

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 31.367/2

DE LA SECTION DE LEGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de la Justice, le 6 mars 2001, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un avant-projet de loi "portant extension de la saisie et concernant l'introduction d'une enquête particulière sur les avantages patrimoniaux et la répartition de la charge de la preuve relative à l'origine de choses supposées être le produit de la criminalité grave ou de la criminalité organisée", a donné le 11 juin 2001 l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIE

ADVIES 31.367/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 6 maart 2001 door de Minister van Justitie verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste een maand, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "houdende uitbreiding van de inbeslagneming, de invoering van een bijzonder onderzoek naar de vermogensvoordelen en de verdeling van de bewijslast aangaande de herkomst van zaken waarvan wordt vermoed dat zij voortkomen uit de z w a r e o f d e georganiseerde criminaliteit", heeft op 11 juni 2001 het volgende advies gegeven :

Observation préliminaire

Le présent projet a été soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat le 6 mars 2001 en application de l'article 84, alinéa 1er, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Dans son avis du 20 décembre 2000, l'inspecteur des finances relève que l'avant-projet de loi ne devrait pas avoir d'incidence particulière sur les dépenses du ministère de la Justice mais qu'il pourrait par contre augmenter les avoirs disponibles

"... dont la gestion sera éventuellement confiée dans un avenir plus ou moins rapproché au futur Organe central de confiscation, nouvellement inscrit dans le budget 2001 du Ministère de la Justice."

En vertu de l'article 5, 2°, de l'arrêté royal du 16 novembre 1994 relatif au contrôle administratif et budgétaire, l'accord du Ministre ayant le Budget dans ses attributions est requis lorsque le projet est de nature à influencer les recettes de l'Etat.

Le 30 mars dernier, un document intitulé "Administratie van de begroting en de controle op de uitgaven" a été transmis à l'auditeur rapporteur. Ce document, non signé, ne peut être assimilé à l'accord du Ministre du Budget exigé en vertu de l'article 5 de l'arrêté royal du 16 novembre 1994 précité, en tant que ce document constitue un simple avis donné par son administration audit ministre.

.../...

L'accord du Ministre du Budget a finalement été donné le 25 avril 2001 et est parvenu le 2 mai au Conseil d'Etat.

Portée du projet

1. Sous la précédente législature, la section de législation avait été saisie d'un avant-projet de loi "relatif à la répartition de la charge de la preuve concernant l'origine de choses dont on présume qu'elles proviennent de la criminalité grave ou de la criminalité organisée".

Cet avant-projet de loi, transmis à la veille de la dissolution des assemblées législatives, n'a cependant pas été examiné par la section de législation, le nouveau Ministre de la Justice ayant décidé de retirer cette demande d'avis.

2. L'avant-projet de loi présentement examiné par le Conseil d'Etat a une portée beaucoup plus large, le but poursuivi étant cependant le même, à savoir, lutter contre les organisations criminelles et, plus particulièrement, s'attaquer aux moyens financiers de ces organisations en facilitant le recours au régime des confiscations spéciales.

.../...

L'avant-projet de loi comporte trois volets essentiels :

2.1. Le premier volet concerne la confiscation d'avantages patrimoniaux avec un aménagement de la charge de la preuve quant à l'origine illicite de ces avantages, le ministère public devant prouver uniquement qu'il existe des "indices sérieux" que ces avantages patrimoniaux sont tirés directement d'une infraction visée par le nouvel article 43quater du Code pénal ou de faits identiques commis dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324bis du même Code, la défense devant alors apporter la preuve de l'origine licite de ces avantages.

Ce premier volet comprend également l'insertion dans le Code pénal d'un article 43quinquies afin d'élargir le régime de la confiscation par équivalent à des biens qui ont été transférés par la personne condamnée à des tiers à la suite d'opérations suspectes, le ministère public pouvant requérir cette confiscation pour des biens ayant abouti dans le patrimoine d'un tiers depuis le début de la procédure pénale ou dans les six mois qui l'ont précédé.

Selon l'exposé des motifs, cette disposition s'inspire dans une certaine mesure

"... des articles 17 et 18 de la loi sur les faillites. Il existe en effet une certaine analogie entre la situation d'un commerçant déclaré en faillite et qui avant celle-ci a tenté de transférer à des tiers une partie de son patrimoine afin de la soustraire à la masse et la situation d'un inculpé qui avant ou après le début de l'action publique a tenté de transférer à

.../...

des tiers une partie de son patrimoine afin de la soustraire à la confiscation."

2.2. Le deuxième volet concerne la matière des saisies telle qu'elle est organisée par le Code d'instruction criminelle. Actuellement, l'article 35 du Code d'instruction criminelle consacre une compétence générale, le procureur du Roi pouvant se saisir de "tout ce qui paraîtra constituer une des choses visées à l'article 42 du Code pénal et de tout ce qui pourra servir à la manifestation de la vérité". En d'autres termes, le procureur du Roi peut saisir les choses formant l'objet de l'infraction, celles qui ont servi ou qui ont été destinées à la commettre pour autant que ces choses appartiennent à la personne poursuivie (article 42, 1°, du Code pénal), les choses qui ont été produites par l'infraction (article 42, 2°, du Code pénal), ainsi que les avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, les biens et les valeurs qui leur ont été substitués et les revenus de ces avantages investis (article 42, 3°, du Code pénal).

Le but poursuivi par le nouvel article 35ter inséré dans le Code d'instruction criminelle est de permettre au procureur du Roi de procéder à une saisie par équivalent lorsque les choses visées à l'article 42, 3°, du Code pénal ne peuvent plus être retrouvées dans le patrimoine de l'inculpé.

Dans le même ordre d'idées, le procureur du Roi est également autorisé à procéder à une saisie de "tout bien en possession de tiers en vue de l'application de l'article 43quinquies du Code pénal."

.../...

2.3. Enfin, le troisième volet concerne l'"enquête particulière sur les avantages patrimoniaux" qui implique l'insertion des articles 524bis et 524ter dans le Code d'instruction criminelle. Cette enquête intervient au moment où le juge du fond est saisi de l'affaire. Ces dispositions autorisent le juge à se prononcer sur la culpabilité de la personne poursuivie et à reporter le débat sur la confiscation des biens de cette personne à la suite d'une enquête particulière confiée au parquet. Celui-ci devra déterminer si l'infraction établie ou des faits identiques commis dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324bis du Code pénal ont généré un avantage patrimonial au profit de la personne condamnée. Le ministère public dispose d'un délai de deux ans à partir du jugement ayant ordonné l'enquête particulière pour établir le bien-fondé de la confiscation.

Ces différents volets de l'avant-projet de loi suscitent des observations tant générales que particulières.

Observations générales

I. Existence d'un recours pendant devant la Cour européenne des droits de l'homme

L'attention de l'auteur du projet est attirée sur ce que la Cour européenne des droits de l'homme a récemment déclaré recevable la plainte d'un ressortissant britannique

.../...

mettant en cause le "Drug Trafficking Act 1994" contenant un mécanisme de présomptions (1).

En vertu de cette réglementation, le tribunal peut prendre seulement en considération la valeur des produits de l'infraction, c'est-à-dire un montant qui résulte de l'évaluation monétaire des produits, lequel peut être confisqué sur n'importe quelle partie du patrimoine du condamné voire d'un tiers. Quant au lien requis pour que des biens puissent faire l'objet de confiscation, en matière de stupéfiants, le tribunal peut présumer que tout bien possédé par le condamné dans la période de six ans qui précède les poursuites et jusqu'au jour de la décision, constitue un produit du trafic de stupéfiants susceptible de confiscation, à moins que la personne concernée n'apporte la preuve du contraire.

Même si les termes de cette réglementation ne sont pas identiques à ceux de l'article 43quater en projet du Code pénal, les questions qu'ils suscitent sont de même nature que celles que le présent avis met en évidence.

Dans sa décision du 30 novembre 2000, la Cour a déclaré admissible la requête dirigée contre le "Drug Trafficking Act 1994" et estimé que le mécanisme de présomption et de confiscation contenu dans cette législation devait être confronté en l'espèce tant avec l'article 6.2 de la Convention de sauvegarde qu'avec l'article 1er du Protocole additionnel n° 1.

(1) Requête n°41087/98, Steven Phillips c. Royaume-Uni.

Il appartient, dès lors, au Gouvernement et au Parlement d'apprécier l'opportunité de légiférer alors que la Cour européenne des droits de l'homme est actuellement saisie d'un tel recours.

II. L'article 43quater en projet et les exigences de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de la Constitution

1. Aux termes de l'article 5, § 7, de la Convention des Nations-Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, faite à Vienne le 20 décembre 1988 et approuvée par la loi belge du 6 août 1993,

"Chaque Partie peut envisager de renverser la charge de la preuve en ce qui concerne l'origine licite des produits présumés ou autres biens pouvant faire l'objet d'une confiscation, dans la mesure où cela est conforme aux principes de son droit interne et à la nature de la procédure judiciaire et des autres procédures.".

La loi en projet s'inscrit notamment dans le cadre de cette recommandation.

Ainsi, l'avant-projet de loi insère dans le Code pénal un article 43quater afin d'assouplir le régime de la charge de la preuve lorsqu'il s'agit de prononcer la peine de confiscation pour des choses dont on présume qu'elles proviennent de la criminalité grave - c'est-à-dire certaines infractions visées à l'article 90ter du Code d'instruction criminelle - ou de la criminalité organisée - c'est-à-dire l'article 324bis du Code pénal - ou encore d'"une fraude fiscale grave et organisée qui met en oeuvre des mécanismes

.../...

complexes ou qui use de procédés à dimension internationale".

Dans le système mis en place par l'avant-projet, il appartient d'abord au ministère public d'établir à l'aide d'"indices sérieux" qu'il s'agit d'avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction ou de biens et de valeurs qui leur ont été substitués ou de revenus de ces avantages investis. Ensuite, il revient à la personne reconnue coupable ou au tiers prétendant avoir des droits sur la chose susceptible d'être confisquée, d'apporter la preuve de l'origine licite de ces choses. Si cela ne peut être démontré, le juge peut prononcer la confiscation.

Si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne condamne pas le recours à des présomptions de fait ou de droit qui ont pour effet de renverser la charge de la preuve, elle estime cependant qu'en matière pénale, la Convention oblige les Etats contractants à ne pas dépasser un certain seuil.

Ainsi l'article 6 de la Convention, en tant qu'il consacre le droit de chacun à un procès équitable et le principe de la présomption d'innocence, impose aux Etats d'enserrer ces présomptions de fait ou de droit "dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense" (2).

(2) Cour européenne des Droits de l'Homme, arrêt Salabiaku du 7 octobre 1988, série A, n° 141-A.

La Cour insiste également sur la nécessité de laisser au juge un réel pouvoir d'appréciation, tant par rapport aux éléments de fait que par rapport aux éléments de droit (3).

Si le projet entend s'inscrire dans le respect de cette jurisprudence, le Conseil d'Etat constate néanmoins que ni l'exposé des motifs, ni le commentaire de la disposition en projet ne précisent clairement ce qu'il faut comprendre par "des indices sérieux".

Le commentaire de l'article 43quater en projet dispose simplement qu'

"... il appartient au parquet de prouver qu'il n'est pas dénué de toute crédibilité d'affirmer que les choses dont il requiert la confiscation sont des choses visées à l'article 42, 3°, du Code pénal."

Cette affirmation reste peu explicite quant à la charge de la preuve qui pèse sur la partie poursuivante alors que l'article 43quater, alinéa 2, 2°, en projet, prévoit expressément qu'il appartiendra à la personne reconnue coupable ou au tiers intéressé d'apporter la preuve de l'origine licite des biens dont on requiert la confiscation.

(3) Cour européenne des Droits de l'Homme, arrêt *Pham Hoang c. France* du 25 septembre 1992, série A, n° 243.

A lire l'exposé des motifs (4) ainsi que le texte en projet, le parquet pourrait se fonder, par exemple, sur de simples "indices" d'enrichissement, pourvu qu'ils soient sérieux, alors que la défense devrait prouver l'origine licite des biens et pas seulement renverser lesdites allégations du parquet.

Selon les Nouvelles (5), à propos des indices de l'infraction,

"... les indices forment la catégorie résiduelle des modes de preuves. On peut, en effet, y grouper tout ce qui n'est pas déclaration de l'inculpé ou d'un tiers. Ils comprennent tout fait, tout élément, toute circonstance en rapport avec l'infraction dont la preuve est recherchée et permettant d'inférer l'existence ou les modalités de cette infraction.".

D'une part, la preuve par indices se caractérise par le fait qu'elle est une preuve indirecte en ce sens que l'indice ne prouve pas par lui-même la culpabilité; il est le point de départ d'un raisonnement dont le résultat seul constituera la preuve. D'autre part, la preuve par indices

(4) Voir p.20, point 6.5, alinéa 3.

(5) Droit pénal, tome Ier, volume II, P.81 et 82.

est une preuve au deuxième degré, le juge devant vérifier la source de l'indice (6).

