



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 62.710/3
van 5 februari 2018

avis 62.710/3
du 5 février 2018

over

sur

een voorontwerp van wet ‘tot
wijziging van het Wetboek van
strafvordering met het oog op
het invoeren van een wettelijke
regeling inzake spijtoptanten’

un avant-projet de loi
‘modifiant le Code
d’Instruction criminelle en vue
d’introduire des dispositions
légales relatives aux repentis’

Op 19 december 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van het Wetboek van strafvordering met het oog op het invoeren van een wettelijke regeling inzake spijtoptanten’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 23 januari 2018. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Frédéric VANNESTE, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jan SMETS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 5 februari 2018.

*

Le 19 décembre 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi ‘modifiant le Code d’Instruction criminelle en vue d’introduire des dispositions légales relatives aux repentis’.

L’avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 23 janvier 2018. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d’État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Frédéric VANNESTE, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l’avis a été vérifiée sous le contrôle de Jan SMETS, conseiller d’État.

L’avis, dont le texte suit, a été donné le 5 février 2018.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond,¹ alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt ertoe in het Wetboek van Strafvordering een wettelijke regeling inzake spijtoptanten in te voeren.

Een spijtoptant wordt gedefinieerd als “een verdachte, een in verdenking gestelde, een beklaagde, een beschuldigde of een veroordeelde persoon die substantiële, onthullende, oprechte en volledige verklaringen aflegt omtrent gepleegde misdrijven zoals bedoeld in artikel 90ter, §§ 2, 3 en 4 van het Wetboek van Strafvordering, of misdrijven die werden gepleegd in het kader van een criminele organisatie zoals bedoeld in artikel 324bis van het Strafwetboek, omtrent de eigen betrokkenheid en de betrokkenheid van derden daarbij”. Er wordt, na het inwinnen van het akkoord van de betrokken procureurs-generaal en na advies van de getuigenbeschermingscommissie en de federale procureur, tussen de procureur des Konings en de spijtoptant een “memorandum” gesloten waarin onder meer het voorwerp van de verklaringen van de spijtoptant en de toezegging van de procureur des Konings worden opgenomen. Die toezegging kan worden gedaan in het raam van de strafvordering, de strafuitvoering of de detentie. Aan de spijtoptant kan geen anonimiteit worden toegekend. Na de ondertekening van het memorandum gaat de spijtoptant binnen de erin opgelegde termijn over tot het afleggen van de verklaring. De toezegging van de procureur des Konings kan in een aantal gevallen worden ingetrokken. De verklaringen die door de spijtoptant worden afgelegd, mogen alleen in aanmerking worden genomen als bewijs op voorwaarde dat zij in belangrijke mate steun vinden in andersoortige bewijsmiddelen. De toezeggingen van de procureur des Konings worden verschillend geregeld, al naargelang de toezegging gebeurt tijdens de uitoefening van de strafvordering, de strafuitvoering of de detentie. Er wordt ook voorzien in een parlementair toezicht.

De toezeggingen van de procureur des Konings aan de spijtoptant kunnen tijdens de fase van de uitoefening van de strafvordering, onder de in het ontworpen artikel 216/5 van het Wetboek van Strafvordering omschreven voorwaarden, strafvermindering, het niet-opleggen van een straf, het opleggen van een straf lager dan de wettelijke minimumstraf of het opleggen van een “alternatieve straf” betreffen. De procureur des Konings vordert ook het opleggen van een straf die van toepassing wordt als de spijtoptant de voorwaarden die zijn opgenomen in het memorandum, niet nakomt. De bevoegde strafrechtbank verifieert de proportionaliteit van de toezegging, de wettelijkheid van de toezegging en van het memorandum, of de feiten correct zijn gekwalificeerd, of er geen gronden tot verval van de strafvordering voorhanden zijn en of er bereidheid is tot vergoeding van de eventuele schade die door het door de spijtoptant gepleegde

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

misdrijf is veroorzaakt. Ze beslist ook, met appreciatiebevoegdheid, over de vervangende straf die later door de strafuitvoeringsrechtbank kan worden opgelegd wanneer de spijtoptant de in het memorandum opgenomen voorwaarden niet nakomt.

