

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 40.381/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Secrétaire d'État à la Modernisation des Finances et à la Lutte contre la fraude fiscale, adjoint au Ministre des Finances, le 4 mai 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "adaptant la législation en matière de la lutte contre la corruption", a donné le 29 mai 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 du projet, 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, le projet appelle les observations ci-après.

Observation préalable

Comme l'indique l'exposé des motifs et comme le précise son article 2, l'avant-projet de loi tend à assurer la transposition en droit belge de certaines recommandations formulées par le Groupe de travail "Corruption dans les transactions commerciales internationales" de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), dénommé ci-après "Groupe de travail OCDE", dans son Rapport (phase 2) de 2005, ci-après dénommé "Rapport (phase 2)", sur l'application par la Belgique de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, faite à Paris le 17 décembre 1997 ¹. C'est donc en ayant égard à ce Rapport (phase 2) ² de même qu'aux recommandations qui y sont formulées et auxquelles l'exposé des motifs se réfère à diverses reprises, qu'il y a lieu d'examiner la portée des dispositions de l'avant-projet de loi.

(1) Voir la loi d'assentiment du 9 juin 1999. Voir également, pour ce qui concerne l'adoption en droit interne, de certaines dispositions nécessaires à la transposition de la Convention, la loi du 10 février 1999 sur la répression de la corruption et l'avis 26.442/4, donné le 5 janvier 1998 par la section de législation du Conseil d'État, sur l'avant-projet de loi devenu la loi précitée (Doc. parl., Sénat, session 1997-1998, n° 1-107/5).

(2) <http://www.oecd.org/dataoecd/58/51/35462014.pdf>.

Il convient également de relever que les recommandations du Groupe de travail OCDE portent encore sur d'autres points que ceux expressément abordés par l'avant-projet de loi présentement examiné³. Il ne serait donc pas inutile de préciser dans l'exposé des motifs les autres initiatives que la Belgique aurait prises ou envisagerait de prendre afin de donner également suite à ces recommandations.

Observations particulières

Dispositif

Articles 3 et 6

(Articles 246 et 504*bis* du Code pénal)

1. Ces articles ont pour objet d'insérer les mots "ou d'octroyer" entre les mots "le fait de proposer" et les mots "directement ou par interposition" dans les articles 246, § 2, et 504*bis*, § 2, du Code pénal, dont le passage visé devrait dès lors désormais se lire comme suit :

"Est constitutif de corruption [...] le fait de proposer ou d'octroyer, directement ou par interposition de personnes, [...] une offre, une promesse ou un avantage de toute nature, [...]."

Comme l'indique l'exposé des motifs, l'intention est qu'à l'avenir, ces textes du Code pénal incriminent également expressément "l'octroi d'un avantage", non d'"une offre" ou d'"une promesse", ce qui n'aurait du reste guère de sens.

Mieux vaudrait, dès lors, adapter la rédaction des dispositions précitées en s'inspirant de celle de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la Convention du 17 décembre 1997, précitée, lequel vise "le fait [...] d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage (...)".

⁽³⁾ Voir notamment le point 178, l. et m., du Rapport (phase 2), concernant la nécessité d'amender les dispositions relatives à la responsabilité des personnes morales et aux procédures nationales d'exécution d'une entraide judiciaire dans le domaine de la corruption d'agents publics étrangers.

2. Comme le relève l'exposé des motifs, la modification ainsi envisagée des articles 246 et 504*bis* du Code pénal a pour seul but de répondre aux doutes exprimés par le Groupe de travail OCDE quant à la possibilité pratique de pouvoir sanctionner en droit belge, sur la base des dispositions existantes des articles 246 et 504*bis* du Code pénal, "l'octroi d'un avantage à un agent public"⁴.

L'exposé des motifs précise encore ce qui suit:

"Tant le gouvernement belge que les autorités judiciaires qui doivent appliquer la législation estiment (...) que la définition de la corruption vise bel et bien systématiquement l'octroi d'un avantage. En effet, si une proposition d'octroi d'un avantage est déjà punissable, il semble alors logique que l'octroi immédiat de l'avantage, sans même qu'il y ait eu promesse, le soit également. Cependant, aucune jurisprudence ne l'a jusqu'à présent confirmé.

Bien que le groupe de travail n'en ait seulement fait qu'un point "à suivre" dans son rapport, et n'ait donc formulé aucune recommandation quant à l'adaptation de la législation à ce sujet, le gouvernement belge pense qu'il est à présent souhaitable de procéder à la confirmation légale de l'interprétation susmentionnée de la loi. C'est pourquoi l'octroi d'un avantage est inséré expressément à l'article 246 comme faisant partie du comportement incriminé.

Le gouvernement tient à souligner qu'il ne faut pas en déduire que l'octroi d'un avantage n'était jusqu'à présent pas couvert par la définition. Dans son optique, cela a toujours été le cas et cette interprétation de l'ancien texte légal est à présent confirmée dans la loi."

Il résulte de ce passage de l'exposé des motifs que l'intention de l'auteur de l'avant-projet est clairement de conférer aux articles 3 et 6 de l'avant-projet la portée d'une loi interprétative au sens de l'article 84 de la Constitution.

⁽⁴⁾ Point 114 du Rapport (phase 2).

Au sujet de la notion de loi interprétative, la section de législation du Conseil d'État a encore récemment rappelé que ⁵ :

"1.1. Selon la doctrine :

"(...) interpréter une loi, c'est dégager le sens exact d'un texte législatif qui serait peu clair et, le cas échéant, en déterminer la portée, c'est-à-dire le champ d'application temporel, spatial et juridique. (...) Interpréter une loi par voie d'autorité, ou ce qui revient au même l'interpréter de manière authentique, c'est en donner une interprétation par voie de disposition générale, obligatoire (...)." ⁶.

Dans plusieurs avis, la section de législation du Conseil d'État a rappelé les principes qui régissent le recours à une loi interprétative en insistant sur le caractère exceptionnel du procédé.

Cette compétence emporte que :

"(...) le législateur peut interpréter une loi ancienne de manière telle que celle-ci doit être réputée avoir eu, en tout temps et pour tous, le sens indiqué dans la loi interprétative, quitte le cas échéant, à affecter, de la sorte, des situations juridiques acquises entre-temps ⁷, sans qu'il faille pour autant, conformément à l'article 7 du Code judiciaire, revenir sur des décisions juridictionnelles entre-temps passées en force de chose jugée." ⁸.

(5) Voir l'avis 34.153/VR, donné le 12 décembre 2002, sur une proposition de loi "interprétative de l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit humanitaire" (Doc. parl., Sénat, session 2001-2002, n° 2-1255/2).

(6) J. Velu, "Droit public", T I, éd. Bruylant, Bruxelles, 1986, p. 587.
Voir aussi : J. Barthélemy, "De l'interprétation des lois par le législateur", RDP, 1908, p. 465; L. Patras, "L'interprétation en droit public interne", Paris, 1962, p. 25; J. Van Nieuwenhove, "Interpretatieve wetten en behoorlijke regelgeving", T.v.W., 1999, pp. 127-136.

(7) Doc. parl., Sénat, sess. ext. 1979, n° 261/1, annexe 1, avis du Conseil d'État du 31 mai 1979, p. 17.

(8) Avis de la section de législation 23.600/1/V, donné le 26 juillet 1994 sur un avant-projet de loi "interprétative de la loi du 20 juillet 1990 instaurant un âge flexible de la retraite pour travailleurs salariés et adaptant les pensions des travailleurs salariés à l'évolution du bien-être général". Voir également : Cass., 4 novembre 1996, Pas., 1996, I, p. 411.