Or, la loi en projet entend réserver à l'indice une portée particulière dans le cadre de la confiscation des "choses trouvées dans le patrimoine ou en la possession de la personne reconnue coupable de certaines infractions". Il suffira que l'indice soit sérieux et que la personne condamnée ne parvienne pas à prouver l'origine licite des biens en question pour que la confiscation puisse intervenir.

Compte tenu de la portée juridique de l'indice en droit pénal et de la volonté de lui attacher, dans le cadre des dispositions en projet, des effets spécifiques, il appartient à l'auteur du projet de circonscrire cette notion.

Il ressort des explications des représentants du ministre que le simple indice d'enrichissement de la personne poursuivie ne peut en aucun cas suffire; cet indice doit nécessairement être accompagné d'autres éléments qui confirment les soupçons et qui permettent de les rattacher à l'infraction.

(6) Ces caractéristiques de la preuve indicielle ont pour conséquence que "la force probatoire des indices est extrêmement variable : elle diffère selon la nature de l'indice et selon l'appréciation subjective du juge. Deux sources importantes d'erreurs l'accompagnent : la fidélité de la reconstitution de l'indice dépend de la valeur de la source de sa constatation; l'interprétation de l'indice est sujette à toutes les faiblesses du raisonnement humain" (Novelles, op. cit.).

L'exposé des motifs doit être revu afin de lever certaines ambiguïtés et de définir avec plus de précision la portée exacte de l'"indice sérieux".

2. Selon le dispositif du projet, la personne poursuivie doit fournir la preuve de l'origine licite des avantages que l'on veut confisquer; elle ne peut donc se contenter de renverser les allégations du parquet.

Or, il se peut que sans apporter la preuve de l'origine licite des biens concernés par la confiscation, la personne poursuivie puisse démontrer que les indices du parquet ne sont pas sérieux.

Confronté à cette situation, le juge pourra-t-il prononcer la peine de la confiscation ?

Il ressort des explications des représentants du ministre que le texte en projet est ici rédigé de manière trop stricte.

Afin de respecter le principe d'égalité des armes, il convient de mieux aménager la charge de la preuve en permettant à la personne poursuivie de renverser les allégations du ministère public sans devoir prouver nécessairement l'origine licite des biens.

.../...

3. L'article 43quater en projet du Code pénal ne peut être considéré comme une simple répartition de la charge de la preuve entre les parties au procès comme le laisse entendre l'exposé des motifs. En effet, non seulement, le ministère public ne devra plus apporter la preuve qu'il s'agit d'avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction mais de surcroît, la confiscation pourra aussi porter sur des avantages patrimoniaux résultant de "faits identiques commis dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324bis, de biens et de valeurs qui leur ont été substitués ou de revenus de ces avantages investis", c'est-à-dire de faits pour lesquels la personne intéressée n'a pas encore été jugée.

L'exposé des motifs indique clairement la portée du projet :

"Concernant cette dernière catégorie d'infractions, les faits dont sont tirés les avantages ne doivent pas avoir été incriminés en tant que tels, la culpabilité à l'égard de ces faits ne doit pas être établie et le condamné ne doit pas avoir fait l'objet d'une condamnation séparée pour ces faits. Le fait qu'une personne a été condamnée pour une infraction spécifique grave laisse en effet supposer que certaines choses de son patrimoine proviennent d'infractions identiques commises dans le cadre d'une organisation criminelle. Dans ce cas, il suffit à la partie poursuivante de prouver, sur la base d'indices sérieux, qu'il est plausible que ces faits ont également été commis par le condamné et que les avantages patrimoniaux en découlent.".

.../...

En permettant la confiscation d'avantages patrimoniaux résultant "de faits identiques commis dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324bis du Code pénal", le projet met gravement en péril les principes fondamentaux et appelle les trois critiques qui suivent.

3.1. Le système mis en place par le projet viole l'article 6, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui consacre la présomption d'innocence. Ce principe implique qu'une personne ne peut être considérée comme ayant commis une infraction que si cette infraction est établie par jugement.

Dès lors que la confiscation est une peine liée à l'existence d'une infraction, il ne saurait se concevoir que cette infraction puisse être établie par indices, même sérieux, tenant lieu de jugement.

Il convient d'évoquer à cet égard, l'affaire Zegwaard et Zegwaard B.V. contre les Pays-Bas, soumise le 22 novembre 1994 à la Commission européenne des droits de l'homme (7).

Les requérants se plaignaient de ce que la Cour d'appel de La Haye les avait condamnés à une peine en tenant compte de faits pour lesquels leur culpabilité n'avait pas pu être établie.

(7) Requête n° 26.493/95 ayant donné lieu à un rapport de la Commission le 9 septembre 1998 ainsi qu'à une résolution du Comité des ministres du 15 avril 1999, <http://hudoc.echr.coe.int>.

Dans son rapport, la Commission a estimé qu'il convenait de déclarer recevable la plainte, estimant à l'unanimité qu'il y avait eu, en l'espèce, une violation de l'article 6, § 2, de la Convention.

Cette affaire aurait dû être déférée à la Cour européenne des droits de l'homme par le Comité des ministres dans un délai de trois mois mais, en raison du non-respect de ce délai, le Comité des ministres a lui-même pris une résolution en vertu de laquelle il confirme l'avis de la Commission constatant une violation de l'article 6, § 2, précité.

Eu égard à ces décisions, il y a lieu de considérer que l'article 43quater en projet du Code pénal ne répond pas aux exigences de l'article 6, § 2, de la Convention.

3.2. Telle qu'envisagée par l'article 43quater en projet, la confiscation pourrait porter sur des biens résultant d'infractions pour lesquelles le délai de prescription de l'action publique serait atteint.

Pareille extension est incompatible avec les exigences de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. A cet égard, il est renvoyé à l'arrêt Minelli contre la Suisse du 25 mars 1983 (8).

(8) Série A, volume 62, § 30.

3.3. L'extension du pouvoir de confiscation aura aussi pour conséquence que la plupart des biens contenus dans le patrimoine de la personne poursuivie pourraient être considérés comme ayant une origine suspecte. La confiscation ne pouvant plus être strictement qualifiée de spéciale, elle pourrait constituer une violation de l'article 17 de la Constitution.

Le Conseil d'Etat rappelle à cet égard que lorsqu'elle fut adoptée, la loi du 17 juillet 1990 modifiant les articles 42, 43 et 505 du Code pénal et insérant un article 43bis dans ce même Code, suscita plusieurs commentaires critiques soulignant notamment que ces nouvelles dispositions pouvaient dans une certaine mesure porter atteinte à l'article 12, devenu l'article 17, de la Constitution en vertu duquel "la peine de la confiscation des biens ne peut être établie".

La crainte d'une violation de l'article 17 de la Constitution était surtout liée à l'article 42, 3°, du Code pénal en vertu duquel la confiscation peut désormais porter sur "des avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction", sur "des biens et valeurs qui ont été substitués aux avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction" ainsi que sur "les revenus de ces avantages investis".

A. JONCKHEERE écrit que

"... la diversité des choses susceptibles de confiscation rend très large le champ d'application de la loi. Cette extension des possibilités de confiscation a suscité quelques réticences ou tout au moins, quelques

.../...

interrogations. En effet, il ne faudrait pas qu'une diversification des objets susceptibles d'être confisqués entraîne une dénaturation de la notion de confiscation spéciale. Par ce biais, la confiscation générale ne peut être réintroduite puisque l'article 17 de la Constitution n'a quant à lui, pas subi de modification." (9).

Dans une étude (10) consacrée à loi du 17 juillet 1990, précitée, le professeur Messinne a également posé cette question.

Il estime que même s'il est difficile dans certaines circonstances d'établir le lien entre l'infraction et le bien que l'on souhaite confisquer, le juge ne peut se dispenser de surmonter cette difficulté :

"La confiscation pourrait-elle être prononcée sans que la preuve soit faite par le ministère public que tels biens précis, que tels investissements nommément désignés, constituent des biens et des investissements substitués, et de telle manière précisément décrite, aux avantages tirés directement de l'infraction ? Certes non : il faudra s'en tenir, à cet égard, à l'exigence soulignée dans l'exposé des motifs «d'un lien même indirect entre le bien objet de la confiscation et l'infraction»".

(9) A. Jonckheere, "Le blanchiment du produit des infractions en Belgique et au Grand-Duché de Luxembourg", éd. De Boeck et Larcier, 1995, p. 61.

(10) "La loi du 17 juillet 1990 modifiant les articles 42, 43 et 505 du Code pénal et insérant un article 43bis dans ce même Code", J.T., 1991, p. 492.

Il résulte de ces commentaires que pour demeurer compatible avec l'article 17 de la Constitution, un lien nécessaire doit exister entre les biens confisqués et l'infraction constatée par le juge.

En autorisant la confiscation d'avantages patrimoniaux résultant de "faits identiques commis dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324bis du Code pénal", l'article 43quater en projet dénature la notion de confiscation spéciale au-delà de ce que permet l'article 17 de la Constitution.

III. L'article 43quinquies en projet et les exigences de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de la Constitution

1. L'article 43quinquies, 2°, en projet permet de confisquer les biens qui se trouvent dans le patrimoine d'un tiers si ces biens ont abouti dans le patrimoine de celui-ci à la suite de paiements ou d'actes à titre onéreux "pour autant que ceux qui ont obtenu une chose du condamné ou qui ont traité avec lui, savaient ou ont dû savoir l'intention du condamné de se soustraire à la confiscation spéciale".

Les termes "ont dû savoir" permettent de prononcer la peine de confiscation à l'encontre de ce tiers sur la base d'une présomption. Un tel mécanisme est cependant incompatible avec l'article 6, § 2, de la Convention qui consacre la présomption d'innocence.

.../...

Il est renvoyé à ce sujet à l'observation générale n° II.1.

2. Il ressort du commentaire de l'article 43quinquies, en projet :

"On a soulevé le problème des auteurs d'infractions lucratives qui tentent de se soustraire à la confiscation en transférant (une partie de) leur patrimoine à des tiers. Pour autant qu'il s'agisse d'avantages patrimoniaux pouvant être clairement considérés comme des avantages patrimoniaux d'origine criminelle, ces tiers peuvent certes être poursuivis aux termes de l'article 505, 2°, 3° ou 4°, du Code pénal, mais, on l'a constaté, cette alternative ne donne pas toujours les résultats escomptés."

La confiscation porte donc sur des biens qui se trouvent dans le patrimoine du tiers peu importe que ces biens constituent des avantages patrimoniaux tirés d'une activité criminelle. Ces biens sont en réalité identifiés par rapport à des actes qui ont été accomplis par le condamné dans le but d'échapper à la confiscation spéciale.

Telle qu'elle est rédigée, la disposition de l'article 43quinquies, en projet, autorise une confiscation par équivalent de biens qui étaient au départ dans le patrimoine de la personne poursuivie et dont l'origine illicite n'a pas nécessairement été établie.

Le but recherché par la disposition en projet est principalement d'éviter que la personne poursuivie n'organise son insolvabilité avec l'aide de tiers, sans que

.../...

la règle n'établisse le lien entre ces biens qui ont disparu de son patrimoine et les infractions pour lesquelles elle est condamnée.

La confiscation dans cette hypothèse ne peut plus être qualifiée de spéciale et méconnaît l'article 17 de la Constitution.

Observations particulières

Dispositif

Article 1er

L'article 1^{er} du projet spécifie que celui-ci doit être soumis à la procédure bicamérale imparfaite au Parlement, prévue à l'article 78 de la Constitution.

Or, la plupart des dispositions du projet concernent les compétences des juges et des membres du ministère public.

En vertu de l'article 77, alinéa 1er, 3° ou 9°, de la Constitution, les projets de loi ayant trait à l'organisation des cours et tribunaux ainsi qu'à leurs compétences, relèvent de la procédure bicamérale parfaite.

.../...

Dans plusieurs avis (11), la section de législation a décidé que les prérogatives du ministère public étaient comprises dans l'organisation judiciaire et devaient également être soumises à la procédure bicamérale parfaite.

En conséquence, la qualification du projet doit être revue afin de le soumettre au prescrit de l'article 77 de la Constitution.

Article 2

Si, comme l'indique le commentaire de l'article 43bis en projet du Code pénal, le souci est d'améliorer les droits de la défense et de permettre à la personne poursuivie de faire valoir ses moyens par rapport à la peine de confiscation, il convient d'aménager le pouvoir du juge en sorte qu'il ait l'obligation d'entendre les parties sur ce point avant de prononcer cette peine.

La même observation vaut pour l'article 14 du projet qui modifie l'article 6, alinéa 2, de la loi du

(11) Voir les avis 24.512/8 du 15 octobre 1996 sur un avant-projet de loi «relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction», 24.600 et 24.601/A.G.-A.V./2 des 10 octobre et 6 novembre 1995 sur des avant-projets de loi «modifiant la loi du 25 ventôse - 5 germinal an XI contenant organisation du notariat» et «accordant une compétence disciplinaire aux chambres des notaires et à la chambre nationale des notaires», 28.403/4 du 16 décembre 1998 sur une proposition de loi «insérant un article 171bis dans le Code civil relatif aux mariages blancs».

