

ROYAUME DE BELGIQUE

KONINKRIJK BELGIE

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre de la Justice, le 22 mai 1997, d'une demande d'avis sur un projet de loi "relative à la répression de la corruption", après avoir examiné l'affaire en ses séances des 24 novembre 1997, 8 décembre 1997, 15 décembre 1997 et 5 janvier 1998, a donné à la même date l'avis suivant :

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierde kamer, op 22 mei 1997 door de Minister van Justitie verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van wet "inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie", heeft, na de zaak te hebben onderzocht op de zittingen van 24 november 1997, 8 december 1997, 15 december 1997 en 5 januari 1998, op dezelfde datum het volgend advies gegeven :

OBSERVATIONS GENERALES

1. Comme la section de législation du Conseil d'Etat l'a souvent rappelé, le principe de légalité emporte qu'en matière pénale, c'est, pour le pouvoir législatif, une obligation constitutionnelle, et non une simple recommandation, de disposer par des règles précises. A défaut de pareilles règles, les juges seront obligés de combler cette imprécision, avec pour conséquence, des interprétations jurisprudentielles parfois fort divergentes (1).

Dans l'exposé des motifs, il est insisté sur le fait que l'intention du Gouvernement en remplaçant les mots "tout fonctionnaire ou officier public, toute personne chargée d'un service public" par les mots "toute personne qui exerce une fonction publique" n'est pas de modifier le champ d'application des dispositions sur la corruption quant aux personnes. S'il en est bien ainsi, mieux vaut ne pas changer les textes qui servent aujourd'hui à déterminer ce champ d'application.

Si, par contre, comme il est indiqué - non sans une certaine contradiction - dans le même exposé des motifs, c'est à dessein qu'on a remplacé l'une expression par l'autre, de manière à couvrir toutes les catégories de personnes publiques quel que soit leur statut (fonctionnaires ou agents publics fédéraux, régionaux, communautaires,

(1) Voyez en ce sens l'avis n° L. 25.345/2, donné le 28 octobre 1996 à propos d'un projet de loi "incriminant la participation à une organisation criminelle", publié dans doc. parl. Chambre des Représentants, sess. 1996-97, n° 954/1.

provinciaux, communaux, mandataires élus; officiers publics; dépositaires d'une manière temporaire ou permanente d'une parcelle de la puissance publique ou de l'autorité publique; personnes, même privées, chargées d'une mission de service public), on peut s'interroger sur le caractère adéquat de ce changement terminologique et singulièrement si sont effectivement visés les titulaires d'un mandat électif.

2. Si l'on peut comprendre la volonté des auteurs du projet d'étendre aux mandataires élus le champ d'application *ratione personae* des articles du Code pénal relatifs à la corruption, des doutes doivent être émis quant au point de savoir s'ils sont susceptibles de commettre les autres types d'infractions.

A titre d'exemple, on ne voit pas comment l'article 243 du Code pénal pourrait leur être applicable, alors que cet article suppose que celui qui s'est rendu coupable de concussion exerce une fonction qui, en principe, peut l'amener à recevoir des deniers publics, taxes ou contributions diverses, ce qui n'est manifestement pas leur cas.

Le législateur français a, quant à lui, pour chaque infraction particulière, soit adapté le champ d'application *ratione personae* de la disposition pénale, soit formulé la disposition de sorte que l'infraction puisse également être imputée à une personne investie d'un mandat électif.

C'est ainsi que ne tombent pas dans le champ d'application de l'article 432-10 du nouveau Code pénal

.../...

français relatif à la concussion, les personnes titulaires d'un mandat électif.

Les auteurs du projet devraient en conséquence réexaminer les articles 240 à 244 en projet et s'interroger sur la nécessité d'étendre expressément leur champ d'application ratione personae aux personnes ayant la qualité d'élus.

Dans l'affirmative, le législateur peut soit ajouter à l'énumération des personnes visées les titulaires d'un mandat électif, soit prévoir une disposition spécifique les concernant.

3. En outre, le concept de "toute personne qui exerce une fonction publique" est extrêmement vague.

Qu'advient-il de ceux qui n'exercent pas directement la fonction publique mais qui y participent ? Les notions de "commis" et de "préposés" utilisées notamment à l'article 244 actuel du Code pénal, concernent essentiellement les personnes qui assistent les fonctionnaires, les officiers publics (1) et les personnes qui sont chargées d'un service public.

4. Enfin, l'intitulé actuel du titre IV du livre II du Code pénal fait expressément référence aux ministres des cultes, le chapitre VIII de ce titre étant

(1) par exemple les clercs de notaires.

consacré aux infractions commises par les ministres des cultes dans l'exercice de leur ministère.

Le projet n'apportant aucune modification à ce chapitre, il y a lieu, comme en a convenu le fonctionnaire délégué, de maintenir dans l'intitulé du titre IV la référence aux ministres des cultes.

EXAMEN DU PROJET

Intitulé

Selon l'exposé des motifs, l'avant-projet de loi entend fournir "un cadre juridique entièrement rénové pour assurer l'action la plus efficace contre la corruption". Or, plusieurs dispositions en projet ne concernent pas directement la corruption. Ainsi, les articles 240 à 245 du Code pénal, que le projet remplace, visent des infractions distinctes de la corruption : il s'agit du détournement de biens publics (article 240), de la destruction de pièces (article 241), de la soustraction et de la destruction d'objets des dépôts publics (article 242), de la concussion (article 243) et du délit d'ingérence (article 245).

L'intitulé du projet doit en conséquence être plus explicite sur la portée réelle du projet.

.../...

Proposant

Il y a lieu de mentionner également le Ministre des Finances qui contresigne l'avant-projet de loi.

L'observation vaut également pour l'arrêté de présentation.

DispositifObservation préliminaire

Le texte du projet ne comprend pas d'article 5. Il y a lieu de rectifier cette erreur et de revoir la numérotation des articles du projet.

Article 1er

On écrira "La présente loi règle ...", non "Cette loi règle ...".

Article 2

1. Lorsqu'un texte est cité par ses divisions, celles-ci s'écrivent avec des minuscules. Le mot "code", par contre, prend une majuscule.

La même observation vaut pour les articles 3, 4, 6, 7, 8 et 9.

.../...

2. Par souci de cohésion avec les autres intitulés du Code pénal, l'on écrira, dans la phrase introductive, le nouvel intitulé comme suit : "Des crimes et délits ...".

Article 3

Article 240 en projet

Si cette disposition reproduit pour l'essentiel l'article 240 actuel du Code pénal, sa formulation s'en écarte quelque peu. Ainsi, l'article 240 en projet n'utilise plus l'expression "soit en vertu, soit à raison de sa charge" mais bien les termes "à raison de sa fonction".

Or, il ressort des travaux préparatoires que les vocables "en vertu de" et "à raison de" ont des significations différentes. Le premier signifie que si la personne détient des deniers publics c'est parce qu'elle est légalement investie d'une telle mission. Le deuxième implique que les deniers ont été donnés à la personne spontanément "à cause de la foi que l'on peut et que l'ont doit avoir dans les personnes revêtues d'un caractère public" (1).

Des explications données par le fonctionnaire délégué, il ressort que les auteurs du projet n'ont nullement voulu modifier la portée de cette disposition. Il convient, dès lors, de maintenir le texte dans sa rédaction actuelle.

(1) Marchal A., "Crimes et délits contre l'ordre public commis par des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions ou par des ministres des cultes dans l'exercice de leur ministère", *Novelles, Droit pénal*, Tome III, 1972, n^{os} 3336 à 3347.

Article 241 en projet

Le commentaire de cette disposition n'est pas totalement conforme au dispositif. En effet, il est contradictoire d'écrire que lorsque la personne a eu accès aux pièces à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, cela vise le cas "où la personne qui exerce une fonction publique a utilisé des possibilités découlant de sa fonction pour avoir accès à des pièces qui ne lui étaient pas destinées et à propos desquelles il n'avait pas de responsabilité particulière".

De deux choses l'une. Si c'est à l'occasion de l'exercice de ses fonctions que la personne a eu accès aux documents, il n'est pas nécessaire qu'elle fasse usage "de possibilités découlant de sa fonction", l'exercice de ses fonctions justifiant en soi l'accès audits documents.

Par contre, si dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, il ne se justifiait pas qu'elle ait accès à certains documents et qu'elle ait abusé de sa qualité pour les obtenir, il s'agit alors de documents qui lui ont été communiqués "à raison de sa fonction".

Interrogé sur le sens qu'il convient de donner aux termes "auxquels elle a eu accès à l'occasion de l'exercice de ses fonctions", le fonctionnaire délégué a expliqué qu'il s'agissait de l'hypothèse d'un officier de police judiciaire qui, à l'occasion d'une perquisition, détruit un document qui est de nature à révéler une infraction autre que celle qui a donné lieu à la perquisition.

.../...

Afin d'éviter des divergences d'interprétation quant à la portée de ces termes, il serait préférable de rédiger la fin de cette disposition de la manière suivante et de clarifier davantage le commentaire de cette disposition :

"... dont elle était dépositaire en cette qualité, qui lui avaient été communiqués ou auxquels elle a eu accès à raison de sa fonction."

2. On observe, par ailleurs, une discordance entre les articles 241 et 242 en projet, en ce sens qu'il n'est question qu'à l'article 242 des "supports informatiques ou magnétiques", alors que ces mêmes supports devraient également être visés à l'article 241 en projet.

Article 242 en projet

1. En vertu de cette disposition, un dépositaire public peut être puni pénalement si par sa négligence, des tiers ont pu soustraire ou détruire des pièces ... qu'il détenait en cette qualité.

Une controverse existe sur la question de savoir si cette disposition vise le cas d'un fonctionnaire qui, par négligence et sans intention frauduleuse, détruit lui-même

.../...

les documents visés. Le commentaire suivant figure dans les Nouvelles (1) :

"Est-il d'autre part tellement certain ou conforme au bon sens, comme le donne à penser la doctrine, que le législateur veuille la condamnation du fonctionnaire qui détruit ou fait détruire par négligence, en l'absence d'intention frauduleuse? Ne considère-t-il pas plutôt qu'une destruction de cette nature est le fruit d'une erreur et ne mérite pas la sanction pénale, mais la seule sanction disciplinaire ?".

Les auteurs de l'avant-projet ne prennent pas position sur cette question. Sans doute serait-il opportun qu'ils le fassent pour pouvoir insérer dans la loi un texte explicite sur ce point et mettre ainsi fin à cette controverse.

2. Le texte en projet renforce les peines, l'emprisonnement de huit jours à six mois étant remplacé par un emprisonnement d'un mois à un an et une amende de 100 francs (x 200) à 20.000 (x 200) francs ou une de ces peines. En l'occurrence, il est permis de douter de la proportionnalité de la peine par rapport au fait reproché qui est une simple négligence.

(1) Voir les auteurs cités par Marchal A., op. cit., n° 3687 à 3697.

Article 4

Article 246 en projet

1. Tant le protocole du 27 septembre 1996 établi sur la base de l'article K.3 du Traité de l'Union européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (1) que la convention du 26 mai 1997 établie sur la base de l'article K.3, paragraphe 2, point c), du Traité de l'Union européenne, relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne (2), incriminent séparément la corruption passive, d'une part, et la corruption active, d'autre part.

En revanche, les textes de l'avant-projet restent inspirés par la conception qui reste la plus répandue en Belgique et qui est encore exprimée dans l'exposé des motifs du projet, selon laquelle "l'élément constitutif déterminant est l'existence du pacte de corruption", ou tout au moins par celle, plus prudente, analysant la corruption comme une infraction qui ne peut se réaliser sans l'intervention de deux personnes.

Aussi, le paragraphe 1er de l'article 246 en projet se borne-t-il à incriminer le fait d'accepter une offre ou

(1) (96/C 313/01) publié au J.O. du 23.10.96, n° C 313, p. 1.

