

KV

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 40.175/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par la Présidente du Sénat, le 3 avril 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet de loi "modifiant l'article 505 du Code pénal et l'article 35 du Code d'instruction criminelle à propos de la confiscation applicable en cas de recèlement" (Doc. parl., Sénat, session 2005-2006, n° 3-1610/1 et Doc. parl., Chambre, session 2004-2005, n^{os} 51-1603/1 à 4), a donné le 26 avril 2006 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de la proposition, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, la proposition appelle les observations ci-après.

Introduction

La proposition de loi adoptée par la Chambre et évoquée par le Sénat tend principalement à remplacer l'article 505 du Code pénal qui, outre l'adaptation à l'euro par la loi du 26 juin 2000 relative à l'introduction de l'euro dans la législation concernant les matières visées à l'article 78 de la Constitution, a été remplacé à deux reprises depuis 1990 : une première fois par la loi du 17 juillet 1990 modifiant les articles 42, 43 et 505 du Code pénal et insérant un article 43*bis* dans ce même Code et une seconde fois par la loi du 7 avril 1995 modifiant la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux.

Pour comprendre l'incidence du projet sur la loi en vigueur dans cette matière particulièrement complexe, il est nécessaire de rappeler la portée du texte initial de l'article 505 du Code pénal, et des modifications successives qui ont été apportées à cet article.

1. Le texte initial de l'article 505 du Code pénal

L'article 505 du Code pénal punissait à l'origine une seule infraction, de nature instantanée : le fait de receler "les choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit" ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Sur le caractère instantané de l'infraction de recel, voir Cass., 2 août 1880, Pas., 1880, I, 284; Cass., 4 mars 1997, Pas., 1997, I, n° 118.

Ce délit de recel ("recèlement", selon la terminologie du Code pénal), aujourd'hui visé par l'article 505, alinéa 1^{er}, 1°, du Code pénal, suppose nécessairement la perpétration préalable d'une infraction primaire (crime ou délit), à laquelle le receleur n'a participé, ni comme auteur ou coauteur, ni comme complice : il a toujours été admis que le délit de recel ne peut être commis par l'auteur de l'infraction primaire. Le voleur, l'escroc, la personne coupable d'abus de confiance ne commet pas une infraction nouvelle par le fait qu'il conserve, consomme, gère, l'objet de son délit ⁽²⁾.

Cette caractéristique du recel est mise en évidence par la définition qu'en donne la Cour de cassation : "le recel requiert comme éléments constitutifs la possession ou la détention d'un objet obtenu à l'aide d'un crime ou d'un délit commis par un tiers et la connaissance, préexistante ou concomitante à la prise de possession, de l'origine illicite de l'objet" ⁽³⁾.

À l'origine, la loi ne faisait pas de lien entre le champ d'application de l'article 505 du Code pénal et celui de l'article 42 du même Code, qui prévoit quelles sont les choses qui peuvent faire l'objet de la confiscation spéciale.

Dans le système du Code pénal de 1867, la confiscation spéciale s'appliquait uniquement :

- "- aux choses formant l'objet de l'infraction et à celles qui ont servi ou qui ont été destinées à la commettre quand la propriété en appartient au condamné (article 42, 1°);
- aux choses qui ont été produites par l'infraction (article 42, 2°)".

Les choses qui faisaient l'objet d'un recel, par exemple les choses frauduleusement soustraites en cas de vol, ne pouvaient jamais être confisquées en vertu de l'article 42, 1°, puisque, par définition, la propriété n'en appartenait pas au condamné.

⁽²⁾ Nypels et Servais, Le Code pénal belge interprété, Bruxelles-Bruylant, 1899, n° 10, p. 176.

⁽³⁾ Voir notamment : Cass., 18 novembre 1991, R.D.P. , 1992, 433 ; Cass., 17 août 1982, Pas., I, 1322. La jurisprudence de la Cour sur ce point n'a pas varié depuis un arrêt du 16 juin 1873 (Pas., 1873, I, 234) selon lequel "le recel, qui est toujours postérieur au vol et qui a toujours un autre auteur, constitue aux yeux de la loi nouvelle un fait distinct du vol, un autre fait".

Dans le cas où la chose formant l'objet de l'infraction primaire avait été aliénée par l'auteur de cette infraction, la jurisprudence de la Cour de cassation appliquait de manière extensive l'article 505 du Code pénal. Depuis un arrêt de 1891 ⁽⁴⁾, il était admis que le recel ne consiste pas seulement à recevoir le corps même du délit mais encore les choses qui en proviennent, comme, par exemple, l'argent obtenu par la vente des choses volées ou détournées.

Cette interprétation extensive n'était pas retenue en matière de confiscation spéciale. Il était généralement admis que l'argent retiré par le voleur de la vente de la chose volée ne pouvait être considéré comme "l'objet de l'infraction" au sens de l'article 42, 1°, ni comme une "chose produite par l'infraction" au sens de l'article 42, 2°, et qu'il ne pouvait dès lors être confisqué ⁽⁵⁾.

2. La modification de l'article 505 du Code pénal et des dispositions relatives à la confiscation spéciale par la loi du 17 juillet 1990, précitée.

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 avait pour objectif de renforcer la lutte contre toutes les formes de criminalité ayant pour but la réalisation d'un profit. Le gouvernement estimait que

"la meilleure manière de lutter contre ces formes de criminalité est de les combattre à la racine, c'est-à-dire d'une part en permettant la confiscation des profits réalisés grâce aux infractions et d'autre part, en érigeant en infraction toutes les opérations ayant pour but de reconvertir et gérer ces profits illicites" ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ Cass., 28 décembre 1891, Pas., 1892, I, 68.

⁽⁵⁾ Note de Mme le Procureur général Liekendaël, alors avocat général, sous cassation 4 juillet 1986, Pas., 1986, I, 1345 ; pour une analyse de la doctrine et de la jurisprudence antérieures à la loi du 17 juillet 1990, voir aussi J. Rozie, Voordeelsontneming, Intersentia, 2005, pp. 16 à 20. Une loi du 9 juillet 1975 avait introduit une première exception à ces principes, pour permettre la confiscation des sommes d'argent provenant d'un trafic de stupéfiants.

⁽⁶⁾ Doc. parl., Chambre, n° 987/1-89/90 (Exposé des motifs), p. 1.

Dans la poursuite de ce double objectif, la loi du 17 juillet 1990 a non seulement complété l'article 42 du Code pénal par un 3°, mais aussi créé un lien explicite entre les avantages patrimoniaux visés par ce 3° et une infraction de recèlement " élargi ", prévue par l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal.

Désormais, l'article 42 du Code pénal dispose que la confiscation spéciale s'applique :

"3° aux avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, aux biens et valeurs qui leur ont été substitués et aux revenus de ces avantages investis".

Il ressort en outre du rapprochement de l'article 43 et de l'alinéa 1^{er} de l'article 43bis du Code pénal, inséré par la loi nouvelle, que la confiscation spéciale est obligatoire pour les choses visées à l'article 42, 1° et 2°, et facultative pour les "avantages patrimoniaux" visés par l'article 42, 3°.

En outre, le nouvel article 43bis prévoit une possibilité de confiscation par équivalent, lorsque les choses visées à l'article 42, 3°, "ne peuvent être trouvées dans le patrimoine du condamné".

Il est enfin précisé que lorsque les choses confisquées appartiennent à la partie civile, elles lui seront restituées.

L'article 505 du Code pénal fut remplacé par la disposition suivante :

" Seront punis d'un emprisonnement de quinze jours à cinq ans et d'une amende de vingt-six francs à cent mille francs ou d'une de ces peines seulement :

- 1° ceux qui auront recelé, en tout ou en partie, les choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit;
- 2° ceux qui auront acheté, reçu en échange ou à titre gratuit, possédé, gardé ou géré des choses visées à l'article 42, 3°, alors qu'ils en connaissaient ou devaient en connaître l'origine.

Les choses visées aux 1° et 2° du présent article constituent l'objet des infractions couvertes par ces dispositions, au sens de l'article 42, 1°, et seront confisquées, 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 ..." ⁽⁷⁾.

3. La modification de l'article 505 du Code pénal par la loi du 7 avril 1995, précitée ⁽⁸⁾.

L'objectif de la loi du 7 avril 1995, précitée, dont l'article 7 a remplacé l'article 505 du Code pénal, était de renforcer la répression du " blanchiment " (même si le terme n'était toujours pas utilisé par le Code pénal) en incriminant de nouveaux comportements, qui sont visés par l'alinéa 1^{er}, 3° et 4°, de l'article 505 du Code pénal :

"Seront punis (...)

- 3° ceux qui auront converti ou transféré des choses visées à l'article 42, 3°, dans le but de dissimuler ou de déguiser leur origine illicite ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la réalisation de l'infraction d'où proviennent ces choses, à échapper aux conséquences juridiques de ces actes;
- 4° ceux qui auront dissimulé ou déguisé la nature, l'origine, l'emplacement, la disposition, le mouvement ou la propriété des choses visées à l'article 42, 3°, alors qu'ils en connaissent ou devaient en connaître l'origine".

⁽⁷⁾ Le Conseil d'État avait suggéré de donner à l'infraction visée par l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal, la qualification de "blanchiment", ce terme étant déjà utilisé à l'époque par plusieurs instruments internationaux. Cette suggestion ne fut pas suivie par le Gouvernement pour le motif, selon le ministre de la Justice, "que l'intention de blanchir les choses provenant de l'infraction n'a pas été retenue comme élément constitutif de l'infraction" (Doc. parl., Chambre, n° 987/1-89/90, p. 12).

Depuis lors, le terme blanchiment a été utilisé par la loi belge du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (loi d'application de la directive du Conseil 91/308/CEE du 10 juin 1991, dite "première directive blanchiment"). Depuis l'entrée en vigueur de cette dernière loi, il est d'usage d'opposer les volets "préventif" et "répressif" de la législation relative au blanchiment de capitaux. Bien que l'article 505 du Code pénal, constituant le "volet répressif", n'utilise pas le terme, l'expression "délict de blanchiment" est de plus en plus courante.

⁽⁸⁾ L'avis du Conseil d'État sur l'avant-projet de la loi du 7 avril 1995 a été demandé dans le délai de trois jours, le gouvernement ayant invoqué l'urgence.

La loi du 7 avril 1995, précitée, a introduit en outre à l'article 505 du Code pénal, un nouvel alinéa 2 :

"Les infractions visées aux 3° et 4° du présent article existent même si leur auteur est, le cas échéant, également auteur, coauteur ou complice de l'infraction d'où proviennent les choses visées à l'article 42, 3°".

Cette disposition rompt, uniquement en ce qui concerne les comportements nouvellement incriminés, avec le principe, déjà admis sous l'empire du Code pénal de 1867 -comme il a été indiqué ci-dessus-, selon lequel celui qui a commis l'infraction primaire (en tant qu'auteur, coauteur ou complice) ne peut être poursuivi pour recèlement des avantages obtenus à l'aide de cette infraction.

Il n'est pas aisé de distinguer le champ d'application respectif des deux infractions visées, d'une part, par l'article 505, alinéa 1^{er}, 1°, du Code pénal (recel "ordinaire") et, d'autre part, par l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal (recel "élargi").

On a déjà indiqué qu'avant même l'entrée en vigueur de la loi du 17 juillet 1990, il était admis que le recel avait pour objet "les avantages provenant " de l'infraction primaire, ce qui incluait, en tout cas, le prix de réalisation des biens meubles corporels obtenus grâce à cette infraction primaire ⁽⁹⁾.

Pour ce qui est de la nature de l'infraction primaire, il pouvait s'agir de toute infraction permettant à son auteur d'obtenir illicitement la possession d'une chose ou d'une somme d'argent, que cette infraction ait été commise en Belgique ou à l'étranger ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Voir l'arrêt cité supra, note 4.

⁽¹⁰⁾ Cass., 17 août 1982, Pas., 1982, I, 1322; Cass., fr., 4 avril 1962, cité par Trousse, Chron. Jurisprud. R.D.P., 1960-1963, 658.

La notion même de "recel" a toujours été comprise de manière large. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, le recel ne requiert nullement la possession matérielle des choses obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit. Furent ainsi jugés constitutifs de recel le fait de donner des instructions aboutissant à la destruction des marchandises volées ⁽¹¹⁾ ou le fait de financer l'achat d'un véhicule grâce au butin provenant d'une attaque à main armée (même si les fonds n'ont jamais transité, matériellement, entre les mains de la personne condamnée pour recel) ⁽¹²⁾.

Sauf dans l'hypothèse où elles sont dépourvues de toute valeur marchande, les "choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit" visées par l'article 505, alinéa 1^{er}, 1°, du Code pénal sont nécessairement des "avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction" ou des "biens et valeurs qui leur ont été substitués", au sens de l'article 42, 3° (la notion d'"avantage patrimonial" pouvant cependant être plus large que celle de "chose enlevée, détournée ou obtenue à l'aide d'un crime ou d'un délit").

Dès lors, il semble bien que tous les actes constitutifs de recel ("ordinaire") au sens de l'article 505, alinéa 1^{er}, 1°, du Code pénal sont en même temps constitutifs d'infraction à l'article 505, alinéa 1^{er}, 2° (recel "élargi"), du Code pénal tel qu'il est aujourd'hui en vigueur.

C'est ce qu'ont écrit R. Verstraeten et D. Dewandeleer :

"Gelet op de omschrijving van het misdrijf van art. 505, eerste lid, 2°, Sw. kan men zich afvragen of het nog wel nodig was de klassieke bepaling over de heling te handhaven. Het lijkt bijzonder moeilijk om zich gevallen voor de geest te halen waarin het autonome bestaansrecht van art. 505, eerste lid, 1°, Sw. nog op de voorgrond treedt. Het komt ons voor dat de inhoud van art. 505, eerste lid, 1°, Sw., die in beginsel verband houdt met de primaire vermogensvoordelen, geheel opgaat in art. 505, eerste lid, 2°, Sw. " ⁽¹³⁾

⁽¹¹⁾ Cass., 24 mars 1958, Pas., 1958, I, 823.

⁽¹²⁾ Cass., 12 octobre 1993, Pas., 1993, I, n° 403.

⁽¹³⁾ "Witwassen na de wet van 7 april 1995 : kan het nog witter ?", R.W., 1995-1996, pp. 689 et suiv., spéc. p. 691.

Observations particulièresDispositifArticle 2, 1° à 3° du projet

Les 1° à 3° de l'article 2, du projet apportent des modifications au texte néerlandais de l'article 505, alinéa 1^{er}, du Code pénal, remplacé par la loi du 17 juillet 1990, précitée, et par la loi du 7 avril 1995, précitée.

Le texte néerlandais de l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal, tel qu'il résulterait de l'adoption du projet, est (sous réserve d'une modification infime : "ruilen" au lieu de "in ruil ontvangen") le texte qui avait été adopté par la Chambre et transmis au Sénat lors des travaux qui ont abouti à la loi du 17 juillet 1990 ⁽¹⁴⁾.

Lors de la discussion de ce texte en commission de la Justice du Sénat, le texte néerlandais fut corrigé : les termes "bezitten, bewaren of beheren" furent remplacés par "in bezit, bewaring of beheer hebben genomen".

Selon le rapport,

"Plusieurs membres confirment que la correction permet de mieux souligner le caractère instantané de l'infraction, en précisant que celle-ci est consommée dès la prise de possession" ⁽¹⁵⁾.

Il ressort en effet de l'ensemble des discussions en commission, tant à la Chambre qu'au Sénat, que l'intention des auteurs de la loi était de faire du délit de recèlement "élargi", instauré par le nouvel article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal, un délit instantané, au même titre que le délit de recel "ordinaire" prévu par le 1°. Comme il ne s'agissait, aux yeux du Sénat, que d'une simple correction linguistique du texte tel que voté par la Chambre, le texte adopté par le Sénat a été promulgué par le Roi sans passer à nouveau par la Chambre.

⁽¹⁴⁾ Doc. parl., Sénat, n° 890/1 (1989-1990).

⁽¹⁵⁾ Doc. parl., Sénat, n° 890/2 (1989-1990), p. 47.

Le texte français de l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal ("ceux qui auront ... possédé, gardé ou géré ...") n'a, quant à lui, pas été adapté par le Sénat ⁽¹⁶⁾. Ceci n'empêche pas que, comme indiqué ci-dessus, l'intention du législateur de 1990 a bien été de considérer cette nouvelle infraction créée par l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal comme un délit instantané, tout comme l'est le recel "ordinaire", en application de l'article 505, alinéa 1^{er}, 1°, du Code pénal.

Comme mentionné ci-avant, l'article 505 du Code pénal a été intégralement remplacé par l'article 7 de la loi du 7 avril 1995, précitée, mais les 1° et 2° de l'alinéa 1^{er} de cette disposition ont été reproduits dans leur version antérieure, et ce, bien que, lors des travaux préparatoires de la loi du 7 avril 1995, précitée, le Gouvernement ait exprimé la volonté de se rallier à la suggestion émise par la Cellule de Traitement des Informations Financières (CTIF), qui était de faire du délit de blanchiment visé par l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal, un délit continu. Le texte même dudit article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal n'ayant pas été modifié, la doctrine a été divisée concernant le caractère instantané ou continu du délit consistant à posséder, garder ou gérer des avantages patrimoniaux illicites ⁽¹⁷⁾.

