

Hof van Cassatie van België

Arrest

Nr. P.21.1422.N

I

M B,

beklaagde,

eiser,

met als raadsman mr. Anthony Mallego, advocaat bij de balie Dendermonde.

II

S B,

beklaagde,

eiser,

met als raadsman mr. Walter Damen, advocaat bij de balie Antwerpen.

III

J K,

beklaagde,

eiser,

met als raadsman mr. Jorgen Van Laer, advocaat bij de balie Antwerpen.

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

De cassatieberoepen zijn gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen, correctionele kamer, van 20 oktober 2021.

De eiser III voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, twee middelen aan.

De eisers I en II voeren geen middel aan.

Raadsheer Erwin Francis heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Dirk Schoeters heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

1. Het middel voert schending aan van artikel 6 EVRM: het arrest oordeelt dat noch de telefoniegegevens die de onderzoeksrechter op grond van de artikelen 46bis en 88bis Wetboek van Strafvordering aan de telecomoperatoren heeft gevraagd, noch het op deze telefoniegegevens gebaseerde verdere bewijsmateriaal uit het bewijs moeten worden geweerd; de telecomoperatoren waren verplicht die gegevens te bewaren op grond van artikel 126 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna Wet Elektronische Communicatie) in de versie na de wetwijziging van 29 mei 2016; die wetwijziging volgde op de vernietiging van de vorige wetwijziging van 30 juli 2013 bij het arrest nr. 84/2015 van het Grondwettelijk Hof van 11 juni 2015; de wetwijziging van 30 juli 2013 was een omzetting van de Dataretentierichtlijn 2006/24/EG van 15 maart 2006, die werd vernietigd bij het arrest C-293/12 en C-594/12 van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 8 april 2014 omdat de algemene en onge-

differentieerde bewaring van communicatiegegevens een miskenning inhoudt van de bescherming van het privéleven en van persoonsgegevens, zoals onder meer gewaarborgd door de artikelen 7 en 8 Handvest Grondrechten EU; de wetswijziging van 29 mei 2016 ging echter eveneens uit van een algemene en ongedifferentieerde bewaring van telecommunicatiegegevens en was zodoende in strijd met de vereisten bepaald in artikel 15, lid 1, van de E-privacyrichtlijn 2002/58/EG van 12 juli 2002, gelezen in het licht van de artikelen 7, 8, 11 en 52, lid 1, Handvest Grondrechten EU, volgens de daaraan gegeven uitlegging door het arrest C-203/15 en C-698/15 van het Hof van Justitie van 21 december 2016; dat Hof heeft bij het arrest C-511/18, C-512/18 en C-520/18 van 6 oktober 2020, gewezen ingevolge prejudiciële vraagstelling van onder meer het Grondwettelijk Hof, dan ook geoordeeld dat de laatste versie van artikel 126 Wet Elektronische Communicatie eveneens in strijd is met de voormelde bepalingen van het Unierecht; dienvolgens heeft het Grondwettelijk Hof bij arrest nr. 57/2021 van 22 april 2021 ook die versie vernietigd; hieruit volgt dat de beschikkingen van de onderzoeksrechter op grond van artikel 88*bis* Wetboek van Strafvordering onregelmatig zijn omdat zij gegevens opvragen die niet hadden mogen worden bewaard aangezien de wettelijke basis daarvoor manifest strijdig is met de Europese regelgeving; door de begane onregelmatigheid wordt het recht op een eerlijk proces miskend, zodat het erdoor opgeleverde bewijsmateriaal moet worden uitgesloten op grond van artikel 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering; de overheid heeft de onrechtmatigheid immers opzettelijk of minstens ingevolge een niet te verontschuldigen onachtzaamheid begaan door gebruik te maken van een wet die voorziet in een algemene en ongedifferentieerde bewaring van telecommunicatiegegevens, terwijl het Hof van Justitie reeds sinds geruime tijd oordeelt dat zulks niet in overeenstemming is met artikel 15, lid 1, van de E-privacyrichtlijn; de ernst van de begane onrechtmatigheid overstijgt ook de ernst van het misdrijf, gelet op de onmiddellijke en onherstelbare impact ervan op onder meer het recht op privacy van alle burgers; de onrechtmatigheid betreft evenmin een loutere formaliteit, maar raakt de kern van het onderzoek en de vervolging van de eiser III; ten slotte heeft de begane onrechtmatigheid wel degelijk een impact op het rechtsgoed dat beschermd wordt door artikel 8 EVRM en de artikelen 7 en 8 Handvest Grondrechten EU; er kan onmogelijk worden aanvaard dat een overheidsinstantie de inbreuk op de door het Unierecht verleende waarborgen zomaar naast zich neer kan leggen