Wat betreft de strafuitvoering kan de toezegging van de procureur des Konings erin bestaan dat een gunstig advies over de toekenning van bepaalde strafuitvoeringsmodaliteiten wordt verleend, dat een uitgaansvergunning of een penitentiair verlof wordt toegekend of dat een “gunstige beslissing in het kader van de strafuitvoering” zal worden genomen.

Ten slotte kan de procureur des Konings tijdens de detentie, mits akkoord van de directeur-generaal van de Penitentiaire Inrichtingen, een toezegging doen inzake de plaatsing en de overplaatsing van de betrokkene.

Het voorontwerp bevat ook nog meer algemene bepalingen betreffende de bevoegdheid van de federale procureur en de getuigenbeschermingsdienst inzake maatregelen ter bescherming van bedreigde getuigen, hun gezinsleden en andere bloedverwanten en een aantal aanpassingen aan het Wetboek van Strafvordering en aan de wet van 17 mei 2006 ‘betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten’ ten gevolge van de nieuwe regeling inzake de spijtoptanten.

VORMVEREISTEN

3. Over het voorontwerp werd op 10 januari 2017 een advies uitgebracht door het College van procureurs-generaal. Teneinde de transparantie bij de totstandkoming van de wetgeving te bevorderen en de Kamer van volksvertegenwoordigers toe te laten het voorontwerp met volledige kennis van zaken te beoordelen, verdient het aanbeveling dit advies als bijlage bij het in te dienen wetsontwerp te voegen.

4. Het verdient eveneens aanbeveling om het voorontwerp om advies voor te leggen aan de Hoge Raad voor de Justitie en het ingewonnen advies eveneens te voegen bij het in te dienen wetsontwerp.

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. Recht op een eerlijk proces

5.1. Luidens het ontworpen artikel 216/5, § 3, van het Wetboek van Strafvordering verifieert de rechtbank de proportionaliteit van de toezegging van de procureur des Konings aan de spijtoptant, de wettelijkheid van die toezegging en van het memorandum, of de feiten met hun correcte juridische kwalificatie overeenstemmen, of er geen gronden tot verval van de strafvordering voorhanden zijn en of er bereidheid is tot vergoeding van de eventuele schade. Vervolgens spreekt ze de door de procureur des Konings toegezegde straf uit.

Het procedé waarbij de rechter op een door het openbaar ministerie voorgestelde straf of sanctie een wettelijk omschreven controle uitoefent, bestaat ook wanneer een minnelijke schikking wordt voorgesteld terwijl de zaak reeds bij een strafgerecht aanhangig is gemaakt en er nog geen in kracht van gewijsde getreden beslissing is (artikel 216*bis*, § 2, van het Wetboek van Strafvordering) en in geval van voorafgaande erkenning van schuld (artikel 216 van het Wetboek van Strafvordering). De in de rechtspraak en de adviespraktijk ter zake uiteengezette beginselen zijn dan ook relevant ten aanzien van de ontworpen regeling.

In het arrest *Natsvlishvili en Togonidze t. Georgië*² heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens betreffende een minnelijke schikking geoordeeld wat volgt:

“91. La Cour considère qu’une procédure de transaction pénale conduisant à ce qu’il soit statué sur une accusation pénale à l’issue d’un examen judiciaire simplifié implique en substance une renonciation à certains droits procéduraux. Cela ne saurait en soi poser problème puisque ni la lettre ni l’esprit de l’article 6 n’empêchent une personne de renoncer à ces garanties de son plein gré (*Scoppola c. Italie* (n° 2) [GC], n° 10249/03, § 135, 17 septembre 2009). À cet égard, la Cour observe que, dès 1987, le Comité des Ministres du Conseil de l’Europe a invité les États membres à prendre des mesures visant à simplifier la procédure juridictionnelle ordinaire en recourant notamment à des procédures abrégées ou sommaires (paragraphe 54 ci-dessus). Cependant, il est un principe fondamental selon lequel toute renonciation à des droits procéduraux doit se trouver établie de manière non équivoque et être entourée d’un minimum de garanties à la mesure de sa gravité pour pouvoir être jugée effective aux fins de la Convention. En outre, pareille renonciation ne doit se heurter à aucun intérêt public important (voir, entre autres, *Scoppola*, précité, §§ 135-136, *Poitrimol c. France*, 23 novembre 1993, § 31, série A n° 277-A, et *Hermi c. Italie* [GC], n° 18114/02, § 73, CEDH 2006-XII).