Cependant, un arrêt de la Cour de cassation du 21 juin 2000 ⁽¹⁸⁾ admet le caractère instantané du délit de "blanchiment" prévu par l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal, mais considère que ce

"caractère instantané ... n'empêche pas sa réalisation chaque fois que l'auteur accomplit, à l'égard de biens ou de valeurs dont il connaissait ou devait connaître l'origine délictueuse, un des actes décrits par la loi" ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ Sur cette discordance entre le texte français et le texte néerlandais, voir R. Verstraeten et D. Dewandeleer, étude précitée, R.W., pp. 693 à 696.

⁽¹⁷⁾ Dans le sens d'un délit continu, A. De Nauw, "De verschillende luiken van het wettelijk systeem tot bestraffing en tot voorkoming van het witwassen van geld en de fiscale fraude", Fiscale Strafrecht en Strafprocesrecht (Rozie, M(ed.)), Gand, Mys & Breesch, 1996, 234. R. Verstraeten et D. Dewandeleer (étude citée, R.W., 1995-1996, p. 696) sont dubitatifs quant à la portée des termes "possédé, gardé ou géré" mais soulignent que l'infraction consistant à avoir "acheté, reçu en échange ou à titre gratuit" a quant à elle un caractère clairement instantané.

⁽¹⁸⁾ Cass., 21 juin 2000, Pas., 2000, I, n° 387.

⁽¹⁹⁾ Voir aussi, dans le même sens, Cass., 31 octobre 1995, T.R.V., 1996, 635, avec la note de F. Hellemans.

Dans les développements de la proposition de loi devenue le projet à l'examen, les auteurs expriment de manière contradictoire les raisons pour lesquelles ils veulent remplacer le seul texte néerlandais de l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal, par le texte qui avait été adopté par la Chambre, en 1990, avant "correction" par le Sénat :

"Ainsi que l'indique l'exposé des motifs de la loi du 7 avril 1995, l'infraction de blanchiment peut avoir un caractère continué. Afin d'éviter toute controverse à cet égard, il est proposé de modifier le texte de l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°. Il est, en effet, essentiel que la personne qui entre en possession, à l'étranger, du produit d'une infraction et qui le blanchit en Belgique soit punissable dans notre pays. L'ensemble du texte néerlandais de l'alinéa 1^{er} est, par ailleurs, reformulé au présent, dans un souci de cohérence avec le 1° de cet alinéa".

Contrairement à ce que pensent les auteurs de la proposition, les modifications proposées ne permettent pas d'assurer la cohérence du 2° avec le 1° de l'article 505, alinéa 1^{er}, du Code pénal, car l'infraction de recel "ordinaire" visée au 1° a toujours été considérée par la jurisprudence comme un délit instantané.

Par ailleurs, l'intention des auteurs de la proposition paraît être de faire un délit continu uniquement de certains des faits visés à l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal ("possédé, gardé ou géré"). Toutefois, comme tant les autres comportements visés au 2° ("acheté, reçu en échange ou à titre gratuit") que ceux incriminés par les 3° et 4° de l'article 505, alinéa 1^{er}, du Code pénal, sont également modifiés par la substitution, dans la version néerlandaise, du présent au passé, le texte pourrait être interprété comme tendant à rendre également continues ces différentes infractions.

Cette ambiguïté doit être levée.

Enfin, dans l'état actuel du droit, la personne qui "entre en possession, à l'étranger, du produit d'une infraction" peut déjà être poursuivie en Belgique si elle accomplit, dans ce pays, l'un des actes visés par l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal, en particulier si elle accomplit en Belgique un acte quelconque de gestion ⁽²⁰⁾. En d'autres termes, l'objectif poursuivi par les auteurs de la proposition sur ce plan peut déjà être atteint, dans de nombreux cas, en l'état actuel des textes.

⁽²⁰⁾ Voir l'arrêt de la Cour de cassation du 21 juin 2000, cité supra, note 18.

En conclusion, il appartient au Parlement d'indiquer avec précision et sans équivoque tant dans le texte français que dans le texte néerlandais de l'article 505, alinéa 1^{er}, 2^o et, le cas échéant, 3^o et 4^o, du Code pénal, quelles sont les infractions qu'il veut voir considérer comme des délits continus. Par ailleurs, compte tenu de la difficulté de distinguer le champ d'application des 1^o et 2^o de l'article 505, alinéa 1^{er}, du Code pénal, il est en tout cas souhaitable d'adopter une solution identique pour ces deux infractions de "recel" (à supposer qu'il soit possible de les distinguer). Il est sur ce point renvoyé à une autre proposition de loi dont est par ailleurs saisi le Sénat et qui tend en effet à conférer également au recel "ordinaire" (article 505, alinéa 1^{er}, 1^o, du Code pénal) le caractère d'un délit continu ⁽²¹⁾.

Article 2, 4^o, du projet

Suivant le texte en projet, l'article 505, alinéa 2, du Code pénal dispose :

"Les infractions visées au 2^o ⁽²²⁾, 3^o et 4^o du présent article existent même si leur auteur est, le cas échéant, également auteur, coauteur ou complice de l'infraction d'où proviennent les choses visées à l'article 42, 3^o".

La modification proposée vise à réagir à un arrêt de la Cour de cassation du 8 mai 2002 ⁽²³⁾ qui a décidé

"que le fait d'acheter, de recevoir en échange ou à titre gratuit, de posséder, de garder ou de gérer, en en connaissant ou devant en connaître l'origine, soit des avantages patrimoniaux tirés directement d'une infraction, soit des biens et valeurs qui leur ont été substitués, soit des revenus de ces avantages investis, ne constitue pas l'infraction de blanchiment prévue par l'alinéa 1^{er}, 2^o, de l'article 505, dans le chef de celui qui a participé, comme auteur, coauteur ou complice, à l'infraction d'où proviennent ces avantages patrimoniaux, biens et valeurs ou revenus".

⁽²¹⁾ Proposition de loi "modifiant l'article 505 du Code pénal en ce qui concerne le recel" (Doc. parl., Sénat, n° 3-39/1 - session extraordinaire 2003), au sujet de laquelle le Conseil d'État a donné, ce même jour, l'avis 40.176/2.

⁽²²⁾ La référence au "2^o" est ajoutée au texte actuel de l'alinéa 2.

⁽²³⁾ Pas., 2002, n° 282.

Dans l'espèce qui a donné lieu à cet arrêt, le demandeur en cassation, condamné et emprisonné en Suède pour des infractions de fraude en matière de TVA, avait été poursuivi, devant les tribunaux belges, pour avoir "blanchi par des opérations d'achat d'or en Belgique" les capitaux provenant des dites fraudes fiscales. Il avait été condamné par la cour d'appel de Bruxelles pour infraction à l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal. Par le motif déjà cité, la Cour de cassation a considéré que de tels actes n'étaient pas punissables sur pied du 2°.

Les développements de la proposition de loi exposent :

"Actuellement, seules les infractions de blanchiment visées au 3° et 4° de l'article 505 sont punissables dans le chef de l'auteur de l'infraction à l'origine des biens ou des avoirs blanchis à l'inverse de l'infraction visée au 2° de cet article (recel élargi) ⁽²⁴⁾. Ainsi qu'il ressort d'un arrêt de la Cour de cassation du 8 mai 2002, cette situation peut conduire à une importante lacune dans la répression lorsque l'auteur de l'infraction de base, commise à l'étranger, vient à blanchir le produit de celle-ci en Belgique. Il est donc proposé de ne plus faire de distinction à cet égard entre les trois infractions de blanchiment visées à l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, 3° et 4°. Il va toutefois de soi que la simple possession ou garde en Belgique, par l'auteur de l'infraction de base commise en Belgique, des avantages patrimoniaux tirés de cette infraction, ne pourrait être considérée comme constitutive du délit de blanchiment" ⁽²⁵⁾.

Le texte de la proposition de loi, adopté par la Chambre, ne comporte pas l'importante restriction apportée par cette dernière phrase : rien dans le texte en projet ne limite, en effet, le caractère punissable de certains faits visés par l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal, à l'hypothèse où l'infraction de base (primaire) aurait été commise à l'étranger.

Si le texte proposé est adopté, la conséquence en sera que l'auteur de toute infraction ayant procuré un avantage patrimonial commettra une nouvelle infraction par le seul fait qu'il possédera, gardera ou gérera cet avantage.

⁽²⁴⁾ Voir l'alinéa 2, actuel, de l'article 505 du Code pénal.

⁽²⁵⁾ D'après la déclaration faite en commission de la Justice de la Chambre par l'auteur principal de la proposition, les développements de la proposition de loi doivent cependant être corrigés, car il convient de supprimer ces deux dernières phrases (Doc. parl., Chambre, DOC 51-1603/002, p. 5).

L'adoption pure et simple du projet, tel que transmis par la Chambre, aurait donc des conséquences que les auteurs de la proposition de loi, pas plus que les membres de la commission de la Justice de la Chambre, ne paraissent avoir aperçues. Les auteurs, coauteurs ou complices de l'infraction primaire pourraient également être poursuivis pour recel "élargi" au sens de l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal, alors qu'il ne pourraient pas l'être, dans les mêmes circonstances, du chef de recel "ordinaire" au sens du 1°.

On a cependant déjà indiqué que la chose volée, détournée ou obtenue grâce à des manœuvres frauduleuses constitue un avantage patrimonial retiré de l'infraction, de telle sorte que les actes constitutifs de recel "ordinaire" semblent devoir recevoir également la qualification de recel "élargi", visée par l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal.

On a indiqué en outre que le texte adopté par la Chambre ne traduit pas la volonté initiale des auteurs de la proposition de loi, selon lesquels

"la simple possession ou garde en Belgique, par l'auteur de l'infraction de base commise en Belgique, des avantages patrimoniaux tirés de cette infraction, ne pourrait être considérée comme constitutive du délit de blanchiment".

Dès lors, la mise en vigueur de ce texte aurait comme conséquence que, contrairement à la volonté initiale des auteurs de la proposition, le voleur deviendrait automatiquement receleur de la chose par lui volée, l'auteur d'un détournement deviendrait de même receleur de la chose détournée, etc.

S'il faut, en outre, admettre qu'à la suite de la modification apportée à l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal, l'infraction de blanchiment doit être considérée comme continue, il en résultera qu'en cas de vol, dès lors qu'il y a unité d'intention entre le vol et le recel "élargi", le délai de prescription de l'action publique ne pourra commencer à courir aussi longtemps que le voleur ne se sera pas débarrassé sans contrepartie de la chose volée.

Par ailleurs, eu égard aux difficultés déjà soulignées de distinguer les infractions visées aux 1° et 2° de l'article 505, alinéa 1^{er}, du Code pénal, il serait préférable d'étendre l'alinéa 2, en projet, à l'infraction visée au 1°.

.../...

En conclusion, le projet pourrait être rédigé comme suit :

"4° L'alinéa 2 est remplacé par la disposition suivante :

«Les infractions visées à l'alinéa 1^{er}, 3° et 4°, existent même si leur auteur est également auteur, coauteur ou complice de l'infraction d'où proviennent les choses visées à l'article 42, 3°. Les infractions visées à l'alinéa 1^{er}, 1° et 2°, existent même si leur auteur est également auteur, coauteur ou complice de l'infraction d'où proviennent les choses visées à l'article 42, 3°, lorsque cette infraction a été commise à l'étranger et ne peut pas être poursuivie en Belgique»".

Article 2, 5°, du projet

1. Cette disposition a pour objet d'insérer, entre les alinéas 2 et 3 (devenant l'alinéa 4) de l'article 505 du Code pénal, un nouvel alinéa 3 rédigé comme suit :

"Sauf à l'égard de l'auteur, du coauteur ou du complice de l'infraction d'où proviennent les choses visées à l'article 42, 3°, l'infraction visée à l'alinéa 1^{er}, 2° n'est pas applicable aux choses visées à l'article 42, 3°, tirées des infractions visées aux articles 206 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, 133 du Code des droits de succession, 66 du Code des droits de timbre, 449 du Code des impôts sur les revenus 1992, 73 du Code de la taxe sur la valeur ajoutée et 207 du Code des taxes assimilées au timbre".

Ces articles des Codes fiscaux visent les infractions de fraude fiscale qui ne comportent pas de faux en écritures commis en vue d'éluder l'impôt (par exemple : déclaration fiscale incomplète en vue d'éluder l'impôt).

Ce texte tranche implicitement une controverse sur l'applicabilité du "délit de blanchiment" visé au 2° de l'article 505, alinéa 1^{er}, du Code pénal, dans l'hypothèse où l'infraction primaire est une fraude fiscale.

Pour comprendre la portée de la réforme proposée, il est nécessaire de rappeler brièvement les éléments de cette controverse.

.../...

Comme on l'a déjà exposé, l'article 505 du Code pénal érige en infraction divers actes relatifs aux avantages patrimoniaux visés à l'article 42, 3°, du Code pénal provenant de tout crime ou délit. Pour autant qu'elles soient susceptibles de produire des avantages patrimoniaux au sens dudit article 42, 3°, du Code pénal, les infractions fiscales ne sont donc pas exclues du champ d'application de l'article 505 du Code pénal, tel qu'il est actuellement en vigueur.

Les fraudes commises en matière de TVA ont souvent pour résultat de permettre au fraudeur d'obtenir des restitutions indues qui se traduisent par des paiements faits au fraudeur par l'État. Il n'a jamais été contesté que les sommes ainsi perçues constituent, au sens de l'article 42, 3°, du Code pénal des "avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction " et pouvant, par voie de conséquence, constituer l'objet d'un délit secondaire de blanchiment.

La question s'est posée, en revanche, de savoir comment analyser, au regard des articles 42, 3°, et 505 du Code pénal, les économies correspondant au montant de l'impôt frauduleusement éludé.

Trois théories ont été développées à cet égard ⁽²⁶⁾ :

1° La thèse minimaliste.

Selon une première thèse, la notion "d'avantages patrimoniaux" ne peut viser que des biens corporels ou incorporels mais non l'économie résultant de l'évitement d'une dette. De telles économies ne sont donc pas susceptibles de confiscation spéciale et il ne saurait être question, en la matière, de délit secondaire de blanchiment.

2° La thèse intermédiaire.

Selon une deuxième thèse, l'économie résultant de l'évitement d'une dette d'impôt constitue un avantage patrimonial. Toutefois, cet avantage présente la spécificité de ne pouvoir être identifié ou localisé dans le patrimoine du contribuable, puisque

⁽²⁶⁾ Voir l'exposé détaillé de ces trois théories par J. Rozie, Voordeelsontneming, Intersentia, 2005, pp. 155 à 183.

l'impôt éludé aurait pu être payé avec n'importe quel actif de ce patrimoine ⁽²⁷⁾. Dès lors, l'avantage patrimonial en question peut uniquement faire l'objet d'une confiscation par équivalent, en application de l'article 43bis du Code pénal ⁽²⁸⁾. À défaut de pouvoir identifier l'avantage patrimonial à un élément d'actif précis, il ne saurait être question de délit secondaire de blanchiment. Suivant les tenants de cette thèse, en décider autrement aboutit à contaminer tout le patrimoine du fraudeur.

3° La thèse maximaliste.

Selon une troisième thèse, tout avantage patrimonial provenant de l'évitement d'une dette d'impôt peut faire l'objet d'une confiscation spéciale, en vertu de l'article 42, 3°, du Code pénal et est en outre susceptible de constituer l'objet d'un délit secondaire de blanchiment ⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ Soit un contribuable ayant ouvert, en toute légalité, un compte en banque à l'étranger, dont il déclare régulièrement les revenus. Ce contribuable peut parfaitement payer avec des liquidités qu'il détenait en Belgique le montant global de sa cotisation à l'impôt des personnes physiques, cotisation qui inclut l'impôt dû sur les revenus mobiliers encaissés à l'étranger. Si ce contribuable ne déclare pas les revenus de son compte étranger, il n'est pas possible de conclure que l'avantage patrimonial qui en résulte est compris dans les valeurs déposées sur ce compte. L'avantage en question est "flottant"; il n'y a aucune raison de décider qu'il est incorporé dans un actif plutôt que dans un autre (Voir sur cette question F. Roggen, "La fraude fiscale créatrice d'avantage patrimonial", observations sous cassation 22 octobre 2003, J.L.M.B., 2004, pp. 345-349).

⁽²⁸⁾ En faveur de cette thèse, voir G. Stessens, "Nogmaals over de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen uit een misdrijf en aanverwante aspecten, zoals strafbaarstelling van witwassen", R.W., 1999-2000, pp. 1073 et suiv., spéc. pp. 1077-1078; "Zwart geld ten eeuwigen dage in de strafrechtelijke greep van het parket ?", T. Strafr., 2004, pp. 179-183; B. Coopman, "Zwart, wit en grijze haren – het witwasmisdrijf in de fiscale periferie", A.F.T., 1998, pp. 251-254.

