# Hof van Cassatie: Arrest van 28 Oktober 2008 (België). RG P.08.0706.N

* Datum : 28-10-2008
* Taal : Nederlands
* Sectie : Rechtspraak
* Bron : Justel N-20081028-3
* Rolnummer : P.08.0706.N

Nr. P.08.0706.N
I H T V,
beklaagde,
eiser,
met als raadsman mr. Hans Rieder, advocaat bij de balie te Gent,
ter rechtszitting bijgestaan door mr. Elisabeth Baeyens, advocaat bij de balie te Brussel.
I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF
Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het Hof van Beroep te Gent, kamer van inbeschuldigingstelling, van 1 april 2008.
De eiser voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, drie middelen aan.
Raadsheer Paul Maffei heeft verslag uitgebracht.
Advocaat-generaal Patrick Duinslaeger heeft geconcludeerd.
II. VOORAFGAANDE RECHTSPLEGING
De beschikking van 4 oktober 2005 van de raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk heeft de eiser naar de correctionele rechtbank verwezen wegens overtreding van de artikelen 1, 2.2 en 6, eerste lid, van de wet van 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van giftstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, ontsmettingsstoffen of antiseptica en op de artikelen 1, 2, 5, 7 en 8, van het Koninklijk Besluit van 12 april 1974 betreffende sommige verplichtingen in verband met stoffen met hormonale, antihormonale, anabole, beta-adregenische, anti-infectieuze, antiparasitaire en anti-inflamatoire werking.
Bij vonnis van 13 januari 2006 heeft de Correctionele Rechtbank te Kortrijk overeenkomstig artikel 189ter Wetboek van Strafvordering de kamer van inbeschuldigingstelling belast met de controle over de toepassing van de bijzondere opsporingsmethode observatie met toepassing van artikel 235ter van hetzelfde wetboek.
Bij arrest van 16 januari 2007 heeft het Hof van Beroep te Gent, kamer van inbeschuldigingstelling, een prejudiciële vraag gesteld aan het Grondwettelijk Hof betreffende de bestaanbaarheid van de artikelen 189ter en 235ter Wetboek van Strafvordering met de artikelen 10 en 11 Grondwet in samenhang gelezen met de artikelen 6 EVRM en 14 IVBPR.
In zijn arrest nr. 22/2008 van 21 februari 2008 antwoordt het Grondwettelijk Hof dat er geen schending is van de vermelde grondwettelijke bepalingen op voorwaarde dat de artikelen 189ter en 235ter aldus worden toegepast dat de rechter bedoeld in die artikelen in alle nog niet beslechte geschillen de controle op de aanwending van de bijzondere opsporingsmethoden uitoefent ongeacht of die aanwending vóór of na de inwerkingtreding van de wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden, heeft plaatsgevonden.
Bij het bestreden arrest oordeelt de kamer van inbeschuldigingstelling dat de bijzondere opsporingsmethode van observatie regelmatig is verlopen.
III. BESLISSING VAN HET HOF
Beoordeling
Eerste middel
1. Het middel voert schending aan van de artikelen 189ter en 235ter Wetboek van Strafvordering: de kamer van inbeschuldigingstelling oordeelt ten onrechte dat artikel 189ter Wetboek van Strafvordering voorziet in de mogelijkheid om, wanneer de controle conform artikel 235ter Wetboek van Strafvordering niet op het geëigende ogenblik heeft plaatsgevonden en de zaak bij de vonnisrechter aanhangig is, het verzuim van de substantiële vormvereisten voorgeschreven bij artikel 235ter goed te maken.
2. Het bestreden arrest oordeelt niet zoals het middel stelt. Het past integendeel de artikelen 189ter en 235ter Wetboek van Strafvordering toe op een geval dat zij niet hebben voorzien.
Het middel mist feitelijke grondslag.
Tweede middel
3. Het middel voert schending aan van de artikelen 189ter en 235ter Wetboek van Strafvordering: het arrest gaat er ten onrechte van uit dat de kamer van inbeschuldigingstelling de controle op de bijzondere opsporingsmethode observatie, aangewend vóór de inwerkingtreding van de wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden, kan uitoefenen.
4. De artikelen 189ter en 235ter Wetboek van Strafvordering voorzien in een controle door de kamer van inbeschuldigingstelling van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie bepaald bij de artikelen 47sexies, 47septies en 47octies en 47nonies van hetzelfde wetboek, welke zijn ingevoerd bij de wet van 6 januari 2003. Die bepalingen voorzien niet in een controle van de gelijkaardige bijzondere opsporingsmethoden toegepast vóór de inwerkingtreding van de wet van 6 januari 2003.
In zijn arrest 22/2008 van 21 februari 2008 gewezen in antwoord op de door de kamer van inbeschuldigingstelling in deze zaak gestelde prejudiciële vraag en in zijn arrest nr. 111/2008 van 31 juli 2008 gewezen in antwoord op een identieke prejudiciële vraag, oordeelt het Grondwettelijk Hof dat het strijdig is met de artikelen 10 en 11 Grondwet dat de artikelen 189ter en 235ter Wetboek van Strafvordering niet zouden worden toegepast op die opsporingsmethoden.