29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation.

Article 3

Outre l'observation générale n° II, cette disposition appelle les commentaires suivants :

1. Si le concept de "fraude fiscale grave et organisée qui met en oeuvre des mécanismes complexes ou qui use de procédés à dimension internationale" est déjà consacré en droit belge, notamment par la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, telle qu'elle a été modifiée par la loi du 7 avril 1995, il convient de s'interroger sur la portée de ce concept dans le cadre de la confiscation spéciale visée à l'article 42, 3°, du Code pénal (12).

(12) Voir à ce sujet Th. Afschrift, "Blanchiment et fraude fiscale", J.D.F., 1997, pp. 193-224, qui écrit : "dans la quasi-totalité des cas, la fraude fiscale a pour objet d'éviter de devoir payer un impôt : les revenus ou les capitaux sont d'abord obtenus légalement et ne sont taxables qu'ensuite ... En d'autres termes, ils ne sont pas comme tels le produit d'une infraction. L'infraction a le plus souvent seulement pour effet d'empêcher l'administration fiscale d'établir un enrôlement d'impôt ou d'obtenir le paiement d'une dette fiscale ...".

Le Conseil d'Etat s'interroge sur la pertinence de l'article 43quater en projet du Code pénal en tant qu'il préconise la confiscation d'avantages patrimoniaux qui résulteraient d'une infraction commise dans le cadre d'"une fraude fiscale grave et organisée qui met en oeuvre des mécanismes complexes ou qui use de procédés à dimension internationale", alors même que la notion d'avantages patrimoniaux consacrée à l'article 42, 3°, du Code pénal, ne vise pas l'évitement d'une dette fiscale.

Selon les explications des représentants du ministre, il est exact que le simple fait d'éviter une dette fiscale ne peut être considéré comme un avantage patrimonial au sens de l'article 42, 3°, du Code pénal. Toutefois, s'il est question de la fraude fiscale grave à l'article 43quater en projet du Code pénal, c'est uniquement pour viser les mécanismes qui permettent des remboursements indus d'impôt comme les "carrousels-TVA".

Afin de mettre fin à des interprétations doctrinales parfois divergentes sur la portée exacte de la notion d'"avantages patrimoniaux", il convient de compléter l'exposé des motifs sur ce point.

2. Parmi les infractions visées à l'article 43quater en projet du Code pénal, figure l'article 505, alinéa 1er, 2°, 3° et 4°, du Code pénal qui incrimine les différentes opérations de blanchiment des avantages patrimoniaux retirés d'activités illicites.

.../...

Aux termes de l'alinéa 3 de cette même disposition, les avantages patrimoniaux visés à l'alinéa 1er, 1°, 2°, 3° et 4°, sont considérés comme constituant l'objet des infractions couvertes par ces dispositions, au sens de l'article 42, 1°, du Code pénal, et seront confisqués même si la propriété n'en appartient pas au condamné, sans que cette confiscation puisse cependant porter préjudice aux droits des tiers sur les biens susceptibles de faire l'objet de la confiscation.

Les avantages patrimoniaux qui auront été soumis aux opérations de blanchiment visées à l'article 505, alinéa 1er, 2° à 4°, du Code pénal, seront donc confisqués sur la base de l'article 42, 1°, du Code pénal.

Le Conseil d'Etat s'interroge, dès lors, sur la raison pour laquelle les auteurs du projet prévoient une confiscation sur la base de l'article 43quater en projet.

Selon les explications des représentants du ministre, le but recherché est de permettre une confiscation, sur la base de l'article 43quater en projet du Code pénal, des avantages patrimoniaux issus d'autres opérations de blanchiment qui n'ont pas donné lieu à une condamnation mais qui s'inscrivent dans la continuité d'une activité illicite qui s'étend dans le temps.

.../...

Il s'en déduit que l'article 43quater en projet ne modifie pas implicitement l'article 505 du Code pénal. Le ministère public devra bien apporter la preuve, dans le contexte de l'article 505 du Code pénal, du lien qui existe entre l'infraction de blanchiment et les avantages patrimoniaux qui en résultent.

Par contre, si à l'occasion d'une poursuite sur la base de l'article 505, précité, il apparaît que d'autres opérations de blanchiment ont déjà été mises en oeuvre par le passé mais qu'elles n'ont pas donné lieu à des poursuites, le ministère public pourra recourir à l'article 43quater en projet pour confisquer les avantages patrimoniaux retirés de ces opérations.

Compte tenu du fait que dans ce contexte, il est une nouvelle fois fait appel à la notion de "faits identiques commis dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324bis", il est renvoyé à l'observation générale n° II.3.

L'alinéa 1er, 8°, de l'article 43quater en projet, qui vise l'article 505 du Code pénal, doit être omis.

.../...

3. Enfin, l'article 43quater, alinéa 3, en projet n'apporte aucune indication sur la manière dont les tiers pourront faire valoir leurs droits sur les choses dont on requiert la confiscation, ces précisions ayant été faites uniquement dans le contexte de l'article 43bis du Code pénal.

La question se pose tout particulièrement lorsque le tiers, habitant à l'étranger par exemple, n'a pas pu se manifester durant le procès par une intervention volontaire au motif qu'il ignorait tout de la procédure en cours.

Ce tiers pourra-t-il se prévaloir de la procédure prévue par l'arrêté royal du 9 août 1991 réglant le délai et les modalités du recours des tiers prétendant droit sur une chose confisquée, alors que l'article 1er de cet arrêté royal n'envisage le recours du tiers que dans le cadre d'une confiscation intervenue sur la base de l'article 43bis du Code pénal ? Pourra-t-il encore à ce stade de la procédure apporter la preuve de l'origine licite de la chose confisquée, alors que par un jugement coulé en force de chose jugée il aura été décidé le contraire ?

Il ressort des explications des représentants du ministre que l'article 43quater en projet du Code pénal doit être complété pour organiser le recours de ce tiers, eu égard notamment à l'article 1er du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantit le respect des biens.

.../...

Article 4

Selon le commentaire de la disposition, ce mécanisme

"... rappelle un peu l'action paulienne en matière de faillite puisque celle-ci suppose également la complicité de la personne qui a traité avec le failli."

Cette comparaison avec l'action paulienne en matière de faillite n'est pas pertinente. Outre que la charge de la preuve en matière pénale répond à d'autres exigences qu'en matière civile, l'auteur du projet reconnaît lui-même que

"La situation d'un failli (est) foncièrement différente de celle d'un condamné au pénal, les dispositions de la loi sur les faillites ne peuvent pas être simplement transposées dans le Code pénal ou dans le Code d'instruction criminelle" (13).

Pour le surplus, il est fait référence à l'observation générale n° III.

Article 6

Cette disposition modifie l'article 28sexies du Code d'instruction criminelle afin d'organiser un recours en matière de saisie auprès de la juridiction de renvoi lorsque

(13) Voir, exposé des motifs et les développements consacrés à cette question, p. 25.

le procureur du Roi ou le juge d'instruction ne sont plus compétents pour statuer sur cette requête.

Toutefois, sont seuls pris en considération le tribunal de police ainsi que le tribunal correctionnel. Qu'en est-il lorsque l'affaire est renvoyée devant une cour d'assises ou une cour d'appel à raison de la qualité de la personne poursuivie comme par exemple un ministre ?

Comme en ont convenu les représentants du ministre, la disposition en projet doit être complétée sur ce point.

Article 7

1. Cette disposition du projet tente de combler une lacune du droit des saisies en matière pénale. En effet, actuellement, l'article 35 du Code d'instruction criminelle autorise le procureur du Roi à se saisir des choses visées à l'article 42 du Code pénal ainsi que de tout ce qui pourra servir à la manifestation de la vérité.

Cette disposition n'autorise donc pas les magistrats à procéder à la saisie d'avoirs équivalents qui peuvent entrer en ligne de compte pour la confiscation spéciale conformément à l'article 43bis, alinéa 2, du Code pénal.

Plusieurs décisions ont été prises en ce sens par les juridictions d'instruction en se fondant notamment sur l'article 1er, alinéa 2, du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des

.../...

libertés fondamentales en vertu duquel seule une disposition expresse de la loi peut autoriser le magistrat instructeur ou le procureur du Roi à procéder à la saisie de sommes d'argent passibles de confiscation par équivalent (14).

Il en résulte qu'actuellement un blocage pur et simple des comptes bancaires de la personne poursuivie sur lesquels se trouvent des sommes d'argent sans lien avec l'infraction mais susceptibles d'être confisquées par équivalent, n'est pas légal.

Si certains auteurs ont appelé à une réforme autorisant la saisie par équivalent, ils estiment cependant que des précautions particulières doivent être prises.

"Les risques de dérives inhérents à la possibilité de saisie «par équivalent», notamment le blocage pur et simple par le juge d'instruction ou le procureur du Roi de l'ensemble des avoirs scripturaux de l'inculpé à la faveur d'une surévaluation - même de bonne foi - des profits de l'activité délictueuse, ne sont cependant pas absents. Il serait dans cette optique recommandé de limiter la possibilité de saisie «par équivalent» à certaines catégories d'infractions graves, sur

(14) Cour d'appel de Liège (mis. acc.), 10 juin 1999, J.L.M.B., 1999, pp. 1217 et suiv. et observations de Ch. Meunier, La saisie pénale «par équivalent» : chronique d'une mort annoncée; Bruxelles (mis. acc.), 19 avril 1999, J.T., pp. 579 et suiv. et observations de D. Vandermeersch, La légalité de la saisie de choses en vue de leur confiscation «par équivalent»; Ch. Meunier, Actualités en matière de blanchiment, de confiscation et de saisies pénales, in Le point sur le droit pénal, Formation permanente Commission Université-Palais, 2000, pp. 137-143.

l'exemple de l'énumération reprise à l'article 90ter du Code d'instruction criminelle." (15).

Cette décision de saisie étant une précaution prise en vue d'une confiscation spéciale ultérieure ordonnée sur la base notamment de l'article 43quater en projet du Code pénal, mieux vaut la circonscrire dans les mêmes limites que cette confiscation.

A cet égard, il est renvoyé à l'observation générale n° III. 2.

2. Le paragraphe 1er en projet utilise à la fois l'expression "indices sérieux" et "indices réels". Si ces expressions ont un sens identique, mieux vaut s'en tenir à une seule expression afin d'éviter des divergences d'interprétation.

Interrogés à ce propos, les représentants du ministre ont expliqué que la notion d'"indices réels" n'était pas adéquate en l'espèce. Mieux vaut prévoir, selon eux, que l'évaluation du montant de l'avantage patrimonial doit être motivée en droit et en fait par le procureur du Roi.

La disposition en projet doit, dès lors, être revue en ce sens.

(15) Ch. Meunier, J.L.M.B., 1999, op. cit., p. 1220-1221.

Article 9

En ce qui concerne le recours devant la chambre des mises en accusation, il y a lieu de faire référence, dans la version française du texte en projet, non pas au paragraphe 4 de l'article 61quater du Code d'instruction criminelle mais bien au paragraphe 5 de cette disposition.

Article 11

Cette disposition remplace l'article 90novies du Code d'instruction criminelle afin de tenir compte des mesures d'écoute qui pourraient avoir lieu dans le cadre de l'article 524bis en projet du même Code.

Toutefois, la disposition en projet laisse incertaine la détermination du moment à partir duquel le greffier devra informer la personne ayant fait l'objet de la mesure d'écoute, de la nature de celle-ci et des dates auxquelles elle a été exécutée.

La disposition en projet dispose en effet :

"Au plus tard quinze jours après le moment où ... le tribunal ou la Cour a été saisi de la demande de confiscation visée à l'article 524bis ...".

.../...

L'article 524bis en projet concerne non pas une demande en confiscation mais bien l'autorisation pour le ministère public de procéder à une enquête particulière sur le patrimoine de la personne condamnée afin de déterminer l'avantage patrimonial obtenu par cette personne à la suite de l'infraction.

Interrogés à ce propos, les représentants du ministre ont expliqué que le délai de quinze jours commencera à courir le jour où le ministère public, à la suite de l'enquête particulière visée à l'article 524bis en projet du Code d'instruction criminelle, adressera une réquisition écrite au tribunal ou à la cour qui a ordonné l'enquête particulière en vue d'obtenir la confiscation de certains biens.

La disposition en projet doit en conséquence être revue en ce sens.

Article 13

Article 524bis en projet

1.1. En vertu de l'article 524bis, § 1er, en projet du Code d'instruction criminelle, l'enquête particulière pourra non seulement porter sur les avantages patrimoniaux tirés de l'infraction pour laquelle la personne est condamnée mais aussi sur des avantages patrimoniaux obtenus à la suite "de faits identiques commis dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324bis du Code pénal". Ce dernier membre de phrase vise des infractions qui

.../...

n'ont pas été jugées et pour lesquelles la culpabilité de la personne n'a pas encore été établie.