⁽²⁹⁾ Voir notamment M. Rozie, "De bijzondere verbeurdverklaring van vermogensvoordelen toegepast op fiscale delicten", in Fiscaal strafrecht en strafprocesrecht, Gand, Mys & Breesch, 1996, pp. 211-213; A. De Nauw, "De verschillende luiken van het wettelijk systeem tot bestraffing en tot voorkoming van het witwassen van gelden en de fiscale fraude", idem, pp. 219-246, spéc. pp. 226-227; R. Verstraeten et D. Dewandeleer, "Witwassen na de wet van 7 avril 1995 : kan het nog witter ?", R.W., 1995-1996, pp. 689 et s., spéc. pp. 690-691; H. Bosma, "Verbeurdverklaring van de vermogensvoordelen uit de niet-opgave van buitenlandse roerende inkomsten", A.F.T., 2001, pp. 210-219, spéc. pp. 213-214; J. F. Godbille, "Les aspects répressifs : l'infraction de blanchiment dans le secteur financier", in Blanchiment : la situation des entreprises, des organismes financiers et de leurs conseillers, Bruxelles, Kluwer, 2003, pp. 57 et s., spéc. p. 85.

La question de l'applicabilité de l'article 42, 3°, du Code pénal aux avantages patrimoniaux résultant des infractions fiscales fut évoquée lors des travaux préparatoires de la loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale. Cette loi a inséré dans le Code pénal un article 43^{quater} instaurant un régime de confiscation facilité et élargi pour certaines catégories d'infractions, limitativement énumérées, parmi lesquelles

"plusieurs infractions poursuivies de manière collective et dont la gravité, la finalité et le rapport mutuel permettent au tribunal de décider certainement et nécessairement que ces faits ont été commis dans le cadre d'une fraude fiscale grave et organisée pour laquelle ont été utilisés des mécanismes ou procédés particulièrement complexes à l'échelle internationale " (article 43^{quater}, § 1^{er}, c), du Code pénal).

Dans son avis sur le projet de loi, le Conseil d'État s'était interrogé sur la pertinence de cette mention de la fraude fiscale grave et organisée recourant à des mécanismes ou procédés particulièrement complexes à l'échelle internationale, dès lors que "la notion d'avantages patrimoniaux consacrée à l'article 42, 3°, du Code pénal ne vise pas l'évitement d'une dette fiscale " ⁽³⁰⁾.

En réponse à cette interrogation du Conseil d'État, les représentants du ministre ont précisé que la notion de fraude fiscale grave et organisée visait principalement les carrousels-TVA ⁽³¹⁾. Or, l'objectif poursuivi par les auteurs de carrousels-TVA est d'obtenir, de la part du Trésor, des remboursements indus. Il ne s'agit donc pas, en pareil cas, du simple évitement d'une dette d'impôt.

Toutefois, par son arrêt du 22 octobre 2003 ⁽³²⁾, la Cour de cassation a décidé

"que lorsqu'en application des articles 42, 3° et 43^{bis} du Code pénal, le juge évalue les avantages patrimoniaux tirés d'une infraction, il peut considérer que l'évitement

⁽³⁰⁾ Doc. parl., Chambre, n° 1601/1, session 2001-2002, p. 76.

⁽³¹⁾ Voir l'analyse des travaux préparatoires de la loi du 19 décembre 2002 par M.-A. Beernaert, "Fraude fiscale, confiscation et blanchiment : le point sur des questions très controversées", R.C.J.B., 2005, pp. 97 et suiv., spéc. n° 12, p. 104.

⁽³²⁾ Cass., 22 octobre 2003, Pas. 2003, n° 516 et les conclusions de M. l'avocat général Spreutels. Cet arrêt a fait l'objet de multiples commentaires : voir les nombreuses références citées à la note (1) de l'étude de M.-A. Beernaert, R.C.J.B., 2005, p. 97.

d'un impôt constitue un tel avantage ; que celui-ci ne disparaît pas du seul fait de l'enrôlement" et "que, pour le surplus, le juge décide en fait qu'un avantage patrimonial sur lequel porte la confiscation spéciale a été tiré directement d'une infraction".

Dans l'espèce qui a donné lieu à cet arrêt, les prévenus n'étaient pas poursuivis pour délit de blanchiment. La Cour ne s'est donc pas prononcée sur la portée de l'article 505 du Code pénal, ni sur son applicabilité aux avantages patrimoniaux résultant de l'évitement d'une dette d'impôt. Si l'arrêt condamne la thèse minimaliste, en revanche, il ne permet pas de trancher entre les thèses intermédiaire et maximaliste.

Certains auteurs ont considéré qu'en accordant, dans les conditions qu'elle prévoyait, une immunité pénale aux personnes coupables "d'infractions visées à l'article 505 du Code pénal, dans la mesure où elles visent les avantages patrimoniaux tirés directement (d') infractions" visées aux articles 449 et 450 du Code des impôts sur les revenus 1992, 73 et 73*bis* du Code de la TVA, 133 et 133*bis* du Code des droits de succession, 206 et 206*bis* du Code des droits d'enregistrement et 207*bis* du Code des taxes assimilées au timbre, l'article 7 de la loi du 31 décembre 2003 instaurant une déclaration libératoire unique (DLU) avait résolu la controverse : accorder une immunité pénale du chef de blanchiment impliquerait, en effet, a contrario, que le délit existe, lorsque les conditions de l'immunité ne sont pas réunies ⁽³³⁾.

Suivant d'autres auteurs, le législateur a simplement cherché à garantir la sécurité juridique sans laquelle le mécanisme de la DLU n'aurait pu fonctionner, ce qui nécessitait qu'il exclue tout doute quant aux possibilités de poursuites du chef de blanchiment, mais ce faisant, il n'a pas entendu prendre position sur la question de l'application du délit de blanchiment en matière de fraude fiscale ⁽³⁴⁾.

En conclusion, à ce jour, les controverses relatives à l'applicabilité des infractions visées par l'article 505, alinéa 1^{er}, 2^o à 4^o, du Code pénal aux "avantages

⁽³³⁾ En ce sens, R. Verstraeten, "De wet van 31 december 2003 houdende invoering van een eenmalige bevrijdende aangifte", A.F.T., 2004, p. 18; A. De Nauw, "Over belastingontduiking, voordeelsontneming en witwassen", R.W., 2004-2005, p. 429.

⁽³⁴⁾ En ce sens, notamment, J. Stessens, "Zwart geld ten eeuwigen dage in de strafrechtelijke greep van het parket ?", T. Straf., 2004, p. 183.

patrimoniaux" résultant de l'évitement d'une dette d'impôt n'ont été résolues ni par la doctrine, ni par la jurisprudence, et il est douteux qu'elles l'aient été, implicitement, par l'article 7 de la loi du 31 décembre 2003, précitée.

Le projet à l'examen règle donc partiellement la question, du fait qu'il prévoit un régime spécial en ce qui concerne, dans le cas visé à l'article 505, alinéa 1^{er}, 2^o (mais non 3^o et 4^o) du Code pénal, le blanchiment des avantages patrimoniaux tirés des infractions de fraude fiscale visées par tous les Codes fiscaux (à l'exception de la loi générale sur les douanes et accises), lorsqu'elles ne comportent pas de faux en écriture commis dans le but d'éluder l'impôt.

2. Les raisons qui justifient l'instauration d'un régime spécifique concernant le blanchiment d'avantages patrimoniaux résultant d'infractions fiscales sont exposées par l'auteur principal de la proposition dans le rapport de la commission de la Justice de la Chambre ⁽³⁵⁾:

"(...) l'article 505, alinéa 1^{er}, 2^o, peut poser des problèmes au secteur financier, auquel s'applique cette disposition. Les acteurs du secteur financier souhaitent à juste titre que cet article ne s'applique pas à la fraude fiscale simple. La fraude fiscale grave et organisée, combinée à l'infraction de faux en écritures, restera bien entendu soumise à l'application de cette disposition. C'est pour ce motif que la proposition de loi propose que le simple recel élargi que constitue l'infraction de blanchiment visée au 2^o de l'article 505, alinéa 1^{er}, du Code pénal, ne soit plus applicable aux avantages patrimoniaux tirés de certaines infractions fiscales, dans le chef de personnes autres que les auteurs, coauteurs ou complices de ces infractions fiscales. Il s'agit des infractions aux dispositions des lois fiscales et de leurs arrêtés d'exécution, à l'exception toutefois, ainsi qu'il a été précisé ci-dessus, des faux en écriture".

Le texte en projet emporte comme conséquence que l'auteur, le coauteur ou le complice d'une fraude fiscale simple commettra désormais le délit de recèlement "élargi", tel que visé par l'article 505, alinéa 1^{er}, 2^o, du Code pénal, par le seul fait qu'il possédera, gardera ou gèrera, en Belgique, les avantages patrimoniaux provenant de la fraude, c'est-à-dire, apparemment, des biens ou valeurs correspondant au montant de l'impôt éludé. Il faut rappeler que l'intention des auteurs de la proposition est de faire de l'infraction visée à l'article 505, alinéa 1^{er}, 2^o, du Code pénal, une infraction continue.

⁽³⁵⁾ Doc. parl., Chambre, DOC 51-1603/002, p. 4.

Toutefois, on a déjà relevé que les auteurs de la proposition considéraient initialement comme allant

"de soi que la simple possession ou garde en Belgique, par l'auteur de l'infraction de base commise en Belgique, des avantages patrimoniaux tirés de cette infraction, ne pourrait être considérée comme constitutive de délit de blanchiment".

Or, par définition, toutes les infractions fiscales visées par le projet sont nécessairement des infractions commises sur le territoire belge, puisqu'elles supposent la méconnaissance d'obligations fiscales qui doivent être exécutées dans ce pays : obligation de déclaration, d'enregistrement, de tenue de comptabilité, livre-journal, etc.

Si le législateur se rallie à la suggestion selon laquelle l'applicabilité du délit de recèlement "élargi" (article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal) à l'auteur de l'infraction primaire se limite à la seule hypothèse où cette infraction a été commise à l'étranger et ne peut être poursuivie en Belgique et si le texte de l'article 2, 4°, du projet est modifié conformément à la suggestion faite plus haut, les termes "sauf à l'égard de l'auteur, du coauteur ou du complice de l'infraction d'où proviennent les choses visées à l'article 42, 3°" qui figurent dans l'alinéa 3 en projet de l'article 505 du Code pénal seraient donc sans portée et devraient être supprimés.

Au cas où la modification proposée à l'article 2, 4°, du texte à l'examen ne serait pas adoptée, il y aurait lieu de justifier qu'en matière de fraude fiscale simple, l'auteur de l'infraction primaire puisse désormais être poursuivi pour recèlement au sens de l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal, alors que les tiers ne pourraient plus l'être ⁽³⁶⁾.

3. Il ressort du texte en projet que les tiers (et même l'auteur de l'infraction primaire, dans l'hypothèse où l'on ne suivrait pas la suggestion faite par le Conseil d'État au sujet de l'article 2, 4°, du projet) pourront être poursuivis, sur pied de l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal, pour blanchiment des avantages patrimoniaux résultant d'un faux commis en vue d'éluder l'impôt.

⁽³⁶⁾ et que ne pourrait pas l'être non plus l'auteur de l'infraction primaire poursuivi pour recèlement sur pied de l'article 505, alinéa 1^{er}, 1°, du Code pénal.

Tant les développements de la proposition ⁽³⁷⁾ que le rapport de la commission de la Justice de la Chambre ⁽³⁸⁾ semblent considérer que la distinction qui est faite entre les infractions de fraude fiscale selon qu'elles comportent ou non un faux en écriture, correspond à la distinction résultant de l'article 3, § 2, de la loi du 11 janvier 1993, précitée (volet préventif de la lutte contre le blanchiment) entre la fraude fiscale ordinaire et la "fraude fiscale grave et organisée qui met en œuvre des mécanismes complexes ou qui use de procédés à dimension internationale".

Depuis l'introduction de cette notion dans la "loi préventive" du blanchiment, les contours exacts de la "fraude fiscale grave et organisée qui met en œuvre des mécanismes complexes ou qui use de procédés à dimension internationale" ont fait l'objet de discussions doctrinales. Le consensus s'est uniquement réalisé sur le fait que les fraudes du type carrousel à la TVA entrent incontestablement dans cette notion.

La question a été discutée lors des travaux préparatoires de la loi du 31 décembre 2003, précitée. Il a été dit à cette occasion que "pour l'application de cette loi uniquement", l'utilisation de structures étrangères simples, telle une société de patrimoine, ne serait pas considérée comme une fraude fiscale grave et organisée au sens de la loi de 1993 ⁽³⁹⁾. Eu égard au caractère contradictoire des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 31 décembre 2003, précitée, aucun argument a contrario ne semble pouvoir être déduit de cette déclaration.

Quoi qu'il en soit, personne n'a jamais soutenu, avant le dépôt du texte à l'examen, que la fraude fiscale grave et organisée, au sens de la loi de 1993, s'étendrait à toutes les infractions de fraude fiscale comportant un faux commis en vue d'éluder l'impôt (infractions visées par les articles 450 du Code des impôts sur les revenus, 73*bis* du Code de la TVA, 133*bis* du Code des droits de succession, 206*bis* du Code des droits d'enregistrement, 66*bis* du Code des droits de timbre et 207*bis* du Code des taxes assimilées au timbre). Certes, le faux en écriture confère à la fraude fiscale un caractère de particulière gravité, raison pour laquelle les dispositions précitées permettent d'appliquer, en cas de faux en écriture commis dans le but d'éluder l'impôt, une peine

⁽³⁷⁾ Doc. parl., Chambre, 51-1603/001, p. 5.

⁽³⁸⁾ Doc. parl., Chambre, 51-1603/002, p. 4.

⁽³⁹⁾ Doc. parl., Chambre, n° 51-0353/001 (exposé des motifs), session 2003-2004, p. 9.

d'emprisonnement plus lourde que celle qui peut être prononcée dans les cas où la fraude fiscale ne s'accompagne pas de faux en écriture.

Toutefois, le faux n'implique nullement que la fraude est "organisée", et s'identifie encore moins à "un mécanisme complexe" ou à "un procédé à dimension internationale". En matière de droit d'enregistrement, la fraude la plus banale est celle qui consiste à mentionner dans l'acte authentique de vente d'un immeuble un prix inférieur au prix convenu : en pareil cas, cet acte authentique constitue un faux intellectuel et l'infraction commise par les parties est réprimée par l'article 206bis du Code des droits d'enregistrement. Il est manifeste que les fraudes fiscales de ce type ne sont pas visées par l'article 3, § 2, 1°, de la loi du 11 janvier 1993, précitée.

Si la disposition en projet est adoptée, la banque qui recevra à l'avenir un dépôt de fonds et qui aura des raisons de croire que les fonds sont le produit d'une fraude fiscale devra distinguer trois hypothèses :

- 1° il s'agit d'une fraude fiscale ordinaire (par exemple rapatriement de revenus mobiliers perçus à l'étranger) : elle peut accepter les fonds, sachant qu'elle bénéficie de l'immunité pénale résultant du nouvel alinéa 3, de l'article 505 du Code pénal;
- 2° elle soupçonne la fraude fiscale grave et organisée qui met en œuvre des mécanismes complexes ou qui use de procédés à dimension internationale : elle accepte les fonds, dénonce immédiatement le client à la CTIF et bénéficie de l'immunité pénale résultant de cette dénonciation;
- 3° elle a des raisons de soupçonner, en dehors de l'hypothèse visée au 2°, qu'il s'agit de fraude fiscale comportant un faux : elle ne peut pas dénoncer le client à la CTIF, sous peine d'engager sa responsabilité à l'égard du client si celui-ci est acquitté, mais en ce cas, la banque ne bénéficie pas de l'immunité pénale résultant du nouvel alinéa 3 de l'article 505 du Code pénal.

Il appartient au législateur d'apprécier s'il ne serait pas préférable de rédiger l'article 505, alinéa 3, du Code pénal, de manière à incriminer, non pas la fraude fiscale comportant un faux en écritures, mais la fraude fiscale grave et organisée telle qu'elle est définie dans l'article 3, § 2, de la loi du 11 janvier 1993, précitée.

.../...

Article 2, 6° et 7° du projet

1. Le 7° de l'article 2 du texte à l'examen a pour objet d'insérer deux nouveaux alinéas entre l'alinéa 3 actuel (appelé à devenir alinéa 4 si le 5° est adopté) et l'alinéa 4 (appelé à devenir alinéa 7 si les 5° et 7° sont adoptés) de l'article 505 du Code pénal.

Le 6° vise à adapter en conséquence le texte de l'actuel alinéa 3 (devenant l'alinéa 4) du même article 505 du Code pénal.

Pour comprendre la portée de la réforme proposée, il est nécessaire de rappeler que les divers cas de confiscation spéciale prévus par l'article 42 (respectivement 1°, 2° et 3°) du Code pénal sont soumis à des régimes distincts.

L'article 42, 1°, dispose que la confiscation spéciale s'applique "aux choses formant l'objet de l'infraction et à celles qui ont servi ou qui ont été destinées à la commettre, quand la propriété en appartient au condamné" .

L'article 42, 2°, qui prévoit la confiscation des choses "produites par l'infraction", ne se limite pas à l'hypothèse où les choses en question sont la propriété du condamné.

En vertu de l'article 43, la confiscation des choses visées aux 1° et 2° de l'article 42 est obligatoire.

La loi du 17 juillet 1990, précitée, a complété l'article 42 par un 3°, pour permettre la confiscation des "avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction", des "biens et valeurs substitués" et des "revenus de ces avantages investis".