5. Wanneer het Grondwettelijk Hof vaststelt dat een wetsbepaling betreffende de strafvordering een leemte bevat waardoor de artikelen 10 en 11 Grondwet worden geschonden, moet de strafrechter zo mogelijk deze leemte opvullen.
Of de strafrechter een leemte in de wetsbepaling betreffende de strafvordering kan opvullen, hangt af van de leemte zelf. Indien de leemte van die aard is dat zij noodzakelijk vereist dat een volledig andere procesregeling wordt ingevoerd, dan kan de rechter zich daarvoor niet in de plaats van de wetgever stellen. Indien evenwel aan de ongrondwettigheid zonder meer een einde kan worden gesteld, door de wetsbepaling aan te vullen dermate dat ze niet strijdig is met de artikelen 10 en 11 Grondwet, kan en moet de rechter dit doen.
6. Om hier aan de vastgestelde ongrondwettigheid te verhelpen, volstaat het de kamer van inbeschuldigingstelling die met toepassing van de artikelen 189ter en 235ter Wetboek van Strafvordering belast is met de controle van een bijzondere opsporingsmethode, ook rechtsmacht toe te kennen om de regelmatigheid van een bijzondere opsporingsmethode te controleren die is aangewend vóór de inwerkingtreding van de wet van 6 januari 2003.
Het middel faalt naar recht.
Derde middel
Eerste onderdeel
7. Het onderdeel voert schending aan van de artikelen 235ter en 273 Wetboek van Strafvordering: de kamer van inbeschuldigingstelling heeft ten onrechte uitspraak gedaan na de eiser buiten de aanwezigheid van het openbaar ministerie te hebben gehoord.
8. Artikel 138, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek, bepaalt: "Onverminderd de bepalingen van artikel 141 vordert het openbaar ministerie de toepassing van de strafwet, overeenkomstig de regels die de wet stelt."
Artikel 140 Gerechtelijk Wetboek bepaalt: "Het openbaar ministerie waakt voor de regelmatigheid van de dienst van de hoven en rechtbanken."
Artikel 273 Wetboek van Strafvordering bepaalt: "(De procureur-generaal) woont de debatten bij; hij vordert de toepassing van de straf; hij is tegenwoordig bij de uitspraak van het arrest."
In strafzaken heeft het openbaar ministerie bij de rechtbanken van eerste aanleg en bij de hoven van beroep onder meer als opdracht de strafvordering in te stellen waar het behoort en erover te waken dat de rechtspleging wettelijk en regelmatig verloopt.
Uit deze wetsbepalingen en uit de opdracht van het openbaar ministerie volgt dat de rechter in strafzaken in alle strafgerechten, onderzoeksgerechten zowel als vonnisgerechten, en in alle strafzaken zonder onderscheid, zetelt in aanwezigheid van het openbaar ministerie.
9. Anderzijds bepaalt artikel 235ter, §§ 1 en 2, Wetboek van Strafvordering dat de kamer van inbeschuldigingstelling het openbaar ministerie moet horen over zijn vordering en over zijn opmerkingen.
Artikel 235ter, § 2, tweede en derde lid, Wetboek van Strafvordering die bepalen dat de kamer van inbeschuldigingstelling, afzonderlijk en buiten de aanwezigheid van de partijen, de opmerkingen van de procureur-generaal hoort, en op dezelfde wijze de burgerlijke partij en de inverdenkinggestelde hoort, houdt niet in dat de procureur-generaal niet aanwezig mag zijn bij het horen van de burgerlijke partij of de inverdenkinggestelde. Het houdt integendeel in dat wanneer de procureur-generaal niet aanwezig was, de rechtspleging van artikel 235ter Wetboek van Strafvordering door nietigheid is aangetast.
Het onderdeel is gegrond.
Tweede onderdeel
10. Het onderdeel kan niet leiden tot cassatie zonder verwijzing en behoeft geen antwoord.
Dictum
Het Hof,
Vernietigt het bestreden arrest.
Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest.
Laat de kosten ten laste van de Staat.
Verwijst de zaak naar het Hof van Beroep te Gent, kamer van inbeschuldigingstelling, anders samengesteld.
Begroot de kosten op 212,85 euro.
Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, tweede kamer, samengesteld uit raadsheer Luc Huybrechts, als waarnemend voorzitter, en de raadsheren Etienne Goethals, Paul Maffei, Luc Van hoogenbemt en Koen Mestdagh en op de openbare rechtszitting van 28 oktober 2008 uitgesproken door waarnemend voorzitter Luc Huybrechts, in aanwezigheid van advocaat-generaal Patrick Duinslaeger, met bijstand van afgevaardigd adjunct-griffier Conny Van de Mergel.