(2) (97/C 195/01) publié au J.O. du 25.06.97, n° C 195, p. 1.

une promesse et le paragraphe 2 du même article n'incrimine-t-il que le fait de proposer un avantage à un fonctionnaire "qui l'accepte". Ces deux textes conçoivent bien que les deux volontés, celle du corrompu et celle du corrupteur, doivent converger pour que l'infraction soit commise aussi bien par l'un que par l'autre.

C'est aussi la raison pour laquelle l'article 246, § 1er, en projet, n'incrimine pas le fonctionnaire qui sollicite et dont la sollicitation n'aurait rencontré aucun écho; pas plus que le paragraphe 2 du même article n'incrimine l'offre d'un avantage à laquelle le fonctionnaire visé ne répond d'aucune manière et qu'il n'accepte donc pas.

Or, comme il a été dit ci-dessus, les actes de droit communautaire précités entendent clairement que les Etats incriminent aussi bien la simple sollicitation que l'offre d'avantages, même non acceptée.

Il faut, pour respecter ces actes, réparer cette erreur en ajoutant au paragraphe 1er le verbe "solliciter" avant le verbe "accepter" et en supprimant au paragraphe 2 les mots "qui l'accepte".

Invité à s'expliquer sur la corruption passive et la compatibilité de l'article 246 en projet avec lesdits actes, le fonctionnaire délégué a déclaré que les auteurs du projet ont choisi une autre logique que celle développée par ces actes. Ils considèrent, notamment, que le fait pour un fonctionnaire de solliciter lui-même des avantages, est constitutif d'une tentative de corruption passive qui est

.../...

punissable au regard de l'article 247, § 3, en projet du Code pénal.

Cette explication ne convainc aucunement.

En effet, une tentative consiste à accomplir un acte extérieur qui forme un commencement d'exécution de l'infraction en cause (article 51 du Code pénal).

Une tentative de corruption passive ne pourrait donc être qu'un commencement d'exécution de l'acte d'accepter. Comme il n'y a d'acceptation que d'une offre faite et que la sollicitation tend à provoquer cette offre, la sollicitation ne peut être considérée comme le commencement d'exécution d'une acceptation.

L'article sous examen doit être entièrement revu en prenant pour modèle les textes de droit communautaire.

2. Il ressort de l'article 5 tant du protocole que de la convention précités que les Etats membres à ces actes internationaux s'engagent à prendre les mesures nécessaires afin de rendre, notamment, l'instigation aux comportements visés aux articles 2 et 3 passible de sanctions pénales.

Or, l'avant-projet examiné ne rend pas l'instigation pénalement punissable.

Selon les explications données en séance du 15 décembre 1997 par le délégué du ministre au Conseil d'Etat, une incrimination distincte ne serait pas nécessaire étant

.../...

donné que l'instigation serait déjà punissable en droit belge au titre de la participation prévue à l'article 66 du Code pénal.

Cette affirmation n'est que partiellement exacte, la participation prévue à l'article 66 du Code pénal ayant un champ d'application plus limité que la notion d'instigation, inconnue en droit belge. L'article 66 du Code pénal suppose en effet toujours la réalisation matérielle de l'infraction principale ou de sa tentative et ne vise que les agents qui ont directement provoqué au crime ou au délit par des dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoirs, machinations ou artifices coupables, ou par un des moyens de publicité prévus au dernier alinéa de l'article 66.

3. A l'article 242 en projet du Code pénal, il existe une discordance entre les textes français et néerlandais, étant donné que si, comme il ressort de l'exposé des motifs, l'intention des auteurs a été de remplacer dans le texte français les termes "procédures criminelles" par les termes "actes de la procédure", le texte néerlandais n'a pas subi la même modification puisqu'il y est toujours précisé qu'il s'agit de "procesakten in strafzaken".

4. Le commentaire de l'article 246, § 3, en projet indique que le but recherché est d'assimiler "à une personne qui exerce une fonction publique toute personne qui s'est portée candidate à cette fonction ou qui se présente comme pouvant prochainement exercer cette fonction. L'objectif visé est de pouvoir sanctionner, dès l'origine, le pacte de corruption, même s'il est accompli entre personnes privées

.../...

en prévision de l'accession d'une des parties à une fonction publique, en vue de l'accomplissement ultérieur d'un acte à l'occasion de l'exercice futur de cette fonction. De cette manière, au cas où le candidat n'accéderait pas ultérieurement à cette fonction publique, il sera néanmoins punissable".

Le paragraphe 3, en tant qu'il se réfère à "toute personne qui s'est portée candidate à une telle fonction ou qui se présente comme pouvant prochainement exercer une telle fonction" utilise des concepts insuffisamment déterminés.

Pour satisfaire pleinement au principe de la légalité des incriminations, l'article 246, § 3, en projet gagnerait à être rédigé de la manière suivante :

"Est assimilée à une personne qui exerce une fonction publique, toute personne qui s'est portée candidate à une telle fonction ou qui s'est présentée comme pouvant prochainement exercer une telle fonction et qui en devient titulaire ultérieurement."

Article 247 en projet

L'article 247, § 2, alinéa 1er, en projet réprime ce qu'on a appelé en droit pénal français, "le trafic d'influence".

La disposition en projet s'inspire d'ailleurs dans une certaine mesure, de l'article 433-1, 2°, du nouveau Code pénal français.

Toutefois, autant le texte français permet des interprétations larges, autant le texte en projet semble plus restrictif.

On n'aperçoit pas pourquoi l'abus d'influence ne pourrait pas avoir lieu pour des actes relevant de l'activité du pouvoir législatif. La Chambre des représentants étant compétente pour examiner les demandes de naturalisation, il pourrait se concevoir qu'un abus d'influence ait lieu à cette occasion. Un tel comportement peut également intervenir lorsqu'il s'agit de nommer les fonctionnaires des assemblées ...

Par ailleurs, le commentaire de cette disposition n'explicite pas ce qu'il y a lieu d'entendre par "actes judiciaires". Peut-on qualifier de la sorte les décisions juridictionnelles, les actes du ministère public ou les rapports des experts judiciaires ? Qu'en est-il de surcroît des avis et arrêts du Conseil d'Etat ou des arrêts de la Cour d'Arbitrage ?

Tant le dispositif que le commentaire de cette disposition doivent être plus clairs.

.../...

Article 248 en projet

Cette disposition prévoit une circonstance aggravante lorsque le fonctionnaire corrompu exerce des fonctions spécifiques dans le domaine de la recherche et de la poursuite des infractions.

Sont ainsi visés le "fonctionnaire de police, une personne revêtue de la qualité d'officier de police judiciaire ou un membre du ministère public". Les mots "fonctionnaire de police" ont cependant un sens particulier au regard de l'article 3, 3°, de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police qui définit le fonctionnaire de police comme étant "un membre d'un service de police habilité par ou en vertu de la loi à prendre ou à exécuter certaines mesures de police et à accomplir des actes de police administrative ou judiciaire".

Or, le commentaire de la disposition en projet semble viser uniquement ceux qui participent aux actes de police judiciaire. Il conviendrait que les auteurs du projet soient à cet égard plus explicites.

Article 249 en projet

1. L'article 249 en projet vise exclusivement la corruption en tant qu'elle s'applique aux arbitres, juges assesseurs ou jurés ainsi qu'aux juges de l'ordre judiciaire et des juridictions administratives. Il prévoit que dans l'hypothèse envisagée à l'article 246, soit la corruption, la qualité de juge constitue une circonstance aggravante.

Par contre, on observe que cette même qualité ne constitue pas une circonstance aggravante lorsque les faits sont constitutifs d'un trafic d'influence visé à l'article 247, § 2, en projet.

L'article 248 en projet voit, au contraire, dans la qualité de fonctionnaire de police, d'officier de police judiciaire ou de membre du ministère public, une circonstance aggravante tant dans les cas prévus à l'article 246 que dans ceux visés à l'article 247 en projet.

La section de législation n'aperçoit pas pour quelle raison l'article 249 en projet ne fait pas de la qualité de juge une circonstance aggravante en cas de trafic d'influence.

Certes, le commentaire de l'article 249 en projet expose que l'exercice par le juge de son influence à l'égard d'une autre instance judiciaire ou administrative entre dans le champ d'application de l'article 247 et non de l'article 249.

Mais l'explication n'est pas convaincante car si tel était le cas, il y aurait une discrimination entre les personnes visées à l'article 248 et les juges dans la mesure où pour les premières leur qualité constituerait une circonstance aggravante et pour les secondes non.

2. Le troisième alinéa de cette disposition vise les "juges de l'ordre judiciaire ou d'une juridiction administrative". Ces concepts ne permettent pas de prendre en considération les juges de la Cour d'arbitrage. Mieux vaudrait s'en tenir au concept de "juge".

.../...

Observations communes aux articles 250 et 251 du Code pénal en projet ainsi qu'aux articles 6 et 8 du titre préliminaire du Code de procédure pénale en projet

1. En des termes identiques, les articles 2, alinéa 2, 3, alinéa 2, 4 et 6, du protocole du 27 septembre 1996 établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et les articles 2, alinéa 2, 3, alinéa 2, et 7, de la Convention du 26 mai 1997 établie sur la base de l'article K.3 paragraphe 2, point c), du Traité sur l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, obligent la Belgique non seulement à élargir la notion de corruption établie par son droit pénal, mais aussi à étendre le domaine d'application de ce droit pour réprimer les infractions de ce type quand elles sont commises, sur le territoire belge ou hors de celui-ci, par des personnes exerçant des fonctions publiques aussi bien en Belgique que dans les autres Etats membres de l'Union européenne, ou dans les institutions ou organismes de l'Union.

Le projet vise à remplir ces obligations en modifiant, d'une part, le Code pénal et, d'autre part, la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale. Deux articles nouveaux - les articles 250 et 251 - sont insérés dans le Code pénal pour incriminer la corruption - tant active que passive - dans

.../...

laquelle sont impliquées les personnes de quelque nationalité que ce soit, exerçant une fonction publique pour un Etat étranger, quel qu'il soit, membre ou non de l'Union européenne, ainsi que les personnes exerçant une fonction publique dans toutes les organisations de droit international public dont la Belgique est membre, et donc notamment dans les institutions ou organismes de l'Union européenne. De leur côté, les articles 6 et 8 du titre préliminaire du Code de procédure pénale sont modifiés par les articles 7 et 8 du projet qui y ajoutent des règles en vue d'étendre la compétence judiciaire belge et ainsi d'autoriser la répression en Belgique des infractions de corruption commises, soit par une Belge, soit par un étranger, hors du territoire du Royaume.

Il convient d'examiner en premier lieu les textes du projet qui réforment la répression des actes de corruption accomplis en Belgique (A); seront examinés ensuite les textes destinés à réprimer en Belgique les infractions de corruption commises à l'étranger (B).

A. Infractions commises en Belgique

Les articles 250 et 251 du Code pénal en projet portent la répression de la corruption bien au delà de ce que prévoient les deux instruments internationaux cités ci-dessus. Ces derniers, en effet, obligent seulement les Etats à incriminer les agissements de corruption relatifs à l'activité de leurs propres fonctionnaires, à celle de ceux des autres Etats membres de l'Union européenne, des

.../...

"fonctionnaires communautaires" dans le sens que ces instruments donnent à cette expression, ainsi que des personnes "assimilées". L'incrimination des personnes exerçant une fonction publique d'un Etat non membre de l'Union européenne ou d'un organisme de droit international public autre que l'Union européenne est une initiative propre au Gouvernement belge.

L'importance de cette extension est sans doute la raison pour laquelle l'article 250, § 1er, alinéa 2, en projet, cherche à atténuer les rigueurs de la répression en prévoyant que la corruption impliquant un fonctionnaire d'un Etat étranger, non membre de l'Union européenne, ne peut être punie en Belgique qu'à la condition que les faits commis soient aussi punissables dans l'Etat pour lequel ledit fonctionnaire exerce sa fonction.