92. En l’espèce, la Cour observe que, en concluant un accord sur la peine avec les autorités de poursuite et en s’abstenant de contester les accusations portées contre lui, le requérant a renoncé à obtenir un examen au fond de son affaire pénale. Or, en application des principes susmentionnés afférents à la validité d’une telle renonciation, l’acceptation de la transaction par le requérant devait répondre aux conditions suivantes : a) elle devait être donnée de manière réellement volontaire et en parfaite connaissance des faits de la cause ainsi que des effets juridiques s’attachant à ce type de transaction, et b) le contenu de la transaction et l’équité de la procédure ayant mené à sa conclusion par les parties devaient faire l’objet d’un contrôle judiciaire suffisant.”

Het Grondwettelijk Hof heeft van zijn kant betreffende een minnelijke schikking die wordt voorgesteld terwijl de zaak reeds bij een strafrechtbank aanhangig is gemaakt, het volgende geoordeeld:³

“B.12.4. Weliswaar neemt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aan dat, wat het recht op een eerlijk proces betreft, een inverdenkinggestelde in het kader van een strafvermindering in ruil voor een schuldbekentenis (*plea bargaining*), die voldoende vergelijkbaar is met een minnelijke schikking wanneer de strafvordering is ingesteld, kan onderhandelen met het openbaar ministerie in de loop van de strafprocedure ten gronde, maar zulks geldt enkel op voorwaarde dat de inverdenkinggestelde de schikking vrijwillig aanvaardt met het volle besef van de feiten van de zaak en van de juridische gevolgen van een schikking, maar ook op voorwaarde dat de rechter een voldoende controle kan

² EHRM 29 april 2014, *Natsvlishvili en Togonidze t. Georgië*, § 92.

³ GwH 2 juni 2016, nr. 83/2016.

uitoefenen op de inhoud van de schikking en de wijze waarop die werd bereikt (EHRM, 29 april 2014, *Natsvlishvili en Togonidze t. Georgië*, § 92).

Zodra de feiten aan de strafrechter zijn voorgelegd, kan de weerslag van een minnelijke schikking op de onafhankelijkheid van die rechter, aan wie in beginsel een oordeel over de gegrondheid van de ingestelde vervolging toekomt, derhalve enkel bestaanbaar zijn met het recht op een eerlijk proces en met de daaraan inherente onafhankelijkheid van de rechter op voorwaarde dat de inverdenkinggestelde handelt uit vrije wil en met voldoende kennis van zaken over de inhoud en de gevolgen van een akkoord met het parket, en op voorwaarde dat de bevoegde rechter een volwaardig toezicht kan uitoefenen, zowel wat de proportionaliteit van de voorgenomen minnelijke schikking betreft als wat de wettigheid ervan betreft, inzonderheid de inachtneming van de wettelijke voorwaarden van de minnelijke schikking, vervat in artikel 216*bis* van het Wetboek van strafvordering, de bindende richtlijnen van het strafrechtelijk beleid, bedoeld in artikel 151, § 1, van de Grondwet en artikel 143*quater* van het Gerechtelijk Wetboek, en in voorkomend geval de wetten die de beoordelingsbevoegdheid van het openbaar ministerie in bepaalde gevallen beperken (zie het arrest nr. 182/2004 van 16 november 2004, B.5.1-B.6). Zoals is vermeld in B.10.2, kan dat toezicht slechts als een daadwerkelijke rechterlijke controle worden beschouwd indien de beslissing inzake de minnelijke schikking wordt gemotiveerd.