La doctrine estime même que le législateur ne peut adopter une loi interprétative "pour la seule raison qu'il estime inopportune la jurisprudence des cours et tribunaux relative à une loi sans mettre en question d'aucune façon l'exactitude du sens et de la portée donnés par ceux-ci à cette loi. Il a été précisé au cours des travaux préparatoires de la révision de l'article 28⁹ de la Constitution¹⁰ que l'interprétation authentique n'est pas possible si une norme est claire et qu'il ne peut y avoir lieu à pareille interprétation que si le sens de la norme est douteux, si, notamment, il est contredit par les travaux préparatoires ou leur silence; toujours selon le Constituant de 1980, cette interprétation doit s'inspirer des textes de la norme à interpréter et des travaux préparatoires; dans le doute, il est plus opportun de modifier la norme plutôt que de l'interpréter (...). Il n'est pas contestable que l'interprétation authentique d'une loi se justifie lorsque, malgré l'intervention de la Cour de cassation, les divergences existant au sein du Pouvoir judiciaire quant à l'interprétation d'une loi créent une insécurité juridique qui porte atteinte tant à l'intérêt général qu'aux intérêts des justiciables, ou lorsque, en l'absence de divergences au sein du Pouvoir judiciaire quant à l'interprétation d'une loi, le Pouvoir législatif considère que l'interprétation donnée par les cours et tribunaux s'écarte du sens et de la portée qui, selon lui, doivent être reconnus à cette loi"¹¹.

1.2. Comme l'a, par ailleurs, souligné la Cour d'arbitrage :

"(...) une disposition législative est interprétative lorsqu'elle explicite et clarifie, avec effet rétroactif, une autre disposition législative."¹².

⁽⁹⁾ Devenu l'article 84 de la Constitution.

⁽¹⁰⁾ Doc. parl., Sénat, sess. ext. 1979, n° 100/25, p. 4.

⁽¹¹⁾ J. Velu, op. cit., p. 600. Voir dans le même sens M. Uyttendaele, "Précis de droit constitutionnel belge", éd. Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 283. Voir également : Cass., 17 février 2000, Pas., 2000, I, p. 134 ("(...) une loi interprétative est une loi qui, sur un point où la règle de droit est incertaine ou controversée, vient consacrer une solution qui aurait pu être adoptée par la jurisprudence").

⁽¹²⁾ Cour d'arbitrage, 19 mai 1993, arrêt n° 37/93.

Une telle loi n'a donc pas pour objet d'ajouter des règles nouvelles à l'ordonnancement juridique existant. Elle fait corps avec la loi interprétée qui est réputée avoir eu, dès l'origine, le sens que lui donne la loi interprétative¹³.

Dans la mesure où la loi interprétative a une portée rétroactive, il convient toutefois que le législateur ne recoure à ce procédé que dans le respect des principes constitutionnels et conventionnels qui s'imposent à lui. Il sera particulièrement attentif à cet égard aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui consacrent tant le principe de la non-rétroactivité de la loi en matière pénale que le principe de la prévisibilité de la procédure pénale."

Compte tenu des principes qui viennent d'être rappelés, le recours au mécanisme d'une loi interprétative est admissible en la matière, au regard des raisons invoquées dans l'exposé des motifs. Il conviendrait toutefois que soit plus clairement exprimée, à tout le moins dans l'exposé des motifs, la volonté de conférer la portée d'une loi interprétative à ces deux dispositions de l'avant-projet de loi.

(13) "L'interprétation peut certes consister à «réécrire» une phrase obscure ou à «ajouter» quelques mots à une expression imprécise, mais elle ne peut être utilisée pour améliorer de manière générale la rédaction d'un texte ou pour en combler les lacunes. Son rôle est uniquement de préciser, d'expliciter, de clarifier le sens d'une règle existante lorsqu'une réelle difficulté d'interprétation se présente". Voir avis 30.111/2, donné le 5 juin 2000 sur un avant-projet de loi "interprétant et modifiant certaines dispositions de la loi du 15 mars 1999 relative au contentieux en matière fiscale et de la loi du 15 mars 1999 relative au contentieux en matière fiscale et de la loi du 23 mars 1999 relative à l'organisation judiciaire en matière fiscale" (Doc. parl., Chambre, session 2000-2001, n° 1329).

Articles 4 et 5

(Articles 250 et 251 du Code pénal)

Les modifications apportées à l'article 250 du Code pénal par l'article 4 de l'avant-projet de loi et l'abrogation de l'article 251 du Code pénal par l'article 5 de l'avant-projet tendent à répondre aux doutes exprimés par le Groupe de travail OCDE quant à la pertinence de la définition actuelle en droit belge du concept d'"agent public étranger", de même qu'à la recommandation formulée par ce même Groupe de définir en droit belge "une notion autonome d'agent public étranger qui couvre le périmètre entier d'application requis par la Convention en ce qui concerne la notion d'agent public ¹⁴.

⁽¹⁴⁾ Voir les points 2, 118 à 122 et 178, k., du Rapport (phase 2).

Les doutes exprimés par le Groupe de travail OCDE concernent :

- l'application de la nouvelle définition de l'agent public, introduite par la loi du 10 février 1999 précitée, "à des personnes qui, tout en n'exerçant pas une fonction publique, y participent en étant, par exemple, engagée par l'administration sous contrat de droit privé"(il est également renvoyé dans le Rapport (phase 2) au risque mis en évidence par la section de législation dans son avis 26.442/4, précité, de voir la nouvelle formulation de la loi du 10 février 1999 pouvoir être interprétée dans un sens aboutissant à restreindre le champ d'application de l'infraction par rapport à ce qu'envisage la Convention - Doc. parl., Sénat, session 1997-1998, n° 1-107/5, pp. 117 à 119);
- la référence directe à la définition de l'agent public en vigueur dans le pays étranger en question;
- la définition limitative de l'agent public international, appréciée en référence au statut de l'organisation considérée;
- la nécessité, lorsqu'il s'agit d'un État extérieur à l'Union européenne, de devoir apprécier, au regard du droit belge, la qualité de la personne exerçant une fonction publique dans cet autre État;
- de la difficulté de devoir se reposer sur l'avis des autorités des pays concernés afin d'apprécier pleinement la question de savoir si oui ou non le destinataire d'un pot-de-vin exerce une fonction publique dans leur État.

.../...

Pour satisfaire à cette recommandation, il suffirait de remplacer la notion de "personne qui exerce une fonction publique dans un État étranger ou dans une organisation de droit international public", à laquelle recourt l'article 250 en projet, par celle d'"agent public étranger" désignant, conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 4, a, de la Convention du 17 décembre 1997, précitée,

"(...) toute personne qui détient un mandat législatif, administratif ou judiciaire dans un pays étranger, qu'elle ait été nommée ou élue, toute personne exerçant une fonction publique pour un pays étranger, y compris pour une entreprise ou un organisme publics et tout fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale publique" ¹⁵.

Plutôt cependant que de recourir à cette notion "autonome" d'agent public comme le suggère expressément le Groupe de travail OCDE dans ses recommandations ¹⁶, l'auteur de l'avant-projet de loi a préféré opter pour l'adoption en droit belge d'une approche "fonctionnelle" de la notion qui repose sur l'assimilation aux agents publics belges de "toute personne qui exerce une fonction publique dans un État étranger ou dans une organisation de droit international public".

Selon l'exposé des motifs, le choix de cette approche "fonctionnelle" se fonde sur les considérations suivantes :

- l'identité parfaite entre la définition d'"agent public étranger" et celle d'"agent public belge";
- la circonstance que la jurisprudence et la doctrine ont, au fil des années, donné une interprétation large de la notion de "fonction publique", laquelle interprétation est totalement conforme et va même au-delà de la définition contenue à l'article 1^{er} de la Convention du 17 décembre 1997, précitée;

(15) Cette "notion autonome d'agent public étranger" paraît notamment recouvrir l'ensemble des fonctionnaires visés à l'article 1^{er} de la Convention établie sur la base de l'article K.3, paragraphe 2, point c), du traité sur l'Union européenne, relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, faite à Bruxelles le 26 mai 1997 (Voir la loi d'assentiment du 17 février 2002).