Par une telle restriction, le projet ménage une exception à un principe essentiel, celui de l'application indifférenciée de l'ensemble des lois pénales belges à tous ceux qui adoptent sur le territoire belge un comportement que ces lois interdisent. Selon la règle en projet, il y aurait au regard de l'ordre juridique belge et relativement à leur comportement sur le territoire du Royaume, deux catégories de fonctionnaires étrangers : ceux qui peuvent s'y laisser corrompre et ceux qui ne le peuvent pas.

La portée exacte de la restriction ménagée par l'article 250, § 1er, alinéa 2, en projet, doit être appréciée en ayant à l'esprit le fait que les règles en cause sont celles qui incriminent non seulement le

.../...

fonctionnaire étranger qui se rend coupable en Belgique de corruption passive mais aussi quiconque - et notamment un citoyen belge - cherche en Belgique ou y arrive à corrompre ce fonctionnaire. La conséquence en est que, dans l'hypothèse où le fonctionnaire est au service d'un Etat qui ne réprime pas la corruption, il n'est alors pas non plus défendu aux Belges de chercher à le corrompre ou d'y parvenir. Le texte en projet a donc pour résultat de permettre aux Belges agissant en Belgique de s'y livrer à des actes de corruption de certains fonctionnaires étrangers tandis que le même comportement leur est interdit vis-à-vis d'autres; la distinction des premiers et des seconds ne relève que des lois étrangères, celles de l'Etat au service duquel ces fonctionnaires se trouvent.

Eu égard à l'importance de la restriction qu'il apporte au principe essentiel susmentionné, l'article 250, § 1er, alinéa 2, en projet, doit être plus amplement justifié qu'il ne l'est actuellement dans l'exposé des motifs, lequel se limite à paraphraser le texte en projet.

B. Infractions commises hors du territoire du Royaume

1°) Les articles 7 et 8 du projet modifient respectivement les articles 6 et 8 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale; en revanche, aucune modification n'est apportée à l'article 7 de la même loi. La modification apportée à l'article 6 sert à étendre le nombre des cas dans lesquels la justice belge pourra réprimer les actes de corruption

.../...

accomplis par un Belge hors de Belgique, celles apportées à l'article 8 le sont pour pouvoir poursuivre et juger en Belgique les étrangers qui auraient accomplis des actes de corruption hors du territoire du Royaume. Ces actes sont désignés en se référant aux articles 250 et 251 du Code pénal en projet dont on vient de préciser ci-dessus la substance; le premier réprime les actes de corruption - passive et active - de tous les fonctionnaires des Etats étrangers, membres ou non de l'Union européenne, et le second les mêmes actes lorsqu'ils impliquent les fonctionnaires des organisations de droit international public dont la Belgique est membre et, notamment, ceux des institutions de l'Union européenne ou des organismes de celle-ci.

La combinaison que le projet réalise de tous ces textes ne permet pas de soumettre toujours à des règles identiques des cas qui en droit ou en fait devraient être résolus de la même manière.

Ainsi, pour les cas de corruption réalisée à l'étranger et impliquant des fonctionnaires communautaires, l'article 7 du projet (article 6, 4^o, en projet, de la loi de 1878, se référant à l'article 251, en projet, du Code pénal) permet de poursuivre en Belgique le Belge qui s'en serait rendu coupable, que ce Belge soit lui-même le fonctionnaire en question ou qu'il soit celui qui tente ou réussit à le corrompre. Mais c'est l'article 7 de la même loi du 17 avril 1878, que le projet ne modifie pas, qui permet la poursuite en Belgique du Belge qui se serait rendu coupable de corruption dans un cas - prévu par l'article 250, § 1er, alinéa 1er, en projet, du Code pénal -

.../...

impliquant des fonctionnaires d'Etats membres de l'Union européenne. Or, les articles 6 et 7 de la loi du 17 avril 1878 sont différents : tandis que l'article 6, 4^o, en projet, permet une poursuite et un jugement en Belgique sans conditions particulières, l'article 7, § 1er, non modifié, subordonne la poursuite en Belgique à la condition que le délit, par hypothèse commis à l'étranger, soit aussi puni par la législation du pays où l'infraction est commise.

La conséquence en est que si un Belge corrompt à l'étranger un fonctionnaire communautaire, il pourra être puni en Belgique sur la base du droit pénal belge, tandis que si un Belge corrompt à l'étranger un fonctionnaire d'un autre Etat membre de l'Union européenne, il ne pourra être puni en Belgique que si la loi du lieu de commission prévoit aussi qu'il peut l'être.

Une telle différence de traitement entre le corrupteur d'un fonctionnaire communautaire et celui d'un fonctionnaire d'un Etat membre de l'Union européenne n'est pas compatible avec les termes de l'article 7, point c), de la Convention précitée du 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, qui envisage dans une même catégorie les cas de corruption réalisée "... à l'encontre des personnes visées à l'article 1er ...", article qui concerne à la fois les fonctionnaires des institutions européennes et ceux des Etats membres. Le même traitement doit donc être réservé aux premiers et aux seconds. Il est donc nécessaire pour s'y conformer de revoir l'article 7 du

.../...

projet modifiant l'article 6, 4°, de la loi du 17 avril 1878.

2°) La méthode adoptée par le projet aboutit à d'autres différences difficiles à expliquer; elles se produisent lorsqu'il s'agit de la corruption de fonctionnaires belges.

Ainsi, l'article 10, 6°, de la loi du 17 avril 1878, en projet, permet de poursuivre et punir en Belgique l'étranger qui a corrompu hors du Royaume un fonctionnaire belge. Toutefois, ce même fonctionnaire, s'il s'est rendu coupable à l'étranger de corruption passive, ne peut être poursuivi et puni en Belgique que sur la base de l'article 7 de la loi du 17 avril 1878. Comme on l'a déjà rappelé ci-dessus, le paragraphe 1er de ce texte n'autorise la poursuite que si la loi du lieu de commission du délit punit, elle aussi, l'acte commis. Comme l'article 10 ne prévoit pas le système de la double incrimination pour la poursuite de l'étranger en Belgique, les deux règles de l'article 10, 6°, en projet, et l'article 7 de la loi du 17 avril 1878 aboutissent à ce résultat que, réunis dans un seul et même pacte de corruption conclu hors de Belgique, dans un pays qui ne punit pas la corruption de fonctionnaires, l'étranger peut être jugé selon la loi belge quand le fonctionnaire belge corrompu ne pourrait l'être parce que la loi de l'Etat du lieu de commission ne punit pas la corruption.

L'article 10, 8°, de la loi du 17 avril 1878, en projet, permet encore de juger en Belgique des cas de corruption où corrupteur autant que corrompu sont étrangers

.../...

et où la corruption s'est accomplie à l'étranger pourvu que l'inculpé soit "trouvé" en Belgique (article 12 de la loi du 17 avril 1878). Il suffit pour fonder la compétence judiciaire belge que la corruption en cause implique une personne exerçant une fonction publique au sein d'une des institutions de l'Union européenne. Dans un tel cas, la Belgique n'est en rien touchée par les faits reprochés, elle est ni l'Etat de la nationalité de l'un ou l'autre des coupables, ni le lieu de commission des actes répréhensibles; elle peut même n'être pas le lieu du siège de l'institution européenne dont le corrompu est fonctionnaire.

Certes, des cas de ce genre, dit de "compétence universelle", ne sont pas sans précédents en droit belge. Toutefois, dans les cas prévus par la législation actuelle, la poursuite en Belgique est subordonnée à l'avis officiel donné à l'autorité belge par l'autorité étrangère. Cette condition n'est pas prévue par l'article 10, 8°, en projet. Il est douteux que sans coopération de la part des autorités étrangères l'instruction et le jugement de faits de ce genre puissent être utilement organisés en Belgique.

*

*

*

2. L'application des articles 7 et 8 du projet, ainsi que celle de l'article 7 de la loi du 17 avril 1878, que le projet ne modifie pas mais qui, comme on vient de le voir, joue un rôle important pour fixer le domaine

.../...

d'application des nouvelles incriminations, risquent d'être bien difficiles et aléatoires si la loi en projet ne se soucie pas de donner au moins quelques indications sur la façon dont doit être déterminée la localisation des actes de corruption active et passive (a), ainsi que sur la façon dont pourra être identifiée la victime d'une corruption (b).

a) Comme la loi belge, contrairement à celle de nombreux autres pays, ne définit pas le lieu d'une infraction, il est couramment enseigné que la détermination de ce lieu doit se faire en distinguant les infractions indivisibles de celles qui sont divisibles. Les premières sont les infractions dont les éléments constitutifs forment un fait criminel unique. Ces divers éléments peuvent être dispersés dans plusieurs pays. Si l'un d'entre eux se situe en Belgique, cela suffit pour que l'infraction indivisible puisse être considérée comme ayant été commise en Belgique. L'arrêt de la Cour de cassation du 18 novembre 1957 (1) a paru confirmer cette opinion en affirmant "qu'une infraction relève des juridictions belge dès lors que l'un des éléments qui la constituent ... est commis en Belgique".

Sans doute faut-il tenir les infractions de corruption pour des infractions indivisibles au sens qui vient d'être précisé. Du reste, le rapport explicatif sur le susdit protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, glosant l'article 6, 1. a), manifeste une conception qui se rapproche de celle communément admise en Belgique. Il estime, en

(1) Pas. 1958.I.127.

effet, que l'infraction de corruption doit être considérée comme commise sur le territoire d'un Etat lorsque "c'est sur son territoire que l'acte de corruption est réalisé, l'avantage accordé ou le pacte délictueux conclu".

Mieux vaudrait cependant, pour assurer une sécurité juridique, particulièrement indispensable en matière pénale, que le texte en projet prenne parti sur cette question. Cela est d'autant plus utile que l'arrêt précité, pas plus que d'autres régulièrement invoqués par les auteurs en faveur de la distinction entre infractions indivisibles et infractions divisibles, n'est ni aussi clair, ni donc aussi sûr que certaines de ses formules peuvent le laisser penser lorsqu'elles sont extraites de leur contexte.

b) Quant à la notion de "victime" de l'acte de corruption, elle revêt une importance particulière en raison de la règle écrite au paragraphe 2 de l'article 7 de la loi du 17 avril 1878. Celle-ci précise, en effet, que si un Belge a commis un crime ou un délit à l'étranger, la poursuite pourra avoir lieu en Belgique mais ce ne pourra être que sur réquisition du ministère public lorsque l'infraction a été commise contre un étranger. Il faut donc, dans le cas particulier de la corruption, identifier la victime.

Le Code pénal range la corruption dans la catégorie des délits contre l'ordre public. Cela permet donc de considérer que par tout acte de corruption le corrompu ou le corrupteur lèse au premier chef l'Etat qui, ayant confié une

.../...

fonction publique à une personne, la lui a évidemment confiée pour qu'elle l'exerce non à son profit particulier mais à celui de la collectivité. La corruption est un trafic de la fonction publique; la première victime de ce trafic est à coup sûr l'Etat qui a pensé trouver en la personne chargée de fonction publique un serviteur fidèle.

Il semble donc bien que, pour les besoins de l'application du paragraphe 2 de l'article 7, l'on doive considérer en Belgique que la corruption commise à l'étranger l'a été contre un étranger chaque fois que le corrompu est au service d'un Etat étranger et que, par identité de motifs, la victime est la Belgique si le corrompu est un fonctionnaire de l'Etat belge. Un arrêt, à vrai dire assez ancien (1), de la Cour de cassation en a ainsi décidé; il a considéré que la fabrication de fausse monnaie étrangère était une infraction commise contre l'Etat étranger dont la monnaie avait été contrefaite.

Cette jurisprudence, à la supposer exacte, c'est-à-dire conforme aux vœux actuels du Gouvernement, mériterait d'autant plus d'être confirmée par la loi en projet qu'elle est fort ancienne et d'ailleurs controversée.