Le régime de la confiscation spéciale applicable aux avantages visés à l'article 42, 3°, est gouverné par l'article 43bis du Code pénal et diffère, sur plusieurs points, du régime applicable aux choses visées aux 1° et 2°.

En substance :

- la confiscation des choses visées par l'article 42, 3° est facultative et doit être requise par écrit par le procureur du Roi (article 43*bis*, alinéa 1^{er});
- "si les choses ne peuvent être trouvées dans le patrimoine du condamné, le juge procédera à leur évaluation monétaire et la confiscation portera sur une somme d'argent qui leur sera équivalente" (article 43*bis*, alinéa 2) ;
- les choses confisquées en vertu du 3° seront restituées à la partie civile si elles lui appartiennent ou constituent la contrepartie ou l'équivalent de choses qui appartenaient à cette partie civile (article 43*bis*, alinéa 3).

En matière de blanchiment, les dispositions précitées doivent se combiner avec l'actuel alinéa 3 de l'article 505 du Code pénal, selon lequel :

"les choses visées aux 1°, 2°, 3° et 4° du présent article constituent l'objet des infractions couvertes par ces dispositions, au sens de l'article 42, 1°, et seront confisquées, 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".

La conséquence du renvoi ainsi fait par l'article 505, alinéa 3 du Code pénal, à l'article 42, 1°, est double :

- la confiscation spéciale des avoirs blanchis est obligatoire;
- la confiscation par équivalent, telle que visée par l'article 43*bis*, alinéa 2, n'est pas permise.

L'actuel alinéa 3 de l'article 505 du Code pénal déroge toutefois au régime ordinaire de l'article 42, 1°, en disposant que les avoirs blanchis seront confisqués même si la propriété n'en appartient pas au condamné.

2. L'application de l'article 505, alinéa 3 actuel, du Code pénal a donné lieu à deux arrêts de la Cour de cassation que certains ont jugés contradictoires.

.../...

Le premier arrêt, du 21 octobre 2003 ⁽⁴⁰⁾, concerne l'hypothèse où plusieurs prévenus sont condamnés pour des faits de participation à un même délit de blanchiment. Cet arrêt décide

"que ni le principe général du droit de la personnalité des peines ni la nature propre de la confiscation de l'objet de l'infraction n'empêchent que plusieurs auteurs, ayant commis ensemble l'une des infractions prévues par l'article 505, alinéa 1^{er}, 1° à 4°, du Code pénal et ayant pour objet un avantage patrimonial déterminé, soient tous condamnés à la confiscation de celui-ci ; qu'en effet, l'exécution de ces peines ne saurait, en aucun cas, excéder les limites de cet avantage".

Le second arrêt, rendu le 14 janvier 2004 ⁽⁴¹⁾, concernait une espèce dans laquelle plusieurs prévenus devaient répondre de faits de blanchiment qui s'étaient poursuivis pendant une période relativement longue, de telle sorte qu'une partie des avoirs blanchis n'avaient pu être saisis entre leurs mains, les prévenus les ayant, au fil du temps, fait parvenir en Colombie, aux trafiquants pour compte desquels ils opéraient. Par un arrêt du 30 juin 2003 ⁽⁴²⁾, la cour d'appel de Bruxelles avait prononcé "en application des articles 42, 1° et 505, alinéa 3, du Code pénal la confiscation spéciale, en quelque main et en n'importe quel endroit où elles se trouvent actuellement" de toutes les sommes ayant été blanchies par les prévenus. Dans ses motifs, l'arrêt précisait que cette "mesure" était prononcée "in rem", de telle sorte qu'elle ne pourrait être exécutée à l'encontre des prévenus, puisqu'il était d'ores et déjà établi que ceux-ci ne détenaient plus les avoirs confisqués. Contrairement aux réquisitions du ministère public, la cour d'appel avait décidé qu'elle ne pouvait faire application de la confiscation par équivalent prévue par l'article 43bis du Code pénal, celle-ci concernant uniquement les choses visées à l'article 42, 3°. Dans son pourvoi contre cet arrêt, le ministère public soutenait en substance que les sommes d'argent constituant l'objet du délit de blanchiment doivent, dans tous les cas, être confisquées à charge du condamné en manière telle que, s'il n'en a plus la possession, la confiscation sera néanmoins prononcée à sa charge pour être, s'il y a lieu, exécutée sur son patrimoine à concurrence d'un montant équivalent.

⁽⁴⁰⁾ Cass., 21 octobre 2003, Pas., 2003, I, n° 515.

⁽⁴¹⁾ Cass., 14 janvier 2004, Pas., 2004, n° 20 et conclusions de M. l'Avocat général R. Loop; J.L.M.B., 2004, p. 595, avec les observations de V.-A. de Brauwere; J.T., 2004, p. 502, avec les obs. de D. Vandermeersch.

⁽⁴²⁾ J.L.M.B., 2004, p. 584.

La Cour a rejeté le pourvoi au motif que

"s'il impose au juge la confiscation de l'objet du délit de blanchiment, l'article 505, alinéa 3, ne lui prescrit pas de confisquer cet objet à charge de chacune des personnes qui l'auront successivement possédé, gardé ou géré"⁽⁴³⁾.

La contradiction relevée par certains commentateurs⁽⁴⁴⁾ entre ces deux arrêts de la Cour de cassation tient au fait que le premier semble voir dans la confiscation spéciale prévue par l'article 505, alinéa 3 actuel, du Code pénal, une sanction soumise au principe de la personnalité des peines, alors que le second paraît y voir, comme l'avait fait la cour d'appel de Bruxelles, une mesure à caractère réel.

Indépendamment de la controverse concernant la nature de la confiscation spéciale, la solution consacrée par l'arrêt de la Cour de cassation du 14 janvier 2004 était imposée par les termes actuels de l'article 43bis du Code pénal, qui ne prévoit la confiscation par équivalent que pour les choses visées à l'article 42, 3°.

3. Dans le but de permettre, à l'avenir, une solution différente, "afin d'améliorer l'efficacité de la répression du volet financier de la grande criminalité"⁽⁴⁵⁾, le projet à l'examen prévoit que si les choses visées à l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, 3° et 4° du Code pénal "ne peuvent être trouvées dans le patrimoine du condamné, le juge procédera à leur évaluation monétaire et la confiscation portera sur une somme d'argent qui lui sera équivalente". Il est en outre précisé que la confiscation sera prononcée à l'égard "de chacun des auteurs, coauteurs ou complices de ces infractions".

Toutefois, le projet introduit une différence importante de traitement entre, d'une part, les auteurs, coauteurs ou complices des infractions visées à l'alinéa 1^{er}, 3° et 4°, de l'article 505 du Code pénal et, d'autre part, les auteurs, coauteurs ou complices de l'infraction visée à l'alinéa 1^{er}, 2° de cette même disposition.

⁽⁴³⁾ Voir dans le même sens, Cass., 11 janvier 2005, n° P04 1087N.

⁽⁴⁴⁾ Voir notamment la note d'observations de D. Vandermeersch, J.T., 2004, p. 502.

⁽⁴⁵⁾ Développements de la proposition de loi (Doc. parl., Chambre, DOC 51-1603/001, p. 6).

Dans la première hypothèse uniquement (article 505, alinéa 1^{er}, 3^o et 4^o, du Code pénal), le projet prévoit que le juge aura la faculté de réduire le montant de la confiscation par équivalent "en vue de ne pas soumettre le condamné à une peine déraisonnablement lourde".

En revanche, dans la seconde hypothèse (article 505, alinéa 1^{er}, 2^o, du Code pénal), le juge doit prononcer une condamnation par équivalent "proportionnelle à la participation du condamné à l'infraction". Aucune réduction de la condamnation par équivalent n'est donc possible, en vertu du texte à l'examen, dans le cas où des poursuites sont exercées contre une seule personne, sur pied de l'article 505, alinéa 1^{er}, 2^o, du Code pénal.

Ainsi, si une banque, un gestionnaire de fortune ou un mandataire quelconque reçoit des fonds d'origine délictueuse ou criminelle et s'il est établi que cette personne ou organisme a agi "dans le but de déguiser (l')origine illicite (des fonds) ou d'aider toute personne ... impliquée dans la réalisation de l'infraction ... à échapper aux conséquences juridiques de ses actes " (article 505, alinéa 1^{er}, 3^o, du Code pénal), et s'il apparaît que les fonds ne sont plus aux mains de la banque ou du gestionnaire, parce qu'ils ont été restitués à l'auteur de l'infraction primaire, le juge aura la faculté, selon le texte en projet, de réduire le montant de la confiscation "en vue de ne pas soumettre le condamné à une peine déraisonnablement lourde". En revanche, le juge n'aura pas cette possibilité si l'intention particulière exigée par l'article 505, alinéa 1^{er}, 3^o, du Code pénal, n'est pas établie et si la banque, gestionnaire ou mandataire est poursuivie sur pied de l'article 505, alinéa 1^{er}, 2^o, du Code pénal.

Le texte à l'examen établit donc une différence de traitement entre les agissements visés par l'article 505, alinéa 1^{er}, 3^o et 4^o, du Code pénal et ceux qui font l'objet du 2^o du même alinéa.

Cette différenciation de traitement doit être justifiée.

Par ailleurs, si le législateur ne se rallie pas à la modification qui a été proposée concernant le libellé de l'alinéa 2 de l'article 505 du Code pénal ⁽⁴⁶⁾, le nouvel alinéa 6 du même article (tel qu'il résulterait du texte à l'examen) sera en contradiction avec l'article 43*bis*, alinéa 1^{er}, du Code pénal.

En effet, en vertu du projet à l'examen, la personne condamnée pour une infraction ayant procuré un avantage patrimonial au sens de l'article 42, 3°, du Code pénal devrait être aussi poursuivie et condamnée pour infraction à l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal.

Le problème de la conciliation de l'article 43*bis* et de l'article 505, alinéa 6, du Code pénal, en projet, se posera avec une particulière acuité, dans le cas des infractions fiscales.

Dans son avis précédant l'arrêt de la Cour de cassation déjà cité du 22 octobre 2003 ⁽⁴⁷⁾, M. l'avocat général J. Spreutels envisageait l'hypothèse où une condamnation pour fraude fiscale, par une juridiction correctionnelle, interviendrait à un moment où l'impôt que le contribuable avait tenté d'éluder aurait été enrôlé et recouvré. Selon l'avocat général,

"il paraît également logique de considérer que si l'impôt a été enrôlé et recouvré, la confiscation de l'avantage patrimonial correspondant à son montant ne pourra plus être prononcée. Cette confiscation ... a un caractère facultatif précisément «pour éviter les effets potentiellement néfastes d'une application automatique de la confiscation dans certains cas particuliers»".

Ce tempérament résultant du caractère facultatif de la confiscation spéciale (caractère prévu par l'article 43*bis*, alinéa 1^{er}) sera annihilé si, d'une part, l'auteur de l'infraction primaire doit être automatiquement jugé coupable de recel "élargi", sur pied de l'article 505, alinéa 1^{er}, 2°, du Code pénal, du seul fait qu'il aura possédé, gardé ou géré les avantages patrimoniaux provenant de cette infraction et si, d'autre part, l'article 505, alinéa 6, du Code pénal est adopté dans les termes prévus par le texte en projet.

⁽⁴⁶⁾ Voir le commentaire de l'article 2, 4°, du projet.

⁽⁴⁷⁾ Cass., 22 octobre 2003, Pas., 2003, I, n° 516.

Article 3 du projet

Cet article vise à compléter l'article 35 du Code d'instruction criminelle, afin de le mettre en concordance avec l'article 35^{ter} du même Code, tel que modifié par l'article 8 de la loi du 19 décembre 2002.

Cette disposition n'appelle pas d'observation.

Observation finale

Il convient d'assurer la cohérence du présent projet avec la proposition de loi "modifiant l'article 505 du Code pénal en ce qui concerne le recel"⁽⁴⁸⁾ examinée ce jour sous le n° 40.176/2.

⁽⁴⁸⁾ Doc. parl., Sénat, n° 3-39/1, session extraordinaire 2003.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Messieurs	J. KIRKPATRICK,	assesseurs de la section de législation,
	H. BOSLY,	
Madame	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. J. REGNIER, premier auditeur chef de section.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 40.175/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 3 april 2006 door de Voorzitter van de Senaat verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van wet "tot wijziging van artikel 505 van het Strafwetboek en van artikel 35 van het Wetboek van Strafvordering in verband met de in geval van heling toepasselijke verbeurdverklaring" (Parl. St., Senaat, zitting 2005-2006, nr. 3-1610/1 en Parl. St., Kamer, zitting 2004-2005, nrs 51-1603/1 tot 4), heeft op 26 april 2006 het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorstel, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorstel aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Inleiding

Het wetsvoorstel dat door de Kamer aangenomen en door de Senaat geëvoceerd is, strekt voornamelijk tot vervanging van artikel 505 van het Strafwetboek, welk artikel, afgezien van de aanpassing aan de euro bij de wet van 26 juni 2000 betreffende de invoering van de euro in de wetgeving die betrekking heeft op aangelegenheden als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet, sedert 1990 twee keer is vervangen : een eerste keer bij 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, en een tweede keer bij de wet van 7 april 1995 tot wijziging van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld.

Om te begrijpen welke weerslag het ontwerp kan hebben op de wet die thans in die bijzonder complexe aangelegenheid geldt, dient te worden herinnerd aan de reikwijdte van de oorspronkelijke tekst van artikel 505 van het Strafwetboek en van de opeenvolgende wijzigingen die in dat artikel zijn aangebracht.

1. De oorspronkelijke tekst van artikel 505 van het Strafwetboek

Oorspronkelijk werd bij artikel 505 van het Strafwetboek een enkel strafbaar feit bestraft dat aflopend van aard is : het helen van "weggenomen, verduisterde of door misdaad of wanbedrijf verkregen zaken" ⁽¹⁾.

Dat helingsdelict ("helen" volgens de terminologie van het Strafwetboek), waarvan thans sprake is in artikel 505, eerste lid, 1°, van het Strafwetboek, veronderstelt noodzakelijkerwijze dat vooraf een oorspronkelijk strafbaar feit is gepleegd (misdad of wanbedrijf) waarbij de heler niet betrokken was, noch als dader, noch als mededader, noch als medeplichtige : er is altijd van uit gegaan dat de pleger van het oorspronkelijk strafbaar feit zich niet schuldig kan maken aan het helingsdelict. De dief, de oplichter, de persoon die zich schuldig heeft gemaakt aan misbruik van vertrouwen, pleegt geen nieuw strafbaar feit doordat hij het voorwerp van zijn wanbedrijf behoudt, opmaakt of beheert ⁽²⁾.

Dat kenmerk van heling komt goed tot uiting in de definitie die het Hof van Cassatie daarvan geeft : "(de) bestanddelen van de heling (zijn) het bezit of de detentie (van) een door misdaad of wanbedrijf van een derde verkregen voorwerp, ... alsmede de aan de inbezitneming voorafgaande of gelijktijdige wetenschap van de wederrechtelijke herkomst van het voorwerp" ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Zie, wat de aflopende aard van heling als strafbaar feit betreft, Cassatie, 2 augustus 1880, Pas., 1880, I, 284; Cassatie, 4 maart 1997, Arresten van het Hof van Cassatie van 1997, (118).

⁽²⁾ Nypels et Servais, Le Code pénal belge interprété, Brussel-Bruylant, 1899, nr. 10, blz. 176.

⁽³⁾ Zie inzonderheid : Cass., 18 november 1991, RDP, 1992, 433; Cass., 17 augustus 1982, Arresten van het Hof van Cassatie van 1981(82) (blz. 1407-1411). De rechtspraak van het Hof op dit punt is niet veranderd sedert een arrest van 16 juni 1873 (Pas., 1873, I, 234) naar luid waarvan heling, die zich alleen na diefstal kan voordoen en alleen door een andere dader kan worden gepleegd, volgens de nieuwe wet een feit vormt dat losstaat van diefstal een ander feit."

Oorspronkelijk werd in de wet geen verband gelegd tussen de werkingssfeer van artikel 505 van het Strafwetboek en artikel 42 van hetzelfde Wetboek, waarin wordt bepaald op welke zaken bijzondere verbeurdverklaring kan worden toegepast.

Volgens de regeling van het Strafwetboek van 1867 kon bijzondere verbeurdverklaring alleen worden toegepast op :

- "- de zaken die het voorwerp van het misdrijf uitmaken, en op die welke gediend hebben of bestemd waren tot het plegen van het misdrijf, wanneer zij eigendom van de veroordeelde zijn (artikel 42, 1°);
- de zaken die uit het misdrijf voortkomen (artikel 42, 2°)".

De zaken die het voorwerp van heling uitmaakten, bijvoorbeeld de op bedrieglijke wijze onvreemde zaken in geval van diefstal, konden krachtens artikel 42, 1°, nooit verbeurd worden verklaard, aangezien ze per definitie geen eigendom waren van de veroordeelde.

In het geval de zaak die het voorwerp uitmaakte van het oorspronkelijk strafbaar feit door de dader van dat strafbaar feit was onvreemd, werd artikel 505 van het Strafwetboek door de rechtspraak van het Hof van Cassatie op uitbreidende wijze toegepast. In een arrest van 1891 ⁽⁴⁾ werd toegegeven dat heling niet alleen kan bestaan in het in ontvangst nemen van het voorwerp zelf van het strafbaar feit, maar ook van de zaken die daaruit voortkomen, zoals, bijvoorbeeld, het geld dat verkregen wordt uit de verkoop van gestolen of verduisterde zaken.