B.13. In zoverre artikel 216*bis*, § 2, van het Wetboek van strafvordering, nadat de strafvordering is ingesteld, een minnelijke schikking mogelijk maakt zolang geen eindvonnis of eindarrest werd gewezen en in zoverre het de rol van de bevoegde rechter beperkt tot het vaststellen van het verval van de strafvordering ‘na te hebben nagegaan of voldaan is aan de formele toepassingsvoorwaarden van § 1, eerste lid, of de dader de voorgestelde minnelijke schikking heeft aanvaard en nageleefd, en het slachtoffer en de fiscale of sociale administratie werden vergoed overeenkomstig § 4 en § 6, tweede lid’, doet die bepaling op discriminerende wijze afbreuk aan het recht op een eerlijk proces en is zij derhalve niet bestaanbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 151 ervan, met artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.”

In advies 61.795/1/V⁴ heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, in verband met een bepaling waarmee werd beoogd gevolg te geven aan het zo-even vermelde arrest 83/2016, het volgende opgemerkt:

“16. Artikel 8, 7°, van het ontwerp strekt ertoe artikel 216*bis*, § 2, van het Wetboek van Strafvordering aan te passen teneinde te voorzien in een rechterlijk toezicht op de in de laatstgenoemde bepaling bedoelde minnelijke schikking. De bevoegde rechter moet nagaan of voldaan is aan de wettelijke toepassingsvoorwaarden bedoeld in artikel 216*bis*, § 1, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering, of het slachtoffer en ‘de fiscale of sociale administratie’ werden vergoed overeenkomstig artikel 216*bis*, §§ 4 en 6⁵, tweede lid, van dat wetboek, of de dader het voorgestelde akkoord inzake de minnelijke schikking uit vrije wil en weloverwogen heeft aanvaard en of de door de procureur des Konings voorgestelde minnelijke schikking proportioneel is met de ernst van de feiten en de persoonlijkheid van de dader.

⁴ Adv.RvS 61.975/1/V van 22 september 2017 over een voorontwerp van wet ‘houdende wijzigingen van diverse bepalingen van het strafrecht, de strafvordering en het gerechtelijk recht’, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2753/001, (110) 117-118.

⁵ Voetnoot 11 uit het geciteerde advies: En niet, in de Nederlandse tekst, “66”.

In arrest nr. 83/2016 van het Grondwettelijk Hof⁶ wordt vereist dat ‘de bevoegde rechter een volwaardig toezicht kan uitoefenen, zowel wat de proportionaliteit van de voorgenomen minnelijke schikking betreft als wat de wettigheid ervan betreft, inzonderheid⁷ de inachtneming van de wettelijke voorwaarden van de minnelijke schikking, vervat in artikel 216bis van het Wetboek van Strafvordering, de bindende richtlijnen van het strafrechtelijk beleid, bedoeld in artikel 151, § 1, van de Grondwet en artikel 143quater van het Gerechtelijk Wetboek, en in voorkomend geval de wetten die de beoordelingsbevoegdheid van het openbaar ministerie in bepaalde gevallen beperken (zie het arrest nr. 182/2004 van 16 november 2004, B.5.1-B.6). Zoals vermeld in B.10.2, kan dat toezicht slechts als een daadwerkelijke rechterlijke controle worden beschouwd indien de beslissing inzake de minnelijke schikking wordt gemotiveerd’.

De vraag rijst of de huidige formulering van het ontworpen artikel 216bis, § 2, achtste lid, van het Wetboek van Strafvordering wel voldoende een ‘volwaardig toezicht’ door de bevoegde rechter garandeert, zoals het Grondwettelijk Hof vereist. Zo dient luidens die bepaling enkel te worden nagegaan of aan de toepassingsvoorwaarden vermeld in artikel 216bis, § 1, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering is voldaan, terwijl in arrest nr. 83/2016 wordt vereist dat een volledige wettigheidscontrole plaatsvindt. Dit dient te worden verholpen door in het ontworpen artikel 216bis, § 2, achtste lid, van het Wetboek van Strafvordering te vereisen dat de wettigheid van de minnelijke schikking wordt getoetst in plaats van enkel te vereisen dat ‘de wettelijke toepassingsvoorwaarden van § 1, eerste lid’ zijn vervuld. Tevens wordt het vereiste van motivering van de minnelijke schikking het best in artikel 216bis van het Wetboek van Strafvordering ingeschreven. Tot slot rijst de vraag of de rechter ook niet moet kunnen oordelen of de belangen van de burgerlijke partij afdoende zijn gewaarborgd.⁸”

⁶ Voetnoot 12 uit het geciteerde advies: GwH 2 juni 2016, nr. 83/2016, B.12.4.