Il est aussi permis de se demander si l'on ne pourrait pas considérer qu'une infraction de corruption est commise contre un étranger lorsque c'est une personne privée, physique ou morale, de nationalité étrangère qui se trouve finalement lésée par l'acte injuste commis à cause de

(1) Arrêt du 12 mai 1854, Pas., 1854.I.112.

la corruption. Songeons, par exemple, à l'entrepreneur évincé d'un marché public à la suite de l'acte accompli, au cours de la procédure d'attribution, par un fonctionnaire corrompu. Voilà une seconde raison pour laquelle il serait judicieux que le projet soit complété par une disposition qui préciserait les cas dans lesquels la corruption est un délit "commis contre un étranger" et quel sont donc ceux pour lesquels il est nécessaire de disposer d'une plainte lorsque la poursuite en Belgique y est subordonnée.

*

*

*

En conclusion, les observations qui précèdent montrent à suffisance le caractère inadéquat de la méthode utilisée qui consiste à assurer l'extension de la répression de la corruption en se bornant à compléter certaines dispositions de titre préliminaire du Code de procédure pénale, à savoir les articles 6 et 10, alors qu'il eût fallu concevoir des textes autonomes spécifiques.

Cette méthode est d'autant plus inadéquate que, comme le fonctionnaire délégué du ministre l'a lui-même admis, le titre préliminaire du Code de procédure pénale, dans sa rédaction actuelle, manque de transparence, voire de cohérence et doit être fondamentalement revu.

*

*

*

.../...

En sus des observations communes, les dispositions précitées appellent encore les quelques observations particulières ci-après.

Article 250 du Code pénal en projet

Le mot "vise" qui figure dans les deux alinéas du paragraphe 1er doit traduire l'idée exprimée par le verbe "betreffen" en néerlandais. Cette dernière idée est bien celle qui doit être retenue; le texte est, en effet, relatif à toute corruption active ou passive d'une personne qui exerce une fonction publique dans un autre Etat : membre ou non de l'Union européenne.

Le mot "vise" doit être remplacé par "implique".

Article 251 du Code pénal en projet

1. Quant à l'utilisation du mot "vise", il est renvoyé à l'observation formulée sur l'article 250.

2. Les mots "organisation internationale publique" traduisent maladroitement l'expression néerlandaise "internationale publiekrechtelijke organisatie". Il faut écrire "organisation de droit international public".

Dans le texte néerlandais, il faudrait écrire "internationaal publiekrechtelijke organisatie".

.../...

Article 7

Article 6 de la loi du 17 avril 1878 en projet

1. A propos du mot "vise", il est renvoyé à l'observation formulée sur l'article 250, en projet, du Code pénal.

2. La version néerlandaise est affectée de l'erreur dénoncée dans l'observation particulière formulée sur l'article 8 du projet.

Article 8

Article 10 de la loi du 17 avril 1878 en projet

Les mots "par ou à l'égard" qui figurent aux points 7º, 8º et 9º, ne sont pas compatibles avec la phrase liminaire de l'article 10 de la loi du 17 avril 1878 que le projet ne modifie pas.

Cette erreur doit être corrigée.

Article 6

C'est au sein du chapitre II et non du chapitre IX du titre IX du Livre II du Code pénal, qu'il convient d'insérer la nouvelle "section IIIBis : De la corruption privée".

Article 504bis en projet

Si l'intention des auteurs de l'avant-projet est de concevoir sur un même modèle la corruption publique et la corruption privée, l'article 504bis en projet doit être revu en tenant compte des observations qui ont été formulées ci-dessus à propos de l'article 246 en projet en ce qui concerne la corruption publique.

Si, par contre, les auteurs de l'avant-projet entendent faire de l'existence d'un pacte de corruption un élément constitutif de la corruption privée tant passive qu'active, il leur faut cependant avoir égard au fait qu'une tentative de corruption passive ne peut se concevoir, et ce pour les mêmes raisons que celles qui ont déjà été énoncées à propos du susdit article 246 en projet.

Article 10

1. La phrase liminaire, s'écrit comme suit :

"Art. 10 L'article 19, § 1er, 1^o, d), de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux est remplacé par le texte suivant :

"d) ...".

2. La disposition en projet modifie l'article 19, § 1er, 1^o, d), de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, afin d'inclure dans les faits qui peuvent donner lieu au retrait, au déclassement ou

.../...

à la suspension de l'agrération des entrepreneurs, les actes de corruption visés par les articles 246 à 251 du Code pénal.

Comme en a convenu le fonctionnaire délégué, il n'y a aucune raison de viser les faits de corruption prévus aux articles 248 et 249.

3. L'intitulé exact de la loi du 24 décembre 1993 est :

"Loi relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services".

Article 11

Il y a lieu de rédiger la disposition comme suit :

"Art. 11 A l'article 1er, f), de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 portant (...), remplacé par la loi du 4 août 1978 et modifié par la loi du 6 avril 1995, sont ajoutés les mots "corruption privée".

Observations finales

Le texte du projet devrait être rédigé en tenant compte des observations qui sont faites dans la version néerlandaise, in fine, du présent avis.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Zoals de afdeling wetgeving reeds vaak heeft opgemerkt, brengt het wettigheidsbeginsel met zich mee dat het voor de wetgevende macht in strafzaken een grondwettelijke verplichting en niet een loutere aanbeveling is met precieze regels te werken. Bij gebrek aan zulke regels zijn de rechters genoodzaakt die onduidelijkheid in te vullen, met als gevolg dat er soms sterk uiteenlopende interpretaties ontstaan in de rechtspraak (1).

In de memorie van toelichting wordt er met nadruk op gewezen dat de Regering, wanneer zij de woorden "ieder openbaar officier of ambtenaar, ieder met een openbare dienst belaste persoon" vervangt door de woorden "ieder persoon die een openbaar ambt uitoefent" dat niet doet met de bedoeling de werkingssfeer van de bepalingen over omkoping te veranderen ten aanzien van de personen. Indien dat inderdaad zo is, zou het beter zijn de teksten die er thans toe strekken die werkingssfeer te bepalen, niet te wijzigen.

Indien echter, zoals - enigszins contradictorisch - in dezelfde memorie van toelichting staat te lezen, de ene woorden bewust door de andere zijn vervangen, zodat zij alle categorieën van overheidspersonen omvatten, ongeacht hun

(1) Zie in die zin advies nr. L. 25.345/2, gegeven op 28 oktober 1996, over een wetsontwerp "tot strafbaargestelling van de deelneming aan een criminele organisatie", bekendgemaakt in Gedr. St., Kamer van volksvertegenwoordigers, zitting 1996-1997, nr. 954/1.

statuut (ambtenaren of beambten die behoren tot het federale niveau of het niveau van de gewesten, de gemeenschappen, de provincies of de gemeenten, gekozenen, openbare ambtenaren; tijdelijke of permanente dragers van een deeltje van de openbare macht of het openbaar gezag; zelfs privé-personen belast met een opdracht van openbare dienst), rijst de vraag of deze terminologische wijziging wel adequaat is en in het bijzonder of de bekleeders van een mandaat van gekozenen daaronder werkelijk begrepen zijn.

2. Dat de stellers van het ontwerp de werkingssfeer *ratione personae* van de artikelen van het Strafwetboek betreffende omkoping willen uitbreiden tot de gekozenen is begrijpelijk, maar het valt te betwijfelen of zij de andere soorten strafbare feiten kunnen plegen.

Zo bijvoorbeeld is het niet duidelijk hoe artikel 243 van het Strafwetboek op hen van toepassing kan zijn, aangezien dat artikel onderstelt dat diegene die zich schuldig heeft gemaakt aan knevelarij, een ambt uitoefent dat hem er in beginsel toe kan brengen openbare gelden, taksen of belastingen van verschillende aard te ontvangen, wat bij hen duidelijk niet het geval is.

De Franse wetgever heeft voor ieder strafbaar feit afzonderlijk, ofwel de werkingssfeer *ratione personae* van de strafbepaling aangepast, ofwel de bepaling zodanig geformuleerd dat het strafbaar feit ook een persoon die een verkiezingsmandaat bekleedt ten laste kan worden gelegd.

.../...

Zo is artikel 432-10 van het nieuwe Franse Strafwetboek betreffende knevelarij niet van toepassing op personen die een verkiezingsmandaat bekleden.

De stellers van het ontwerp zouden bijgevolg de ontworpen artikelen 240 tot 244 opnieuw onder de loep moeten nemen en nagaan of het noodzakelijk is uitdrukkelijk hun werkingssfeer *ratione personae* uit te breiden tot de personen die de hoedanigheid van gekozene hebben.

Indien dat zo is, kan de wetgever ofwel de bekleeders van een mandaat van gekozene toevoegen aan de lijst van de genoemde personen, ofwel in een specifieke bepaling voorzien die op hen betrekking heeft.

3. Bovendien is het begrip "ieder persoon die een openbaar ambt uitoefent" uiterst vaag.

Wat met diegenen die niet rechtstreeks een openbaar ambt uitoefenen, maar daaraan wel deel hebben? De begrippen "aangestelden" en "klerken", die onder meer in het huidige artikel 244 van het Strafwetboek voorkomen, slaan voornamelijk op de personen die de ambtenaren, de openbare ambtenaren (1) en de met een openbare dienst belaste personen bijstaan.

(1) bijvoorbeeld de notarisklerken.

4. Het huidige opschrift van titel IV van boek II van het Strafwetboek, ten slotte, verwijst uitdrukkelijk naar de bedienaren van de erediensten, terwijl hoofdstuk VIII van die titel gewijd is aan de misdrijven die door bedienaren van de erediensten in de uitoefening van hun bediening worden gepleegd.

Aangezien het ontwerp dat hoofdstuk niet wijzigt, behoort in het opschrift van titel IV de verwijzing naar de bedienaren van de erediensten behouden te blijven; de gemachtigde van de minister is het daarmee eens.

ONDERZOEK VAN HET ONTWERP

Opschrift

Luidens de memorie van toelichting strekt het voorontwerp van wet ertoe "een volledig vernieuwd juridisch kader te voorzien om te verzekeren dat de corruptie zo efficiënt mogelijk wordt bestreden". Verscheidene ontworpen bepalingen hebben echter niet rechtstreeks betrekking op corruptie. De artikelen 240 tot 245 van het Strafwetboek bijvoorbeeld, die door het ontwerp vervangen worden, hebben betrekking op andere strafbare feiten dan corruptie : verduistering van openbare goederen (artikel 240), vernietiging van stukken (artikel 241), ontvreemding of vernietiging van voorwerpen uit openbare bewaarplaatsen (artikel 242), knevelarij (artikel 243) en misdrijf van inmenging (artikel 245).

.../...

Het opschrift van het ontwerp moet bijgevolg de ware strekking van het ontwerp nauwkeuriger weergeven.

Voordrachtformulier

Ook de Minister van Financiën, die het voorontwerp van wet medeondertekent, moet vermeld worden.

Deze opmerking geldt ook voor het indieningsbesluit.

Bepalend gedeelte

Voorafgaande opmerking

Er staat geen artikel 5 in de tekst van het ontwerp. Dat dient te worden verholpen en de artikelen van het ontwerp moeten worden vernummerd.

Artikel 1

In de Franse tekst schrijve men "La présente loi règle ...", en niet "Cette loi règle ...".

.../...

Artikel 2

1. Wanneer naar een onderverdeling van een tekst wordt verwezen, schrijve men kleine letters. Het woord "strafwetboek" daarentegen moet met een hoofdletter worden geschreven.

Dezelfde opmerking geldt voor de artikelen 3, 4, 6, 7, 8 en 9.

2. Ter wille van de samenhang met de andere opschriften van het Strafwetboek, behoort in de Franse tekst het nieuwe opschrift in de inleidende zin als volgt te worden gesteld : "Des crimes et délits ...".

Artikel 3

Ontworpen artikel 240

Deze bepaling neemt het huidige artikel 240 van het Strafwetboek grotendeels over, maar wijkt er qua formulering enigszins van af. Zo wordt in het ontworpen artikel 240 niet meer "uit kracht of uit hoofde van zijn bediening" geschreven, maar "uit hoofde van zijn ambt".