en de resultaten ervan kan gebruiken; hieruit volgt dat alle uit die inbreuk volgende onderzoeksdaden gesteld ten aanzien van de eiser III uit het bewijs moesten worden geweerd; een nationale bewijsregel die de uitoefening van de rechten die het Unierecht verleent in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, mag namelijk niet worden toegepast; daarenboven hebben de op onrechtmatige wijze verzamelde telefoniegegevens een doorslaggevende invloed gehad op de bewijsvoering, gelet op de vele verwijzingen naar het telefonieonderzoek als basiselement voor eisers schuldigverklaring en op het feit dat de eiser III voor de telastlegging A.2 is veroordeeld louter op basis van de voorhanden zijnde telefoniegegevens; verder volstaat het enkele feit dat de onregelmatigheid een beklaagde niet belet tegenspraak te voeren over het bewijs of de verkrijging ervan, volgens de Belgische rechtspraak waarop de eiser III zich ingevolge het gelijkwaardigheidsbeginsel mag beroepen, niet om te oordelen dat het gebruik van het onrechtmatig verkregen bewijs niet in strijd is met het recht op een eerlijk proces.

2. Het is de verstrekkers van elektronische communicatiediensten niet verboden om gedurende een zekere tijd algemene verkeers- en locatiegegevens betreffende elektronische communicatie van hun gebruikers te bewaren.

3. Uit de in het middel vermelde bepalingen van het Unierecht en de daaraan gegeven uitlegging door het Hof van Justitie volgt geen algemeen verbod voor de overheid om verstrekkers van elektronische communicatiediensten ertoe te verplichten om gedurende een zekere tijd bepaalde identificatiegegevens en IP-adressen van gebruikers van die diensten op een algemene en ongedifferentieerde wijze te bewaren of om die gegevens mee te delen met het oog op de opsporing of het onderzoek van misdrijven.

4. In het arrest C-511/18, C-512/18 en C-520/18 van 6 oktober 2020 heeft het Hof van Justitie (nr. 221-228) onder meer geoordeeld dat:

- het uitsluitend een zaak van het nationale recht is om de regels vast te stellen met betrekking tot de aanvaarding en de beoordeling van informatie en bewijzen die door middel van een met het Unierecht strijdige gegevensbewaring zijn verkregen in het kader van een strafrechtelijke procedure tegen personen die worden verdacht van ernstige strafbare feiten;

- het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat is om de procedureregels vast te stellen voor rechtsvorderingen die ertoe strekken de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontleen, te beschermen, op voorwaarde evenwel dat die regels niet ongunstiger zijn dan deze die voor soortgelijke situaties naar nationaal recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en zij de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel);
- met betrekking tot het doeltreffendheidsbeginsel moet worden opgemerkt dat nationale regels inzake de aanvaarding en het gebruik van informatie en bewijzen tot doel hebben om in overeenstemming met de in het nationale recht gemaakte keuzen te voorkomen dat onrechtmatig verkregen informatie en bewijzen ongerechtvaardigd nadeel toebrengen aan een persoon die ervan wordt verdacht strafbare feiten te hebben gepleegd, wat niet alleen kan worden bereikt door een verbod op het gebruik van dergelijke informatie en bewijzen, maar ook door nationale regels en praktijken met betrekking tot de beoordeling en de weging van de informatie en de bewijzen of door het in aanmerking nemen van het onrechtmatige karakter ervan bij de straftoemeting;
- het doeltreffendheidsbeginsel voor de nationale strafrechter de verplichting meebrengt om informatie en bewijzen die door middel van een met het Unierecht onverenigbare algemene en ongedifferentieerde bewaring van verkeers- en locatiegegevens zijn verkregen, in het kader van een strafrechtelijke procedure tegen personen die worden verdacht van strafbare handelingen, buiten beschouwing te laten indien die personen niet in de gelegenheid zijn om doeltreffend commentaar te leveren op die informatie en die bewijzen, die betrekking hebben op een gebied waarvan de rechter geen kennis heeft en een doorslaggevende invloed kunnen hebben op de beoordeling van de feiten.