Sur ce point, il est fait référence aux critiques fondamentales déjà formulées ci-avant, et en particulier dans l'observation générale n° II. 3.

1.2. Par ailleurs, pourquoi n'est-il plus question ici d'"indices sérieux" ?

Il ressort des explications des représentants du ministre qu'il s'agit d'un oubli et que la disposition examinée doit également faire référence aux "indices sérieux".

1.3. On constate également une certaine divergence entre le dispositif et le commentaire de cet article.

Le dispositif prévoit que l'enquête particulière pourra avoir lieu dès que l'infraction a généré "un avantage patrimonial de quelque importance que ce soit".

Or, dans le commentaire, il est dit que :

"Cette condition qui est également liée à l'enquête financière dans le système néerlandais (art. 126, al. 1er, du «Wetboek van Strafvordering» des Pays-Bas) doit avoir pour effet que l'enquête particulière sur les avantages patrimoniaux n'est pas appliquée pour déterminer des avantages patrimoniaux relativement restreints.".

Pareille contradiction doit être levée.

.../...

Il ressort des explications des représentants du ministre que la volonté est de limiter les enquêtes particulières aux affaires dont il ressort que les avantages patrimoniaux illicites sont importants, comme l'indique, par ailleurs, le texte néerlandais en projet.

Toutefois, ce dernier texte reste très flou sur ce qu'il faut entendre par des "avantages patrimoniaux d'une certaine importance".

Le commentaire de la disposition en projet doit être précisé sur ce point.

2. Le paragraphe 2, alinéa 1er, en projet, précise que le procureur du Roi

"... veille à la légalité des moyens de preuve ainsi qu'à la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés."

Cette disposition reproduit l'article 28bis, § 3, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle. Le Conseil d'Etat s'interroge, dès lors, sur la nécessité de cette précision à l'article 524bis, § 2, en projet.

La même observation vaut pour les paragraphes 3 et 4 en projet qui contiennent des dispositions identiques à celles qui régissent les actes d'information de manière générale à savoir le secret de l'information (article 28quinquies, § 1er, du Code d'instruction criminelle), l'absence d'actes de contrainte et le respect des libertés

.../...

et des droits individuels (article 28bis, § 3, du Code d'instruction criminelle).

Il ressort des explications des représentants du ministre que la volonté est de rendre applicables à l'enquête particulière les principes qui régissent généralement l'information. Il est, dès lors, inutile de reproduire dans la disposition en projet ces principes. Une telle façon de faire pourrait, au contraire, engendrer des insécurités juridiques parce que certaines règles n'auraient pas été reproduites dans la disposition en projet.

La disposition en projet doit être revue sur ce point.

3. En vertu du paragraphe 5, alinéa 1er, en projet, le ministère public pourra requérir par écrit du tribunal ou de la cour de désigner un expert, d'ordonner une mesure d'écoute ou une perquisition.

Selon l'alinéa 2 en projet, la juridiction dispose d'un délai de quinze jours pour statuer sur cette requête et, en cas de refus, cette décision n'est susceptible d'aucun recours. Il ressort du commentaire de cette disposition que cette procédure est non contradictoire et que le tribunal ou la cour joue dans ce cas le rôle de "juge de l'enquête".

Cette procédure s'inscrit ainsi dans un cadre juridique spécifique qui laisse peu de place aux droits de la défense alors que les réformes récentes du Code d'ins-

.../...

truction criminelle (loi Franchimont du 12 mars 1998) ont veillé à un meilleur équilibre entre les actes de poursuite et les droits de la défense ainsi qu'à une prise en compte des intérêts de la victime.

Ainsi, l'enquête particulière va être menée unilatéralement par le ministère public sans donner la possibilité ni au condamné, ni à la partie civile, d'intervenir pour demander par exemple un complément d'enquête alors que dans le cadre d'une instruction, sur la base de l'article 61quinquies du Code d'instruction criminelle ou de l'article 127, alinéa 4, du même Code, l'inculpé et la partie civile peuvent solliciter de nouveaux actes d'instruction.

Compte tenu du rôle spécifique du ministère public qui dirige l'action publique devant la juridiction de fond, il convient, dans le souci de préserver les droits de la défense, de permettre au condamné et à la partie civile d'intervenir dans ce processus d'enquête.

Enfin, le texte en projet est également silencieux sur le contrôle exercé par la juridiction de fond sur les actes accomplis par le ministère public dans le cadre de cette enquête. Qu'advient-il si certains actes ont, par exemple, été accomplis en violation d'une disposition du Code d'instruction criminelle ou que certaines preuves ont été obtenues illégalement (16) ?

(16) Voir article 131 du Code d'instruction criminelle.

Comme en ont convenu les représentants du ministre, la disposition en projet doit être aménagée pour rencontrer ces observations.

4. Au paragraphe 6 en projet, il est prévu qu'une fois que l'enquête particulière est achevée, il revient au ministère public de porter l'action devant la juridiction de fond qui a ordonné l'enquête. "Ceci se passe par une citation adressée directement au prévenu et, le cas échéant, à la partie civile".

Or, il résulte du paragraphe 7 en projet, que la juridiction de fond ne se prononcera sur la peine de la confiscation que pour autant qu'elle ait déjà statué sur la culpabilité de la personne poursuivie. Il ne peut donc être question de citer "un prévenu" mais bien un condamné. Comme en ont convenu les représentants du ministre, la disposition en projet doit être corrigée en ce sens.

Par ailleurs, l'alinéa 2 du paragraphe 6 en projet, dispose :

"Un délai de dix jours, augmenté le cas échéant à raison des distances, doit être prévu entre la citation et la comparution, à peine de nullité de la condamnation à la confiscation qui a pu être prononcée par défaut à l'encontre de la personne citée.".

Il y a lieu d'être davantage précis sur les possibilités d'augmenter le délai de dix jours à raison des distances. Telle qu'elle est formulée, cette disposition peut donner lieu à des iniquités.

.../...

5. Au paragraphe 7 en projet, il est uniquement question du "jugement" qui a soit ordonné l'enquête particulière, soit statué sur la culpabilité. Or, il se peut que la procédure soit déjà au stade de la Cour d'appel; il n'est dans cette hypothèse plus exact de parler de "jugement".

Comme en ont convenu les représentants du ministre, la disposition en projet doit être adaptée sur ce point.

Article 524ter en projet

1. Le paragraphe 1er en projet ne fait pas du tout le lien avec les articles 42 et suivants du Code pénal et pourrait être interprété comme permettant une autre forme de confiscation. Ainsi, la notion d'avantage patrimonial doit-elle s'interpréter à la lumière de l'article 42, 3°, du Code pénal ? Qu'en est-il également des modes de preuve dans cette hypothèse ?

Interrogés à ce sujet, les représentants du ministre ont indiqué qu'il convenait de faire le lien avec les articles 42 et suivants du Code pénal. La disposition en projet doit être complétée en ce sens.

2. Le paragraphe 2 concerne la décision visée au paragraphe 1er, en projet, c'est-à-dire la décision qui déclare l'action recevable et fondée. Qu'en est-il de la décision qui déclare l'action irrecevable et non fondée ? Pourrait-elle faire l'objet d'un recours ?

.../...

Observation finale

Sur de nombreux points, la version française du texte en projet ne traduit pas correctement les intentions de l'auteur du projet et n'est pas toujours en concordance avec le texte néerlandais. Ce dernier texte est également susceptible d'améliorations.

Dans une matière aussi essentielle que le droit pénal où les droits et les libertés fondamentales des individus sont mis en cause, il convient de veiller tout particulièrement à la rédaction des textes.

L'auteur du projet est invité à revoir fondamentalement les deux versions du texte en projet ainsi que sa présentation légistique.

Voorafgaande opmerking

Het onderhavige ontwerp is met toepassing van artikel 84, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State op 6 maart 2001 ter fine van advies voorgelegd aan de afdeling wetgeving van de Raad van State.

De inspecteur van financiën merkt in zijn advies van 20 december 2000 op dat het voorontwerp van wet geen bijzondere weerslag zal hebben op de uitgaven van het ministerie van Justitie. Hij voegt er evenwel het volgende aan toe :

"[Les dispositions du projet] pourraient par contre augmenter les avoirs disponibles dont la gestion sera éventuellement confiée dans un avenir plus ou moins rapproché au futur Organe central de confiscation, nouvellement inscrit dans le budget 2001 du Ministère de la Justice."

Krachtens artikel 5, 2°, van het koninklijk besluit van 16 november 1994 betreffende de administratieve en begrotingscontrole is de akkoordbevinding van de Minister bevoegd voor de begroting vereist wanneer het ontwerp een weerslag kan hebben op de ontvangsten van de Staat.

Op 30 maart laatstleden is aan de auditeurrapporteur een stuk met als opschrift "Administratie van de begroting en de controle op de uitgaven" bezorgd. Dat niet-ondertekende stuk kan niet doorgaan voor de akkoordbevinding van de Minister van Begroting vereist krachtens artikel 5 van het voornoemde koninklijk besluit van 16 november 1994, daar het louter een advies is dat aan de minister verstrekt is door zijn administratie.

.../...

De akkoordbevinding van de Minister van Begroting is uiteindelijk verstrekt op 25 april 2001 en is op 2 mei aangekomen bij de Raad van State.

Strekking van het ontwerp

1. Tijdens de vorige kabinetsperiode is aan de afdeling wetgeving een voorontwerp van wet "betreffende de verdeling van de bewijslast aangaande de herkomst van zaken waarvan wordt vermoed dat zij voortkomen uit de zware of georganiseerde criminaliteit" voorgelegd.

Dat voorontwerp van wet, overgezonden op de vooravond van de ontbinding van de wetgevende vergaderingen, is evenwel niet onderzocht door de afdeling wetgeving, daar de nieuwe Minister van Justitie besloten heeft die adviesaanvraag in te trekken.

2. Het thans door de Raad van State onderzochte voorontwerp van wet heeft een veel ruimere strekking, ofschoon het beoogde doel onveranderd is gebleven, te weten de strijd tegen criminele organisaties, inzonderheid de financiële middelen van die organisaties, door het vergemakkelijken van de mogelijkheid om bijzondere verbeurdverklaringen te doen.

.../...

Het voorontwerp van wet bevat drie krachtlijnen :

2.1. De eerste krachtlijn betreft de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen, waarbij de bewijslast met betrekking tot de onwettige herkomst van die voordelen aldus wordt aangepast dat het openbaar ministerie alleen moet aantonen dat er "ernstige aanwijzingen" zijn dat die vermogensvoordelen rechtstreeks verkregen zijn uit een strafbaar feit bedoeld in het nieuwe artikel 43quater van het Strafwetboek of uit identieke feiten gepleegd in het kader van een criminele organisatie zoals bedoeld in artikel 324bis van hetzelfde Wetboek, in welk geval de verdediging alsdan de wettige herkomst van die voordelen moet bewijzen.

In het kader van de eerste krachtlijn past eveneens de invoeging, in het Strafwetboek, van een artikel 43quinquies teneinde de regeling van verbeurdverklaring bij equivalent uit te breiden tot de goederen die door de veroordeelde als gevolg van verdachte verrichtingen zijn overgedragen aan derden, met dien verstande dat het openbaar ministerie die verbeurdverklaring kan vorderen voor goederen die sinds de aanvang van de strafprocedure of binnen zes maanden die eraan voorafgaan in het vermogen van een derde terechtgekomen zijn.

Volgens de memorie van toelichting is die bepaling in zekere mate ingegeven door

"... de artikelen 17 en 18 Faillissementswet. Er bestaat immers een bepaalde analogie tussen de toestand van een handelaar die failliet verklaard is en die voor zijn faillissement nog heeft getracht een deel van zijn

.../...

vermogen bij derden onder te brengen teneinde het aan de boedel te onttrekken en die van een verdachte die voor of na het instellen van de strafvordering tracht een deel van zijn vermogen bij derden onder te brengen teneinde het aan de verbeurdverklaring te onttrekken".

2.2. De tweede krachtlijn betreft de materie van de inbeslagneming zoals ze geregeld is bij het Wetboek van Strafvordering. Het huidige artikel 35 van het Wetboek van Strafvordering voorziet in een algemene bevoegdheid, waarbij de procureur des Konings alles in beslag kan nemen "wat een van de in artikel 42 van het Strafwetboek bedoelde zaken schijnt uit te maken en alles wat dienen kan om de waarheid aan de dag te brengen". Kortom, de procureur des Konings kan de zaken in beslag nemen die het onderwerp van het strafbare feit vormen, die welke gediend hebben of bestemd zijn voor het plegen van dat strafbare feit, voorzover ze eigendom zijn van de persoon tegen wie vervolging is ingesteld (artikel 42, 1°, van het Strafwetboek), de zaken die uit het strafbare feit voortkomen (artikel 42, 2°, van het Strafwetboek), alsook de vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het strafbare feit zijn verkregen, de goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld en de inkomsten uit de belegde voordelen (artikel 42, 3°, van het Strafwetboek).