(16) Point 178, k., du Rapport (phase 2).

- la circonstance que cette approche est également conforme aux exigences posées par l'Union européenne et par le Conseil de l'Europe et en vertu desquelles la qualité d'agent public étranger doit être appréciée selon le droit de l'État dans lequel cet agent exerce sa fonction.

L'approche ainsi retenue par l'auteur de l'avant-projet de loi peut être acceptée pour autant qu'il puisse être clairement établi que l'article 250 du Code pénal, dans sa nouvelle rédaction, couvre à tout le moins "le périmètre entier d'application requis par la Convention", comme le précise les recommandations du Groupe de travail OCDE. Il convient donc de compléter l'exposé des motifs afin de faire clairement ressortir que tel est bien le cas.

Dans la mesure où le texte en projet maintient le concept de "personne qui exerce une fonction publique", tel qu'il a été introduit dans le Code pénal par la loi du 10 février 1999, précitée, il appelle toutefois la même réserve que celle formulée par la section de législation du Conseil d'État dans son avis 26.442/4, précité, quant au caractère vague de ce concept au regard, notamment, des exigences du principe de légalité en matière pénale, en vertu duquel c'est, pour le pouvoir législatif, une obligation constitutionnelle, et non pas une simple recommandation, de disposer par des règles précises ¹⁷.

⁽¹⁷⁾ Selon l'exposé des motifs, la notion de "toute personne exerçant une fonction publique" couvre :

- toutes les catégories de personnes qui, quel que soit leur statut, exercent une fonction publique, quelle qu'elle soit, y compris les mandataires élus;
- de même que les responsables des entreprises privées qui sont présumés exercer des fonctions publiques dans la mesure où l'acte de corruption touche à une mission de service public conférée à l'entreprise.

Outre l'observation formulée par la section de législation du Conseil d'État dans son avis 26.442/4, précité, au sujet de la notion de "mandataires élus", la question se pose de savoir si les cours et tribunaux accepteront de considérer que des personnes privées relevant d'entreprises privées pourront néanmoins être qualifiées de "personnes exerçant une fonction publique" dans les conditions énumérées par l'exposé des motifs. L'exposé des motifs fait bien valoir, sans plus, que cette approche fonctionnelle est conforme à l'interprétation donnée par la jurisprudence antérieure. Dans le bref délai qui lui a été imparti, la section de législation du Conseil d'État n'a cependant pas été à même de vérifier le bien-fondé de cette affirmation. Il convient à tout le moins que l'exposé des motifs soit complété sur ce point.

.../...

Article 7

(Article 10*quater* du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle)

1. Au sujet des "infractions commises partiellement sur le territoire belge ou en dehors de celui-ci", le Rapport (phase 2) du Groupe de travail OCDE comporte les constatations suivantes :

"i) La compétence territoriale – Infractions commises ou réputées commises sur le territoire de la Belgique

106. L'article 3 du Code pénal dispose que la loi pénale belge est applicable aux infractions commises sur le territoire du Royaume, quelle que soit la nationalité de leur auteur. La jurisprudence et la doctrine belges ont interprété la notion de territorialité de l'infraction de manière extensive, attribuant, en application de la théorie de l'ubiquité, compétence aux juridictions belges pour connaître d'infractions qui n'ont été commises qu'en partie en Belgique. La Cour de cassation a ainsi jugé que la réalisation sur le territoire du Royaume d'un des éléments constitutifs «matériels » (et non purement intentionnels) suffisait pour asseoir la compétence des juridictions répressives belges.

107. La jurisprudence a également reconnu la compétence territoriale de la loi pénale belge à l'égard d'infractions commises à l'étranger s'il existe un lien de connexité ou d'indivisibilité avec des infractions commises en Belgique. Les tribunaux belges ont ainsi jugé des auteurs, coauteurs ou complices ayant participé à une infraction commise en Belgique, alors même que les actes de participation avaient été accomplis exclusivement à l'étranger (Cass., 7 mars 1955, *Pas.*, I, p. 746 ; Cass, 20 février 1961, *Pas.*, I, p. 664).

ii) Compétence personnelle et extraterritoriale – Infractions commises hors du territoire de la Belgique

108. La loi pénale belge est applicable, d'une part, aux crimes et délits commis hors du territoire du Royaume par des ressortissants belges et par toute personne ayant sa résidence principale en Belgique («compétence personnelle active» de l'article 7 du Code de procédure pénale) et, d'autre part, à certains délits et crimes – dont la corruption active d'agents publics étrangers – commis par «toute personne » qui n'est ni un ressortissant belge ni une personne ayant sa résidence principale en Belgique («compétence universelle» de l'article 10*quater* du Code de procédure pénale)¹⁸.

109. Mesure innovante, l'exercice par le juge belge de la compétence universelle à l'égard d'actes de corruption d'agents publics d'États en dehors de l'Union

⁽¹⁸⁾ Tandis que le principe de personnalité active reprend la nationalité belge ou la qualité de résident de l'auteur de l'infraction comme critère de la compétence des tribunaux belges, c'est la compétence universelle qui définit la compétence du juge belge à l'égard de toute autre personne : Henry-D. Bosly et D. Vandermeersch, *Droit de la procédure pénale*, (Brugge 2003), p. 74.

européenne est pour autant assujetti à des exigences procédurales qui peuvent rendre son utilisation particulièrement difficile dans le contexte de la répression de dossiers sensibles de corruption d'agents publics étrangers. En effet, l'article 10*quater* du Code de procédure pénale dispose non seulement qu'une personne s'étant rendue coupable de corruption active d'agents publics étrangers hors du territoire du Royaume ne pourra être poursuivie en Belgique que si le fait commis à l'étranger est puni par la législation du pays où il a été commis (double incrimination) et pour autant que la législation de cet État punisse également la corruption de personnes exerçant une fonction publique en Belgique (réciprocité), mais il exige que cette poursuite soit précédée d'un avis officiel de l'autorité étrangère du lieu de l'infraction et qu'elle ne peut être initiée que sur réquisition du Ministère public belge.

110. Outre que l'exigence de la double incrimination et de la réciprocité exclut la compétence extraterritoriale belge pour des infractions commises dans les nombreux pays du monde ne disposant pas de législation punissant la corruption d'agents publics étrangers, l'exigence d'un avis de l'autorité étrangère constitue sans nul doute un obstacle supplémentaire à ce que la compétence des juridictions belges soit donnée. Les autorités belges ont assuré l'équipe d'examen du caractère non contraignant de l'exigence de l'avis étranger ; pour autant, la loi subordonnant l'engagement des poursuites à la communication d'un tel avis, le Ministère public renoncera automatiquement à poursuivre en l'absence de celui-ci (par exemple sous la forme d'un silence des autorités étrangères, qui ne répondraient pas à la demande belge). Finalement, dérogeant au droit ordinaire de la poursuite pénale, l'article 10*quater* CPP exclut la possibilité, pour une partie civile qui souhaiterait contrer l'inaction du Ministère public, de mettre l'action publique en mouvement : aux termes de cet article, en cas de crime ou délit commis en dehors du territoire contre un étranger, la poursuite ne peut avoir lieu qu'à l'initiative du Parquet. De l'avis des examinateurs, il existe un risque que des considérations d'intérêts économiques nationaux ou les effets possibles sur les relations avec l'État étranger influent la décision du Ministère public de poursuivre ou non.
111. L'exercice de la compétence personnelle active est tout autant subordonné à des exigences procédurales qui peuvent en rendre l'utilisation particulièrement difficile dans le contexte de la répression de la corruption d'agents publics étrangers. L'article 7, § 2 du Code de procédure pénal dispose en effet non seulement que la poursuite d'un acte de corruption d'agents publics étrangers, fondée sur la compétence personnelle – similairement aux poursuites fondées sur la compétence universelle – est réservée au Ministère public, et exige que cet exercice soit précédé d'une plainte de la victime ou d'un avis officiel donné à l'autorité belge par l'autorité du pays où l'infraction a été commise, mais subordonne en outre la poursuite pour les faits commis à l'étranger à la double incrimination (sur le territoire du lieu de commission de l'infraction et en Belgique) ¹⁹.