5. Het Hof van Justitie heeft die zienswijze gehandhaafd in het arrest C-746/18 van 2 maart 2021 (nr. 41-44).

6. In het arrest nr. 57/2021 van 22 april 2021 (B.24.3) heeft het Grondwettelijk Hof geoordeeld dat het aan de bevoegde strafrechter staat om uitspraak te doen over de toelaatbaarheid van de bewijzen die werden verzameld bij de tenuitvoerlegging van de vernietigde bepalingen, overeenkomstig artikel 32 Voorafgaande

Titel Wetboek van Strafvordering en in het licht van de preciseringen aangebracht door het Hof van Justitie in het voormelde arrest van 6 oktober 2020.

7. Op grond van artikel 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering is een onregelmatig verkregen bewijs slechts nietig en dient het bijgevolg te worden uitgesloten indien de naleving van de betrokken vormvoorwaarden wordt voorgeschreven op straffe van nietigheid, de begane onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast, of het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces.

8. De rechter die wordt geconfronteerd met onregelmatig bewijsmateriaal dat niet nietig of onbetrouwbaar is en die dat bewijsmateriaal doorslaggevend acht voor de beslissing over de schuldigverklaring, oordeelt op grond van de concrete gegevens van de zaak en in het licht van de gehele procedure onaantastbaar of het gebruik van dat bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces. De rechter kan daarbij een afweging maken tussen een geheel van gegevens die eigen zijn aan de hem voorgelegde zaak, zoals de stand van de wetgeving op het moment van de onregelmatigheid, het feit dat de onregelmatigheid niet opzettelijk of ingevolge een niet te verontschuldigen nalatigheid is begaan en het feit dat de klaagde voor de rechter tegenspraak heeft kunnen voeren over het bewijsmateriaal. De rechter moet zijn beslissing niet motiveren aan de hand van welbepaalde vaste criteria, maar uit zijn beslissing moet wel blijken dat hij, wanneer dat voor hem is aangevoerd, in het bijzonder rekening heeft gehouden met de door het Hof van Justitie bepaalde vereisten met het oog op het vrijwaren van de gelijkwaardigheid en de doeltreffendheid van de door het Unierecht geboden rechtsbescherming. Evenmin dient de beslissing over de bewijsuitsluiting enkel te worden gesteund op het al dan niet voldoen aan een welbepaald criterium, maar kan de rechter meerdere criteria in hun onderling verband beoordelen en kan de beoordeling van het ene criterium de beoordeling van het andere versterken, vervolledigen of verduidelijken. Het Hof gaat wel na of de rechter uit zijn vaststellingen geen gevolgen afleidt die niet te verzoenen zijn met het recht op een eerlijk proces.

9. Het enkele feit dat de algemene en ongedifferentieerde bewaarplicht van communicatiegegevens door telecomoperatoren in strijd is met het Unierecht zoals uitgelegd door het Hof van Justitie en een miskennis uitmaakt van het recht op de bescherming van het privéleven en van de persoonsgegevens van een alge-

meenheid van burgers, heeft niet tot gevolg dat die onregelmatigheid steeds de ernst van het door een beklagde gepleegd misdrijf overstijgt.