Die uitbreidende interpretatie werd niet gebezigd voor bijzondere verbeurdverklaring. Er werd in het algemeen van uitgegaan dat het geld dat de dief verkreeg door de verkoop van de gestolen zaak niet kon worden beschouwd als "het voorwerp van het misdrijf" in de zin van artikel 42, 1°, noch als een "zaak die uit het

⁽⁴⁾ Cass., 28 december 1891, Pas., 1892, I, 68.

misdrijf voortkomt" in de zin van artikel 42, 2°, en dat het bijgevolg niet verbeurd kon worden verklaard ⁽⁵⁾.

2. De wijziging van artikel 505 van het Strafwetboek en van de bepalingen betreffende de bijzondere verbeurdverklaring bij de voormelde wet van 17 juli 1990

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, strekte ertoe de strijd op te voeren tegen alle vormen van criminaliteit die tot doel hebben winst op te leveren. De regering heeft toen het volgende gesteld :

"Die vormen van criminaliteit kunnen (het) best worden bestreden door ze in de wortel aan te tasten, enerzijds door verbeurdverklaring van uit de misdrijven verkregen winsten, en anderzijds door van alle handelingen die de omschakeling en het beheer van die onrechtmatige winsten tot doel hebben, een misdrijf te maken." ⁽⁶⁾

Met dat tweevoudig doel voor ogen is bij de wet van 17 juli 1990 niet alleen artikel 42 van het Strafwetboek aangevuld met een onderdeel 3°, maar is ook voorzien in een uitdrukkelijke band met de vermogensvoordelen waarvan sprake is in dat onderdeel 3° en in een strafbaar feit van "verruimde" heling, vermeld in artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek.

⁽⁵⁾ Noot van mevrouw Liekendael, procureur-generaal, toen advocaat-generaal, bij Cass. 4 juli 1986, Arresten van het Hof van Cassatie van 1985 (86), blz. 1494; voor een analyse van de rechtsleer en de rechtspraak van voor de wet van 17 juli 1990, zie ook J. Rozie, Voordeelsontneming, Intersentia 2005, blz. 16 tot 20. Bij een wet van 9 juli 1975 was een eerste afwijking van die principes ingevoerd om de verbeurdverklaring mogelijk te maken van geldbedragen die voortkomen uit de handel in verdovende middelen.

⁽⁶⁾ Gedr. St., Kamer, nr. 987/1-89/90 (Memorie van toelichting), blz. 1.

Voortaan is de bijzondere verbeurdverklaring krachtens artikel 42 van het Strafwetboek eveneens van toepassing op :

"3° (...) de vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen, op de goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld en op de inkomsten uit de belegde voordelen."

Uit het in onderlinge samenhang lezen van artikel 43 en van het eerste lid van artikel 43bis van het Strafwetboek, ingevoegd bij de nieuwe wet, blijkt overigens dat bijzondere verbeurdverklaring verplicht is voor de zaken bedoeld in artikel 42, onderdelen 1° en 2°, en facultatief is voor de "vermogensvoordelen" waarvan sprake is in artikel 42, onderdeel 3°.

Bovendien voorziet het nieuwe artikel 43bis in een mogelijke verbeurdverklaring van een overeenstemmend bedrag wanneer de zaken bedoeld in artikel 42, onderdeel 3°, "niet kunnen worden gevonden in het vermogen van de veroordeelde".

Ten slotte wordt erop gewezen dat ingeval de verbeurdverklaarde zaken aan de burgerlijke partij toebehoren, ze aan haar worden teruggegeven.

Artikel 505 van het Strafwetboek is toen vervangen door de volgende bepaling :

"Met gevangenisstraf van vijftien dagen tot vijf jaar en met geldboete van zesentwintig frank tot honderdduizend frank of met een van die straffen alleen worden gestraft :

- 1° zij die weggenomen, verduisterde of door misdaad of wanbedrijf verkregen zaken of een gedeelte ervan helen;
- 2° zij die zaken bedoeld in artikel 42, 3°, hebben gekocht, in ruil of om niet hebben ontvangen, in bezit, bewaring of beheer hebben genomen, ofschoon zij de oorsprong ervan kennen of moesten kennen.

De zaken bedoeld in 1° en 2° van dit artikel maken het voorwerp uit van de misdrijven die gedekt worden door deze bepalingen, in de zin van artikel 42, 1°, en zij worden 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..."⁽⁷⁾.

3. De wijziging van artikel 505 van het Strafwetboek bij de voormelde wet van 7 april 1995⁽⁸⁾

Het doel van de voormelde wet van 7 april 1995, waarvan artikel 7 artikel 505 van het Strafwetboek heeft vervangen, bestond erin de strijd op te voeren tegen het "witwassen" (ook al werd die term toen nog steeds niet gebezigd in het Strafwetboek) door het strafbaar stellen van voordien niet vermelde gedragingen, welke sindsdien voorkomen in artikel 505, eerste lid, 3° en 4°, van het Strafwetboek :

"Met (...) worden gestraft : (...)

- 3° zij die de zaken, bedoeld in artikel 42, 3°, omgezet of overdragen hebben met de bedoeling de illegale herkomst ervan te verbergen of te verdoezelen of een persoon die betrokken is bij een misdrijf waaruit deze zaken voortkomen, te helpen ontkomen aan de rechtsgevolgen van zijn daden;
- 4° zij die de aard, oorsprong, vindplaats vervreemding, verplaatsing of eigendom van de in artikel 42, 3°, bedoelde zaken hebben verheeld of verhuld, ofschoon zij de oorsprong ervan kenden of moesten kennen".

⁽⁷⁾ De Raad van State had gesuggereerd om het strafbaar feit bedoeld in artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek als "witwassen" te bestempelen, aangezien die term toen reeds in verscheidene internationale instrumenten werd gebezigd. Op die suggestie is de regering niet ingegaan omdat, volgens de Minister van Justitie, "de bedoeling om uit het misdrijf voortkomende zaken wit te wassen niet in aanmerking is genomen als constitutief element van het misdrijf" (Gedr. St., Kamer, nr. 987/1-89/90, blz. 12).

Sedertdien is de term witwassen gebezigd in de Belgische wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld (wet tot toepassing van richtlijn 91/308/EEG van 10 juni 1991 van de Raad, die "eerste witwasrichtlijn" wordt genoemd). Sinds de inwerkingtreding van die wet is het gebruikelijk een duidelijk onderscheid te maken tussen het "preventieve" en het "repressieve" gedeelte van de wetgeving op het witwassen van geld. Hoewel die term niet wordt gebezigd in artikel 505 van het Strafwetboek, dat het "repressieve gedeelte" vormt, wordt de term "witwasdelict" almaar couranter.

⁽⁸⁾ De regering heeft destijds, onder aanvoering van de spoedeisendheid, aan de Raad van State gevraagd om binnen drie dagen een advies uit te brengen over het voorontwerp dat tot de wet van 7 april 1995 heeft geleid.

Bij de voormelde wet van 7 april 1995 is bovendien in artikel 505 van het Strafwetboek het volgende nieuwe tweede lid ingevoegd :

"De in 3° en 4° beoogde misdrijven blijven bestaan, ook indien ze gepleegd worden door de dader of mededader van, respectievelijk de medeplichtige aan het misdrijf waaruit de zaken bedoeld in artikel 42, 3° voortkomen".

Met die bepaling wordt, alleen inzake de gedragingen die voor het eerst strafbaar worden gesteld, afgestapt van het principe dat reeds onder de gelding van het Strafwetboek van 1867 aanvaard was - zoals hierboven aangegeven is - dat degene die het oorspronkelijk strafbaar feit heeft gepleegd (als dader, mededader of medeplichtige) niet kan worden vervolgd wegens heling van de voordelen die hij door dat strafbaar feit heeft verkregen.

Het is niet makkelijk een duidelijk onderscheid te maken tussen de respectieve werkingssfeer van de beide strafbare feiten, bedoeld in enerzijds artikel 505, eerste lid, 1°, van het Strafwetboek (strafbaar feit van "gewone" heling) en anderzijds artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek (strafbaar feit van "verruimde" heling).

Er is reeds aangegeven dat nog voor de inwerkingtreding van de wet van 17 juli 1990 aanvaard werd dat heling betrekking had op "de voordelen die voortkomen" uit het oorspronkelijk strafbaar feit, hetgeen hoe dan ook de prijs omvatte van het te gelde maken van de lichamelijke roerende zaken die verkregen waren door middel van het oorspronkelijke strafbaar feit ⁽⁹⁾.

Wat de aard van het oorspronkelijk strafbaar feit betreft, kon het gaan om elk strafbaar feit waardoor degene die het gepleegd heeft wederrechtelijk in het bezit kon komen van een zaak of een geldbedrag, ongeacht of dat strafbaar feit in België of in het buitenland is gepleegd ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Zie het hiervoren geciteerde arrest, noot 4.

⁽¹⁰⁾ Cass., 17 augustus 1982, Arresten van het Hof van Cassatie van 1981 (82) (blz. 1407-1411); Hof van Cassatie van Frankrijk, 4 april 1962, geciteerd door Trousse, Chron. Jurisprud. R.D.P., 1960-1963, 658.

Het begrip "heling" zelf is altijd in ruime zin opgevat. Volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie is voor het bestaan van het strafbaar feit heling geen materieel bezit vereist van de door misdaad of wanbedrijf verkregen zaken. Aldus is geoordeeld dat bestanddelen van heling zijn het feit instructies te geven die leiden tot de vernietiging van gestolen handelswaar ⁽¹¹⁾ of het feit de aankoop van een voertuig te financieren met de buit van een roofoverval (zelfs als het geld feitelijk nooit door de handen is gegaan van de persoon die veroordeeld is wegens heling) ⁽¹²⁾.

Uitgenomen in het geval dat de "weggenomen, verduisterde of door misdaad of wanbedrijf verkregen zaken" waarvan sprake is in artikel 505, eerste lid, 1°, van het Strafwetboek, geen enkele handelswaarde bezitten, zijn die zaken noodzakelijkerwijze "vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen" of "goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld" in de zin van artikel 42, 3° (hoewel het begrip "vermogensvoordeel" meer kan omvatten dan "weggenomen, verduisterde of door misdaad of wanbedrijf verkregen zaak").

Bijgevolg blijkt duidelijk dat alle handelingen die ("gewone") heling opleveren in de zin van artikel 505, eerste lid, 1°, van het Strafwetboek tegelijk het strafbaar feit vermeld in artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek - ("verruimde") heling - opleveren zoals dat artikel thans van kracht is.

R. Verstraeten en D. Dewandeleer hebben het volgende geschreven :

"Gelet op de omschrijving van het misdrijf van art. 505, eerste lid, 2°, Sw. kan men zich afvragen of het nog wel nodig was de klassieke bepaling over de heling te handhaven. Het lijkt bijzonder moeilijk om zich gevallen voor de geest te halen waarin het autonome bestaansrecht van art. 505, eerste lid, 1°, Sw. nog op de voorgrond treedt. Het komt ons voor dat de inhoud van art. 505, eerste lid, 1°, Sw., die in beginsel verband houdt met de primaire vermogensvoordelen, geheel opgaat in art. 505, eerste lid, 2°, Sw. " ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ Cass., 24 maart 1958, Arresten van het Hof van Verbreking, 1958, blz. 556.

⁽¹²⁾ Cass., 12 oktober 1993, Arresten van het Hof van Cassatie, 1993, 2, blz. 828.

⁽¹³⁾ "Witwassen na de wet van 7 april 1995 : kan het nog witter ?", R.W., 1995-1996, blz. 689 e.v., inz. blz. 691.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 2, 1° tot 3°, van het ontwerp

Bij de onderdelen 1° tot 3° van artikel 2 van het ontwerp worden wijzigingen aangebracht in de Nederlandse tekst van artikel 505, eerste lid, van het Strafwetboek, vervangen bij de voormelde wet van 17 juli 1990 en bij de voormelde wet van 7 april 1995.

De Nederlandse tekst van artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek, zoals die zou voortvloeien uit de aanneming van het ontwerp, is (onder voorbehoud van een geringe wijziging : "ruilen" in plaats van "in ruil ontvangen") dezelfde tekst als die welke de Kamer aangenomen had en overgezonden had aan de Senaat tijdens de werkzaamheden die tot de wet van 17 juli 1990 hebben geleid ⁽¹⁴⁾.

Tijdens de bespreking van die tekst in de commissie voor de Justitie van de Senaat is de Nederlandse tekst gewijzigd : de woorden "bezitten, bewaren of beheren" zijn vervangen door de woorden "in bezit, bewaring of beheer hebben genomen".

Volgens het verslag

"bevestigen (meerdere leden) dat ... het aflopend karakter van het misdrijf (beter wordt) beklemtoond (doordat) duidelijk (wordt) gesteld dat het misdrijf voltrokken is op (het) ogenblik van het in het bezit nemen" ⁽¹⁵⁾.

Uit alle besprekingen in de commissie, zowel in de Kamer als in de Senaat, blijkt immers dat de bedoeling van de stellers van het wetsontwerp erin bestond van het delict "verruimde" heling, ingesteld bij het nieuwe artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek, een aflopend misdrijf te maken, net zoals het delict "gewone" heling, vermeld in onderdeel 1°. Aangezien het volgens de Senaat louter ging om een taalkundige correctie van de tekst zoals die door de Kamer was goedgekeurd, is de door de Senaat

⁽¹⁴⁾ Gedr. St., Senaat, nr. 890/1 (1989-1990).

⁽¹⁵⁾ Gedr. St., Senaat, nr. 890/2 (1989-1990), blz. 47.

aangenomen tekst door de Koning afgekondigd zonder eerst opnieuw aan de Kamer te zijn voorgelegd.

De Franse tekst van artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek ("ceux qui auront ... possédé, gardé ou géré ...") is, zijnerzijds, niet aangepast door de Senaat ⁽¹⁶⁾. Zulks neemt niet weg dat, zoals hiervoren aangegeven, de bedoeling van de wetgever van 1990 er wel degelijk in bestond om van dat nieuwe strafbaar feit, ingesteld bij artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek, een aflopend misdrijf te maken, net zoals zulks het geval is met de "gewone" heling, met toepassing van artikel 505, eerste lid, 1°, van het Strafwetboek.

Zoals hiervoren vermeld is, is artikel 505 van het Strafwetboek integraal vervangen bij artikel 7 van de voormelde wet van 7 april 1995, maar de onderdelen 1° en 2° van het eerste lid van die bepaling zijn overgenomen in hun vorige versie en zulks, ook al had de regering, tijdens de parlementaire voorbereiding van de voormelde wet van 7 april 1995 de wil geuit in te gaan op de suggestie van de Cel voor Financiële Informatieverwerking (CFI), die erin bestond van het witwasdelict bedoeld in artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek een voortdurend strafbaar feit te maken. Aangezien de tekst zelf van artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek niet gewijzigd is, is de rechtsleer verdeeld geweest over de vraag of het delict bestaande in het bezitten, bewaren of beheren van onwettige vermogensvoordelen een aflopend of een voortdurend strafbaar feit vormt ⁽¹⁷⁾.

Evenwel wordt in een arrest van het Hof van Cassatie van 21 juni 2000 ⁽¹⁸⁾ het aflopend karakter van het witwasdelict, bepaald in artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek aanvaard, maar wordt daarin gesteld dat

"het aflopend karakter ... niet belet dat de dader dat misdrijf telkens opnieuw pleegt, wanneer hij t.a.v. de goederen of waarden waarvan hij de strafbare

⁽¹⁶⁾ In verband met deze discrepantie tussen de Nederlandse en de Franse tekst, zie R. Verstraeten en D. Dewandeleer, voormelde studie, R.W., blz. 693 tot 696.

⁽¹⁷⁾ In de zin van een voortdurend misdrijf, A. De Nauw, "De verschillende luiken van het wettelijk systeem tot bestraffing en tot voorkoming van het witwassen van geld en de fiscale fraude", Fiscale Strafrecht en Strafprocesrecht (Rozie, M(ed.), Gent, Mys & Breesch, 1996, 234. R. Verstraeten en D. Dewandeleer (geciteerde studie, R.W., 1995-1996, blz. 696) hebben twijfels omtrent de woorden "in bezit, bewaring of beheer hebben genomen", maar benadrukken dat het strafbaar feit dat erin bestaat zaken te "hebben gekocht, in ruil of om niet te hebben ontvangen" een duidelijk aflopend karakter heeft.

⁽¹⁸⁾ Cass., 21 juni 2000, Arresten van het Hof van Cassatie van 2000 (387).

oorsprong kende of diende te kennen, één van de in de wet omschreven handelingen stelt" ⁽¹⁹⁾.