Met de invoeging van het nieuwe artikel 35ter in het Wetboek van Strafvordering wordt beoogd de procureur des Konings in staat te stellen tot inbeslagneming bij equivalent over te gaan wanneer de zaken bedoeld in artikel 42, 3°, van het Strafwetboek niet meer terug te vinden zijn in het vermogen van de verdachte.

.../...

In dezelfde gedachtengang kan de procureur des Konings tevens "met het oog op de toepassing van artikel 43quinquies van het Strafwetboek overgaan tot beslag op goederen bij derden."

2.3. De derde krachtlijn ten slotte betreft het "bijzonder onderzoek naar de vermogensvoordelen", wat de invoeging van de artikelen 524bis en 524ter in het Wetboek van Strafvordering inhoudt. Dat onderzoek heeft plaats wanneer de feitenrechter met de zaak wordt belast. Op grond van die bepalingen kan de rechter zich uitspreken over de schuld van de persoon tegen wie vervolging is ingesteld en kan hij na afloop van een bijzonder onderzoek waarmee het parket wordt belast de wenselijkheid van de verbeurdverklaring van de goederen van die persoon opnieuw te berde brengen. Het parket zal moeten bepalen of het bewezen strafbare feit of identieke feiten gepleegd in het kader van een criminele organisatie bedoeld in artikel 324bis van het Strafwetboek de veroordeelde een vermogensvoordeel hebben bezorgd. Het openbaar ministerie beschikt over een termijn van twee jaar te rekenen van het vonnis waarbij het bijzonder onderzoek is gelast om de gegrondheid van de verbeurdverklaring aan te tonen.

Omtrent deze verschillende krachtlijnen van het voorontwerp van wet dienen de volgende algemene en bijzondere opmerkingen te worden gemaakt.

.../...

Algemene opmerkingen

I. Bestaan van een beroep hangende vóór het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

De steller van het ontwerp wordt erop gewezen dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens onlangs de klacht van een Brits onderdaan ontvankelijk heeft verklaard waarbij de "Drug Trafficking Act 1994" ter discussie staat, die voorziet in een mechanisme van vermoedens (1).

Krachtens die regeling kan de rechtbank alleen de waarde in aanmerking nemen van de opbrengst van het strafbare feit, dat wil zeggen een bedrag dat voortvloeit uit de geldelijke taxatie van de opbrengst, welk bedrag kan worden verbeurdverklaard op onverschillig welk deel van het vermogen van de veroordeelde of zelfs van een derde. Wat het verband betreft dat vereist is opdat in het kader van verdovende middelen goederen kunnen worden verbeurdverklaard, kan de rechtbank uitgaan van het vermoeden dat ieder goed dat binnen een tijdvak van zes jaar voorafgaand aan de vervolging tot op de dag van de beschikking in het bezit was de veroordeelde, de opbrengst vormt van handel in verdovende middelen, die vatbaar is voor verbeurdverklaring, tenzij de betrokkene het tegendeel aantoont.

(1) Verzoekschrift nr. 41087/98, Steven Phillips tegen het Verenigd Koninkrijk.

Ook al zijn de bewoordingen van die regeling niet identiek met die van het ontworpen artikel 43quater van het Strafwetboek, zijn de vragen die daarbij rijzen van dezelfde aard als die welke in het onderhavige advies opgeworpen worden.

Het Hof heeft in zijn beschikking van 30 november 2000 het verzoekschrift gericht tegen de "Drug Trafficking Act 1994" ontvankelijk verklaard en heeft geoordeeld dat de in die wetgeving opgenomen regeling inzake het vermoeden en de verbeurdverklaring in casu getoetst moest worden, zowel aan artikel 6.2 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens als aan artikel 1 van Aanvullend Protocol nr. 1.

Het staat bijgevolg aan de Regering en aan het Parlement om te oordelen of het opportuun is een wet uit te vaardigen op een ogenblik dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een zodanig beroep behandelt.

II. Ontworpen artikel 43quater en het bepaalde in het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en in de Grondwet

1. Artikel 5, § 7, van het Verdrag van de Verenigde Naties tegen de sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen, opgemaakt te Wenen op 20 december 1988 en goedgekeurd bij de Belgische wet van 6 augustus 1993, luidt als volgt :

"Elke Partij kan overwegen er zorg voor te dragen dat de bewijslast ten aanzien van de wettige oorsprong

.../...

van vermeende opbrengsten of andere eigendommen die kunnen worden geconfisqueerd, wordt omgekeerd, in de mate, waarin een dergelijke handelswijze strookt met de beginselen van haar nationale wetgeving en met de aard van de gerechtelijke en andere procedures".

De ontworpen wet ligt onder meer in het verlengde van die aanbeveling.

Zo voegt het voorontwerp van wet in het Strafwetboek een artikel 43quater in teneinde de regeling van de bewijslast te versoepelen in het kader van het bevelen van verbeurdverklaring, bij wijze van straf, voor zaken waarvan wordt vermoed dat ze voortkomen uit de zware criminaliteit - d.w.z. bepaalde strafbare feiten bedoeld in artikel 90ter van het Wetboek van Strafvordering - of uit de georganiseerde criminaliteit - d.w.z. artikel 324bis van het Strafwetboek - of nog uit "ernstige en georganiseerde fraude waarbij bijzonder ingewikkelde mechanismen of procédés van internationale omvang worden aangewend".

In de regeling voorgesteld in het voorontwerp staat het in de eerste plaats aan het openbaar ministerie om op basis van "ernstige aanwijzingen" te bewijzen dat het gaat om vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het strafbare feit zijn verkregen, om goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld of om inkomsten uit de belegde voordelen. Vervolgens moet de schuldig bevonden persoon of de derde die beweert rechten te hebben op de zaak die voor verbeurdverklaring in aanmerking komt, aantonen dat de zaken op wettige wijze zijn verkregen. Indien zulks niet kan

.../...

worden aangetoond, kan de rechter de verbeurdverklaring uitspreken.

De jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wijst vermoedens de facto en de iure die een omkering van de bewijslast tot gevolg hebben, weliswaar niet af, maar het Hof is van oordeel dat in strafzaken het Verdrag de Verdragsluitende Staten verplicht een bepaalde grens niet te overschrijden.

Zo legt artikel 6 van het Verdrag, dat eeniedersrecht op een eerlijke rechterlijke behandeling en het principe van het vermoeden van onschuld huldigt, de Staten de verplichting op de vermoedens de facto of de iure af te bakenen binnen redelijke perken, rekening houdend met de ernst van de zaak en met eerbiediging van de rechten van de verdediging (2).

Het Hof beklemtoont eveneens de noodzaak om aan de rechter effectieve beoordelingsbevoegdheid te laten, zowel ten opzichte van de feitelijke als van de juridische elementen (3).

Het ontwerp neemt zich weliswaar voor die jurisprudentie in acht te nemen, doch de Raad van State stelt vast dat noch de memorie van toelichting, noch de

(2) Europees Hof voor de Rechten van de Mens, arrest Salabiaku d.d. 7 oktober 1988, reeks A, nr. 141-A.

(3) Europees Hof voor de Rechten van de Mens, arrest Pham Hoang tegen Frankrijk d.d. 25 september 1992, reeks A, nr. 243.

artikelsgewijze toelichting duidelijk aangeeft wat verstaan moet worden onder "ernstige aanwijzingen".

In de commentaar op het ontworpen artikel 43quater staat alleen het volgende te lezen :

"... het is aan het parket om aan te tonen dat zijn bewering dat de zaken waarvan het de verbeurdverklaring vordert, zaken zijn in de zin van artikel 42, 3°, van het Strafwetboek, niet van elke geloofwaardigheid is ontbloot."

Deze bewering is weinig expliciet wat de bewijslast opgelegd aan de vervolgende partij betreft; het ontworpen artikel 43quater, tweede lid, 2°, bepaalt echter uitdrukkelijk dat het aan de schuldig bevonden persoon of aan de derde-belanghebbende staat om aan te tonen dat de goederen waarvan de verbeurdverklaring wordt gevorderd, op wettige wijze zijn verkregen.

Uitgaande van de memorie van toelichting (4) en van de ontworpen tekst kan het parket zich bij voorbeeld baseren op loutere "aanwijzingen" van verrijking, op voorwaarde dat ze ernstig zijn, terwijl de verdediging zou moeten aantonen dat de goederen op wettige wijze zijn verkregen en die beweringen van het parket niet eenvoudigweg kan omkeren.

In de Nouelles (5) staat in verband met de aanwijzingen van het strafbare feit het volgende te lezen :

(4) Zie blz. 20, punt 6.5, derde lid.

(5) Droit pénal, tome Ier, volume II, blz. 81 en 82.

"... les indices forment la catégorie résiduelle des modes de preuves. On peut, en effet, y grouper tout ce qui n'est pas déclaration de l'inculpé ou d'un tiers. Ils comprennent tout fait, tout élément, toute circonstance en rapport avec l'infraction dont la preuve est recherchée et permettant d'inférer l'existence ou les modalités de cette infraction."

Enerzijds wordt het bewijs door middel van aanwijzingen gekenmerkt door het feit dat het een indirect bewijs is, in die zin dat de aanwijzing op zich niet de schuld aantoonst; het is het beginpunt van een redenering waarvan alleen de uitkomst het bewijs kan opleveren. Anderzijds is het bewijs door middel van aanwijzingen een bewijs in de tweede graad, daar de rechter de oorsprong van de aanwijzing moet nagaan (6).

De ontworpen wet beoogt aan de aanwijzingen echter een bijzondere draagwijdte te verlenen in het kader van de verbeurdverklaring van "zaken die worden gevonden in het vermogen of in het bezit van een persoon die schuldig is bevonden aan bepaalde strafbare feiten". Het is voldoende dat de aanwijzing ernstig is en dat de veroordeelde er niet in slaagt aan te tonen dat de goederen in kwestie op wettige wijze zijn verkregen opdat tot verbeurdverklaring kan worden overgegaan.

(6) Die kenmerken van het bewijs door middel van aanwijzingen brengen het volgende mee : "la force probatoire des indices est extrêmement variable : elle diffère selon la nature de l'indice et selon l'appréciation subjective du juge. Deux sources importantes d'erreurs l'accompagnent : la fidélité de la reconstitution de l'indice dépend de la valeur de la source de sa constatation; l'interprétation de l'indice est sujette à toutes les faiblesses du raisonnement humain" (Nouvelles, op. cit.).

Gelet op de juridische draagwijdte van de aanwijzing in het strafrecht en op het opzet om in het kader van de ontworpen bepalingen specifieke gevolgen eraan te verbinden, staat het aan de steller van het ontwerp om dat begrip nader te omschrijven.

Uit de toelichtingen van de gemachtigden van de minister volgt dat de enkele aanwijzing van verrijking van de vervolgte persoon hoe dan ook ontoereikend is; die aanwijzing moet noodzakelijkerwijs samengaan met andere gegevens die de vermoedens bevestigen en op grond waarvan die vermoedens in verband kunnen worden gebracht met het strafbare feit.

De memorie van toelichting moet worden herzien, waarbij sommige onduidelijkheden moeten worden weggewerkt en de exacte draagwijdte van de "ernstige aanwijzing" nader moet worden gepreciseerd.

2. Volgens het dispositief van het ontwerp moet de vervolgte persoon aantonen dat de voordelen die men wil verbeurdverklaren, op wettige wijze verkregen zijn; hij kan er dus niet mee volstaan de beweringen van het parket om te keren.

Het is echter mogelijk dat de vervolgte persoon kan aantonen dat de aanwijzingen van het parket niet ernstig zijn, zonder dat hij kan bewijzen dat de goederen die voor verbeurdverklaring in aanmerking komen op wettige wijze zijn verkregen.

Als de rechter voor een zodanig geval komt te staan, kan hij dan bij wijze van straf de verbeurdverklaring gelasten ?

Uit de toelichtingen van de gemachtigden van de minister volgt dat de ontworpen tekst in dat opzicht te stringent is geredigeerd.

Teneinde het principe van de gelijkheid van de procespartijen te eerbiedigen, dient de bewijslast beter te worden geregeld, waarbij de vervolgte persoon in de mogelijkheid gesteld moet worden de beweringen van het openbaar ministerie om te keren zonder dat hij noodzakelijkerwijs moet aantonen dat de goederen op wettige wijze zijn verkregen.

3. Het ontworpen artikel 43quater van het Strafwetboek mag niet aldus worden opgevat dat het de bewijslast eenvoudigweg verdeelt onder de procespartijen, zoals de memorie van toelichting laat uitschijnen. Het is immers niet alleen zo dat het openbaar ministerie niet meer het bewijs zal hoeven te leveren dat het gaat om vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het strafbare feit voortkomen, maar bovendien zal verbeurdverklaring eveneens toegepast kunnen worden op vermogensvoordelen die voortkomen "uit identieke feiten gepleegd in het kader van een criminele organisatie zoals bedoeld in artikel 324bis, (op) de goederen en de waarden die in de plaats ervan zijn gesteld of (op) de inkomsten uit de belegde voordelen", dit wil zeggen op feiten waarvoor de betrokkene nog niet is berecht.