10. In zoverre het middel uitgaat van andere rechtsopvattingen, faalt het naar recht.

11. Op het moment waarop de onderzoeksrechter de bekritiseerde beschikkingen verleende, bestond er een ogenschijnlijke rechtsgrond voor de bewaarplicht en de opvraging van hier bedoelde communicatiegegevens, namelijk artikel 126 Wet Elektronische Communicatie zoals gewijzigd bij de wet van 29 mei 2016 betreffende het verzamelen en het bewaren van de gegevens in de sector van de elektronische communicatie. Daaraan wordt geen afbreuk gedaan door het gegeven dat het Hof van Justitie bij het latere arrest van 6 oktober 2020 ook de bij die wet gewijzigde bewaarplicht in strijd heeft bevonden met artikel 15, lid 1, van de E-privacyrichtlijn, gelezen in het licht van de artikelen 7, 8, 11 en 52, lid 1, Handvest Grondrechten EU, noch door het gegeven dat het Grondwettelijk Hof vervolgens bij het arrest nr. 57/2021 van 22 april 2021 die wijzigende wet heeft vernietigd. Uit die arresten volgt dan ook niet dat de loutere bewaarplicht of opvraging van de hier bedoelde gegevens op grond van de op dat moment geldende wetgeving een opzettelijke of niet te verontschuldigen fout uitmaakt.

12. Met overname van de redenen van het beroepen vonnis en met eigen redenen oordeelt het arrest onder meer dat:

- er geen op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereisten zijn die de telecomoperatoren of de onderzoeksrechter bij het bewaren dan wel het opvragen van de telecommunicatiegegevens niet zouden hebben nageleefd;
- er geen enkele reden is om te twijfelen aan de juistheid of de betrouwbaarheid van de verkregen gegevens;
- het bewijs integendeel is gesteund op objectief geregistreerde communicaties die aan de tegenspraak van de verdediging werden onderworpen en de onrechtmatige bewaring van of toegang tot deze gegevens op zich geenszins de betrouwbaarheid van de gegevens aantast;
- de eiser III bovendien steeds de mogelijkheid heeft gehad om de (technische) juistheid van de opgevraagde gegevens te betwisten en dit zowel tijdens het ge-

rechtelijk onderzoek als tijdens de behandeling voor de eerste rechter en voor het hof van beroep;

- het gebruik van de verkregen gegevens in deze zaak niet in strijd is met het recht op een eerlijk proces, gelet op de volgende redenen:
 - bewijselementen verkregen in strijd met het recht op de eerbiediging van het privéleven zoals gewaarborgd door artikel 8 EVRM vormen niet automatisch ook een inbreuk op artikel 6 EVRM;
 - het handelt hier om telecommunicatiegegevens die door een onafhankelijke onderzoeksrechter werden opgevraagd met gemotiveerde bevelschriften, op grond van de op dat moment geldende wetgeving en rekening houdend met de principes van subsidiariteit en proportionaliteit, waarbij geen sprake is van enige opzettelijke onregelmatigheid;
 - ook bij de bewaring van de gegevens door de telecomoperatoren is er geen sprake van enige opzettelijke onregelmatigheid aangezien ook deze geschiedde op basis van geldende wettelijke bepalingen;
 - de impact van de onregelmatigheid op het recht op privacy door de opvraging van retroactieve communicatiegegevens ten aanzien van de eiser III was hier hoe dan ook beperkt in verhouding tot de ernst van de aan de eiser III ten laste gelegde feiten van internationale cocaïne-trafik in vereniging en deelname aan een criminele organisatie;
 - de eiser III heeft in de loop van het debat ruimschoots de gelegenheid gekregen om doeltreffend commentaar te leveren over alle in dit dossier verkregen bewijselementen, inclusief de bewaarde data die in ongewijzigde vorm zijn neergelegd en bewaard op de griffie en waartoe de eiser III steeds toegang had;
 - het voorliggende bewijs heeft geen betrekking op een gebied waarvan de rechter geen kennis heeft aangezien het objectieve vaststaande gegevens betreft die geen nader wetenschappelijk onderzoek of expertise vergen;

- op basis van alle voorliggende dossiergegevens is vast te stellen dat de opgevraagde bewaarde communicatiegegevens niet doorslaggevend zijn bij de beoordeling van de feiten en slechts één van de vele elementen zijn die bij de beoordeling van de schuld mee in overweging worden genomen;
- het hof van beroep verwijst desbetreffend naar de resultaten van het strafonderzoek, zoals onder meer de politionele vaststellingen, de verklaringen van getuigen en medebeklaagden, de observaties, de inbeslagnames, de resultaten van de huiszoekingen bij diverse beklaagden, de relevant verklaarde tapgesprekken en het aantreffen van geëncrypteerde toestellen, die in hun samenhang gelezen voor het hof van beroep het bewijs opleveren van eisers betrokkenheid bij de feiten.