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wendingen "uit kracht van" en "uit hoofde van" een verschillende betekenis hebben. Met de eerste uitdrukking wordt bedoeld dat de persoon openbare gelden bezit omdat hij

.../...

wettelijk met zulk een taak is belast. Met de tweede wordt bedoeld dat de gelden spontaan aan deze persoon zijn gegeven wegens het vertrouwen dat men mag en moet hebben in personen die een openbare taak hebben (1).

Uit de uitleg van de gemachtigde ambtenaar blijkt dat de stellers van het ontwerp de strekking van deze bepaling geenszins hebben willen wijzigen. De tekst dient bijgevolg behouden te blijven zoals hij thans is gesteld.

Ontworpen artikel 241

De toelichting bij deze bepaling stemt niet helemaal overeen met het dispositief. Het is namelijk tegenstrijdig te schrijven dat wanneer iemand toegang gehad heeft tot stukken naar aanleiding van de uitoefening van zijn ambt, zulks betrekking heeft op het geval dat "de persoon die een openbaar ambt uitoefent mogelijkheden die voortvloeien uit zijn ambt gebruikt heeft om toegang te hebben tot stukken die niet voor hem bestemd waren en waarover hij geen bepaalde verantwoordelijkheid had".

Het is het één of het ander. Indien de persoon toegang gehad heeft tot de documenten naar aanleiding van de uitoefening van zijn ambt, hoeft hij geen gebruik te maken

(1) Marchal A., "Crimes et délits contre l'ordre public commis par des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions ou par des ministres des cultes dans l'exercice de leur ministère", *Novelles, Droit pénal*, Deel III, 1972, nrs. 3336 tot 3347.

van "mogelijkheden die voortvloeien uit zijn ambt", aangezien de uitoefening van zijn ambt op zich een reden is om toegang te hebben tot die documenten.

Indien er bij de uitoefening van zijn ambt echter geen reden was om toegang te hebben tot bepaalde bescheiden en hij misbruik heeft gemaakt van zijn hoedanigheid om ze te verkrijgen, gaat het om bescheiden die hem "uit hoofde van zijn ambt" zijn bezorgd.

Op de vraag welke betekenis gegeven moet worden aan de woorden "waartoe hij toegang had naar aanleiding van de uitoefening van zijn ambt", heeft de gemachtigde ambtenaar uitgelegd dat het gaat om het geval dat een officier van gerechtelijke politie bij een huiszoeking een document vernietigt dat een ander strafbaar feit aan het licht had kunnen brengen dan het strafbaar feit dat aanleiding heeft gegeven tot de huiszoeking.

Om te voorkomen dat de strekking van deze woorden op uiteenlopende wijzen geïnterpreteerd zou worden, zou het verkieslijk zijn het einde van deze bepaling als volgt te stellen en de toelichting bij deze bepaling te verduidelijken :

"... waarvan hij in die hoedanigheid de bewaarder is, die hem zijn bezorgd of waartoe hij uit hoofde van zijn ambt toegang heeft gehad."

.../...

2. Bovendien wordt gewezen op een discrepantie tussen de ontworpen artikelen 241 en 242, in deze zin dat alleen in artikel 242 gesproken wordt van "geïnfomatiseerde of magnetische dragers (lees : geautomatiseerde informatie dragers of magnetische informatiedragers)", terwijl deze ook genoemd zouden moeten worden in het ontworpen artikel 241.

Ontworpen artikel 242

1. Krachtens deze bepaling kan een openbaar bewaarder strafrechtelijk worden gestraft indien derden door zijn nalatigheid stukken hebben kunnen ontvreemden of vernietigen ... die hij in die hoedanigheid aanwezig had.

Er bestaat een controverse omtrent de vraag of deze bepaling betrekking heeft op het geval dat een ambtenaar door nalatigheid en zonder bedrieglijk opzet zelf de betrokken documenten vernietigt. In de "Novelles" staat de volgende commentaar (1) :

"Est-il d'autre part tellement certain ou conforme au bon sens, comme le donne à penser la doctrine, que le législateur veuille la condamnation du fonctionnaire qui détruit ou fait détruire par négligence, en l'absence d'intention frauduleuse? Ne considère-t-il pas plutôt qu'une destruction de cette nature est le fruit d'une erreur et ne mérite pas la sanction pénale, mais la seule sanction disciplinaire ?".

(1) Zie de auteurs genoemd door A. Marchal , op. cit., nr. 3687 tot 3697.

De stellers van het voorontwerp nemen daarover geen standpunt in. Het zou wellicht raadzaam zijn dat zij dat wel doen, zodat over die kwestie een uitdrukkelijke tekst kan worden ingevoegd in de wet en aldus een einde kan worden gemaakt aan deze controverse.

2. De ontworpen tekst verzwaart de straffen, waarbij de gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden vervangen wordt door een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en een geldboete van 100 frank (x 200) tot 20.000 (x 200) frank of door één van deze straffen. In het onderhavige geval kan eraan worden getwijfeld of de straf in verhouding staat tot het ten laste gelegde feit, dat niet meer is dan nalatigheid.

Artikel 4

Ontworpen artikel 246

1. Zowel het protocol van 27 september 1996, dat op basis van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie is opgesteld, bij de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (1) als de op basis van artikel K.3, lid 2, onder c), van het Verdrag betreffende de Europese Unie opgestelde Overeenkomst van 26 mei 1997 ter bestrijding van

(1) (96/C 313/01) bekendgemaakt in het Publicatieblad van 23-10-96, nr. C 313, blz. 1

corruptie waarbij ambtenaren van de Europese Gemeenschappen of van de lidstaten van de Europese Unie betrokken zijn (1), stellen enerzijds passieve en anderzijds actieve corruptie afzonderlijk strafbaar.

Voor de teksten van het voorontwerp blijft men zich echter baseren op de nog steeds het meest verspreide opvatting in België, die bovendien in de memorie van toelichting van het ontwerp staat, dat "het doorslaggevende constitutieve element (...) het bestaan van een corruptie-pact (is)", of in ieder geval op de voorzichtiger opvatting, dat corruptie een strafbaar feit is dat niet mogelijk is zonder de medewerking van twee personen.

In paragraaf 1 van het ontworpen artikel 246 wordt dan ook enkel het aannemen van een aanbod of een belofte strafbaar gesteld en in paragraaf 2 van hetzelfde artikel het voorstellen van een voordeel aan een ambtenaar die het "aanneemt". In beide teksten wordt er wel van uitgegaan dat de twee intenties, nl. die van de omgekochte en die van de omkoper, samen moeten vallen wil zowel de ene als de andere een strafbaar feit hebben gepleegd.

Daarom ook wordt in het ontworpen artikel 246, § 1, de ambtenaar die een verzoek doet, maar op wiens verzoek niet wordt ingegaan, niet strafbaar gesteld; evenmin wordt in paragraaf 2 van hetzelfde artikel het aanbod van een voordeel waarop de betrokken ambtenaar totaal niet ingaat en dat hij dus niet aanneemt, strafbaar gesteld.

(1) (97/C 195/01) bekendgemaakt in het Publicatieblad van 25-06-97, nr. C 195, blz. 1.

Zoals hierboven reeds is gezegd, willen de genoemde akten van communautair recht duidelijk dat de Staten zowel het loutere verzoek om als het loutere aanbod van voordelen, zelfs indien daar niet op in wordt gegaan, strafbaar stellen.

Wil men deze akten in acht nemen, dan moet deze dwaling worden weggewerkt door in paragraaf 1, de woorden "vraagt of" in te voegen vóór "aanneemt" en in paragraaf 2 de woorden "die het aanneemt" te schrappen.

Op het verzoek om uitleg over de passieve corruptie en de verenigbaarheid van het ontworpen artikel 246 met de genoemde akten, heeft de gemachtigde ambtenaar verklaard dat de stellers van het ontwerp voor een andere manier van redeneren hebben gekozen dan die welke in die akten is gevolgd. Wanneer een ambtenaar zelf om voordelen vraagt, beschouwen zij dit als een poging tot passieve corruptie, die strafbaar is op grond van het ontworpen artikel 247, § 3, van het Strafwetboek.

Die uitleg is helemaal niet overtuigend.

Een poging bestaat er immers in dat een uitwendige daad wordt gesteld die een begin van uitvoering van het betrokken strafbare feit vormt (artikel 51 van het Strafwetboek).

Een poging tot passieve corruptie kan dus alleen een begin van uitvoering zijn van de daad van aanneming. Aangezien iets pas kan worden aangenomen wanneer er een

.../...

aanbod wordt gedaan en een verzoek dat aanbod wil uitlokken, kan een verzoek niet worden beschouwd als het begin van uitvoering van een daad van aanneming.

Het voorliggende artikel moet volledig worden herzien, waarbij de teksten van communautair recht model moeten staan.

2. Uit artikel 5 van zowel het genoemde protocol als van de genoemde overeenkomst blijkt dat de Lid-Staten die deze internationale akten hebben ondertekend, zich ertoe verbinden de nodige maatregelen te treffen om onder meer de uitlokking van de gedragingen bedoeld in de artikelen 2 en 3 strafrechtelijk strafbaar te stellen.

Het voorliggende voorontwerp maakt uitlokking echter niet strafrechtelijk strafbaar.

Volgens de uitleg die tijdens de zitting van 15 december 1997 door de gemachtigde van de minister aan de Raad van State is gegeven, zou een afzonderlijke strafbaarstelling niet nodig zijn, aangezien uitlokking in het Belgische recht reeds strafbaar zou zijn als deelneming bedoeld in artikel 66 van het Strafwetboek.

Die bewering klopt maar gedeeltelijk, aangezien de deelneming bedoeld in artikel 66 van het Strafwetboek een beperktere toepassingssfeer heeft dan het begrip uitlokking, dat onbekend is in het Belgische recht. Artikel 66 van het Strafwetboek onderstelt immers altijd dat het voornaamste

.../...

strafbare feit of de poging daartoe daadwerkelijk heeft plaatsgevonden en heeft alleen betrekking op de ambtenaren die de misdaad of het wanbedrijf rechtstreeks hebben uitgelokt met giften, beloften, bedreigingen, misbruik van gezag of van macht, misdadige kuiperijen of arglistigheden, of door één van de middelen van openbaarmaking genoemd in het laatste lid van artikel 66.

3. In het ontworpen artikel 242 van het strafwetboek is er een discrepantie tussen de Franse en de Nederlandse tekst doordat, hoewel volgens de memorie van toelichting het de bedoeling van de stellers van de tekst is geweest om in de Franse tekst de woorden "procédures criminelles" te vervangen door de woorden "actes de procédure", de Nederlandse tekst niet in dezelfde zin gewijzigd is, aangezien erin nog steeds sprake is van "procesakten in strafzaken".

4. In de toelichting bij het ontworpen artikel 246, § 3, wordt aangegeven dat het nagestreefde doel erin bestaat "elke persoon die zich kandidaat gesteld heeft voor (een openbaar) ambt of die zich voorstelt als degene die dit ambt later zal uitoefenen (gelijk te stellen met) een persoon die een openbaar ambt uitoefent. Het beoogde doel is om reeds vanaf het begin het corruptie-pact te kunnen bestraffen, zelfs indien dit afgesloten is tussen private personen in het vooruitzicht van de toetreding van één van de partijen tot een openbaar ambt, met het oog op de latere uitvoering van een handeling naar aanleiding van de toekomstige

.../...

uitoefening van dit ambt. Op deze manier zal in het geval de kandidaat later niet toetreedt tot dit openbaar ambt, hij niettemin strafbaar zijn".

In paragraaf 3 worden, voor zover verwezen wordt naar "elke persoon die zich kandidaat gesteld heeft voor een dergelijk ambt of die zich voordoet mogelijks binnenkort een dergelijk ambt uit te oefenen" te vage omschrijvingen gebruikt.