⁷ Voetnoot 13 uit het geciteerde advies: Dit betekent dat de controle van de wettelijkheid niet beperkt is tot de inachtneming van de wettelijke voorwaarden.

⁸ Voetnoot 14 uit het geciteerde advies: Ermee rekening houdend dat de minnelijke schikking ook kan worden voorgesteld wanneer de dader die zijn burgerrechtelijke aansprakelijkheid heeft erkend, slechts het niet betwiste deel van de schade heeft vergoed (artikel 216bis, § 4, van het Wetboek van Strafvordering). Zie over een gelijkaardige bepaling adv.RvS 59.226/1/2/3 van 19 mei 2016 over een ontwerp dat geleid heeft tot de wet van 25 december 2016 ‘tot wijziging van de rechtspositie van de gedetineerden en van het toezicht op de gevangenen en houdende diverse bepalingen inzake justitie’, opmerking 8 bij artikel 17, waarin het volgende wordt opgemerkt:

“In dit verband dient te worden opgemerkt dat moet worden gewaarborgd dat het recht op een eerlijk proces en de rechten van de slachtoffers en de burgerlijke partijen nageleefd worden, in het bijzonder in de gevallen waarin de vervolging op hun initiatief is ingesteld.^(...) In het bijzonder dient erop te worden gewezen dat aangezien het luidens het ontworpen artikel 216ter, § 5, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering slechts vereist is dat het niet-betwiste deel van de schade is vergoed of hersteld, het recht van de burgerlijke partij tot toegang tot de rechter dreigt in het gedrang te komen of minstens te worden bemoeilijkt.^(...)” (Parl.St. Kamer 2015-16, nr. 54-1986/001, 168). Zie ook adv.RvS 47.423/AV van 19 januari 2010 over een voorstel van wet ‘tot wijziging, wat betreft de minnelijke schikking en de bevrijdende aangifte, van het Wetboek van Strafvordering’, Parl.St. Kamer 2009-10, nr. 52-1817/002, 4.

Tot slot heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, in advies 57.792/1/V⁹ over de rechtsfiguur van de voorafgaande erkenning van schuld het volgende opgemerkt:

“36. Artikel 95 van het ontwerp strekt tot het invoeren van een procedure waarbij het openbaar ministerie onder bepaalde voorwaarden de beklaagde vóór het houden van het strafproces voorstelt een procedure van voorafgaande erkenning van schuld op te starten, waarbij strafvermindering kan worden toegekend. De schulderkenning en de door de procureur des Konings voorgestelde straffen worden vastgelegd in een overeenkomst die aan het vonnisgerecht ter bekrachtiging wordt voorgelegd.

De ontworpen regeling inzake erkenning van schuld lijkt in beginsel verzoenbaar te zijn met artikel 6 van het EVRM, zoals uitgelegd in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op grond waarvan strafrechtelijke minnelijke schikkingen op zich geen schending vormen van artikel 6 van het EVRM op voorwaarde dat de procedure voldoende waarborgen bevat tegen misbruik.¹⁰ Dit is hier het geval nu wordt voorzien in de bijstand van een advocaat die met bijzondere waarborgen is omringd, de verdachte of de beklaagde bedenktijd kan vragen vooraleer in te gaan op het voorstel van de procureur des Konings, de rechtbank de betrokkene en zijn advocaat hoort en verifieert of de overeenkomst op een vrije en weloverwogen manier is gesloten,¹¹ met de werkelijkheid van de feiten en met hun correcte juridische kwalificatie overeenstemt, aan alle wettelijke vereisten voldoet en of de door de procureur des Konings voorgestelde straffen proportioneel zijn gelet op de ernst van de feiten, de persoonlijkheid van de betrokkene en de bereidheid tot vergoeding van de eventuele schade (zie het ontworpen artikel 216, § 4, tweede lid).”