In de toelichting bij het wetsvoorstel dat het voorliggende wetsontwerp is geworden, geven de indieners ervan op een tegenstrijdige manier aan waarom ze alleen de Nederlandse tekst van artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek willen vervangen door de tekst die in 1990 door de Kamer is goedgekeurd voor de "correctie" ervan door de Senaat :

"Blijkens de memorie van toelichting bij de wet van 7 april 1995, kan het witwasdelict een voortdurend karakter hebben. Teneinde iedere discussie op dat punt te voorkomen, wordt voorgesteld de tekst van artikel 505, eerste lid, 2°, te wijzigen. Het is immers van essentieel belang dat iemand die in het buitenland in het bezit komt van de opbrengst van een misdrijf, en dat geld vervolgens in België witwast, daarvoor in ons land strafbaar moet zijn. Dit wetsvoorstel voorziet voorts in een nieuwe redactie van de gehele Nederlandse tekst van het eerste lid, met het oog op de coherentie ervan met artikel 505, eerste lid, 1°".

In tegenstelling tot hetgeen de indieners van het voorstel denken, maken de voorgestelde wijzigingen het niet mogelijk te zorgen voor overeenstemming tussen de onderdelen 1° en 2° van artikel 505, eerste lid, van het Strafwetboek, aangezien het strafbaar feit van "gewone" heling bedoeld in onderdeel 1° door de rechtsleer altijd als een aflopend misdrijf is beschouwd.

Voorts is het duidelijk de bedoeling van de indieners van het voorstel om een voortdurend misdrijf te maken van alleen bepaalde feiten bedoeld in artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek ("bezitten, bewaren of beheren"). Aangezien zowel de andere gedragingen bedoeld in onderdeel 2° ("kopen, ruilen of om niet ontvangen") als die welke bij artikel 505, eerste lid, onderdelen 3° en 4° van het Strafwetboek strafbaar worden gesteld eveneens gewijzigd worden doordat in de Nederlandse tekst de onvoltooid tegenwoordige tijd in de plaats komt van de voltooid tegenwoordige tijd, zou de tekst evenwel geïnterpreteerd kunnen worden als ertoe strekkende ook die onderscheiden strafbare feiten voortdurend te maken.

Die dubbelzinnigheid moet worden opgeheven.

⁽¹⁹⁾ Zie eveneens, in dezelfde zin, Cass., 31 oktober 1995, TRV, 1996, 635, met noot van F. Hellemans.

Ten slotte kan "iemand die in het buitenland in het bezit komt van de opbrengst van een misdrijf" bij de huidige stand van het recht reeds in België worden vervolgd als hij in dit land een van de handelingen bedoeld in artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek stelt, inzonderheid als hij in België enige daad van beheer stelt ⁽²⁰⁾. Met andere woorden, het doel dat de indieners van het voorstel op dit punt nastreven, kan in vele gevallen reeds bij de huidige stand van de regelgeving worden bereikt.

De slotsom is dat het Parlement nauwkeurig en ondubbelzinnig moet aangeven, zowel in de Franse als in de Nederlandse tekst van artikel 505, eerste lid, 2°, en, in voorkomend geval, 3° en 4°, van het Strafwetboek, welke strafbare feiten het beschouwd wil zien als voortdurende misdrijven. Doordat het moeilijk is het toepassingsgebied van de onderdelen 1° en 2° van artikel 505, eerste lid, van het Strafwetboek van elkaar te onderscheiden, is het bovendien in ieder geval wenselijk dezelfde regeling voor deze beide strafbare feiten van "heling" te hanteren (gesteld dat het mogelijk is ze te onderscheiden). Op dit punt wordt verwezen naar een ander wetsvoorstel dat trouwens aan de Senaat is voorgelegd en dat er immers toe strekt van "gewone" heling (artikel 505, eerste lid, 1°, van het Strafwetboek) eveneens een voortdurend misdrijf te maken ⁽²¹⁾.

Artikel 2, 4°, van het ontwerp

Volgens de ontworpen tekst bepaalt artikel 505, tweede lid, van het Strafwetboek het volgende :

"De in 2° ⁽²²⁾, 3° en 4° beoogde misdrijven blijven bestaan, ook indien ze gepleegd worden door de dader of mededader van, respectievelijk de medeplichtige aan het misdrijf waaruit de zaken bedoeld in artikel 42, 3° voortkomen".

⁽²⁰⁾ Zie het arrest van het Hof van Cassatie d.d. 21 juni 2000, dat hiervoren geciteerd is, noot 18.

⁽²¹⁾ Wetsvoorstel "tot wijziging van artikel 505 van het Strafwetboek betreffende de heling" (Gedr. St., Senaat, nr. 3-39/1 - buitengewone zitting 2003), waarover de Raad van State heden advies 40.176/2 heeft uitgebracht.

⁽²²⁾ De verwijzing naar "2°" wordt toegevoegd in de huidige tekst van het tweede lid.

De voorgestelde wijziging heeft tot doel te reageren op een arrest van het Hof van Cassatie van 8 mei 2002 ⁽²³⁾, waarin het volgende gesteld wordt :

"Het kopen, in ruil geven of om niet ontvangen, het in bezit, bewaring of beheer nemen, hoewel de oorsprong ervan gekend was of diende te zijn, van hetzij vermogensvoordelen die rechtstreeks uit een misdrijf zijn verkregen, hetzij van goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld, hetzij van de inkomsten van de belegde voordelen, levert het misdrijf van witwassing, bedoeld in art. 505, eerste lid, 2°, niet op t.a.v. degene die, als dader, mededader of medeplichtige, deelgenomen heeft aan het misdrijf dat die vermogensvoordelen, goederen en waarden of inkomsten heeft opgeleverd."

In het geval dat tot dit arrest aanleiding heeft gegeven, was de eiser tot cassatie, die in Zweden was veroordeeld en opgesloten wegens BTW-fraude, voor de Belgische gerechten vervolgd voor "het witwassen, door de aankoop van goud in België", van de kapitalen verkregen door deze belastingfraude. Hij was door het hof van beroep te Brussel veroordeeld wegens het overtreden van artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek. Met de reeds geciteerde overweging oordeelde het Hof van Cassatie dat dergelijke handelingen niet strafbaar zijn op de voet van onderdeel 2°.

In de toelichting bij het wetsvoorstel staat het volgende :

"In tegenstelling tot het misdrijf bedoeld in artikel 505, 2°, (verruimde heling), zijn momenteel alleen de in artikel 505, 3° en 4°, van het Strafwetboek bedoelde misdrijven strafrechtelijk strafbaar voor de auteur van het misdrijf dat aan de basis van de witgewassen goederen of tegoeden ligt ⁽²⁴⁾. Blijkens een recent, door het Hof van Cassatie op 8 mei 2002 gewezen arrest, kan die situatie leiden tot een aanzienlijke leemte bij de bestraffing van dat misdrijf wanneer de auteur van het oorspronkelijke – in het buitenland gepleegde – misdrijf, de opbrengst daarvan in België komt witwassen. Vandaar dan ook het voorstel om in dat verband niet langer enig onderscheid te maken tussen de drie misdrijven van witwassing, bedoeld in artikel 505, eerste lid, 2°, 3° en 4°, van het Strafwetboek. Het spreekt evenwel voor zich dat het loutere bezit of de loutere bewaring in België, door de auteur van het oorspronkelijke – in België gepleegde – misdrijf, van de vermogensvoordelen die voormeld misdrijf heeft opgeleverd, niet kan worden aangemerkt als deel uitmakend van het witwasdelict ⁽²⁵⁾."

⁽²³⁾ www.juridat.be/cgi_juris/j...AN+CASSATIE.

⁽²⁴⁾ Zie het huidige tweede lid van artikel 505 van het Strafwetboek.

⁽²⁵⁾ Volgens de verklaring die in de commissie voor de Justitie van de Kamer door de hoofdindieners van het voorstel is gedaan, moet de toelichting bij het wetsvoorstel echter verbeterd worden, daar deze twee laatste zinnen dienen te worden geschrapt (Gedr. St., Kamer, DOC 51-1603/002, blz. 5).

De tekst van het wetsvoorstel die door de Kamer is aangenomen, bevat niet de grote beperking die in deze laatste zin vervat is : niets in de ontworpen tekst beperkt immers het strafbare karakter van bepaalde feiten bedoeld in artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek, tot het geval waarin het oorspronkelijk strafbaar feit in het buitenland zou zijn gepleegd.

Indien de voorgestelde tekst wordt aangenomen, zal dit tot gevolg hebben dat degene die welk strafbaar feit ook heeft gepleegd dat een vermogensvoordeel heeft opgeleverd, een nieuw strafbaar feit pleegt alleen al doordat hij dit voordeel in bezit, in bewaring of in beheer heeft genomen.

Het ontwerp zonder meer aannemen zoals het door de Kamer is overgezonden, zou dus gevolgen hebben waarvan de indieners van het wetsvoorstel, evenmin als de leden van de commissie voor de Justitie van de Kamer, zich rekenschap lijken te hebben gegeven. De daders, mededaders van of medeplichtigen aan het oorspronkelijk strafbaar feit zouden eveneens kunnen worden vervolgd voor "verruimde" heling in de zin van artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek, terwijl ze dat niet zouden kunnen worden, in dezelfde omstandigheden, wegens "gewone" heling in de zin van onderdeel 1°.

Er is echter reeds aangegeven dat de zaak die gestolen, verduisterd of verkregen is dankzij frauduleuze praktijken, een vermogensvoordeel vormt dat uit het strafbaar feit wordt gehaald, zodat de handelingen die "gewone" heling opleveren eveneens de kwalificatie "verruimde" heling lijken te moeten krijgen, waarvan sprake is in artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek.

Er is bovendien op gewezen dat de tekst die door de Kamer is aangenomen niet de oorspronkelijke wil van de indieners van het wetsvoorstel weergeeft, die van oordeel zijn dat

"het loutere bezit of de loutere bewaring in België, door de auteur van het oorspronkelijke - in België gepleegde - misdrijf, van de vermogensvoordelen die voormeld misdrijf heeft opgeleverd, niet kan worden aangemerkt als deel uitmakend van het witwasdelict".

De inwerkingstelling van deze tekst zou derhalve tot gevolg hebben dat, in tegenstelling tot de oorspronkelijke wil van de indieners van het wetsvoorstel, de dief

automatisch de heler wordt van de zaak die door hem gestolen is, de dader van een verduistering evenzo de heler van de verduisterde zaak zou worden, enz.

Indien daarenboven moet worden aangenomen dat door de wijziging die in artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek wordt aangebracht, het strafbaar feit van het witwassen als voortdurend moet worden beschouwd, heeft dit tot gevolg dat bij diefstal, gelet op de eenheid van opzet tussen de diefstal en de "verruimde" heling, de verjaringstermijn van de rechtsvordering niet kan ingaan zolang de dief zich niet zonder tegenprestatie van de gestolen zaak heeft ontdaan.

Bovendien is het verkieslijk, gelet op de reeds beklemtoonde moeilijkheden om een onderscheid te maken tussen de strafbare feiten bedoeld in de onderdelen 1° en 2° van artikel 505, eerste lid, van het Strafwetboek, het ontworpen tweede lid uit te breiden tot het strafbaar feit bedoeld in onderdeel 1°.

De slotsom is dat het ontwerp als volgt zou kunnen worden geredigeerd :

"4° Het tweede lid wordt vervangen door de volgende bepaling :

«De in het eerste lid, 3° en 4°, genoemde misdrijven bestaan, indien de dader ervan ook dader, mededader van of medeplichtige is aan het misdrijf waaruit de zaken genoemd in artikel 42, 3°, voortkomen. De in het eerste lid, 1° en 2°, genoemde misdrijven bestaan, ook indien de dader ervan eveneens de dader, mededader van, of medeplichtige is aan het misdrijf waaruit de zaken genoemd in artikel 42, 3°, voortkomen, wanneer dit misdrijf in het buitenland is gepleegd en in België niet kan worden vervolgd»".

Artikel 2, 5°, van het ontwerp

1. Deze bepaling heeft tot doel tussen het tweede en het derde lid (dat het vierde lid wordt) van artikel 505 van het Strafwetboek een nieuw derde lid in te voegen dat als volgt geredigeerd is :

"Behalve ten aanzien van de dader, de mededader of de medeplichtige van het misdrijf dat de in artikel 42, 3°, bedoelde zaken heeft opgeleverd, is het in het eerste lid, 2°, bedoelde misdrijf niet van toepassing op die in artikel 42, 3°, bedoelde zaken die werden verkregen uit de misdrijven waarvan sprake in artikel 206 van het Wetboek der

.../...

registratie-, hypotheek- en griffierechten, artikel 133 van het Wetboek der successierechten, artikel 66 het Wetboek der zegelrechten, artikel 449 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, artikel 73 van het Wetboek van de belasting over de toegevoegde waarde en artikel 207 van het Wetboek van met het zegel gelijkgestelde taksen".

Deze artikelen van de belastingwetboeken hebben betrekking op fiscale fraude die geen valsheid in geschrifte omvat gepleegd met het doel de belasting te ontduiken (bijvoorbeeld : het onvolledig invullen van een belastingaangifte om de belasting te ontduiken).

Deze tekst beslecht impliciet een controverse over de toepasbaarheid van het "witwasdelict" bedoeld in onderdeel 2° van artikel 505, eerste lid, van het Strafwetboek, ingeval het oorspronkelijk strafbaar feit belastingfraude is.

Om de strekking van de voorgestelde hervorming te begrijpen, is het noodzakelijk in het kort te herinneren aan de punten waarover deze controverse ging.

Zoals reeds is uiteengezet, wordt bij artikel 505 van het Strafwetboek straf gesteld op verschillende handelingen betreffende vermogensvoordelen genoemd in artikel 42, 3°, van het Strafwetboek, die voortkomen uit een misdrijf of een wanbedrijf. Voorzover fiscale strafbare feiten vermogensvoordelen kunnen opleveren in de zin van het genoemde artikel 42, 3°, van het Strafwetboek, vallen ze dus niet buiten het toepassingsgebied van artikel 505 van het Strafwetboek, zoals het thans van kracht is.

TVA-fraude heeft vaak tot gevolg dat de fraudeur hierdoor onverschuldigde teruggaven kan verkrijgen in de vorm van betalingen van de Staat aan de fraudeur. Er is nooit betwist dat de aldus ontvangen sommen "vermogensvoordelen (zijn) die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen", in de zin van artikel 42, 3°, van het Strafwetboek, en die bijgevolg een secundair witwasdelict kunnen opleveren.

Daarentegen is de vraag gerezen hoe in het licht van de artikelen 42, 3°, en 505 van het Strafwetboek de besparingen die overeenstemmen met het bedrag van de bedrieglijk ontdoken belasting moeten worden gezien.

In dit opzicht zijn drie theorieën ontwikkeld ⁽²⁶⁾ :

1° De minimalistische stelling.

Volgens een eerste stelling kan het begrip "vermogensvoordelen" alleen betrekking hebben op lichamelijke of onlichamelijke goederen, maar niet op de besparing die het gevolg is van het ontwijken van een schuld. Op dergelijke besparingen kan dus geen bijzondere verbeurdverklaring worden toegepast en terzake kan geen sprake zijn van een secundair witwasdelict.

2° De tussenstelling.

Volgens een tweede stelling vormt de besparing als gevolg van het ontwijken van een belastingschuld een vermogensvoordeel. Dit voordeel vertoont evenwel de bijzonderheid dat het niet kan worden geïdentificeerd of gevonden in het vermogen van de belastingplichtige, aangezien de ontdoken belasting had kunnen worden betaald met welke activa ook uit dit vermogen ⁽²⁷⁾. Met betrekking tot het bewuste vermogensvoordeel kan derhalve uitsluitend een daarmee overeenstemmend bedrag verbeurd worden verklaard, met toepassing van artikel 43*bis* van het Strafwetboek ⁽²⁸⁾. Doordat het vermogensvoordeel niet als een welbepaald element van de activa kan worden geïdentificeerd, kan er geen sprake zijn van een secundair witwasdelict. Volgens de aanhangers van deze stelling zou een andere beslissing hierover ertoe leiden dat geheel het vermogen van de fraudeur aangetast wordt.

⁽²⁶⁾ Zie de gedetailleerde uiteenzetting van deze drie theorieën door J. Rozie, Voordeelsontneming, Intersentia, 2005, blz. 155 tot 183.

⁽²⁷⁾ Een belastingplichtige heeft bijvoorbeeld volkomen wettig een bankrekening in het buitenland geopend, waarvan hij regelmatig de inkomsten aangeeft. Het is perfect mogelijk dat deze belastingplichtige met liquiditeiten die hij in België bezat het totale bedrag van zijn bijdrage in de personenbelasting betaalt, welke bijdrage de verschuldigde belasting op in het buitenland geïnde roerende inkomsten omvat. Indien deze belastingplichtige de inkomsten uit zijn buitenlandse rekening niet aangeeft, kan niet worden geconcludeerd dat het vermogensvoordeel dat eruit voortkomt begrepen is in de op deze rekening geplaatste bedragen. Het bewuste voordeel is "vlottend"; er bestaat geen enkele reden om te besluiten dat het opgenomen is in bepaalde activa veeleer dan in andere activa (Zie over deze kwestie F. Roggen, "La fraude fiscale créatrice d'avantage patrimonial", opmerkingen onder cassatie, 22 oktober 2003, JLMB, 2004, blz. 345-349).

⁽²⁸⁾ Ter verdediging van deze stelling zie G. Stessens, "Nogmaals over de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen uit een misdrijf en aanverwante aspecten, zoals strafbaarstelling van witwassen", RW, 1999-2000, blz. 1073 en volgende, inz. blz. 1077-1078; "Zwart geld ten eeuwigen dage in de strafrechtelijke greep van het parket?", T. Strafr., 2004, blz. 179-183; B. Coopman, "Zwart, wit en grijze haren - het witwasmisdrijf in de fiscale periferie", ATF, 1998, blz. 251-254.