Om ten volle aan het beginsel van de wettigheid van de strafbaarstellingen te voldoen, zou het beter zijn het ontworpen artikel 246, § 3, als volgt te stellen :

"Een ieder die zich kandidaat heeft gesteld voor een openbaar ambt of zich heeft voorgesteld als iemand die spoedig mogelijk zulk een ambt zal uitoefenen en later dat ambt bekleedt, wordt gelijkgesteld met een persoon die een openbaar ambt uitoefent.".

Ontworpen artikel 247

In het ontworpen artikel 247, § 2, eerste lid, wordt een straf gesteld op wat in het Franse strafrecht "le trafic d'influence" genoemd wordt.

De ontworpen bepaling is trouwens enigszins gebaseerd op artikel 433-1, 2°, van het nieuwe Franse Strafwetboek.

.../...

Zo ruim de Franse tekst echter kan worden geïnterpreteerd, zo restrictiever lijkt de ontworpen tekst.

Het is niet duidelijk waarom misbruik van invloed niet zou kunnen plaatsvinden bij handelingen die onder het optreden van de wetgevende macht vallen. Het is bijvoorbeeld niet ondenkbaar dat de Kamer van volksvertegenwoordigers die bevoegd is om naturalisatie-aanvragen te onderzoeken, daarbij misbruik van invloed maakt. Dat zou ook kunnen geschieden bij de benoeming van de ambtenaren van de vergaderingen ...

Bovendien wordt in de toelichting bij deze bepaling niet nader bepaald wat verstaan moet worden onder "gerechtelijke rechtshandelingen (lees : gerechtelijke handelingen)". Vallen de rechterlijke beslissingen, de handelingen van het openbaar ministerie of de verslagen van gerechtelijke deskundigen daaronder ? Wat bovendien met de adviezen en arresten van de Raad van State of de arresten van het Arbitragehof ?

Zowel de tekst van als de toelichting bij deze bepaling moeten duidelijker worden gesteld.

.../...

Ontworpen artikel 248

Volgens deze bepaling is het een verzwarende omstandigheid wanneer de omgekochte ambtenaar een specifiek ambt op het gebied van de opsporing en vervolging van strafbare feiten uitoefent.

Deze bepaling heeft betrekking op de "politie-ambtenaar, een persoon met de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie of een lid van het openbaar ministerie". Het woord "politieambtenaar" heeft in het licht van artikel 3, 3º, van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt evenwel een specifieke betekenis : in die wet wordt de politieambtenaar omschreven als "een lid van een politiedienst door of krachtens de wet bevoegd om bepaalde politiemaatregelen te nemen of uit te voeren en daden van bestuurlijke of gerechtelijke politie te stellen".

Volgens de toelichting bij de ontworpen bepaling lijkt die bepaling echter alleen van toepassing op degenen die daden van gerechtelijke politie stellen. De stellers van het ontwerp behoren dat punt te verduidelijken.

Ontworpen artikel 249

1. Het ontworpen artikel 249 heeft uitsluitend betrekking op omkoping van scheidsrechters, rechters-assessoren of gezworenen, alsook op omkoping van rechters van gewone en administratieve rechtbanken. Het bepaalt dat de hoedanigheid van rechter in het in artikel 246 beschreven geval, namelijk omkoping, een verzwarende omstandigheid is.

.../...

Er valt evenwel op te merken dat diezelfde hoedanigheid geen verzwarende omstandigheid is in geval van misbruik van invloed, bedoeld in het ontworpen artikel 247, § 2.

Volgens het ontworpen artikel 248 daarentegen is de hoedanigheid van politieambtenaar, officier van gerechtelijke politie of lid van het openbaar ministerie een verzwarende omstandigheid, zowel in de gevallen vermeld in artikel 246 als in de gevallen bedoeld in het ontworpen artikel 247.

De afdeling wetgeving ziet niet in waarom in het ontworpen artikel 249 niet wordt bepaald dat de hoedanigheid van rechter een verzwarende omstandigheid is in geval van misbruik van invloed.

In de toelichting bij het ontworpen artikel 249 staat wel dat het door de rechter uitoefenen van zijn invloed ten aanzien van een andere gerechtelijke of administratieve instantie binnen de werkingssfeer van artikel 247 en niet binnen die van artikel 249 valt.

De uitleg is echter niet overtuigend, want als dat het geval was, zou er een discriminatie zijn van de in artikel 248 bedoelde personen ten opzichte van de rechters, doordat hun hoedanigheid voor de eerstgenoemden een verzwarende omstandigheid zou zijn en voor de laatstgenoemden niet.

.../...

2. Het derde lid van het ontworpen artikel 249 heeft betrekking op de "rechter(s) van de rechterlijke orde of van een administratieve rechtbank". Die begrippen zijn niet toepasselijk op de rechters van het Arbitragehof. Het zou beter zijn zich aan het begrip "rechter" te houden.

Opmerkingen die zowel gelden voor de ontworpen artikelen 250 en 251 van het Strafwetboek, als voor de artikelen 6 en 8 van de ontworpen voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering

1. In dezelfde bewoordingen bepalen artikel 2, alinea 2, artikel 3, alinea 2, artikel 4 en artikel 6, van het op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie vastgestelde protocol van 27 september 1996 bij de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, alsook artikel 2, alinea 2, artikel 3, alinea 2 en artikel 7 van de op basis van artikel K.3, lid 2, onder c), van het Verdrag betreffende de Europese Unie opgestelde Overeenkomst van 26 mei 1997 ter bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren van de Europese Gemeenschappen of van de lidstaten van de Europese Unie betrokken zijn dat België het in zijn strafrecht vastgestelde begrip "omkoping" moet verruimen, maar ook dat het de toepassingssfeer van dit recht moet uitbreiden om dat soort van feiten strafbaar te stellen wanneer ze, op het Belgische grondgebied of daarbuiten, gepleegd worden door personen die in België, in een andere lidstaat van de Europese Unie of in een instelling of orgaan van de Europese Unie een openbaar ambt uitoefenen.

.../...

Het ontwerp is bedoeld om die verplichtingen na te komen. Daartoe wordt enerzijds het Strafwetboek en anderzijds de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het wetboek van strafvordering gewijzigd. In het Strafwetboek worden twee nieuwe artikelen - de artikelen 250 en 251 - ingevoegd om straffen te stellen op actieve en passieve omkoping waarbij personen van ongeacht welke nationaliteit betrokken zijn die een openbaar ambt uitoefenen voor onverschillig welke vreemde Staat, ongeacht of die tot de Europese Unie behoort, alsook waarbij personen betrokken zijn die een openbaar ambt uitoefenen in een internationaal publiekrechtelijke organisatie waarvan België lid is, en dus inzonderheid in de instellingen of organen van de Europese Unie. De artikelen 6 en 8 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering van hun kant worden gewijzigd bij de artikelen 7 en 8 van het ontwerp : laatstgenoemde artikelen voegen er regels aan toe om de bevoegdheid van de Belgische rechter uit te breiden en omkopingsdelicten die een Belg of een vreemdeling buiten het Koninkrijk heeft gepleegd, in België strafbaar te kunnen stellen.

Eerst worden de teksten van het ontwerp onderzocht die de bestraffing van daden van omkoping die in België verricht zijn, hervormen (A); daarna worden de teksten onderzocht die betrekking hebben op de strafbaarstelling in België van omkopingsdelicten die in het buitenland gepleegd zijn (B).

.../...

A. Omkopingsdelicten die in België worden gepleegd

De ontworpen artikelen 250 en 251 van het Strafwetboek gaan heel wat verder in de strafbaarstelling van omkoping dan de twee voormelde internationale akten. In de laatstgenoemde teksten worden immers uitsluitend de Staten verplicht om daden van omkoping in verband met de activiteit van hun eigen ambtenaren, van ambtenaren van andere lidstaten van de Europese Unie, van "communautaire ambtenaren" in de betekenis die in deze teksten aan dat begrip wordt gegeven, alsook van "daarmee gelijkgestelde" personen, strafbaar te stellen. De bestraffing van personen die een openbaar ambt uitoefenen in een Staat die geen lid is van de Europese Unie of in een ander internationaal publiekrechtelijk orgaan dan de Europese Unie, geschiedt op eigen initiatief van de Belgische regering.

De omvang van die uitbreiding verklaart wellicht waarom het ontworpen artikel 250, § 1, tweede lid, de strenge bestraffing tracht af te zwakken door te bepalen dat omkoping waarbij een ambtenaar van een andere Staat betrokken is die geen lid van de Europese Unie is, in België alleen kan worden gestraft als de gepleegde feiten ook strafbaar zijn in de Staat waarvoor die ambtenaar zijn ambt uitoefent.

Door die beperking maakt het ontwerp een uitzondering op het fundamentele beginsel dat de hele Belgische strafwetgeving zonder enig onderscheid moet worden toegepast op iedereen die zich op het Belgische grondgebied gedraagt in strijd met die wetgeving. Volgens de ontworpen regel

.../...

zouden er in de Belgische rechtsorde twee categorieën van buitenlandse ambtenaren zijn wat hun gedrag op het Belgische grondgebied betreft : degenen die er zich mogen laten omkopen en degenen die dat niet mogen.

Bij het beoordelen van de precieze strekking van de beperking die door het ontworpen artikel 250, § 1, tweede lid, wordt ingevoerd, moet men voor ogen houden dat het hier gaat om de regels die niet alleen straffen opleggen aan buitenlandse ambtenaren die zich in België schuldig maken aan passieve omkoping, maar ook aan allen - en inzonderheid Belgische burgers - die in België pogen of erin slagen om die ambtenaren om te kopen. De gevolgtrekking daaruit is dat, wanneer de ambtenaren in dienst zijn van een Staat waar omkoping niet strafbaar is, het voor Belgen dan ook evenmin verboden is hen om te kopen of pogen om te kopen. De ontworpen tekst heeft dus tot gevolg dat Belgen die in België handelen aldaar bepaalde buitenlandse ambtenaren mogen omkopen terwijl ze dat niet mogen doen met anderen; het onderscheid tussen de eerste en de tweede categorie hangt volledig af van de buitenlandse wetten, die van de Staat in dienst waarvan die ambtenaren zijn.

Gelet op de belangrijke beperking die het ontworpen artikel 250, § 1, tweede lid, op het voormelde fundamentele beginsel stelt, moet dat artikel uitvoeriger worden gemotiveerd dan thans in de memorie van toelichting het geval is. In die memorie wordt de ontworpen tekst immers alleen maar geparafraseerd.

.../...

B. Omkopingsdelicten die buiten het grondgebied van het Rijk worden gepleegd

1º) De artikelen 7 en 8 van het ontwerp wijzigen respectievelijk de artikelen 6 en 8 van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering; artikel 7 van diezelfde wet wordt echter niet gewijzigd. De wijziging van artikel 6 dient om ervoor te zorgen dat het Belgische gerecht in een groter aantal gevallen straffen kan opleggen voor daden van omkoping die een Belg buiten België heeft gesteld. De wijzigingen in artikel 8 zijn bedoeld om vreemdelingen die buiten het grondgebied van het Rijk daden van omkoping hebben gepleegd, in België te kunnen vervolgen en berechten. Die handelingen worden aangegeven onder verwijzing naar de ontworpen artikelen 250 en 251 van het Strafwetboek, die zojuist inhoudelijk zijn besproken. Artikel 250 bestraft actieve en passieve omkoping van ambtenaren van vreemde Staten, ongeacht of die lid zijn van de Europese Unie, en artikel 251 bestraft dezelfde daden waarbij ambtenaren betrokken zijn van internationaal publiekrechtelijke organisaties waarvan België lid is en, inzonderheid, waarbij ambtenaren van de instellingen of organen van de Europese Unie betrokken zijn.

De combinatie van al die teksten in het ontwerp maakt het niet mogelijk om altijd dezelfde regels toe te passen op gevallen die wettelijk of feitelijk op dezelfde manier zouden moeten worden beslecht.