.../...

De strekking van het ontwerp wordt duidelijk aangegeven in de memorie van toelichting :

"Betreffende deze laatste categorie misdrijven dienen de feiten waaruit de voordelen afkomstig zijn als dusdanig niet ten laste gelegd te zijn geweest, de schuld ten aanzien van deze feiten dient niet bewezen te worden en de veroordeelde dient voor deze feiten evenmin afzonderlijk veroordeeld te zijn geweest. Het feit dat een persoon veroordeeld is voor een bepaald, zwaarwegend misdrijf, laat immers toe te vermoeden dat bepaalde zaken in zijn vermogen afkomstig zijn uit identieke feiten die gepleegd zijn in het kader van een criminele organisatie. In dat geval is het voldoende voor de vervolgende partij om op grond van ernstige aanwijzingen aannemelijk te maken dat deze feiten eveneens door de veroordeelde werden begaan, en dat de vermogensvoordelen afkomstig zijn uit deze feiten".

Doordat het ontwerp voorziet in verbeurdverklaring van vermogensvoordelen die verkregen zijn "uit identieke feiten die werden gepleegd in het kader van een criminele organisatie zoals bedoeld in artikel 324bis van het Strafwetboek", brengt het de fundamentele principes ernstig in het gedrang. De drie volgende bezwaren dienen namelijk te worden gemaakt.

3.1. Met de door het ontwerp ingestelde regeling wordt artikel 6, lid 2, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden geschonden, waarin het vermoeden van onschuld wordt vastgelegd. Dat beginsel houdt in dat een persoon voor onschuldig gehouden wordt totdat zijn schuld volgens de wet bewezen wordt.

.../...

Doordat verbeurdverklaring een straf is die het bestaan van een strafbaar feit veronderstelt, kan niet worden aangenomen dat dat strafbaar feit kan worden aangetoond aan de hand van aanwijzingen, zelfs als die ernstig zijn, die gelden als bewijs volgens de wet.

In dit verband dient de zaak Zegwaard en Zegwaard B.V. tegen Nederland ter sprake te worden gebracht, die op 22 november 1994 aan de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (7) voorgelegd is.

Verzoekers hadden zich erover beklagd dat het Hof van beroep van Den Haag hen veroordeeld had tot een straf op basis van feiten waarvoor hun schuld niet kon worden bewezen.

In haar verslag heeft de Commissie geoordeeld dat de klacht ontvankelijk moest worden verklaard, omdat ze eenparig van oordeel was dat in het onderhavige geval artikel 6, lid 2, van het Verdrag geschonden was.

Het Comité van ministers had deze zaak voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens moeten brengen binnen een termijn van drie maanden. Wegens het niet-naleven van deze termijn, heeft het Comité van ministers echter zelf een resolutie aangenomen waarin het het advies van de

(7) Verzoekschrift nr. 26.493/95 dat aanleiding heeft gegeven tot het verslag van de Commissie van 9 september 1998 en tot de resolutie van het Ministercomité van 15 april 1999, <http://hudoc.echr.coe.int>.

Commissie bevestigd heeft waarbij een schending van het voormelde artikel 6, lid 2, vastgesteld was.

Gelet op deze uitspraken, moet ervan uitgegaan worden dat het ontworpen artikel 43quater van het Strafwetboek niet beantwoordt aan het bepaalde in artikel 6, lid 2, van het Verdrag.

3.2. Zoals ze opgevat is in het ontworpen artikel 43quater, kan de verbeurdverklaring toegepast worden op goederen die verkregen worden uit strafbare feiten waarvoor de verjaringstermijn om een strafvordering in te stellen verstreken is.

Een dergelijke uitbreiding is onverenigbaar met het bepaalde in artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden. In dit verband wordt verwezen naar het arrest Minelli tegen Zwitserland van 25 maart 1983 (8).

3.3. De uitbreiding van de bevoegdheid tot verbeurdverklaring zal eveneens tot gevolg hebben dat ervan uitgegaan kan worden dat de meeste goederen van het vermogen van de vervolgte persoon een verdachte oorsprong hebben. Doordat in dat geval de verbeurdverklaring strikt genomen niet meer kan worden aangemerkt als een bijzondere verbeurdverklaring, kan ze een schending van artikel 17 van de Grondwet opleveren.

(8) Reeks A, volume 62, § 30.

De Raad van State herinnert er in dat verband aan dat de wet van 17 juli 1990 tot wijziging van de artikelen 42, 43, en 505 van het Strafwetboek en tot invoeging van een artikel 43bis in hetzelfde Wetboek, wanneer ze aangenomen werd, verschillende kritische commentaren uitlokte, waarin inzonderheid onderstreept werd dat die nieuwe bepalingen in zekere mate een schending konden opleveren van artikel 12 van de Grondwet, dat artikel 17 geworden is, en krachtens hetwelk "De straf van verbeurdverklaring der goederen (...) niet (kan) worden opgelegd".

De vrees voor een schending van artikel 17 van de Grondwet had vooral te maken met artikel 42, 3°, van het Strafwetboek krachtens hetwelk verbeurdverklaring voortaan kan worden toegepast op "de vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen", op "de goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld" en op "de inkomens uit de belegde voordelen".

A. JONCKHEERE stelt dat

"... la diversité des choses susceptibles de confiscation rend très large le champ d'application de la loi. Cette extension des possibilités de confiscation a suscité quelques réticences ou tout au moins, quelques interrogations. En effet, il ne faudrait pas qu'une diversification des objets susceptibles d'être confisqués entraîne une dénaturation de la notion de confiscation spéciale. Par ce biais, la confiscation générale ne peut être réintroduite puisque l'article 17

.../...

de la Constitution n'a quant à lui, pas subi de modification." (9).

In een studie (10) over de voormelde wet van 17 juli 1990 heeft professor Messinne eveneens deze vraag gesteld.

Hij is van oordeel dat, zelfs als het in bepaalde omstandigheden moeilijk is een verband te leggen tussen het strafbaar feit en het goed dat men wil verbeurdverklaren, de rechter er zich niet aan kan onttrekken dat probleem te verhelpen :

"La confiscation pourrait-elle être prononcée sans que la preuve soit faite par le ministère public que tels biens précis, que tels investissements nommément désignés, constituent des biens et des investissements substitués, et de telle manière précisément décrite, aux avantages tirés directement de l'infraction ? Certes non : il faudra s'en tenir, à cet égard, à l'exigence soulignée dans l'exposé des motifs «d'un lien même indirect entre le bien objet de la confiscation et l'infraction»".

Uit die kritische opmerkingen volgt dat er een noodzakelijk verband moet bestaan tussen de verbeurdverklaarde goederen en het door de rechter vastgestelde strafbaar feit, opdat verbeurdverklaring verenigbaar blijft met artikel 17 van de Grondwet.

(9) A. Jonckheere, "Le blanchiment du produit des infractions en Belgique et au Grand-Duché de Luxembourg", uitg. De Boeck en Larcier, 1995, blz. 61.

(10) "La loi du 17 juillet 1990 modifiant les articles 42, 43 et 505 du Code pénal et insérant un article 43bis dans ce même Code", J.T., 1991, blz. 492.

Door het toestaan van verbeurdverklaring van vermogensvoordelen die verkregen zijn uit "identieke feiten die werden gepleegd in het kader van een criminele organisatie zoals bedoeld in artikel 324bis van het Strafwetboek"

wordt in het ontworpen artikel 43quater aan de notie bijzondere verbeurdverklaring een ruimere draagwijdte gegeven dan die welke ze op grond van artikel 17 van de Grondwet kan hebben.

III. Ontworpen artikel 43quinquies en het bepaalde in het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en in de Grondwet

1. In het ontworpen artikel 43quinquies, 2°, wordt bepaald dat het toegestaan is goederen verbeurd te verklaren die deel uitmaken van het vermogen van derden, wanneer deze goederen in het vermogen van deze derde zijn terechtgekomen ten gevolge van betalingen of van handelingen onder bezwarende titel, "indien zij die van de veroordeelde iets hebben ontvangen of met hem hebben gehandeld, kennis hadden of moesten hebben van de bedoeling van de veroordeelde om zich aan de bijzondere verbeurdverklaring te onttrekken."

Op basis van de woorden "kennis moesten hebben" kan tegenover deze derde als straf verbeurdverklaring worden uitgesproken wanneer er een vermoeden bestaat. Zulke regeling is echter overeenigbaar met artikel 6, § 2, van het Verdrag, waarin het vermoeden van onschuld vervat is.

.../...

In dit verband wordt verwezen naar algemene opmerking nr. II.1.

2. In de toelichting bij het ontworpen artikel 43quinquies staat het volgende :

"Er werd gewezen op het probleem dat daders van lucratieve misdrijven zich mogelijk aan de verbeurdverklaring trachten te onttrekken door (een deel van) hun vermogen bij derden onder te brengen. Voor zover het gaat om vermogensvoordelen die duidelijk als criminele vermogensvoordelen kunnen aangemerkt worden, kunnen deze derden weliswaar op basis van art. 505, 2°, 3° of 4° van het Strafwetboek. worden vervolgd, maar zoals aangetoond kan dit alternatief niet altijd soelaas bieden".

De verbeurdverklaring wordt dus toegepast op goederen die deel uitmaken van het vermogen van de derde, ongeacht of deze goederen vermogensvoordelen uit een criminele activiteit zijn. Deze goederen worden in feite geïdentificeerd aan de hand van handelingen die de veroordeelde gesteld heeft om zich aan bijzondere verbeurdverklaring te onttrekken.

In de huidige lezing van het ontworpen artikel 43quinquies wordt verbeurdverklaring bij equivalent toegestaan voor goederen die aanvankelijk deel uitmaakten van het vermogen van de vervolgte persoon en waarvan de onwettige herkomst niet noodzakelijkerwijs bewezen is.

De ontworpen bepaling strekt er voornamelijk toe te voorkomen dat de vervolgte persoon zijn staat van

.../...

onvermogen regelt met de hulp van derden, zonder dat in die bepaling het verband wordt gelegd tussen deze goederen die uit zijn vermogen verdwenen zijn en de strafbare feiten waarvoor hij veroordeeld wordt.

In dat geval kan de verbeurdverklaring niet meer als een bijzondere verbeurdverklaring worden aangemerkt en is ze strijdig met artikel 17 van de Grondwet.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 1

Luidens artikel 1 van het ontwerp geldt de procedure van het onvolledige bicamersisme, bepaald in artikel 78 van de Grondwet.

De meeste bepalingen van het ontwerp hebben echter betrekking op de bevoegdheden van de rechters en van de leden van het openbaar ministerie.

Overeenkomstig artikel 77, eerste lid, 3° of 9°, van de Grondwet vallen de wetsontwerpen die betrekking hebben op de organisatie van de hoven en rechtbanken, alsmede op de bevoegdheden ervan, onder de procedure van het volledige bicamersisme.

.../...

In verschillende adviezen (11) heeft de afdeling wetgeving beslist dat de prerogatieven van het openbaar ministerie tot de gerechtelijke organisatie behoren en dat ze eveneens vallen onder het stelsel van het volledige bicameralisme.

De kwalificatie van het ontwerp dient bijgevolg te worden herzien opdat het zou voldoen aan het bepaalde in artikel 77 van de Grondwet.

Artikel 2

Indien ernaar gestreefd wordt, zoals in de toelichting bij het ontworpen artikel 43bis van het Strafwetboek wordt aangegeven, de rechten van de verdediging te verbeteren en de vervolgte persoon in staat te stellen zijn middelen ten aanzien van de verbeurdverklaring als straf te doen gelden, moet de bevoegdheid van de rechter zo

(11) Zie de adviezen 24.512/8 van 15 oktober 1996 over een voorontwerp van wet "tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek", 24.600 en 24.601/A.G.-A.V./2 van 10 oktober en 6 november 1995 over voorontwerpen van wet "houdende wijziging van de wet van 25 ventôse - 5 germinal jaar XI tot regeling van het notarisambt" en "houdende toekenning van een tuchtrechtelijke bevoegdheid aan de kamers van notarissen en aan de Nationale kamer van notarissen", 28.403/4 van 16 december 1998 over een wetsvoorstel "houdende invoeging in het Burgerlijk Wetboek van een artikel 171bis betreffende de schijnhuwelijken".

worden aangepast dat hij de partijen over dat punt moet horen alvorens deze straf uit te spreken.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 14 van het ontwerp waarbij artikel 6, tweede lid, van de wet van 29 juni 1964 tot wijziging van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie wordt gewijzigd.