⁽¹⁹⁾ C'est pour le cas particulier d'une infraction commise «contre un étranger» que le monopole des poursuites est réservé au ministère public (article 7, § 2, du Code de procédure pénale). Pour les autres infractions, la règle de droit commun s'applique, soit tant le ministère public que la partie civile peuvent mettre l'action publique en mouvement (article 7, § 1^{er}, du Code de procédure pénale)."

Commentaire :

Les examinateurs principaux considèrent que la loi et la jurisprudence belges confèrent une large compétence territoriale aux juridictions belges en matière de corruption. Toutefois des doutes subsistent quant à l'efficacité de la compétence extraterritoriale pour cette infraction du fait de la subordination des poursuites au dépôt d'une plainte de la victime ou d'un avis officiel étranger préalable, ainsi qu'au vu de l'exigence que le fait soit également puni par la législation du pays où il a été commis ; s'y ajoute l'impossibilité pour une partie civile de contrer l'inaction du Ministère public qui déciderait de ne pas déclencher l'action publique alors même que les conditions requises pour admettre la compétence extraterritoriale de la Belgique seraient satisfaites. Des doutes similaires existent au regard de l'efficacité de la compétence universelle. Les examinateurs principaux recommandent aux autorités belges de prendre des mesures correctrices appropriées afin de faciliter l'exercice de la compétence de la Belgique sur les infractions de corruption d'agents publics étrangers commises à l'étranger."

Sur la base de ces constatations, le Groupe de travail OCDE a donc recommandé à la Belgique de

"(...) prendre des mesures législatives correctrices afin d'assurer la pleine efficacité de la compétence tant extraterritoriale qu'universelle de la Belgique sur des infractions d'agents publics étrangers commises à l'étranger"²⁰.

Afin de donner suite à cette recommandation du Groupe de travail OCDE, l'article 7 de l'avant-projet de loi remplace le texte de l'article 10^{quater} du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle par un nouveau texte dans lequel sont notamment supprimées tant la distinction entre les agents publics des États membres de l'Union européenne et d'autres agents publics étrangers, que la condition de réciprocité.

Comme le confirme par ailleurs l'exposé des motifs sans autre forme d'explication, la condition de la double incrimination a, par contre, été maintenue, nonobstant la recommandation également formulée sur ce point par le Groupe de travail OCDE. Il convient donc que l'auteur de l'avant-projet énonce dans l'exposé des motifs les raisons pour lesquelles le Groupe de travail OCDE n'a pas été suivi sur ce point.

L'exposé des motifs précise de même que le nouveau paragraphe 2 de l'article 10^{quater} ne reprend pas les conditions prévues à l'article 7, § 2, du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, en vertu duquel l'infraction commise par

⁽²⁰⁾ Point 178, k., du Rapport (phase 2).

un Belge contre un étranger hors du territoire du Royaume ne pourra être poursuivie en Belgique que sur réquisition du ministère public et qu'après plainte de la victime ou avis officiel de l'autorité étrangère. Ces conditions sont toutefois maintenues dans l'article 7, § 2, du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, alors même que cette disposition a également fait l'objet de réserves de la part du groupe de travail OCDE ²¹. Il convient donc que l'auteur de l'avant-projet de loi indique également dans l'exposé des motifs les raisons de ce maintien.

2. Il est renvoyé aux observations formulées sous les articles 4 et 5 de l'avant-projet de loi pour ce qui concerne la référence, dans le 2° du premier paragraphe de l'article 10^{quater} en projet, à la notion de "personne exerçant une fonction publique".

Titre III - Finances (Observation préliminaire)

Le commentaire de l'article 8 dans l'exposé des motifs précise que la disposition en projet, à savoir le nouvel article 53, 24°, du Code des impôts sur les revenus 1992 (CIR 92), "s'applique aussi bien à l'impôt des personnes physiques et à l'impôt des sociétés qu'à l'impôt des non-résidents", ce qui, en ce qui concerne ce dernier, résulte de l'article 235 du même code.

Le titre III de l'avant-projet rompt toutefois, pour l'impôt des non-résidents, avec la logique qu'il suit par ailleurs pour l'impôt des sociétés et celui des personnes morales, en ne prévoyant pas l'adaptation des articles 233, alinéa 2, 234, alinéa 1^{er}, 4°, 246, alinéa 1^{er}, 2°, et 247 du CIR 92, ce qui paraît pourtant nécessaire pour maintenir, comme l'exposé des motifs en manifeste l'intention, le parallélisme existant entre les trois types d'impôt précités.

L'auteur de l'avant-projet de loi doit, en conséquence, veiller à suppléer cette lacune.

⁽²¹⁾ Point 111 du Rapport (phase 2).

Article 8

(Article 53 CIR 92)

Il est renvoyé aux observations formulées sous les articles 4 et 5 de l'avant-projet pour ce qui concerne la référence, dans le 24°, b), en projet, de l'article 53 du CIR 92, à la notion de "personne exerçant une fonction publique".

Article 14

(Article 225 CIR 92)

Il ne serait pas inutile que soient indiquées dans l'exposé des motifs les raisons pour lesquelles "les avantages financiers ou de toute nature visés à l'article 223, alinéa 1^{er}, 3°, du Code des impôts sur les revenus 1992" sont visés tant au 4° qu'au 5°, en projet, de l'article 225, alinéa 2, du même Code.

La chambre était composée de

Messieurs	P. HANSE,	conseiller d'État, président,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	H. BOSLY,	assesseur de la section de législation,
Madame	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. J.-L. PAQUET, premier auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

P. HANSE

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 40.381/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 4 mei 2006 door de Staatssecretaris voor de Modernisering van de Financiën en de Strijd tegen de fiscale fraude toegevoegd aan de Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot aanpassing van de wetgeving inzake de bestrijding van omkoping", heeft op 29 mai 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 ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

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

Voorafgaande opmerking

Zoals vermeld in de memorie van toelichting en in artikel 2 van het voorontwerp van wet, strekt het voorontwerp tot de omzetting in het Belgische recht van sommige aanbevelingen van de werkgroep "corruptie in internationale handelstransacties" van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO), hierna te noemen "OESO-werkgroep", gedaan in zijn Rapport (fase 2) van 2005, hierna te noemen "Rapport (fase 2)", over de toepassing door België van het Verdrag inzake de bestrijding van corruptie van buitenlandse ambtenaren in internationale zakelijke transacties, gedaan te Parijs op 17 december 1997 ¹. De strekking van de bepalingen van het voorontwerp van wet moet dan ook onderzocht worden in het licht van dat Rapport (fase 2) ², en in het licht van de aanbevelingen die daarin worden gedaan, en waarnaar in de memorie van toelichting herhaaldelijk wordt verwezen.

⁽¹⁾ Zie de goedkeuringswet van 9 juni 1999. Zie ook, wat betreft het uitvaardigen in het interne recht van sommige bepalingen die nodig zijn voor de omzetting van het Verdrag, de wet van 10 februari 1999 betreffende de bestraffing van corruptie, en advies 26.442/4, dat de afdeling wetgeving van de Raad van State op 5 januari 1998 heeft uitgebracht over het voorontwerp van wet dat ontstaan heeft gegeven aan de voornoemde wet (Gedr. St., Senaat, zitting 1997-1998, nr. 1-107/5).