3° De maximalistische stelling.

Volgens een derde stelling kan op elk vermogensvoordeel dat voortkomt uit ontwijking van een belastingschuld een bijzondere verbeurdverklaring worden toegepast, krachtens artikel 42, 3°, van het Strafwetboek, en kan het vermogensvoordeel bovendien het voorwerp van een secundair witwasdelict uitmaken ⁽²⁹⁾.

De vraag of artikel 42, 3°, van het Strafwetboek toepasselijk is op vermogensvoordelen die voortkomen uit fiscale overtredingen, is opgeworpen tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 19 december 2002 tot uitbreiding van de mogelijkheden tot inbeslagneming en verbeurdverklaring in strafzaken. Bij deze wet is in het Strafwetboek een artikel 43^{quater} ingevoegd dat een vergemakkelijkte en verruimde regeling van verbeurdverklaring invoert voor bepaalde categorieën van strafbare feiten, die limitatief worden opgesomd, waaronder

"meerdere strafbare feiten die gezamenlijk worden vervolgd, en waarvan de ernst, de finaliteit en de onderlinge afstemming, de rechtbank toelaat zeker en noodzakelijk te besluiten dat deze feiten werden gepleegd in het kader van ernstige en georganiseerde fiscale fraude waarbij bijzonder ingewikkelde mechanismen of procédés van internationale omvang werden aangewend" (artikel 43^{quater}, § 1, c), van het Strafwetboek).

In zijn advies over het wetsontwerp heeft de Raad van State zich vragen gesteld over de relevantie van deze vermelding 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" ⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ Zie inzonderheid M. Rozie, "De bijzondere verbeurdverklaring van vermogensvoordelen toegepast op fiscale delicten", in Fiscaal strafrecht en strafprocesrecht, Gent, Mys & Breesch, 1996, blz. 211-213; A. De Nauw, "De verschillende luiken van het wettelijk systeem tot bestraffing en tot voorkoming van het witwassen van gelden en de fiscale fraude", idem, blz. 219-246, inz. blz. 226-227; R. Verstraeten en D. Dewandeleer, "Witwassen na de wet van 7 april 1995 : kan het nog witter?", RW, 1995-1996, blz. 689 en volgende, inz. blz. 690-691; H. Bosma, "Verbeurdverklaring van de vermogensvoordelen uit de niet-opgave van buitenlandse roerende inkomsten", AFT, 2001, blz. 210-219, inz. blz. 213-214; J.F. Godbille, "Les aspects répressifs : l'infraction de blanchiment dans le secteur financier", in Blanchiment : la situation des entreprises, des organismes financiers et de leurs conseillers, Brussel, Kluwer, 2003, blz. 57 en volgende, inz. blz. 85.

⁽³⁰⁾ Gedr. St. Kamer, nr. 1610/1, zitting 2001-2002, blz. 76.

Als antwoord op deze vraagstelling van de Raad van State, hebben de vertegenwoordigers van de minister gepreciseerd dat het begrip ernstige en georganiseerde fiscale fraude hoofdzakelijk betrekking heeft op BTW-carrousels⁽³¹⁾. Het doel van degenen die BTW-carrousels opzetten bestaat er namelijk in van de Schatkist onverschuldigde terugbetalingen te verkrijgen. In een dergelijk geval gaat het dus niet om het loutere vermijden van belastingschuld.

Bij zijn arrest van 22 oktober 2003⁽³²⁾ heeft het Hof van Cassatie echter besloten

"dat de rechter, wanneer hij met toepassing van de artikelen 43, 3° en 43bis, van het Strafwetboek, oordeelt over de vermogensvoordelen die uit een misdrijf zijn verkregen, kan beslissen dat de ontwijking van een belasting een dergelijk voordeel vormt; dat het door inkohiering alleen niet verdwijnt"

en

"dat voor het overige, de rechter in feite beslist of een vermogensvoordeel waarop de bijzondere verbeurdverklaring betrekking heeft, rechtsreeks uit een misdrijf is verkregen."

In het geval dat aanleiding heeft gegeven tot dit arrest werden de beklaagden niet voor een witwasdelict vervolgd. Het Hof heeft zich dus niet uitgesproken over de strekking van artikel 505 van het Strafwetboek, noch over de toepasbaarheid ervan op vermogensvoordelen die voortkomen uit ontwijking van belastingschuld. Het arrest keurt de minimalistische stelling weliswaar af, maar maakt het daarentegen niet mogelijk een keuze te maken tussen de tussenstelling en de maximalistische stelling.

Sommige auteurs hebben gesteld dat artikel 7 van de wet van 31 december 2003 houdende invoering van een eenmalige bevrijdende aangifte (EBA) de controverse had beslecht door op de voorwaarden welke die wet bepaalt vrijstelling van strafvervolgung te verlenen aan personen die zich schuldig hebben gemaakt "aan misdrijven omschreven in artikel 505 van het Strafwetboek, in zoverre die betrekking

⁽³¹⁾ Zie de analyse van de parlementaire voorbereiding van de wet van 19 december 2002 door M.-A. Beernaert, "Fraude fiscale, confiscation et blanchiment : le point sur des questions très controversées", RCJB, 2005, blz. 97 en volgende, inz. nr. 12, blz. 104.

⁽³²⁾ Cass., 22 oktober 2003, www.juridat.be/cgi_juris/j...AN+CASSATIE en de conclusie van advocaat-generaal Spreutels. Over dit arrest zijn veelvuldige commentaren geschreven : zie de talrijke geciteerde literatuurplaatsen in de noot (1) in de studie van M.-A. Beernaert, RCJB, 2005, blz. 97.

hebben op de vermogensvoordelen die rechtstreeks uit (de) misdrijven zijn verkregen" bedoeld in de artikelen 449 en 450 van het Wetboek van de inkomstenbelasting 1992, 73 en 73*bis* van het Wetboek van de belasting over de toegevoegde waarde, 133 en 133*bis* van het Wetboek van successierechten, 206 en 206*bis* van het Wetboek der registratierechten, en 207*bis* van het Wetboek van met het zegel gelijkgestelde taksen : vrijstelling van strafvervolgning wegens witwassen van geld verlenen zou immers, a contrario, impliceren dat het delict bestaat, wanneer niet voldaan is aan de voorwaarden om vrijstelling van strafvervolgning te verkrijgen ⁽³³⁾.

Volgens andere auteurs heeft de wetgever er gewoon naar gestreefd de rechtszekerheid te waarborgen, zonder welke het mechanisme van de EBA niet had kunnen werken, wat het noodzakelijk maakte alle twijfel weg te nemen aangaande de mogelijkheden tot vervolging wegens witwassen van geld, maar dusdoende heeft hij geen standpunt willen innemen over de kwestie van de toepassing van het witwasdelict inzake fiscale fraude ⁽³⁴⁾.

De slotsom is dat tot op heden de controversen over de vraag of "vermogensvoordelen" verkregen door het ontwijken van een belastingschuld gerekend moeten worden tot de strafbare feiten genoemd in artikel 505, eerste lid, 2° tot 4°, van het Strafwetboek noch door de rechtsleer, noch door de jurisprudentie beslecht zijn en het valt te betwijfelen dat ze impliciet zijn door artikel 7 van de wet van 31 december 2003.

Het onderzochte ontwerp regelt dus gedeeltelijk de kwestie, doordat het voorziet in een bijzondere regeling, in het geval bedoeld in artikel 505, eerste lid, 2° (en niet 3° en 4°), van het Strafwetboek, voor het witwassen van vermogensvoordelen verkregen uit fiscale fraude bedoeld in alle fiscale wetboeken (met uitzondering van de algemene wet op de douane en accijnzen), wanneer er geen valsheid in geschrifte mee gemoeid is gepleegd om de belasting te ontduiken.

2. De redenen die de invoering wettigen van een specifieke regeling op het gebied van het witwassen van vermogensvoordelen verkregen door fiscale strafbare feiten

⁽³³⁾ In deze zin, R. Verstraeten, "De wet van 31 december 2003 houdende invoering van een eenmalige bevrijdende aangifte", AFT, 2004, blz. 18; A. De Nauw, "Over belastingontduiking, voordeelsontneming en witwassen", RW, 2004-2005, blz. 429.

⁽³⁴⁾ In deze zin, onder andere J. tessens, "Zwart geld ten eeuwigden dage in de strafrechtelijke greep van het parket?", T. Straf., 2004, blz. 183.

worden door de hoofdindieners van het voorstel uiteengezet in het verslag van de kamercommissie voor de Justitie ⁽³⁵⁾ :

"(...) artikel 505, eerste lid, 2°, (kan) problemen (...) stellen voor de financiële sector, op wie deze bepaling van toepassing is. Zij wensen terecht dat eenvoudige fiscale fraude niet onder dit artikel zou vallen. Ernstige georganiseerde fiscale fraude met schriftvervalsing blijft natuurlijk wel onder het toepassingsgebied. Daarom stelt het wetsvoorstel voor om de eenvoudige verruimde heling die het in artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek bedoelde misdrijf van witwassen vormt, niet langer van toepassing te laten zijn op die vermogensvoordelen die bepaalde fiscale delicten hebben opgeleverd aan personen die niet eveneens de daders, mededaders of medeplichtigen van die fiscale delicten zijn. Daarbij gaat het om schendingen van de bepalingen van de belastingwetten en van de uitvoeringsbesluiten daarvan, met uitzondering evenwel, zoals reeds gezegd, van de valsheid in geschriften".

De ontworpen regeling heeft tot gevolg dat de dader, de mededader van of de medeplichtige aan gewone belastingfraude voortaan het "verruimde" helingsdelict pleegt, zoals bedoeld in artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek, door het loutere feit dat hij in België vermogensvoordelen bezit, bewaart of beheert die verkregen zijn door fraude, dat wil zeggen blijkbaar goederen of waarden die overeenstemmen met het bedrag van de ontdoken belasting. Er dient wederom op gewezen te worden dat het de bedoeling is van de indieners van het voorstel om van het strafbaar feit bedoeld in artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek een voortdurend misdrijf te maken.

Er is evenwel reeds op gewezen dat de indieners van het voorstel er aanvankelijk van uitgingen dat

"het (...) voor zich (spreekt) dat het loutere bezit of de loutere bewaring in België, door de auteur van het oorspronkelijke - in België gepleegde - misdrijf, van de vermogensvoordelen die voormeld misdrijf heeft opgeleverd, niet kan worden aangemerkt als deel uitmakend van het witwasdelict".

⁽³⁵⁾ Gedr. St., Kamer, DOC 51-1603/002, blz. 4.

Alle fiscale strafbare feiten bedoeld in het ontwerp zijn in ieder geval strafbare feiten begaan op het Belgische grondgebied, aangezien ze onderstellen dat niet is voldaan aan fiscale verplichtingen die in dit land nageleefd moeten worden : aangifteplicht, registratieplicht, verplichting om een boekhouding, een dagboek bij te houden, enz.

Indien de wetgever zich aansluit bij het voorstel de toepassing van het "verruimde" helingdelict (artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek) op de dader van het oorspronkelijke strafbaar feit te beperken tot alleen het geval waarin dit strafbaar feit gepleegd is in het buitenland, en niet in België vervolgd kan worden, en indien de tekst van artikel 2, 4°, van het ontwerp gewijzigd wordt overeenkomstig het bovenstaande voorstel, zouden de woorden "behalve ten aanzien van de dader, de mededader of de medeplichtige van het misdrijf dat de in artikel 42, 3°, bedoelde zaken heeft opgeleverd" in het ontworpen derde lid van artikel 505 van het Strafwetboek, geen zin hebben en moeten vervallen.

Ingeval de wijziging voorgesteld in artikel 2, 4°, van de voorliggende tekst niet zou worden aangenomen, behoort gewettigd te worden dat op het stuk van gewone belastingfraude, de dader van het oorspronkelijk strafbaar feit voortaan vervolgd kan worden wegens heling in de zin van artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek, terwijl dat voor derden niet meer kan ⁽³⁶⁾.

3. Uit de ontworpen regeling blijkt dat derden (en zelfs de dader van het oorspronkelijk strafbaar feit ingeval het voorstel gedaan door de Raad van State aangaande artikel 2, 4°, van het ontwerp niet zou worden gevolgd) op basis van artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek vervolgd zullen kunnen worden voor het witwassen van vermogensvoordelen verkregen uit valsheid in geschrifte gepleegd om belasting te ontduiken.

Zowel in de toelichting bij het voorstel ⁽³⁷⁾ als in het verslag van de kamercommissie voor de Justitie ⁽³⁸⁾ lijkt ervan te worden uitgegaan dat het onderscheid gemaakt tussen fiscale fraude naargelang ze al dan niet valsheid in geschrifte omvat,

⁽³⁶⁾ en evenmin voor de dader van het oorspronkelijk strafbaar feit die wegens heling wordt vervolgd op basis van artikel 505, eerste lid, 1°, van het Strafwetboek.

⁽³⁷⁾ Gedr. St., Kamer, 51-1603/001, blz. 5

⁽³⁸⁾ Gedr. St., Kamer, 51-1603/002, blz. 4

overeenstemt met het onderscheid dat voortvloeit uit artikel 3, § 2, van de genoemde wet van 11 januari 1993 (preventief onderdeel van de strijd tegen het witwassen) tussen gewone fiscale fraude en "ernstige en georganiseerde fiscale fraude waarbij bijzonder ingewikkelde mechanismen of procédés van internationale omvang worden aangewend".

Sedert de invoering van dat begrip in de "preventiewet" inzake het witwassen, zijn de precieze grenzen van "ernstige en georganiseerde fiscale fraude waarbij bijzonder ingewikkelde mechanismen of procédés van internationale omvang worden aangewend" onderwerp geweest van discussie binnen de rechtsleer. De enige consensus die is bereikt is dat fraude van het type BTW-carrousel ontegensprekelijk onder dat begrip valt.

De kwestie is aan bod gekomen tijdens de parlementaire voorbereiding van de voornoemde wet van 31 december 2003. Toen is gezegd dat "uitsluitend voor de toepassing van (deze) wet", het gebruik van eenvoudige buitenlandse structuren, zoals een patrimoniumvennootschap, niet beschouwd zou worden als ernstige georganiseerde fiscale fraude in de zin van de wet van 1993 ⁽³⁹⁾. Aangezien het parlementaire debat dat vooraf is gegaan aan de goedkeuring van de voornoemde wet van 31 december 2003 op tegenspraak is gevoerd, lijkt uit die verklaring geen enkel argument a contrario te kunnen worden afgeleid.

Hoe dan ook, niemand heeft ooit, vóór de indiening van de voorliggende tekst, beweerd dat de ernstige georganiseerde fiscale fraude, in de zin van de wet van 1993, alle fiscale fraude zou omvatten waarbij valsheid in geschrifte is gepleegd met het oog op het ontduiken van belasting (strafbare feiten genoemd in de artikelen 450 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen, 73*bis* van het BTW-wetboek, 133*bis* van het Wetboek der successierechten, 206*bis* van het Wetboek der registratierechten, 66*bis* van het Wetboek der zegelrechten en 207*bis* van het Wetboek der met het zegel gelijkgestelde taksen). Valsheid in geschrifte maakt fiscale fraude weliswaar bijzonder ernstig de reden waarom krachtens de voormelde bepalingen in geval van valsheid in geschrifte met het oog op het ontduiken van belasting, een zwaardere gevangenisstraf kan worden opgelegd

⁽³⁹⁾ Gedr. St., Kamer, 51-0353/001 (memorie van toelichting), zitting 2003-2004, blz. 9

dan die welke uitgesproken kan worden in de gevallen waarin de fiscale fraude niet gepaard gaat met valsheid in geschrifte.

Valsheid in geschrifte betekent evenwel geenszins dat het gaat om "georganiseerde" fraude, en valt nog minder gelijk te stellen met "een ingewikkeld mechanisme" of "een procédé van internationale omvang". Op het stuk van het registratierecht is de meest gewone fraude die welke erin bestaat in de authentieke verkoopakte van een gebouw een lagere prijs te vermelden dan de prijs die is overeengekomen : in zulk een geval is die authentieke akte een intellectuele valsheid en wordt het door de partijen gepleegde strafbare feit bestraft bij artikel 206*bis* van het Wetboek der Registratierechten. Het is duidelijk dat dat soort fiscale fraude niet bedoeld wordt in artikel 3, § 2, 1°, van de voornoemde wet van 11 januari 1993.

Indien de ontworpen bepaling wordt goedgekeurd, moet de bank waar in de toekomst geld wordt gedeponneerd en die redenen heeft om te geloven dat het geld afkomstig is van fiscale fraude, drie gevallen onderscheiden :

- 1° het gaat om gewone fiscale fraude (bijvoorbeeld het weer in het land brengen van roerende inkomsten ontvangen in het buitenland) : ze kan het geld aannemen, in de wetenschap dat ze vrijstelling van strafvervolgning geniet als gevolg van het nieuwe derde lid, van artikel 505 van het Strafwetboek;
- 2° ze heeft een vermoeden van ernstige georganiseerde fiscale fraude, waarbij gebruik wordt gemaakt van ingewikkelde mechanismen of procédés van internationale omvang : ze neemt het geld aan, geeft de cliënt onmiddellijk aan bij de CFI en geniet, door die aangifte, vrijstelling van strafvervolgning;
- 3° ze heeft redenen om te vermoeden, los van het geval genoemd in 2°, dat het gaat om fiscale fraude met valsheid in geschrifte : ze kan de cliënt niet aangeven bij de CFI, want anders is ze ten aanzien van hem aansprakelijk wanneer hij vrijgesproken wordt, doch in dat geval geniet de bank niet de vrijstelling van strafvervolgning die het gevolg is van het nieuwe derde lid van artikel 505 van het Strafwetboek.