.../...

Zo maakt voor de gevallen van omkoping die in het buitenland geschied is en waarbij communautaire ambtenaren betrokken zijn artikel 7 van het ontwerp (het ontworpen artikel 6, 4^o, van de wet van 1878, onder verwijzing naar het ontworpen artikel 251 van het Strafwetboek) het mogelijk om in België een Belg te vervolgen die er zich in het buitenland schuldig aan heeft gemaakt, ongeacht of die Belg zelf de ambtenaar in kwestie is, dan wel of hij diegene is die gepoogd heeft of erin geslaagd is om die ambtenaar om te kopen. Artikel 7 van diezelfde wet van 17 april 1878 echter is het, hetwelk in het ontwerp niet wordt gewijzigd, dat het mogelijk maakt om in België een vervolging in te stellen tegen een Belg die zich schuldig heeft gemaakt aan omkoping in een geval waarbij ambtenaren van lidstaten van de Europese Unie betrokken zijn, een geval bepaald bij het ontworpen artikel 250, § 1, eerste lid, van het Strafwetboek. De artikelen 6 en 7 van de wet van 17 april 1878 zijn echter verschillend : het ontworpen artikel 6, 4^o, maakt een vervolging en vonnis in België mogelijk zonder bijzondere voorwaarden, terwijl het ongewijzigde artikel 7, § 1, stelt dat vervolging in België alleen mogelijk is als het strafbare feit, per definitie in het buitenland gepleegd, ook strafbaar wordt gesteld door de wetgeving van het land waar het is gepleegd.

Daaruit kan worden afgeleid dat een Belg die in het buitenland een communautaire ambtenaar omkoopt, in België op grond van het Belgische strafrecht kan worden bestraft, terwijl een Belg die in het buitenland een ambtenaar van een andere lidstaat van de Europese Unie omkoopt, slechts in België kan worden gestraft als zulks ook kan volgens de wet van de plaats waar het strafbare feit gepleegd is.

.../...

Dat onderscheid in behandeling tussen de omkoper van een communautaire ambtenaar en de omkoper van een ambtenaar van een lidstaat van de Europese Unie is onverenigbaar met artikel 7, punt c), van de voormelde Overeenkomst van 26 mei 1997 ter bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren van de Europese Gemeenschappen of van de lidstaten van de Europese Unie betrokken zijn. Dat artikel 7 brengt de strafbare feiten van omkoping "(...) tegen een in artikel 1 bedoelde persoon" onder in één groep. Dat artikel 1 betreft zowel de ambtenaren van de Europese instellingen als de ambtenaren van de lidstaten. Beide categorieën moeten dus op dezelfde manier worden behandeld. Daartoe moet artikel 7 van het ontwerp tot wijziging van artikel 6, 4°, van de wet van 17 april 1878 dus worden herzien.

2°) De werkwijze die in het ontwerp wordt toegepast, zorgt nog voor andere, moeilijk te verklaren verschillen. Die doen zich voor wanneer het gaat om omkoping van Belgische ambtenaren.

Zo maakt het ontworpen artikel 10, 6°, van de wet van 17 april 1878 het mogelijk om een vreemdeling die buiten het grondgebied van het Rijk een Belgische ambtenaar heeft omgekocht, in België te vervolgen en te bestraffen. Als diezelfde ambtenaar zich in het buitenland echter schuldig heeft gemaakt aan passieve omkoping, dan kan hij in België alleen worden vervolgd en bestraft op basis van artikel 7 van de wet van 17 april 1878. Zoals reeds eerder is opgemerkt, is volgens paragraaf 1 van dat artikel vervolging alleen mogelijk als het feit ook strafbaar wordt gesteld

.../...

door de wet van de plaats waar het is gepleegd. Aangezien artikel 10 niet in dubbele strafbaarstelling voor de vervolging van vreemdelingen in België voorziet, hebben de twee voorschriften van het ontworpen artikel 10, 6°, en artikel 7 van de wet van 17 april 1878 tot gevolg dat, hoewel ze in het buitenland, in een land waar de omkoping van ambtenaren niet strafbaar is, hetzelfde corruptiepact hebben gesloten, de vreemdeling kan worden berecht volgens Belgische wet, terwijl de omgekochte Belgische ambtenaar niet kan worden berecht, omdat omkoping niet strafbaar wordt gesteld in de wetgeving van de Staat waar het feit is gepleegd.

Voorts maakt het ontworpen artikel 10, 8°, van de wet van 17 april 1878 het mogelijk om in België uitspraak te doen over gevallen van omkoping waarbij zowel omkoper als omgekochte vreemdelingen zijn en de omkoping in het buitenland is geschied, op voorwaarde dat de verdachte in België wordt "gevonden" (artikel 12 van de wet van 17 april 1878). Als rechtsgrond voor de Belgische rechterlijke bevoegdheid is het voldoende dat bij die omkoping een persoon betrokken is die een openbaar ambt uitoefent in een instelling van de Europese Unie. In dat geval heeft België niets met de ten laste gelegde feiten te maken : het is noch de Staat van de nationaliteit van één van de schuldigen, noch de plaats waar de strafbare feiten zijn gepleegd; de zetel van de Europese instelling waarin de omgekochte persoon ambtenaar is, is er misschien zelfs niet eens gevestigd.

In het Belgische recht zijn er weliswaar precedenten van zulke gevallen van "universele bevoegdheid", maar

.../...

in de bij de huidige wetgeving bepaalde gevallen is vervolging in België alleen mogelijk als de buitenlandse overheid de Belgische overheid officieel bericht heeft gegeven. Het ontworpen artikel 10, 8°, bevat die voorwaarde niet. Het staat te bezien of zonder medewerking van de buitenlandse overheden het gerechtelijk onderzoek en de berechting van zulke feiten in België efficiënt georganiseerd kunnen worden.

*

* *

2. De toepassing van de artikelen 7 en 8 van het ontwerp, alsook de toepassing van artikel 7 van de wet van 17 april 1878, dat door het ontwerp niet gewijzigd wordt maar dat, zoals zojuist is aangetoond, belangrijk is om de werkingssfeer van de nieuwe strafbaarstellingen te bepalen, zou wel eens zeer moeilijk en hachelijk kunnen zijn als de ontworpen wet niet op zijn minst enigszins aangeeft hoe daden van actieve en passieve omkoping moeten worden gelokaliseerd (a), alsook hoe kan worden bepaald wie het slachtoffer van de omkoping is (b).

a) Aangezien de plaats van een strafbaar feit niet in de Belgische wet wordt omschreven, in tegenstelling tot in talrijke andere landen, wordt in de rechtsleer gewoonlijk gesteld dat bij het bepalen van die plaats een onderscheid moet worden gemaakt tussen ondeelbare en deelbare strafbare feiten. De strafbare feiten waarvan de bestanddelen één strafrechtelijk feit vormen, zijn ondeelbaar. Die diverse bestanddelen kunnen over verscheidene landen verspreid zijn.

.../...

Als één daarvan in België wordt gesitueerd, is dat voldoende om te kunnen oordelen dat het ondeelbare strafbare feit in België is gepleegd. Het arrest van 18 november 1957 van het Hof van Cassatie lijkt dat standpunt te bevestigen door te stellen dat "het wanbedrijf (...) in de bevoegdheid van de Belgische rechtbanken (valt) ingeval één van de elementen welke het uitmaken (...) in België gepleegd wordt" (1).

Wellicht moeten strafbare feiten van omkoping beschouwd worden als ondeelbare strafbare feiten in de betekenis die zojuist is uiteengezet. In het toelichtend rapport over het voormelde protocol bij de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, betreffende artikel 6, 1.a), wordt overigens een betekenis gegeven die aansluit bij die welke in België doorgaans wordt gehuldigd. In dat verslag wordt immers geoordeeld dat het strafbare feit van corruptie verstaan moet worden op het grondgebied van een Staat te zijn gepleegd wanneer "de handeling daar plaatsvindt, het voordeel daar wordt verstrekt of de samenspanning daar tot stand komt".

Voor de rechtszekerheid, die zeker in strafrecht-zaken onmisbaar is, zou het echter beter zijn dat de ontworpen tekst daaromtrent de knoop doorhakt. Dat is des te meer noodzakelijk daar het voormelde arrest, evenmin als andere arresten die de auteurs geregeld aanvoeren om een onderscheid tussen ondeelbare en deelbare strafbare feiten te maken, niet zo duidelijk is en dus ook niet een zodanig

(1) Arresten van het Hof van Verbreking, jaargang 1958, eerste boekdeel, blz. 157 en 158.

houvast biedt als sommige formuleringen ervan los van de context kunnen doen vermoeden.

b) Het begrip "slachtoffer" van de daad van omkoping is bijzonder belangrijk in het licht van het voorschrift gegeven in artikel 7, § 2, van de wet van 17 april 1878. Daarin staat immers dat een Belg die in het buitenland een misdaad of wanbedrijf heeft gepleegd, in België kan worden vervolgd, maar dat dit uitsluitend op vordering van het openbaar ministerie kan wanneer het strafbare feit tegen een vreemdeling is gepleegd. In het bijzondere geval van omkoping moet dus worden bepaald wie daarvan het slachtoffer is.

In het Strafwetboek wordt omkoping ingedeeld bij de wanbedrijven tegen de openbare orde. Men mag er dus van uitgaan dat de omgekochte of de omkoper door een daad van omkoping in de eerste plaats de Staat schaadt. Wanneer de Staat iemand een openbaar ambt verleent, dan is dat natuurlijk opdat hij het niet in zijn eigen voordeel, maar in dat van de gemeenschap uitoefent. Omkoping is misbruik van een openbaar ambt. Het eerste slachtoffer is vast en zeker de Staat, die een trouwe dienaar dacht te vinden in de persoon die met het openbare ambt is belast.

Het laat zich dus aanzien dat, wat de toepassing van artikel 7, § 2, betreft, in België ervan moet worden uitgegaan dat omkoping die in het buitenland heeft plaatsgehad in het nadeel van een vreemdeling is geschied, telkens wanneer de omgekochte in dienst is van een vreemde Staat en dat België, om diezelfde redenen, het slachtoffer is wanneer de omgekochte een ambtenaar van de Belgische Staat is. Een

.../...

weliswaar vrij oud (1) arrest van het Hof van Cassatie heeft dat aldus beslist. In dat arrest wordt het aanmaken van vals vreemd geld beschouwd als een strafbaar feit dat is gepleegd tegen de vreemde staat waarvan het geld is vervalst.

Het verdient aanbeveling om die rechtspraak, gesteld dat ze nog relevant is, dat wil zeggen in overeenstemming met wat de Regering thans verlangt, door middel van de ontworpen wet te bekrachtigen, te meer daar ze zeer oud is en overigens wordt aangevochten.

Ook kan men zich afvragen of er niet van kan worden uitgegaan dat een omkopingsdelict tegen een vreemdeling wordt gepleegd wanneer het gaat om een privé-persoon, natuurlijke persoon of rechtspersoon van vreemde nationaliteit die uiteindelijk benadeeld wordt door de onrechtvaardige daad die naar aanleiding van de omkoping wordt gepleegd. Bijvoorbeeld een aannemer die ten gevolge van een daad die door een omgekochte ambtenaar tijdens de gunningsprocedure is begaan, voor een overheidsopdracht is geweerd. Dat is een tweede reden waarom het raadzaam is in het ontwerp nader te bepalen in welke gevallen omkoping een delict tegen een vreemdeling is en in welke gevallen de indiening van een klacht dus een voorwaarde is om in België te kunnen vervolgen.

*

* *

(1) Arrest van 12 mei 1854.

Het besluit is dan ook dat met de voorgaande opmerkingen genoegzaam gewezen is op de ontoereikendheid van de gevolgde werkwijze, die erin bestaat de bestraffing van omkoping uit te breiden, door louter een aantal bepalingen van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, te weten de artikelen 6 en 10, aan te vullen, terwijl specifieke autonome teksten uitgewerkt hadden moeten worden.