⁽²⁾ <http://www.oecd.org/dataoecd/58/51/35462014.pdf>

Er dient ook op gewezen te worden dat de aanbevelingen van de OESO-werkgroep nog op andere punten betrekking hebben dan die welke uitdrukkelijk aan bod komen in het voorliggende voorontwerp van wet ³. Het zou dus goed zijn in de memorie van toelichting de overige initiatieven te vermelden die België genomen zou hebben of van plan is te nemen om ook aan die aanbevelingen tegemoet te komen.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikelen 3 en 6

(Artikelen 246 en 504*bis* van het Strafwetboek)

1. Die artikelen strekken ertoe in de artikelen 246, § 2, en 504*bis*, § 2, van het Strafwetboek de woorden "of toekennen" in te voegen tussen de woorden "door tussenpersonen voorstellen" en de woorden "aan een persoon", zodat de betrokken passage voortaan als volgt gelezen moet worden :

"[...] omkoping bestaat in het rechtstreeks of door tussenpersonen voorstellen of toekennen, [...] van een aanbod, een belofte of een voordeel van welke aard dan ook, [...]."

Zoals in de memorie van toelichting staat, is het de bedoeling dat door die bepalingen van het Strafwetboek voortaan ook de "toekenning van een voordeel" uitdrukkelijk strafbaar wordt gesteld, en niet de toekenning "van een aanbod" of "van een belofte", wat overigens amper zin heeft.

Het zou dan ook beter zijn de redactie van de voornoemde bepalingen aan te passen en zich daarbij te baseren op artikel 1, lid 1, van het voornoemde Verdrag van 17 december 1997, waarin sprake is van "de handeling waarbij een persoon (...) een (...) voordeel aanbiedt, belooft of toekent (...)".

⁽³⁾ Zie onder meer punt 178, l. en m., van het Rapport (fase 2), betreffende de noodzaak om de bepalingen te wijzigen inzake de aansprakelijkheid van rechtspersonen en betreffende de nationale procedures voor het verstrekken van rechtshulp bij corruptie van buitenlandse ambtenaren.

2. Zoals in de memorie van toelichting staat, strekt de aldus voorgenomen wijziging van de artikelen 246 en 504*bis* van het Strafwetboek er enkel toe tegemoet te komen aan de twijfel geuit door de OESO-werkgroep over de praktische mogelijkheid om in het Belgische recht "het toekennen van een voordeel aan een ambtenaar"⁴ te bestraffen op basis van de bestaande bepalingen van de artikelen 246 en 504*bis* van het Strafwetboek.

In de memorie van toelichting staat voort nog het volgende :

"Zowel de Belgische Regering als de gerechtelijke autoriteiten die de wetgeving moeten toepassen, zijn van oordeel dat de toekenning van een voordeel wel degelijk altijd beoogd is door de definitie van omkoping . Wanneer immers een voorstel tot het geven van een voordeel al strafbaar is, dan lijkt het logisch dat het onmiddellijk toekennen van het voordeel, zonder dat er zelfs een belofte aan te pas komt, dat ook is. Tot op heden is er echter geen rechtspraak die dit bevestigt.

Hoewel de Werkgroep dit slechts als een punt van «opvolging» heeft opgenomen in haar rapport en dus geen aanbeveling gedaan heeft om de wetgeving hieromtrent aan te passen, lijkt het de Regering wenselijk om de bovenstaande interpretatie van de wet nu ook wettelijk te bevestigen. Daarom wordt in artikel 246 de toekenning van een voordeel uitdrukkelijk ingevoegd als deel uitmakend van het strafbaar gestelde gedrag.

De Regering wenst te benadrukken dat hieruit niet afgeleid mag worden dat de toekenning van een voordeel tot op heden niet gedekt werd door de definitie. In haar optiek is dit altijd zo geweest en wordt deze interpretatie van de oude wettekst nu wettelijk bevestigd."

Uit deze passage van de memorie van toelichting blijkt dat het duidelijk de bedoeling is van de steller van het voorontwerp om aan de artikelen 3 en 6 van het voorontwerp de waarde van interpretatieve bepalingen toe te kennen in de zin van artikel 84 van de Grondwet.

⁽⁴⁾ Punt 114 van het Rapport (fase 2)

Met betrekking tot het begrip interpretatieve wet heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State recentelijk nog weer op het volgende gewezen ⁵ :

"1.1. Volgens de rechtsleer betekent het interpreteren van een wet :

"... interpréter une loi, c'est dégager le sens exact d'un texte législatif qui serait peu clair et, le cas échéant, en déterminer la portée, c'est-à-dire le champ d'application temporel, spatial et juridique. (...) Interpréter une loi par voie d'autorité, ou ce qui revient au même l'interpréter de manière authentique, c'est en donner une interprétation par voie de disposition générale, obligatoire (...)." ⁶.

In verscheidene adviezen heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State herinnerd aan de beginselen die moeten worden gehuldigd als met een interpretatieve wet wordt gewerkt, waarbij ze heeft beklemtoond dat die werkwijze uitzonderlijk moet blijven.

Die bevoegdheid houdt in dat :

"... de wetgever een vroegere wet zo mag uitleggen dat deze geacht moet worden steeds en voor eenieder de betekenis, vermeld in de interpretatieve wet, te hebben gehad, in voorkomend geval aldus ingrijpend in inmiddels verworven rechtstoestanden ⁷, zonder dat zulks evenwel, overeenkomstig artikel 7 van het Gerechtelijk Wetboek, ertoe kan leiden dat wordt teruggekomen op inmiddels in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissingen." ⁸.

(⁵) Zie advies 34.153/VR over een voorstel van wet "tot interpretatie van artikel 7, eerste lid, van de wet van 16 juni 1993 betreffende de bestraffing van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht", uitgebracht op 12 december 2002 (Gedr. St., Senaat, zitting 2001-2002, nr. 2-1255/2).

(⁶) J. Velu, "Droit public", deel I, uitgeverij Bruylant, Brussel, 1986, blz. 587. Zie ook J. Barthélemy, "De l'interprétation des lois par le législateur", RDP, 1908, blz. 465; L. Patras, "L'interprétation en droit public interne", Parijs, 1962, blz. 25; J. Van Nieuwenhove, "Interpretatieve wetten en behoorlijke regelgeving", TVW, 1999, blz. 127-136.

(⁷) Gedr. St., Senaat, BZ 1979, nr. 261/1, bijlage 1, advies van de Raad van State van 31 mei 1979, blz. 17.

(⁸) Advies 23.600/1/V d.d. 26 juli 1994 van de afdeling wetgeving over een voorontwerp van wet "tot interpretatie van de wet van 20 juli 1990 tot instelling van een flexibele pensioenleeftijd voor werknemers en tot aanpassing van de werknemerspensioenen aan de evolutie van het algemeen welzijn". Zie eveneens : Cass., 4 november 1996, Arr. Cass., 1996, blz. 411.

In de rechtsleer wordt zelfs de mening verkondigd dat de wetgever geen interpretatieve wet kan aannemen "pour la seule raison qu'il estime inopportune la jurisprudence des cours et tribunaux relative à une loi sans mettre en question d'aucune façon l'exactitude du sens et de la portée donnés par ceux-ci à cette loi. Il a été précisé au cours des travaux préparatoires de la révision de l'article 28⁹ de la Constitution¹⁰ que l'interprétation authentique n'est pas possible si une norme est claire et qu'il ne peut y avoir lieu à pareille interprétation que si le sens de la norme est douteux, si, notamment, il est contredit par les travaux préparatoires ou leur silence; toujours selon le Constituant de 1980, cette interprétation doit s'inspirer des textes de la norme à interpréter et des travaux préparatoires; dans le doute, il est plus opportun de modifier la norme plutôt que de l'interpréter (...). Il n'est pas contestable que l'interprétation authentique d'une loi se justifie lorsque, malgré l'intervention de la Cour de cassation, les divergences existant au sein du Pouvoir judiciaire quant à l'interprétation d'une loi créent une insécurité juridique qui porte atteinte tant à l'intérêt général qu'aux intérêts des justiciables, ou lorsque, en l'absence de divergences au sein du Pouvoir judiciaire quant à l'interprétation d'une loi, le Pouvoir législatif considère que l'interprétation donnée par les cours et tribunaux s'écarte du sens et de la portée qui, selon lui, doivent être reconnus à cette loi"¹¹.