Artikel 3

Naast algemene opmerking nr. II, behoren bij deze bepaling de volgende opmerkingen te worden gemaakt :

1. Hoewel het concept "ernstige en georganiseerde fiscale fraude waarbij bijzonder ingewikkelde mechanismen of procédés van internationale omvang worden aangewend" reeds in het belgisch recht gehuldigd wordt, inzonderheid door de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, zoals gewijzigd bij de wet van 7 april 1995, behoort men zich te beraden over de draagwijdte van dat concept in het kader van

.../...

de bijzondere verbeurdverklaring bedoeld in artikel 42, 3°, van het Strafwetboek (12).

De Raad van State stelt zich vragen over de relevantie van het ontworpen artikel 43quater van het Strafwetboek in zoverre het de verbeurdverklaring voorstaat van vermogensvoordelen die zouden voortvloeien uit een strafbaar feit dat gepleegd werd in het kader van "ernstige en georganiseerde fiscale fraude waarbij bijzonder ingewikkelde mechanismen of procédés van internationale omvang worden aangewend", terwijl het begrip vermogensvoordelen bedoeld in artikel 42, 3°, van het Strafwetboek geen betrekking heeft op de ontwijking van een belastingschuld.

Volgens de verklaringen van de gemachtigden van de minister klopt het dat het louter ontwijken van een belastingschuld niet kan worden beschouwd als een vermogensvoordeel als bedoeld in artikel 42, 3°, van het Strafwetboek. Waar in het ontworpen artikel 43quater van het

(12) Zie in dat verband Th. Afschrift, "Blanchiment et fraude fiscale", J.D.F., 1997, blz 193-224, die schrijft : "dans la quasi-totalité des cas, la fraude fiscale a pour objet d'éviter de devoir payer un impôt : les revenus ou les capitaux sont d'abord obtenus légalement et ne sont taxables qu'ensuite ... En d'autres termes, ils ne sont pas comme tels le produit d'une infraction. L'infraction a le plus souvent seulement pour effet d'empêcher l'administration fiscale d'établir un enrôlement d'impôt ou d'obtenir le paiement d'une dette fiscale ...".

Strafwetboek evenwel sprake is van ernstige fiscale fraude, worden enkel de praktijken bedoeld, die erop gericht zijn de onterechte terugbetaling van belastingen mogelijk te maken, zoals de "B.T.W.-carousels".

In de rechtsleer komen vaak uiteenlopende interpretaties voor van de exacte draagwijdte van het begrip "vermogensvoordelen". Om zulks te verhelpen behoort de memorie van toelichting op dit punt te worden aangevuld.

2. Onder de strafbare feiten bedoeld in het ontworpen artikel 43quater van het Strafwetboek, wordt artikel 505, eerste lid, 2°, 3° en 4°, van het Strafwetboek vermeld dat straf stelt op de verschillende witwasoperaties van de vermogensvoordelen die voortvloeien uit onwettige activiteiten.

Volgens de bewoordingen van het derde lid van diezelfde bepaling maken de vermogensvoordelen waarvan sprake in het eerste lid, 1°, 2°, 3° en 4°, het voorwerp uit van de strafbare feiten die gedekt worden door deze bepalingen, in de zin van artikel 42, 1°, van het Strafwetboek en worden zij verbeurdverklaard, ook indien zij geen eigendom zijn van de veroordeelde, zonder dat deze verbeurdverklaring nochtans de rechten van derden op de goederen die het voorwerp kunnen uitmaken van de verbeurdverklaring, schaadt.

De vermogensvoordelen waaromtrent witwasoperaties zijn verricht als bedoeld in artikel 505, eerste lid, 2° tot

.../...

4° van het Strafwetboek, zullen dus werden verbeurdverklaard worden op grond van artikel 42, 1°, van het Strafwetboek.

De Raad van State vraagt zich derhalve af waarom de stellers van het ontwerp in een verbeurdverklaring voorzien op grond van het ontworpen artikel 43quater.

Volgens de verklaringen van de gemachtigde van de minister, bestaat het nagestreefde doel erin, op grond van het ontworpen artikel 43quater van het Strafwetboek, een verbeurdverklaring mogelijk te maken, van de vermogensvoordelen die voortvloeien uit andere witwasoperaties die geen aanleiding hebben gegeven tot een veroordeling, maar die in de lijn liggen van een onwettige activiteit die zich uitstrekt in de tijd.

Daaruit vloeit voort dat het ontworpen artikel 43quater artikel 505 van het Strafwetboek niet impliciet wijzigt. Het openbaar ministerie zal binnen de context van artikel 505 van het Strafwetboek het bewijs moeten leveren van het verband dat bestaat tussen het strafbare feit van de witwasoperatie en de vermogensvoordelen die daaruit voortvloeien.

Indien daarentegen ter gelegenheid van een vervolging op grond van het voornoemde artikel 505 zou blijken dat andere witwasoperaties reeds in het verleden werden uitgevoerd, maar dat deze geen aanleiding hebben gegeven tot vervolgingen, kan het openbaar ministerie zich bedienen van het ontworpen artikel 43quater om de uit die operaties verkregen vermogensvoordelen verbeurd te verklaren.

.../...

Gelet op het feit dat in deze context opnieuw wordt gewerkt met het begrip "identieke feiten die werden gepleegd in het kader van een criminele organisatie zoals bedoeld in artikel 324bis", wordt verwezen naar algemene opmerking nr. II.3.

Het eerste lid, 8°, van het ontworpen artikel 43quater, dat verwijst naar artikel 505 van het Strafwetboek, behoort te vervallen.

3. Het ontworpen artikel 43quater, derde lid, ten slotte, levert geen enkele aanwijzing over de wijze waarop derden hun rechten kunnen laten gelden op zaken waarvan de verbeurdverklaring wordt gevorderd, aangezien die preciseringen uitsluitend gemaakt zijn binnen de context van artikel 43bis van het Strafwetboek.

De vraag is voornamelijk aan de orde wanneer de derde die bijvoorbeeld in het buitenland woont, geen verzoek tot vrijwillige tussenkomst heeft kunnen indienen gedurende het proces, omdat hij niets afwist van de lopende procedure.

Kan deze derde zich beroepen op de procedure waarin voorzien wordt door het koninklijk besluit van 9 augustus 1991 tot vaststelling van de termijn waarbinnen en de wijze waarop een rechtsmiddel kan worden aangewend door derden die beweren recht te hebben op een verbeurdverklaarde zaak, terwijl artikel 1 van dat koninklijk besluit enkel voorziet in het beroep van de derde in het kader van een verbeurdverklaring die heeft plaats gevonden op basis van

.../...

artikel 43bis van het Strafwetboek ? Kan hij nog in dit stadium van de procedure het bewijs leveren van het feit dat de verbeurdverklaarde zaak op wettige wijze is verkregen, terwijl bij een in kracht van gewijsde gegane vonnis het tegenovergestelde zal zijn geweest ?

Uit de verklaringen van de gemachtigden van de minister blijkt dat het ontworpen artikel 43quater van het Strafwetboek behoort te worden aangevuld ten einde te voorzien in het beroep door die derde, gelet op inzonderheid artikel 1 van het Aanvullend Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden dat het recht op het ongestoord genot van eigendom waarborgt.

Artikel 4

Volgens de toelichting bij deze bepaling roept dit mechanisme

"... reminiscenties op aan de faillissementspauliana, nu deze ook de medeplichtigheid veronderstelt van de persoon die met de gefailleerde gehandeld heeft."

Deze vergelijking met de faillissementspauliana is niet terzake dienend. Naast het feit dat de bewijslast in strafzaken aan andere vereisten dient te voldoen dan in burgerlijke zaken, erkent de steller van het ontwerp zelf het volgende :

"Toch is de situatie van een gefailleerde en die van een strafrechtelijk veroordeelde grondig verschillend zodat de regelingen van de faillissementswet niet zomaar kunnen getransponeerd

.../...

worden naar het Strafwetboek of het Wetboek van Strafvordering" (13).

Voor het overige wordt verwezen naar algemene opmerking nr. III.

Artikel 6

Deze bepaling wijzigt artikel 28sexies van het Wetboek van Strafvordering teneinde te voorzien in een beroep inzake beslag bij de rechter naar wie de zaak verwezen is, wanneer de procureur des Konings of de onderzoeksrechter niet meer bevoegd zijn om over deze vordering uitspraak te doen.

Worden evenwel alleen in aanmerking genomen de politierechtbank en de correctionele rechtbank. Wat gebeurt er wanneer de zaak verwezen wordt naar een assisenhof of een hof van beroep wegens de hoedanigheid van de vervolgte persoon, zoals bijvoorbeeld een minister ?

De gemachtigden van de minister zijn het erover eens dat de ontworpen bepaling op dit punt behoort te worden aangevuld.

Artikel 7

1. Deze bepaling van het ontwerp strekt ertoe een

(13) Zie, memorie van toelichting en het betoog bij deze kwestie, blz. 25.

leemte aan te vullen in het beslagrecht in strafzaken. Immers, artikel 35 van het Wetboek van Strafvordering machtigt thans de procureur des Konings om de in artikel 42 van het Strafwetboek bedoelde zaken in beslag te nemen, alsook alles wat dienen kan om de waarheid aan de dag te brengen.

Deze bepaling machtigt de magistraten dus niet om over te gaan tot de inbeslagneming van overeenstemmende bedragen die in aanmerking kunnen komen voor de bijzondere verbeurdverklaring overeenkomstig artikel 43bis, tweede lid, van het Strafwetboek.

De onderzoeksgerechten hebben in die zin verschillende beslissingen getroffen steunend op inzonderheid artikel 1, tweede lid, van het Aanvullend Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, krachtens welke bepaling op geldsommen die als overeenstemmende bedragen kunnen worden verbeurdverklaard door de onderzoeksmagistraat of de procureur des Konings alleen krachtens een uitdrukkelijke wetsbepaling beslag mag worden gelegd (14).

(14) Hof van beroep van Luik (kamer van inbeschuldigingstelling), 10 juni 1999, J.L.M.B., 1999, blz. 1217 en volgende en noot van Ch. Meunier, La saisie pénale "par équivalent" : chronique d'une mort annoncée; Brussel (kamer van inbeschuldigingstelling), 19 april 1999, J.T., blz. 579 en volgende en noot van D. Vandermeersch, La légalité de la saisie de choses en vue de leur confiscation "par équivalent"; Ch. Meunier, Actualités en matière de blanchiment, de confiscation et de saisies pénales, in Le point sur le droit pénal, Formation permanente Commission Université-Palais, 2000, blz. 137-143.

Daaruit volgt dat een loutere blokkering van de bankrekeningen van de vervolgte persoon waarop geldsommen staan die niets van doen hebben met het strafbaar feit, maar die als overeenstemmende bedragen verbeurd kunnen worden verklaard, thans niet wettig is.

Hoewel bepaalde auteurs om een hervorming hebben verzocht waarbij de inbeslagneming van overeenstemmende bedragen mogelijk wordt gemaakt, menen zij evenwel dat er bijzondere voorzorgen moeten worden genomen :

"Les risques de dérives inhérents à la possibilité de saisie «par équivalent», notamment le blocage pur et simple par le juge d'instruction ou le procureur du Roi de l'ensemble des avoirs scripturaux de l'inculpé à la faveur d'une surévaluation - même de bonne foi - des profits de l'activité délictueuse, ne sont cependant pas absents. Il serait dans cette optique recommandé de limiter la possibilité de saisie «par équivalent» à certaines catégories d'infractions graves, sur l'exemple de l'énumération reprise à l'article 90ter du Code d'instruction criminelle." (15).

Aangezien die beslissing van inbeslagneming een voorzorgsmaatregel is die getroffen wordt met het oog op een latere bijzondere verbeurdverklaring die inzonderheid op grond van het ontworpen artikel 43quater van het Strafwetboek wordt bevolen, is het beter die beslissing van inbeslagneming op dezelfde wijze af te bakenen als die verbeurdverklaring.

In dit verband wordt verwezen naar algemene opmerking nr. III. 2.

2. In de ontworpen paragraaf 1 wordt zowel gewerkt met het begrip "ernstige aanwijzingen" als met het begrip "feitelijke aanwijzingen". Als die uitdrukkingen hetzelfde betekenen, is het beter slechts een van beide te bezigen teneinde uiteenlopende interpretaties te voorkomen.

(15) Ch. Meunier, J.L.M.B., 1999, op. cit., blz. 1220-1221.

Daaromtrent om uitleg gevraagd hebben de gemachtigden van de minister te kennen gegeven dat het begrip "feitelijke aanwijzingen" in casu niet voldoet. Volgens hen is het beter te bepalen dat de procureur des Konings een juridische en feitelijke motivering dient te geven voor de raming van het bedrag van het vermogensvoordeel.

De ontworpen bepaling dient dan ook in die zin te worden herzien.

Artikel 9

Wat het beroep voor de kamer van inbeschuldigingstelling betreft, moet in de Franse tekst van de ontworpen wet worden verwezen naar paragraaf 5 in plaats van naar paragraaf 4 van artikel 61quater van het Wetboek van Strafvordering.