Die werkwijze voldoet des te minder daar de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, zoals de gemachtigde ambtenaar van de minister zelf heeft toegegeven, in zijn huidige lezing niet duidelijk en zelfs niet coherent is en grondig moet worden herzien.

*

* *

Naast de opmerkingen die voor de gezamenlijke voormelde bepalingen gelden behoren er nog enkele specifieke opmerkingen bij te worden gemaakt.

Ontworpen artikel 250 van het Strafwetboek

In de Franse tekst van de beide leden van paragraaf 1 moet het woord "vise" de betekenis van het Nederlandse werkwoord "betreft" weergeven. De laatste idee is de juiste daar de tekst betrekking heeft op elke vorm van actieve of passieve omkoping betreffende een persoon die een openbaar ambt uitoefent in een andere Staat die al dan niet lid is van de Europese Unie.

.../...

Het woord "vise" moet worden vervangen door het woord "implique".

Ontworpen artikel 251 van het Strafwetboek

1. Voor het woord "vise" wordt verwezen naar de opmerking over het ontworpen artikel 250 van het Strafwetboek.

2. De woorden "organisation internationale publique" zijn een ongelukkige vertaling van de Nederlandse woorden "internationale publiekrechtelijke organisatie". Men schrijve "organisation de droit international public".

In de Nederlandse tekst schrijve men : "internationaal publiekrechtelijke organisatie".

Artikel 7

Ontworpen artikel 6 van de wet van 17 april 1878

1. Voor het woord "vise" wordt verwezen naar de opmerking over het ontworpen artikel 250 van het Strafwetboek.

2. De Nederlandse tekst bevat een fout die wordtesignaleerd in de bijzondere opmerking over artikel 8 van het ontwerp.

.../...

Artikel 8

Ontworpen artikel 10 van de wet van 17 april 1878

De woorden "door of ten aanzien van" in de punten 7°, 8° en 9° verdragen zich niet met de inleidende zin van artikel 10 van de wet van 17 april 1878, die door het ontwerp niet wordt gewijzigd.

Die fout moet worden verbeterd.

Artikel 6

In hoofdstuk II en niet in hoofdstuk IX van Boek II, Titel IX van het Strafwetboek is het dat de nieuwe "afdeling IIIbis : Omkoping van niet-ambtenaren" moet worden ingevoegd.

Ontworpen artikel 504bis

Als de stellers van het voorontwerp omkoping van ambtenaren en omkoping van niet-ambtenaren volgens eenzelfde partroon willen regelen, dan moet het ontworpen artikel 504bis worden herzien met inachtneming van de opmerkingen die hiervoren gemaakt zijn over omkoping van ambtenaren naar aanleiding van de bespreking van het ontworpen artikel 246.

Als het daarentegen de bedoeling van de stellers van het ontwerp is om het bestaan van een omkopingspact tot

.../...

een bestanddeel van zowel actieve als passieve omkoping van niet-ambtenaren te maken, dan moeten zij er evenwel rekening mee houden dat een poging tot passieve omkoping ondenkbaar is, om de redenen die reeds in verband met het voormelde ontworpen artikel 246 zijn vermeld.

Artikel 10

1. De inleidende zin behoort als volgt te worden gesteld :

"Art. 10 Artikel 19, § 1, 1^o, d), van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken wordt vervangen als volgt :

"d) ... de daden van omkoping die strafbaar worden gesteld door de artikelen ... van het Strafwetboek".

2. Artikel 19, § 1, 1^o, d), van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken wordt door de ontworpen bepaling gewijzigd om de daden van omkoping bedoeld in de artikelen 246 tot 251 van het Strafwetboek in te delen bij de feiten die aanleiding kunnen geven tot intrekking, klasseverlaging of schorsing van de erkenning van aannemers.

Zoals de gemachtigde ambtenaar heeft toegegeven, is er geen enkele reden om te verwijzen naar de daden van omkoping bepaald in de artikelen 248 en 249.

.../...

3. Het juiste Franse opschrift van de wet van 24 december 1993 luidt als volgt :

"Loi relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services".

Artikel 11

De bepaling behoort als volgt te worden gesteld :

"Art. 11 Artikel 1, f), van het koninklijk besluit nr. 22 van 24 oktober 1934 waarbij aan bepaalde veroordeelden en aan de gefailleerden verbod wordt opgelegd bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen en waarbij aan de rechtbanken van koophandel de bevoegdheid wordt toegekend dergelijk verbod uit te spreken, wordt aangevuld met de woorden "omkoping van niet-ambtenaren" toegevoegd.

Slotopmerkingen

In de Franse tekst van het ontwerp behoort "§ 1er" te worden geschreven in plaats van "§ 1".

Algemeen beschouwd is de Nederlandse tekst van het ontwerp uit een oogpunt van correct taalgebruik ontoereikend, in aanmerking genomen dat de meeste bepalingen van het ontwerp een plaats zullen krijgen in wetboeken, d.i. basisregelgeving, onder meer wegens het stelselmatig gebruiken van gallicismen, zoals "voorzien", waar "voorschrijven, bepalen" bedoeld wordt, letterlijk uit het Frans

.../...

vertaalde onnederlandse wendingen en andere taalongerechtigheden. Bij wijze van voorbeeld en onder voorbehoud van de voormelde algemene en specifieke opmerkingen worden hierna dienaangaande enige opmerkingen gemaakt, respectievelijk tekstvoorstellen gedaan.

In artikel 3, het ontworpen artikel 240, schrijve men : "met geldboete" in plaats van "met een geldboete". Deze opmerking geldt voor heel het ontwerp. Ook zou het meer in overeenstemming zijn met de gevestigde gewoonte in de regelgeving om in heel het ontwerp "een ieder" te schrijven, in plaats van "ieder persoon". In het ontworpen artikel 241 schrijve men "bezorgd" in plaats van "meegedeeld". Een soortgelijke opmerking geldt voor heel het ontwerp. In het ontworpen artikel 243, eerste lid, schrijve men : "die een openbaar ambt uitoefent en zich schuldig maakt aan knevelarij door bevel te geven ..." in plaats van "die een openbaar ambt uitoefent, die zich schuldig maakt aan knevelarij, door bevel te geven ...", "heffingen" in plaats van "taksen" (dat gewestelijk is), "zes maanden" in plaats van "zes maand". Bovendien dient het woord "hij", dat het onderwerp herhaalt, net voor het woord "kan" geschrapt te worden. Deze laatste opmerking geldt ook voor het ontworpen artikel 244.

In artikel 3, het ontworpen artikel 244, eerste lid, schrijve men "die een openbaar ambt uitoefent en die, hetzij ..." in plaats van "die een openbaar ambt uitoefent, die, hetzij ...".

In hetzelfde ontworpen artikel 244, tweede lid, schrijve men "op diegene die" in plaats van "op hem die" en "zijn private belangen vanuit zijn positie niet kon bevorderen" in plaats van "zijn private belangen door zijn betrekking niet kon bevorderen".

Het ontworpen artikel 246, §§ 2 en 3 (die het eerste en het tweede lid worden), zouden aldus gesteld moeten worden : "§ 2 Actieve omkoping bestaat hierin dat aan een persoon die een openbaar ambt uitoefent rechtstreeks of via tussenpersonen enig aanbod of enige belofte gedaan wordt, respectievelijk enig voordeel wordt geboden, en die persoon daaraan gevolg geeft, voor hemzelf of voor een derde, opdat die persoon één van de gedragingen aanneemt die genoemd worden in artikel 247.

§ 3 Met een persoon die een openbaar ambt uitoefent in de zin van dit artikel wordt gelijkgesteld een ieder die zich kandidaat heeft gesteld voor een zodanig ambt of die zich voorstelt als iemand die op korte termijn een zodanig ambt kan uitoefenen."

Het ontworpen artikel 247, § 1, eerste en tweede lid, dat stuntelig gesteld is, zou beter als volgt geredigeerd worden :

"§ 1 Indien het doel van de omkoping is dat de persoon die een openbaar ambt uitoefent binnen het bestek van zijn ambt een rechtmatige handeling stelt waarvoor niet betaald behoeft te worden, worden de omkoper en ... straffen.

.../...

Indien het doel van de omkoping is dat de persoon die een openbaar ambt uitoefent naar aanleiding van zijn ambtsuitoefening een onrechtmatige handeling stelt of verzuimt een handeling te stellen die tot zijn ambtsplichten behoort, worden ... straffen."

Het ontworpen artikel 247, § 2, eerste lid, zou beter als volgt gesteld worden :

"§ 2 Indien het doel van de omkoping is dat de persoon die een openbaar ambt uitoefent de echte of vermeende invloed laat gelden die hij uit kracht van zijn ambt heeft om gedaan te krijgen dat een administratieve handeling of gerechtelijke handeling al of niet gesteld wordt, worden ... straffen."

In de drie leden van het ontworpen artikel 249 schrijve men :

"Indien de in artikel 246 genoemde omkoping betrekking heeft op een (...) en verband houdt met een handeling die tot zijn rechtsprekend ambt behoort, worden de omkoper en de omgekochte gestraft met ... en met geldboete van ..."

In het ontworpen artikel 250, § 1, eerste lid, in fine, schrijve men : "vastgesteld in die bepalingen" in plaats van "voorzien in deze bepalingen". Dezelfde opmerking geldt voor het tweede lid van dezelfde paragraaf en voor het ontworpen artikel 251, § 1. Ook schrijve men "strafbaar zijn in die Staat" in plaats van "strafbaar zijn in deze Staat". In hetzelfde tweede lid, schrijve men "voor zover" in plaats van "voorzover".

.../...

In het ontworpen artikel 251 schrijve men telkens "een internationaal publiekrechtelijke organisatie" in plaats van "een internationale publiekrechtelijke organisatie".

In artikel 6, het ontworpen artikel 504bis, § 1, schrijve men "Passieve omkoping van een niet-ambtenaar" in plaats van "Passieve private omkoping". (Zie in dat verband de definitie in Fockema Andreae's Juridisch Woordenboek onder de lemma's "corruptie" en "omkoping" alsook art. 328ter van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht.) Een soortgelijke opmerking geldt voor paragraaf 2. In dezelfde paragrafen schrijve men telkens "beroepsethische regels" in plaats van "deontologische beroepsregels" alsook "in strijd met" in plaats van "in tegenstrijdigheid met".

In artikel 8, het ontworpen artikel 10, 7°, tweede lid, van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, schrijve men "na een officieel bericht" in plaats van "op een officieel bericht".

Artikel 9 zou aldus gesteld moeten worden :
"Artikel 58 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 wordt aangevuld als volgt :

"Die toestemming mag niet worden gegeven voor het verkrijgen of behouden van overheidsopdrachten of administratieve vergunningen."

De Nederlandse tekst van het ontwerp zou grondig herzien moeten worden.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs
de Heren

R. ANDERSEN,

président de chambre,
kamervoorzitter,

C. WETTINCK,
P. LIENARDY,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

P. GOTHOT,

assesseurs de la
section de législation,

J. van COMPERNOLLE,

assessoren van de
afdeling wetgeving,

Madame
Mevrouw

M. PROOST,

greffier,
griffier.

Le rapport a été présenté par
Mme P. VANDERNACHT, auditeur. La
note du Bureau de coordination a
été rédigée et exposée
par M. A. LEFEBVRE, référendaire
adjoint.

Het verslag werd uitgebracht
door Mevr. P. VANDERNACHT,
auditeur. De nota van het
Coördinatiebureau werd opge-
steld en toegelicht door de
H. A. LEFEBVRE, adjunct-referen-
daris.

La concordance entre la ver-
sion française et la version
néerlandaise a été vérifiée sous
le contrôle de M. R. ANDERSEN.

De overeenstemming tussen de
Franse en de Nederlandse tekst
werd nagezien onder toezicht van
de H. R. ANDERSEN.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

M. PROOST

R. ANDERSEN