontwerp, *Parl. St. Senaat*, 2006-07, 3-2138/1, 45.
- ⁶³ Zie in die zin: EHRM 5 februari 2008, Ramanauskas/Litouwen, *Vigiles* 2008, afl. 3, 136.
- ⁶⁴ Wet van 8 april 2002 betreffende de anonimiteit van de getuigen, *B.S.* 31 mei 2002.
- ⁶⁵ Cf. artikel 189bis, derde lid, Wetboek van Strafvordering.
- ⁶⁶ Cass. 23 maart 2005, www.cass.be, conclusie adv.-gen. D. Vandermeersch; S. Vandromme, "Anonieme inlichtingen in de strafprocedure," (noot onder Cass. 23 maart 2005, met conclusie adv.-gen. Vandermeersch), *R.W.* 2006-07/20, 829; S. Vandromme, "Anonieme inlichtingen hebben geen bewijskracht in strafzaken," *Juristenkrant* 27 april 2005.
- ⁶⁷ Cass. 4 januari 2006, *T. Strafr.* 2006, afl. 2, 90 en *N.C.* 2007, afl. 3, 207 conclusie Vandermeersch.