1.2. Zoals het Arbitragehof bovendien heeft onderstreept :

"... Een wetsbepaling is interpretatief wanneer zij, met terugwerkende kracht, een andere wetsbepaling uitlegt en verklaart."¹².

⁽⁹⁾ Huidig artikel 84 van de Grondwet.

⁽¹⁰⁾ Gedr. St., Senaat, BZ 1979, nr. 100/25, blz. 4.

⁽¹¹⁾ J. Velu, op. cit., blz. 600. Zie in dezelfde zin M. Uyttendaele, "Précis de droit constitutionnel belge", uitgeverij Bruylant, Brussel, 2001, blz. 283. Zie eveneens : Cass., 17 februari 2000, Arr. Cass., 2000, blz. 134 ("(...) dat een uitleggingswet een wet is die betreffende een punt waar de rechtsregel onzeker of betwist is, een oplossing geeft, die door de rechtspraak had kunnen worden aangenomen").

⁽¹²⁾ Arbitragehof, 19 mei 1993, arrest nr. 37/93.

Zulk een wet heeft dus niet tot doel nieuwe rechtsregels toe te voegen aan de bestaande rechtsordening. Ze vormt één geheel met de wet die wordt uitgelegd en die wordt geacht van bij het begin de betekenis te hebben gehad die eraan wordt gegeven door de interpretatieve wet ¹³.

Voorzover de interpretatieve wet terugwerkende kracht heeft, mag de wetgever echter slechts met zo'n wet werken als hij de grondwettelijke en verdragsrechtelijke beginselen naleeft. Daarbij moet hij in het bijzonder acht slaan op de bepalingen van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, waarin zowel het beginsel vervat is dat strafwetten niet mogen terugwerken, als het beginsel dat de strafprocedure voorzienbaar moet zijn."

Wegens de zoëven gememoreerde principes is het in casu, gezien de redenen die worden aangevoerd in de memorie van toelichting, geoorloofd dat gebruik wordt gemaakt van een interpretatieve wet. Wel zou duidelijker moeten worden aangegeven, op zijn minst in de memorie van toelichting, dat het de bedoeling is aan die beide bepalingen van het voorontwerp van wet, de waarde van interpretatieve bepalingen toe te kennen.

(13) "Uitleggen kan weliswaar betekenen dat een onduidelijke zin wordt "herschreven" of dat enkele woorden worden toegevoegd aan een vage formulering, maar mag niet dienen om de redactie van een regeling in het algemeen te verbeteren of om de leemten ervan aan te vullen. De bedoeling ervan is enkel de betekenis van een bestaande regel te preciseren, nader te omschrijven, te verduidelijken wanneer er daadwerkelijk een interpretatieprobleem rijst.". Zie advies 30.111/2 van 5 juni 2000 over een voorontwerp van wet "tot interpretatie en wijziging van sommige bepalingen van de wet van 15 maart 1999 betreffende de beslechting van fiscale geschillen en de wet van 23 maart 1999 betreffende de rechterlijke inrichting in fiscale zaken" (Gedr. St., Kamer, zitting 2000-2001, nr. 1329).

Artikelen 4 en 5

(Artikelen 250 en 251 van het Strafwetboek)

De wijzigingen die bij artikel 4 van het voorontwerp van wet worden aangebracht in artikel 250 van het Strafwetboek en de opheffing van artikel 251 van het Strafwetboek bij artikel 5 van het voorontwerp, hebben tot doel in te gaan op de twijfel die de OESO-werkgroep heeft geuit omtrent de relevantie van de huidige definitie van het begrip "buitenlands ambtenaar" in het Belgische recht en in te gaan op de aanbeveling van diezelfde werkgroep om in het Belgische recht een autonoom begrip "buitenlands ambtenaar" te definiëren dat het volledige toepassingsgebied dekt dat vereist is door het Verdrag voor het begrip "ambtenaar" ¹⁴.

Als men die aanbeveling wil volgen, zou het voldoende zijn dat het begrip "persoon die een openbaar ambt uitoefent in een vreemde staat of in een internationale publiekrechtelijke organisatie", dat in het ontworpen artikel 250 wordt

⁽¹⁴⁾ Zie de punten 2, 118 tot 122 en 178, k, van het Rapport (fase 2).

De twijfel van de OESO-werkgroep heeft betrekking op de volgende punten :

- de toepassing van de nieuwe definitie van het begrip "ambtenaar", ingevoerd bij de voormelde wet van 10 februari 1999, op personen die geen openbaar ambt uitoefenen, maar bij een openbaar ambt betrokken zijn omdat ze, bijvoorbeeld, door de overheid in dienst zijn genomen op basis van een privaatrechtelijke overeenkomst (in het Rapport (fase 2) wordt ook verwezen naar het gevaar waarop de afdeling wetgeving in haar voormelde advies 26.442/4 heeft gewezen, namelijk dat de nieuwe bewoordingen van de wet van 10 februari 1999 zo zouden kunnen worden geïnterpreteerd dat de werkingssfeer van het strafbaar feit wordt beperkt ten opzichte van wat in het Verdrag wordt beoogd - Gedr. St., Senaat, zitting 1997-1998, nr. 1-107/5, blz. 117 tot 119);
- de rechtstreekse verwijzing naar de definitie van "ambtenaar" die geldt in de vreemde Staat in kwestie.
- de beperkende definitie van "internationaal ambtenaar", beoordeeld op basis van de status van de betrokken organisatie;
- de noodzaak, wanneer het gaat om een Staat die niet tot de Europese Unie behoort, om in het licht van het Belgische recht te moeten oordelen wat de hoedanigheid is van de persoon die een openbaar ambt uitoefent in die andere Staat;
- de moeilijkheid dat men zich moet baseren op het oordeel van de autoriteiten van de betrokken landen om ten volle te kunnen bepalen of degene die smeergeld heeft ontvangen een openbaar ambt uitoefent in hun Staat.

.../...

gebruikt, wordt vervangen door het begrip "buitenlands ambtenaar" dat, overeenkomstig artikel 1, lid 4, a, van het voormelde Verdrag van 17 december 1997, betrekking heeft.

"(...) op eenieder die in een vreemde staat een wetgevend, bestuurlijk of rechterlijk mandaat bekleedt, ongeacht of hij benoemd of gekozen is, op eenieder die in een vreemde staat een openbaar ambt uitoefent, ook voor een openbare onderneming of openbare instelling, alsook op de ambtenaren en agenten van internationale overheidsorganisaties"¹⁵.

In plaats van dat "zelfstandig" begrip ambtenaar te gebruiken, zoals de OESO-werkgroep uitdrukkelijk voorstelt in haar aanbevelingen¹⁶, heeft de steller van het voorontwerp van wet in het Belgische recht geopteerd voor een functionele benadering van dat begrip, die hierop steunt dat "alle personen die een openbaar ambt uitoefenen in een vreemde Staat of in een internationale publiekrechtelijke organisatie" gelijkgesteld worden met Belgische ambtenaren.