Artikel 11

Bij deze bepaling wordt artikel 90novies van het Wetboek van Strafvordering vervangen door een nieuwe bepaling teneinde rekening te houden met de afluistermaatregelen die in het kader van het ontworpen artikel 524bis van hetzelfde Wetboek zouden kunnen worden uitgevoerd.

In de ontworpen bepaling is nochtans niets bepaald over het vaststellen van het ogenblik vanaf wanneer de

.../...

griffier de persoon tegen wie de af luistermaatregel gericht was in kennis zal moeten stellen van de aard van die maatregel en van de dagen waarop die maatregel is uitgevoerd.

De ontworpen bepaling luidt immers als volgt :

"Uiterlijk vijftien dagen nadat ... de vordering tot verbeurdverklaring bedoeld in artikel 524bis bij ... het Hof werd aanhangig gemaakt ...".

Het ontworpen artikel 524bis heeft geen betrekking op een vordering tot verbeurdverklaring maar op de toestemming die aan het openbaar ministerie wordt gegeven om

een bijzonder onderzoek te doen naar het vermogen van de veroordeelde persoon om na te gaan welk vermogensvoordeel die persoon ten gevolge van het strafbare feit heeft verkregen.

Daaromtrent om uitleg gevraagd hebben de gemachtigden van de minister te kennen gegeven dat de termijn van vijftien dagen ingaat de dag dat het openbaar ministerie, naar aanleiding van het bijzonder onderzoek waarvan sprake is in het ontworpen artikel 524bis van het Wetboek van Strafvordering, een schriftelijke vordering richt aan de rechtbank die of het hof dat het bijzonder onderzoek heeft bevolen teneinde te verkrijgen dat bepaalde goederen verbeurdverklaard worden.

De ontworpen bepaling dient bijgevolg in die zin te worden herzien.

.../...

Artikel 13Ontworpen artikel 524bis

1.1. Volgens het ontworpen artikel 524bis, § 1, van het Wetboek van Strafvordering kan het bijzonder onderzoek niet alleen betrekking hebben op de vermogensvoordelen die verkregen zijn uit het strafbare feit waarvoor de persoon veroordeeld is, maar ook op vermogensvoordelen "uit identieke feiten die werden gepleegd in het kader van een criminele organisatie zoals omschreven in artikel 324bis van het Strafwetboek". Dit gedeelte van de zin verwijst naar strafbare feiten waarover geen uitspraak is gedaan en waarvan nog niet vaststaat dat de betrokkene zich daaraan schuldig heeft gemaakt.

Wat dit punt betreft, wordt verwezen naar de fundamentele kritische opmerkingen die hiervoren reeds zijn gemaakt, en inzonderheid naar algemene opmerking nr. II.3.

1.2. De vraag rijst overigens waarom hier geen sprake meer is van "ernstige aanwijzingen".

Uit de uitleg van de gemachtigden van de minister volgt dat dit over het hoofd is gezien en dat ook in de onderzochte bepaling naar "ernstige aanwijzingen" moet worden verwezen.

.../...

1.3. Voorts wordt geconstateerd dat het dispositief van en de toelichting bij dit artikel niet volledig gelijklopend zijn.

Volgens het dispositief kan een bijzonder onderzoek worden gevoerd zodra het strafbare feit "een vermogensvoordeel van enig belang" heeft gegenereerd.

In de toelichting bij dit artikel staat echter het volgende :

"Deze voorwaarde, die ook in het Nederlandse stelsel aan het financieel onderzoek is verbonden (art. 126, lid 1 van het Nederlands Wetboek van Strafvordering), moet ertoe leiden dat het bijzonder onderzoek naar de vermogensvoordelen niet wordt aangewend voor het bepalen van eerder beperkte vermogensvoordelen."

Deze contradictie moet worden opgeheven.

Uit de uitleg van de gemachtigden van de minister blijkt dat het de bedoeling is om alleen een bijzonder onderzoek in te stellen in zaken waar blijkt dat de ongeoorloofde vermogensvoordelen omvangrijk zijn, zoals overigens uit de ontworpen nederlandse tekst kan worden opgemaakt.

Die tekst blijft echter zeer vaag over hetgeen onder "een vermogensvoordeel van enig belang" moet worden verstaan.

De toelichting bij de ontworpen bepaling moet op dit punt worden verduidelijkt.

.../...

2. In de ontworpen paragraaf 2, eerste lid, staat dat de procureur des Konings

"... waakt over de wettigheid van de bewijsmiddelen en de loyaliteit waarmee ze worden verzameld."

Deze bepaling is een duplicering van artikel 28bis, § 3, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering. De Raad van State vraagt zich dan ook af of het nodig is deze precisering op te nemen in het ontworpen artikel 524bis, § 2.

Deze opmerking geldt eveneens voor de ontworpen paragrafen 3 en 4, die bepalingen bevatten die identiek zijn aan die welke voor opsporingshandelingen in het algemeen gelden, namelijk dat het opsporingsonderzoek geheim is (artikel 28quinquies, § 1, van het Wetboek van Strafvordering) en dat de opsporingshandelingen geen enkele dwangmaatregel noch een schending van individuele rechten en vrijheden mogen inhouden (artikel 28bis, § 3, van het Wetboek van Strafvordering).

Uit de uitleg van de gemachtigden van de minister blijkt dat het de bedoeling is om de principes die in het algemeen voor het opsporingsonderzoek gelden ook op het bijzonder onderzoek toepasselijk te maken. Bijgevolg is het onnodig die principes in de ontworpen bepaling op te nemen. Zo te werk gaan zou integendeel tot rechtsonzekerheid kunnen

.../...

leiden wanneer bepaalde regels niet in de ontworpen bepaling zouden zijn overgenomen.

De ontworpen bepaling behoort op dit punt te worden herzien.

3. Krachtens de ontworpen paragraaf 5, eerste lid, kan het openbaar ministerie de rechtbank of het hof schriftelijk verzoeken een deskundige aan te stellen, een af luistermaatregel of een huiszoeking te bevelen.

Volgens het ontworpen tweede lid beschikt het gerecht over een termijn van vijftien dagen om over dat verzoek uitspraak te doen en staat tegen een weigering geen enkel rechtsmiddel open. Uit de toelichting bij deze bepaling blijkt dat het om een niet-tegensprekelijke procedure gaat en dat de rechtbank of het hof dan als "rechter van het onderzoek" fungeert.

Die procedure maakt aldus deel uit van een specifiek juridisch kader waarin aan de rechten van de verdediging weinig ruimte wordt gelaten, terwijl in de recente hervormingen van het Wetboek van Strafvordering (wet Franchimont van 12 maart 1998) is gezorgd voor een beter evenwicht tussen de daden van vervolging en de rechten van de verdediging en voor een inaanmerkingneming van de belangen van het slachtoffer.

Zo zal het bijzonder onderzoek op unilaterale wijze door het openbaar ministerie worden gevoerd en zullen noch

.../...

de veroordeelde, noch de burgerlijke partij in de mogelijkheid worden gesteld tussen te komen om bijvoorbeeld een aanvullend onderzoek te vragen, terwijl de verdachte en de burgerlijke partij in het kader van een onderzoek op grond van artikel 61quinquies van het Wetboek van Strafvordering of van artikel 127, vierde lid, van datzelfde Wetboek om nieuwe onderzoeksdaten kunnen verzoeken.

Gelet op de specifieke rol van het openbaar ministerie dat de strafvordering voor het feitengerecht leidt, moet, uit zorg voor de eerbiediging van de rechten van de verdediging, aan de veroordeelde en aan de burgerlijke partij de gelegenheid worden geboden aan de onderzoeksprocedure deel te nemen.

Ten slotte staat in de ontworpen tekst evenmin iets over de controle door het feitengerecht over de daden die het openbaar ministerie in het kader van dat onderzoek stelt. Wat gebeurt er wanneer bepaalde daden bijvoorbeeld gesteld zijn met schending van een bepaling van het Wetboek van Strafvordering of wanneer bepaalde bewijzen op ongeoorloofde wijze zijn verkregen (16) ?

De gemachtigden van de minister zijn het ermee eens dat de ontworpen bepaling moet worden aangepast om deze opmerkingen te ondervangen.

(16) Zie artikel 131 van het Wetboek van Strafvordering.

4. De ontworpen paragraaf 6 bepaalt dat, zodra het bijzonder onderzoek voltooid is, het openbaar ministerie de vordering aanhangig moet maken bij het feitengerecht dat het bijzonder onderzoek heeft gelast. "Dit gebeurt door een dagvaarding rechtstreeks gericht aan de beklaagde, en in voorkomend geval aan de burgerlijke partij."

Uit de ontworpen paragraaf 7 vloeit evenwel voort dat het feitengerecht zich alleen over de straf van de verbeurdverklaring zal uitspreken voor zover het reeds uitspraak heeft gedaan over de schuld van de vervolgte persoon. Bijgevolg kan alleen een veroordeelde gedagvaard worden en kan er geen sprake van zijn "een beklaagde" te dagvaarden. De gemachtigden van de minister zijn het ermee eens dat deze ontworpen bepaling in die zin moet worden verbeterd.

Overigens bevat de ontworpen paragraaf 6, tweede lid, de volgende bepaling :

" Een termijn van tien dagen, die in voorkomend geval verlengd wordt wegens de afstand, moet tussen de dagvaarding en de verschijning gelaten worden, op straffe van nietigheid van de veroordeling tot verbeurdverklaring die bij verstek tegen de gedaagde mocht worden uitgesproken."

Wat betreft de mogelijkheden om de termijn van tien dagen wegens de afstand te verlengen, is grotere nauwkeurigheid geboden. Zoals deze bepaling gesteld is, kan ze aanleiding geven tot zeer onrechtvaardige situaties.

.../...

5. In de Franse tekst van de ontworpen paragraaf 7 is sprake van "le jugement" waarbij het bijzonder onderzoek is gelast en van dat waarbij over de schuld uitspraak is gedaan. De procedure kan zich evenwel reeds in het stadium van het Hof van beroep bevinden; in dat geval is het niet meer juist om van een "jugement" te spreken.

De gemachtigden van de minister zijn het ermee eens dat de ontworpen bepaling op dit punt moet worden aangepast.

Ontworpen artikel 524ter

1. In de ontworpen paragraaf 1 wordt helemaal geen verband gelegd met de artikelen 42 en volgende van het Strafwetboek, waardoor die paragraaf aldus zou kunnen worden uitgelegd dat hij een andere vorm van verbeurdverklaring mogelijk maakt. Moet het begrip vermogensvoordeel bijvoorbeeld worden geïnterpreteerd in het licht van artikel 42, 3°, van het Strafwetboek ? Hoe staat het in dat geval voorts met de bewijstechnieken ?

Naar aanleiding van vragen in dat verband hebben de gemachtigden van de minister erop gewezen dat deze bepaling in verband moet worden gebracht met de artikelen 42 en volgende van het Strafwetboek. De ontworpen bepaling behoort in die zin te worden aangevuld.

2. Paragraaf 2 heeft betrekking op de beslissing waarvan sprake is in de ontworpen paragraaf 1, dat wil zeggen op de beslissing waarbij de vordering ontvankelijk en

.../...

gegrond wordt verklaard. Wat gebeurt er echter met de beslissing waarbij de vordering niet-ontvankelijk en niet-gegrond wordt verklaard ? Staat daartegen een rechtsmiddel open ?

Slotopmerking

Op vele punten geeft de franse versie van de ontworpen tekst de bedoeling van de steller van het ontwerp niet correct weer en zijn de franse en de nederlandse tekst niet altijd in overeenstemming. Ook de nederlandse tekst is voor verbetering vatbaar.

In een dermate belangrijke aangelegenheid als het strafrecht, waar de rechten en de fundamentele vrijheden van het individu op het spel staan, dient aan de redactie van de teksten bijzondere aandacht te worden besteed.

De steller van het ontwerp wordt verzocht de beide versies van de ontworpen tekst en de wetgevingstechnische voorstelling van het ontwerp grondig te herzien.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs
de Heren

Y. KREINS,

conseiller d'Etat, président,
staatsraad, voorzitter,

P. LIENARDY,
P. QUERTAINMONT,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

J. van COMPERNOLLE,

assesseurs de la
section de législation,
assessoren van de
afdeling wetgeving,

B. GLANSDORFF,

Madame
Mevrouw

B. VIGNERON,

greffier,
griffier.

Le rapport a été présenté
par Mme P. VANDERNACHT, auditeur.
La note du Bureau de
coordination a été rédigée et
exposée par Mme A.-F. BOLLY,
référéndaire adjoint.

Het verslag werd uitgebracht
door Mevr. P. VANDERNACHT, audi-
teur. De nota van het
Coördinatiebureau werd
opgesteld en toegelicht door
Mevr. A.-F. BOLLY, adjunct-
referendaris.

La concordance entre la version
française et la version
néerlandaise a été vérifiée sous le
contrôle de M. P. LIENARDY.

De overeenstemming tussen de
Franse en de Nederlandse tekst
werd nagezien onder toezicht van
de H. P. LIENARDY.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

.../...

B. VIGNERON

Y. KREINS