13. Uit de vermelde redenen blijkt niet dat de beslissing tot het behoud van de retroactieve communicatiegegevens enkel steunt op de mogelijkheid van de eiser om over die gegevens tegenspraak te voeren.

14. Uit het geheel van de redenen die het arrest overneemt van het beroepen vonnis (p. 10, 11, 13-15, 19-20 en 22-23) en die het (p. 19-22) zelf bevat, blijkt niet dat de appelrechters eisers schuld aan de telastleggingen op doorslaggevende wijze steunen op retroactief telefonieonderzoek. Uit die redenen blijkt immers dat eisers schuldigverklaring eveneens steunt op andere bewijselementen, namelijk de resultaten van huiszoekingen en de observaties, waaronder een observatie van 19 november 2019 om 16u27, de inhoud van afgeluisterde gesprekken, de uitlezing van de smartphone van de eiser II, de verklaringen van in het beroepen vonnis aangeduide derden, gegevens over de aangetroffen ladingen hout, de *track and trace* gegevens van het huurvoertuig Smart en de uit Peru verkregen informatie en foto's.

15. Hieruit volgt dat de appelrechters op grond van het geheel van de gegevens die zij vaststellen, wettig kunnen oordelen dat de opgevraagde retroactieve telefoniegegevens niet uit het bewijs moeten worden geweerd.

16. In zoverre kan het middel niet worden aangenomen.

Tweede middel

17. Het middel voert schending aan van artikel 51 Strafwetboek: het arrest verklaart de eiser III schuldig aan poging tot invoer van verdovende middelen met verzwarende omstandigheden (telastlegging B); het oordeelt dat het feit dat de cocaïne bij controle in de haven in Peru door de overheidsdiensten uit de container werd gehaald, geen afbreuk doet aan het feit dat er hier sprake is van een strafbare poging tot invoer van de cocaïne; de telastlegging B betreft echter een volstrekt ondeugdelijke poging aangezien de container geen verdovende middelen bevatte op het moment waarop hij effectief werd ingevoerd, de medewerking waarvoor de eiser III is vervolgd enkel plaatsvond op Belgische bodem en uit het strafdossier niet blijkt dat de eiser III reeds vóór de inbeslagneming van de cocaïne kennis zou hebben gehad van het feit dat er een invoer zou plaatsvinden.

18. De aan de eiser III opgelegde bestraffing is naar recht verantwoord door zijn schuldigverklaring aan de telastleggingen A.2, A.6, A.10 en D.2.

19. Het middel dat enkel betrekking heeft op de telastlegging B, kan niet tot cassatie leiden en is bijgevolg niet ontvankelijk.

Ambtshalve onderzoek

20. De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissingen zijn overeenkomstig de wet geweest.

Dictum

Verwerpt de cassatieberoepen.

Veroordeelt de eisers tot de kosten van hun cassatieberoep.

Bepaalt de kosten in het geheel op 223,92 euro, waarvan de eisers I, II en III elk 74,64 euro zijn verschuldigd.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, tweede kamer, samengesteld uit raadsheer Filip Van Volsem, als waarnemend voorzitter, de raadsheren Antoine Lievens, Erwin Francis, Ilse Couwenberg en Eric Van Dooren, en in openbare rechtszitting van 29 maart 2022 uitgesproken door waarnemend voorzitter.

ter Filip Van Volssem, in aanwezigheid van advocaat-generaal Dirk Schoeters, met
bijstand van griffier Ayse Birant.