Volgens de memorie van toelichting is die "functionele" benadering gekozen op basis van de volgende overwegingen :

- de omstandigheid dat de definitie van "buitenlands ambtenaar" dezelfde is als die van "Belgische ambtenaar";
- de omstandigheid dat de rechtspraak en rechtsleer in de loop der jaren een zeer brede invulling hebben gegeven aan het begrip "openbaar ambt", die volledig conform is aan en zelfs verder gaat dan de definitie van artikel 1 van het voormelde Verdrag van 17 december 1997;
- de omstandigheid dat deze benadering eveneens in overeenstemming is met de vereisten gesteld door de Europese Unie en de Raad van Europa en krachtens welke

⁽¹⁵⁾ Dat "zelfstandig begrip buitenlandse ambtenaar" lijkt in het bijzonder alle ambtenaren te omvatten als bedoeld in artikel 1 van de Overeenkomst, opgesteld op basis van artikel K.3, lid 2, onder c), van het Verdrag betreffende de Europese Unie, ter bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren van de Europese Gemeenschappen of van de Lidstaten van de Europese Unie betrokken zijn, gedaan te Brussel op 26 mei 1997 (zie goedkeuringswet van 17 februari 2002).

⁽¹⁶⁾ Punt 178, k., van het Rapport (fase 2).

de hoedanigheid van buitenlands ambtenaar beoordeeld dient te worden volgens het recht van de staat waar hij zijn ambt uitoefent.

De benadering waarvoor de steller van het voorontwerp van wet aldus heeft gekozen, kan worden aanvaard voor zover duidelijk kan worden aangetoond dat artikel 250 van het Strafwetboek, in zijn nieuwe redactie, op zijn minst "le périmètre entier d'application requis par la Convention" omvat, zoals aangegeven wordt in de aanbevelingen van de OESO-werkgroep. De memorie van toelichting dient dan ook te worden aangevuld opdat duidelijk tot uiting komt dat zulks wel het geval is.

Voor zover in de ontworpen tekst het begrip "persoon die een openbaar ambt uitoefent" gehandhaafd wordt zoals dat begrip in het Strafwetboek is ingevoegd bij de voormelde wet van 10 februari 1999, geeft die tekst aanleiding tot hetzelfde voorbehoud als dat wat door de afdeling wetgeving van de Raad van State gemaakt is in haar voormelde advies 26.442/4 in verband met de vaagheid van dat begrip uit het oogpunt van inzonderheid de vereisten van het wettelijkheidsbeginsel in strafzaken, naar luid waarvan het voor de wetgevende macht een grondwettelijke verplichting en niet een loutere aanbeveling is met precieze regels te werken ¹⁷.

⁽¹⁷⁾ Volgens de memorie van toelichting dekt het begrip "persoon die een openbaar ambt uitoefent":

- alle categorieën van personen die, ongeacht hun statuut, een openbaar ambt uitoefenen, met inbegrip van de gekozenen;
- alsook de verantwoordelijken van privé-bedrijven die geacht worden een openbaar ambt uit te oefenen in de mate dat de daad van corruptie raakt aan een openbare taak toevertrouwd aan dit bedrijf.

Bovenop de opmerking die de afdeling wetgeving van de Raad van State in haar voornoemde advies 26.442/4 heeft gemaakt over het begrip "gekozenen", rijst de vraag of de hoven en rechtbanken bereid zullen zijn om er van uit te gaan dat privé-personen die voor privé-ondernemingen werken desondanks bestempeld kunnen worden als "persoon die een openbaar ambt uitoefent" onder de voorwaarden die in de memorie van toelichting worden opgesomd. In de memorie van toelichting wordt weliswaar zonder meer aangegeven dat deze functionele benadering in overeenstemming is met de interpretatie gegeven door de rechtspraak. Binnen de korte termijn die haar toegemeten is, heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State de gegrondheid van die bewering evenwel niet kunnen controleren. Op zijn minst dient de memorie van toelichting op dit punt te worden aangevuld.

Artikel 7

(Artikel 10^{quater} van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering)

1. In het Rapport (fase 2) van de OESO-werkgroep staan de volgende bevindingen betreffende de "infractions commises partiellement sur le territoire belge ou en dehors de celui-ci" :

"i) La compétence territoriale – Infractions commises ou réputées commises sur le territoire de la Belgique

106. L'article 3 du Code pénal dispose que la loi pénale belge est applicable aux infractions commises sur le territoire du Royaume, quelle que soit la nationalité de leur auteur. La jurisprudence et la doctrine belges ont interprété la notion de territorialité de l'infraction de manière extensive, attribuant, en application de la théorie de l'ubiquité, compétence aux juridictions belges pour connaître d'infractions qui n'ont été commises qu'en partie en Belgique. La Cour de cassation a ainsi jugé que la réalisation sur le territoire du Royaume d'un des éléments constitutifs «matériels» (et non purement intentionnels) suffisait pour asseoir la compétence des juridictions répressives belges.
107. La jurisprudence a également reconnu la compétence territoriale de la loi pénale belge à l'égard d'infractions commises à l'étranger s'il existe un lien de connexité ou d'indivisibilité avec des infractions commises en Belgique. Les tribunaux belges ont ainsi jugé des auteurs, coauteurs ou complices ayant participé à une infraction commise en Belgique, alors même que les actes de participation avaient été accomplis exclusivement à l'étranger (Cass., 7 mars 1955, Pas., I, p. 746 ; Cass., 20 février 1961, Pas., I, p. 664).

ii) Compétence personnelle et extraterritoriale – Infractions commises hors du territoire de la Belgique

108. La loi pénale belge est applicable, d'une part, aux crimes et délits commis hors du territoire du Royaume par des ressortissants belges et par toute personne ayant sa résidence principale en Belgique («compétence personnelle active» de l'article 7 du Code de procédure pénale) et, d'autre part, à certains délits et crimes – dont la corruption active d'agents publics étrangers – commis par «toute personne » qui n'est ni un ressortissant belge ni une personne ayant sa résidence principale en Belgique («compétence universelle» de l'article 10^{quater} du Code de procédure pénale) ¹⁸.
109. Mesure innovante, l'exercice par le juge belge de la compétence universelle à l'égard d'actes de corruption d'agents publics d'États en dehors de l'Union européenne est pour autant assujéti à des exigences procédurales qui peuvent rendre son utilisation particulièrement difficile dans le contexte de

⁽¹⁸⁾ Tandis que le principe de personnalité active reprend la nationalité belge ou la qualité de résident de l'auteur de l'infraction comme critère de la compétence des tribunaux belges, c'est la compétence universelle qui définit la compétence du juge belge à l'égard de toute autre personne : Henry-D. Bosly et D. Vandermeersch, Droit de la procédure pénale, (Brugge 2003), p. 74.

la répression de dossiers sensibles de corruption d'agents publics étrangers. En effet, l'article 10quater du Code de procédure pénale dispose non seulement qu'une personne s'étant rendue coupable de corruption active d'agents publics étrangers hors du territoire du Royaume ne pourra être poursuivie en Belgique que si le fait commis à l'étranger est puni par la législation du pays où il a été commis (double incrimination) et pour autant que la législation de cet État punisse également la corruption de personnes exerçant une fonction publique en Belgique (réciprocité), mais il exige que cette poursuite soit précédée d'un avis officiel de l'autorité étrangère du lieu de l'infraction et qu'elle ne peut être initiée que sur réquisition du Ministère public belge.