Het staat aan de wetgever uit te maken of het niet beter zou zijn artikel 505, derde lid, van het Strafwetboek zo te stellen dat niet fiscale fraude gepaard gaande met

valsheid in geschrifte strafbaar wordt gesteld, maar ernstige en georganiseerde fiscale fraude zoals gedefinieerd in artikel 3, § 2, van de voornoemde wet van 11 januari 1993.

Artikel 2, 6° en 7°, van het ontwerp

1. Onderdeel 7° van artikel 2 van de voorliggende regeling strekt ertoe twee nieuwe leden in te voegen tussen het huidige derde lid (dat het vierde lid wordt indien 5° wordt aangenomen) en het vierde lid (dat het zevende lid wordt indien 5° en 7° worden aangenomen) van artikel 505 van het Strafwetboek.

Onderdeel 6° strekt ertoe de tekst van het huidige derde lid (dat het vierde lid wordt) van hetzelfde artikel 505 van het Strafwetboek dienovereenkomstig aan te passen.

Om de strekking van de voorgestelde hervorming te begrijpen moet erop gewezen worden dat de verschillende gevallen van bijzondere verbeurdverklaring waarin artikel 42 van het Strafwetboek voorziet (respectievelijk 1°, 2°, en 3°), onder verschillende regelingen vallen.

Artikel 42, 1°, bepaalt dat de bijzondere verbeurdverklaring van toepassing is "op de zaken die het voorwerp van het misdrijf uitmaken, en op die welke gediend hebben of bestemd waren tot het plegen van het misdrijf, wanneer zij eigendom van de veroordeelde zijn".

Artikel 42, 2°, dat voorziet in de verbeurdverklaring van de zaken "die uit het misdrijf voortkomen", beperkt zich niet tot het geval waarin de betrokken zaken eigendom zijn van de veroordeelde.

Krachtens artikel 43 is verbeurdverklaring van de zaken genoemd in 1° en 2° van artikel 42 verplicht.

Bij de voornoemde wet van 17 juli 1990 is artikel 42 aangevuld met een 3°, om de verbeurdverklaring mogelijk te maken van de "vermogensvoordelen die

rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen", van de "goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld" en van de "inkomsten uit de belegde voordelen".

Het systeem van bijzondere verbeurdverklaring dat van toepassing is op de voordelen genoemd in artikel 42, 3°, wordt geregeld in artikel 43*bis* van het Strafwetboek, en verschilt op verscheidene punten van het stelsel dat van toepassing is op de zaken genoemd in 1° en 2°.

In hoofdzaak :

- verbeurdverklaring van de zaken genoemd in artikel 42, 3° is facultatief en moet schriftelijk gevorderd worden door de procureur des Konings (artikel 43*bis*, eerste lid);
- "indien de zaken niet kunnen worden gevonden in het vermogen van de veroordeelde, raamt de rechter de geldwaarde ervan en heeft de verbeurdverklaring betrekking op een daarmee overeenstemmend bedrag" (artikel 43*bis*, tweede lid);
- zaken die krachtens 3° verbeurd zijn verklaard worden aan de burgerlijke partij teruggegeven indien deze haar toebehoren of de tegenwaarde of het equivalent vormen van zaken die aan die burgerlijke partij toebehoorden (artikel 43*bis*, derde lid).

Inzake witwassen moeten de genoemde bepalingen in samenhang gelezen worden met het huidige derde lid van artikel 505 van het Strafwetboek, luidens hetwelk

"de zaken bedoeld in 1°, 2°, 3° en 4° van dit artikel (...) het voorwerp (uitmaken) van de misdrijven die gedekt worden door deze bepalingen, in de zin van artikel 42, 1°, en zij (...) verbeurdverklaard (worden), 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 verwijzing die aldus wordt gemaakt in artikel 505, derde lid, van het Strafwetboek naar artikel 42, 1°, heeft twee gevolgen :

- bijzondere verbeurdverklaring van witgewassen tegoeden is verplicht;
- verbeurdverklaring van een overeenstemmend geldbedrag, zoals bedoeld in artikel 43bis, tweede lid, is niet toegestaan.

Het huidige derde lid van artikel 505 van het Strafwetboek wijkt evenwel af van de gewone regeling van artikel 42, 1°, door te bepalen dat witgewassen tegoeden verbeurdverklaard worden, ook indien zij geen eigendom zijn van de veroordeelde.

2. De toepassing van het huidige artikel 505, derde lid, van het Strafwetboek heeft aanleiding gegeven tot twee arresten van het Hof van Cassatie, die door sommigen tegenstrijdig worden geacht.

Het eerste arrest, van 21 oktober 2003 ⁽⁴⁰⁾, heeft betrekking op het geval waarin verscheidene beklaagden worden veroordeeld voor het deelnemen aan eenzelfde witwasdelict. Dat arrest beslist :

"dat noch het algemeen rechtsbeginsel van het persoonlijk karakter van de straf noch de eigen aard van de verbeurdverklaring van het voorwerp van het misdrijf eraan in de weg staan dat meerdere daders die samen een van de in artikel 505, eerste lid, 1° tot 4°, Strafwetboek, misdrijven hebben gepleegd, die een bepaald vermogensvoordeel tot voorwerp hebben, allen tot de verbeurdverklaring hiervan worden veroordeeld; dat de uitvoering van deze straffen immers de omvang van dit voordeel niet kan noch mag overschrijden".

Het tweede arrest, gewezen op 14 januari 2004 ⁽⁴¹⁾, ging over een geval waarin verscheidene beklaagden zich moesten verantwoorden over witwaspraktijken die gedurende een vrij lange periode waren uitgeoefend, zodat een deel van de witgewassen bedragen niet bij hen in beslag hadden kunnen worden genomen, omdat de beklaagden

⁽⁴⁰⁾ Cass., 21 oktober 2003, www.juridat.be/cgi_juris/juris_cass_al.

⁽⁴¹⁾ Cass., 14 januari 2004, www.juridat.be/cgi_juris/juris_cass_al en conclusie van advocaat-generaal R. Loop; JLMB, 2004, blz. 595, met de opmerkingen van V.-A. de Brauwere; J.T., 2004, blz. 502, met de opmerkingen van D. Vandermeersch.

ze mettertijd naar Colombia hadden verzonden, naar de drugshandelaars voor wie ze werkten. Bij een arrest van 30 juni 2003 ⁽⁴²⁾ had het hof van beroep van Brussel met toepassing van de artikelen 42, 1°, en 505, derde lid, van het Strafwetboek de bijzondere verbeurdverklaring uitgesproken van alle bedragen die de beklaagden hadden witgewassen, in wiens bezit en waar die bedragen zich thans ook mochten bevinden. In de motivering van het arrest staat dat die maatregel werd uitgesproken "in rem", zodat hij niet ten uitvoer kon worden gelegd ten aanzien van de beklaagden, aangezien nu al vaststond dat de verbeurdverklaarde bedragen niet meer in hun bezit waren. In tegenstelling tot wat het openbaar ministerie had gevorderd, had het hof van beroep beslist dat verbeurdverklaring van een overeenstemmend geldbedrag, bepaald bij artikel 43bis van het Strafwetboek, door het hof niet kon worden toegepast, vermits die alleen toepasselijk is op de zaken bedoeld in artikel 42, 3°. In zijn cassatieberoep tegen dat arrest betoogde het openbaar ministerie in substantie dat de geldsommen die het voorwerp uitmaken van het witwasdelict in alle gevallen moeten worden verbeurdverklaard ten aanzien van de veroordeelde, zodat de verbeurdverklaring van die geldsommen, al heeft hij ze niet meer in zijn bezit, niettemin jegens hem zal worden uitgesproken om, in voorkomend geval, op zijn vermogen ten uitvoer te worden gelegd ten belope van een gelijkwaardig bedrag.

Het Hof heeft het cassatieberoep verworpen om de volgende reden

"Overwegende, evenwel, dat artikel 505, derde lid, van het Strafwetboek de rechter weliswaar verplicht het voorwerp van het misdrijf 'witwassen' verbeurd te verklaren, maar hem niet verplicht dat voorwerp verbeurd te verklaren ten laste van elke persoon die het opeenvolgend in zijn bezit heeft gehad, bewaard of beheerd" ⁽⁴³⁾.

De tegenstrijdigheid die sommige commentatoren ⁽⁴⁴⁾ in die twee arresten van het Hof van Cassatie hebben gevonden, heeft te maken met het feit dat het eerste arrest de bijzondere verbeurdverklaring bepaald bij het huidige artikel 505, derde lid, van het Strafwetboek lijkt te beschouwen als een sanctie die onderworpen is aan het beginsel van het persoonlijk karakter van de straffen, terwijl het tweede arrest die bijzondere

⁽⁴²⁾ JLMB, 2004, blz. 584.

⁽⁴³⁾ Zie, in dezelfde zin, Cass., 11 januari 2005, nr. PO4 1087N.

⁽⁴⁴⁾ Zie, inzonderheid, de nota met opmerkingen van D. Vandermeersch, J.T., 2004, blz. 502.

verbeurdverklaring lijkt te beschouwen als een reële maatregel, zoals het hof van beroep te Brussel had gedaan.

Los van de controverse omtrent de aard van de bijzondere verbeurdverklaring, was de oplossing geboden in het arrest van het Hof van Cassatie van 14 januari 2004 ingegeven door de huidige bewoordingen van artikel 43bis van het Strafwetboek, dat alleen in verbeurdverklaring van een overeenstemmend bedrag voorziet voor de zaken bedoeld in artikel 42, 3°.

3. Om voortaan een andere oplossing mogelijk te maken, "teneinde tot een meer accurate bestraffing van het financiële onderdeel van de grote criminaliteit te komen" ⁽⁴⁵⁾ wordt in het onderzochte ontwerp bepaald dat als de zaken bedoeld in artikel 505, eerste lid, 2°, 3° en 4°, van het Strafwetboek "niet in het vermogen van de veroordeelde kunnen worden aangetroffen, (...) de rechter over(gaat) tot een raming van de geldwaarde ervan en (...) de verbeurdverklaring betrekking (heeft) op een daarmee overeenstemmend geldbedrag". Bovendien wordt gepreciseerd dat de verbeurdverklaring zal worden uitgesproken "ten aanzien van alle daders, mededaders of medeplichtigen van die misdrijven".

Bij het ontwerp wordt echter een belangrijk verschil in behandeling ingevoerd tussen enerzijds de daders, de mededaders van of de medeplichtigen aan de strafbare feiten genoemd in artikel 505, eerste lid, 3° en 4°, van het Strafwetboek en anderzijds de daders, de mededaders van of de medeplichtigen aan het strafbaar feit genoemd in het eerste lid, 2°, van diezelfde bepaling.

Alleen in het eerste geval (artikel 505, eerste lid, 3° en 4°, van het Strafwetboek) bepaalt het ontwerp dat de rechter het bedrag van de verbeurdverklaring van een overeenstemmend geldbedrag evenwel kan verminderen "teneinde de veroordeelde geen onredelijk zware straf op te leggen".

In het tweede geval daarentegen (artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek) moet de rechter een veroordeling uitspreken tot een overeenstemmend

⁽⁴⁵⁾ Toelichting bij het wetsvoorstel (Gedr. St., Kamer, DOC 51-1603/001, blz. 6).

bedrag "dat in verhouding staat tot de mate waarin de veroordeelde bij het misdrijf betrokken was". De veroordeling tot een overeenstemmend bedrag kan dus, krachtens de onderzochte tekst, niet worden verminderd wanneer één enkele persoon op de voet van artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek wordt vervolgd.

Aldus, als een bank, een vermogensbeheerder of welke lasthebber ook sommen krijgt die afkomstig zijn uit een wanbedrijf of een misdaad en als vaststaat dat die persoon of dat orgaan heeft gehandeld "met de bedoeling de illegale herkomst (van de sommen) te verbergen of te verdoezelen of een persoon die betrokken is bij een misdrijf (...) te helpen ontkomen aan de rechtsgevolgen van zijn daden" (artikel 505, eerste lid, 3°, van het Strafwetboek) en als blijkt dat de sommen niet meer in het bezit zijn van de bank of de beheerder, omdat ze zijn teruggegeven aan de dader van het oorspronkelijk strafbaar feit, zal de rechter, volgens de ontworpen tekst, de mogelijkheid hebben om het bedrag van de verbeurdverklaring te verminderen "teneinde de veroordeelde geen onredelijk zware straf op te leggen". Daarentegen zal de rechter die mogelijkheid niet hebben als de bijzondere bedoeling vereist bij artikel 505, eerste lid, 3°, van het Strafwetboek niet is bewezen en als de bank, beheerder of lasthebber wordt vervolgd op de voet van artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek.

De onderzochte regeling voert dus een verschil in behandeling in tussen de handelingen genoemd in artikel 505, eerste lid, 3° en 4°, van het Strafwetboek en die vermeld in 2° van hetzelfde lid.

Dat verschil in behandeling moet worden gewettigd.

Bovendien, als de wetgever zich niet aansluit bij de wijziging die is voorgesteld voor de bewoordingen van het tweede lid van artikel 505 van het Strafwetboek ⁽⁴⁶⁾, zal het nieuwe zesde lid van dat artikel (zoals het uit de onderzochte tekst zou voortvloeien) in strijd zijn met artikel 43bis, eerste lid, van het Strafwetboek.

Krachtens het onderzochte ontwerp zou de persoon die veroordeeld wordt voor een strafbaar feit dat een vermogensvoordeel in de zin van artikel 42, 3°, van het

⁽⁴⁶⁾ Zie de bespreking van artikel 2, 4°, van het ontwerp.

Strafwetboek heeft opgeleverd, immers ook moeten worden vervolgd en veroordeeld wegens schending van artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek.

Het probleem van de verenigbaarheid van artikel 43*bis* met het ontworpen artikel 505, zesde lid, van het Strafwetboek zal bijzonder scherp tot uiting komen in het geval van fiscale strafbare feiten.

In het advies dat voorafgaat aan het reeds vermelde arrest van het Hof van Cassatie van 22 oktober 2003 ⁽⁴⁷⁾ behandelde advocaat-generaal J. Spreutels het geval waarin een veroordeling wegens fiscale fraude, door een correctioneel rechtscollege, zou geschieden op een ogenblik dat de belasting die de belastingplichtige had trachten te ontduiken, in het kohier zou zijn ingeschreven en ingevorderd.

Volgens de advocaat-generaal,

"lijkt (het) eveneens logisch te beslissen dat als de belasting is ingekohierd en ingevorderd, de verbeurdverklaring van het vermogensvoordeel dat gelijk is aan het bedrag ervan, niet meer zal kunnen worden uitgesproken. Die verbeurdverklaring (...) is facultatief, net «om de mogelijke nadelige gevolgen te voorkomen van de automatische toepassing van verbeurdverklaring in een aantal bijzondere gevallen»".

Die mildering, die voortkomt uit het facultatieve karakter van de bijzondere verbeurdverklaring (een karakter bepaald bij artikel 43*bis*, eerste lid) zal worden tenietgedaan als, enerzijds, de dader van het oorspronkelijk strafbaar feit automatisch schuldig moet worden geacht aan "verruimde" heling, op de voet van artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek, door het loutere feit dat hij de vermogensvoordelen die uit dat strafbaar feit voortvloeien heeft bezeten, bewaard of beheerd en als, anderzijds, artikel 505, zesde lid, van het Strafwetboek wordt aangenomen in de bewoordingen van de ontworpen regeling.

⁽⁴⁷⁾ Cass., 22 oktober 2003, www.juridat.be/cgi_juris/juris_cass_al.

Artikel 3 van het ontwerp

Dat artikel strekt ertoe artikel 35 van het Wetboek van Strafvordering aan te vullen en aldus in overeenstemming te brengen met artikel 35^{ter} van dat Wetboek, zoals het is gewijzigd bij artikel 8 van de wet van 19 december 2002.

Deze bepaling geeft geen aanleiding tot enige opmerking.

Slotopmerking

Er moet gezorgd worden voor de onderlinge samenhang van het onderhavige ontwerp met het wetsvoorstel "tot wijziging van artikel 505 van het Strafwetboek betreffende de heling" ⁽⁴⁸⁾, dat heden onder het nummer 40.176/2 is onderzocht.

⁽⁴⁸⁾ Gedr. St., Senaat, nr. 3-39/1, buitengewone zitting 2003.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	J. JAUMOTTE,	staatsraden,
Mevrouw	M. BAGUET,	
de Heren	J. KIRKPATRICK,	assessoren van de afdeling wetgeving,
	H. BOSLY,	
Mevrouw	B. VIGNERON,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. REGNIER, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J. JAUMOTTE.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

Y. KREINS