110. Outre que l'exigence de la double incrimination et de la réciprocité exclut la compétence extraterritoriale belge pour des infractions commises dans les nombreux pays du monde ne disposant pas de législation punissant la corruption d'agents publics étrangers, l'exigence d'un avis de l'autorité étrangère constitue sans nul doute un obstacle supplémentaire à ce que la compétence des juridictions belges soit donnée. Les autorités belges ont assuré l'équipe d'examen du caractère non contraignant de l'exigence de l'avis étranger ; pour autant, la loi subordonnant l'engagement des poursuites à la communication d'un tel avis, le Ministère public renoncera automatiquement à poursuivre en l'absence de celui-ci (par exemple sous la forme d'un silence des autorités étrangères, qui ne répondraient pas à la demande belge). Finalement, dérogeant au droit ordinaire de la poursuite pénale, l'article 10quater CPP exclut la possibilité, pour une partie civile qui souhaiterait contrer l'inaction du Ministère public, de mettre l'action publique en mouvement : aux termes de cet article, en cas de crime ou délit commis en dehors du territoire contre un étranger, la poursuite ne peut avoir lieu qu'à l'initiative du Parquet. De l'avis des examinateurs, il existe un risque que des considérations d'intérêts économiques nationaux ou les effets possibles sur les relations avec l'État étranger influent la décision du Ministère public de poursuivre ou non.
111. L'exercice de la compétence personnelle active est tout autant subordonné à des exigences procédurales qui peuvent en rendre l'utilisation particulièrement difficile dans le contexte de la répression de la corruption d'agents publics étrangers. L'article 7, § 2 du Code de procédure pénal dispose en effet non seulement que la poursuite d'un acte de corruption d'agents publics étrangers, fondée sur la compétence personnelle – similairement aux poursuites fondées sur la compétence universelle – est réservée au Ministère public, et exige que cet exercice soit précédé d'une plainte de la victime ou d'un avis officiel donné à l'autorité belge par l'autorité du pays où l'infraction a été commise, mais subordonne en outre la poursuite pour les faits commis à l'étranger à la double incrimination (sur le territoire du lieu de commission de l'infraction et en Belgique) ¹⁹.
Commentaire :

(19) C'est pour le cas particulier d'une infraction commise «contre un étranger» que le monopole des poursuites est réservé au ministère public (article 7, § 2, du Code de procédure pénale). Pour les autres infractions, la règle de droit commun s'applique, soit tant le ministère public que la partie civile peuvent mettre l'action publique en mouvement (article 7, § 1^{er}, du Code de procédure pénale)."

Les examinateurs principaux considèrent que la loi et la jurisprudence belges confèrent une large compétence territoriale aux juridictions belges en matière de corruption. Toutefois des doutes subsistent quant à l'efficacité de la compétence extraterritoriale pour cette infraction du fait de la subordination des poursuites au dépôt d'une plainte de la victime ou d'un avis officiel étranger préalable, ainsi qu'au vu de l'exigence que le fait soit également puni par la législation du pays où il a été commis ; s'y ajoute l'impossibilité pour une partie civile de contrer l'inaction du Ministère public qui déciderait de ne pas déclencher l'action publique alors même que les conditions requises pour admettre la compétence extraterritoriale de la Belgique seraient satisfaites. Des doutes similaires existent au regard de l'efficacité de la compétence universelle. Les examinateurs principaux recommandent aux autorités belges de prendre des mesures correctrices appropriées afin de faciliter l'exercice de la compétence de la Belgique sur les infractions de corruption d'agents publics étrangers commises à l'étranger."

Op basis van die bevindingen heeft de OESO-werkgroep dan ook de volgende aanbeveling tot België gericht :

"(...) prendre des mesures législatives correctrices afin d'assurer la pleine efficacité de la compétence tant extraterritoriale qu'universelle de la Belgique sur des infractions d'agents publics étrangers commises à l'étranger" ²⁰.

Teneinde op die aanbeveling van de OESO-werkgroep in te gaan, wordt bij artikel 7 van het voorontwerp van wet de tekst van artikel 10^{quater} van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering vervangen door een nieuwe tekst, waarin inzonderheid geen sprake meer is van het onderscheid tussen ambtenaren van lidstaten van de Europese Unie en andere buitenlandse ambtenaren en evenmin van de voorwaarde van wederkerigheid.

Zoals overigens zonder enige nadere uitleg in de memorie van toelichting wordt bevestigd, wordt de voorwaarde van de dubbele strafbaarstelling daarentegen behouden ondanks de aanbeveling die de OESO-werkgroep op dit punt heeft gedaan. De steller van het voorontwerp dient bijgevolg in de memorie van toelichting aan te geven waarom de OESO-werkgroep op dit punt niet is gevolgd.

⁽²⁰⁾ Punt 178, k., van het Rapport (fase 2).

In de memorie van toelichting wordt eveneens opgemerkt dat in de nieuwe paragraaf 2 van artikel 10^{quater} de voorwaarden vervat in artikel 7, § 2, van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering niet worden overgenomen, krachtens welke het strafbaar feit dat een Belg buiten het grondgebied van het Rijk ten aanzien van een vreemdeling pleegt, in België alleen kan worden vervolgd op vordering van het openbaar ministerie en na een klacht van het slachtoffer of een bericht van de vreemde overheid. Die voorwaarden worden evenwel behouden in artikel 7, § 2, van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, hoewel ten aanzien van die bepaling eveneens voorbehoud is gemaakt door de OESO-werkgroep²¹. De steller van het voorontwerp van wet dient dan ook in de memorie van toelichting aan te geven waarom die voorwaarde behouden wordt.

2. Er wordt verwezen naar de opmerkingen die gemaakt zijn over de artikelen 4 en 5 van het voorontwerp van wet, wat betreft de verwijzing, in paragraaf 1, 2°, van het ontworpen artikel 10^{quater}, naar het begrip "persoon (die) een openbaar ambt uitoefent".

Titel III.- Financiën (Voorafgaande opmerking)

In de bespreking van artikel 8 in de memorie van toelichting wordt aangegeven dat de ontworpen bepaling, namelijk het nieuwe artikel 53, 24°, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (WIB 92) "van toepassing (is) zowel voor de personenbelasting en de vennootschapsbelasting, als voor de belasting van niet-inwoners", hetgeen, voor de laatstgenoemde belasting, voortvloeit uit artikel 235 van het Wetboek.

In titel III van het voorontwerp wordt evenwel, wat de belasting van niet-inwoners betreft, afgestapt van de logica die wel wordt gevolgd voor de vennootschapsbelasting en de rechtspersonenbelasting, doordat niet wordt voorzien in de aanpassing van de artikelen 233, tweede lid, 234, eerste lid, 4°, 246, eerste lid, 2°, en 247 van het WIB 92, hetgeen nochtans noodzakelijk lijkt om het parallellisme dat tussen de

⁽²¹⁾ Punt 111 van het Rapport (fase 2).

drie voormelde types van belastingen bestaat te behouden, hetgeen volgens de memorie van toelichting de bedoeling is.

De steller van het voorontwerp van wet dient er bijgevolg op toe te zien dat die leemte wordt aangevuld.

Artikel 8

(Artikel 53 WIB 92)

Er wordt verwezen naar de opmerkingen die gemaakt zijn onder de artikelen 4 en 5 van het voorontwerp, wat betreft de verwijzing, in het ontworpen onderdeel 24°, b) van artikel 53 van het WIB 92 naar het begrip "persoon die een openbaar ambt uitoefent".

Artikel 14

(Artikel 225 WIB 92)

Het zou niet overbodig zijn om in de memorie van toelichting aan te geven waarom de "in artikel 223, eerste lid, 3° (van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992) vermelde financiële voordelen of voordelen van alle aard" vermeld worden zowel in het ontworpen onderdeel 4° als in het ontworpen onderdeel 5° van artikel 225, tweede lid, van hetzelfde Wetboek.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. HANSE,	staatsraad, voorzitter,
	J. JAUMOTTE,	staatsraden,
Mevrouw	M. BAGUET,	
de Heer	H. BOSLY,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	B. VIGNERON,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J.-L. PAQUET, eerste auditeur.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

P. HANSE