De ontworpen regeling lijkt, globaal genomen, in overeenstemming te zijn met de zo-even uiteengezette beginselen. Nochtans dient het volgende te worden opgemerkt.

5.2.1. Gelet op het belang dat in het reeds aangehaalde arrest *Natsvlshvili en Togonidze t. Geörgië* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt gehecht aan het vereiste dat de betrokkene het voorgestelde akkoord uit vrije wil en weloverwogen heeft aanvaard (wat niet geheel samenvalt met de vraag of het memorandum wettelijk is) en aan het vereiste van een afdoende jurisdictionele controle, dient aan het ontworpen artikel 216/5, § 3, van het Wetboek van Strafvordering te worden toegevoegd dat de rechtbank eveneens nagaat of de dader het voorgestelde akkoord uit vrije wil en weloverwogen heeft aanvaard, naar analogie van het bestaande artikel 216, § 4, derde lid, van dat wetboek met betrekking tot de voorafgaande erkenning van schuld.

5.2.2. In hetzelfde arrest heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens eveneens geoordeeld dat ten gevolge van het gehanteerde procedé geen belangrijk publiek belang in het gedrang mag komen (*“pareille renonciation ne doit se heurter à aucun intérêt public important”*). Deze voorwaarde is evenwel niet uitdrukkelijk in het voorontwerp opgenomen, terwijl het ook niet duidelijk is of de controle van de rechtbank op dit element kan slaan.¹² Het

⁹ Adv.RvS 57.792/1/V van 23 september 2015 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 5 februari 2016 ‘tot wijziging van het strafrecht en de straffordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie’, *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1418/001, (262) 280-281.

¹⁰ Voetnoot 41 uit het geciteerde advies: EHRM 29 april 2014, *Natsvlshvili en Togonidze v. Georgië*.

¹¹ Voetnoot 42 uit het geciteerde advies: En niet “afgesloten” zoals telkens in de Nederlandse tekst wordt vermeld.

¹² Dat zou enkel het geval zijn zo men zou oordelen dat dit aspect valt onder de controle naar de proportionaliteit van de toezegging van de procureur des Konings.

verdient aanbeveling deze voorwaarde en de mogelijkheid van controle van de rechtbank erop uitdrukkelijk te vermelden.

5.2.3. In het ontworpen artikel 216/5, § 3, vierde lid, van het Wetboek van Strafvordering wordt enkel in een (bijzondere) motivering voorzien wanneer de rechtbank de toezegging afwijst. Uit arrest 83/2016 van het Grondwettelijk Hof lijkt evenwel te kunnen worden afgeleid dat het Hof vereist dat de beslissing in alle gevallen (bijzonder) wordt gemotiveerd, derhalve ook wanneer de rechtbank de toezegging bekrachtigt.¹³ De genoemde bepaling dient gelet hierop te worden aangepast.

B. Recht op hoger beroep in strafzaken

6.1. Overeenkomstig het ontworpen artikel 216/5, § 3, van het Wetboek van Strafvordering staat op strafgebied geen rechtsmiddel open tegen de beslissing van de rechtbank over de toezegging van de procureur des Konings. De vraag rijst of dit verenigbaar is met artikel 2 van het zevende protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. De gemachtigde verklaarde in dit verband wat volgt:

“Er bestaat geen absoluut recht op hoger beroep. Er bestaat geen Grondwettelijk beschermd recht op hoger beroep en het betreft evenmin een algemeen rechtsbeginsel.

Artikel 2.1 van het 7^{de} Aanvullende Protocol bij het EVRM:

‘Iedereen die door een gerecht is veroordeeld wegens een strafbaar feit, heeft het recht zijn schuldigverklaring of veroordeling opnieuw te doen beoordelen door een hoger gerecht. De uitoefening van dit recht, met inbegrip van de gronden waarop het kan worden uitgeoefend, wordt bij de wet geregeld.’

Het artikel biedt dus expliciet de mogelijkheid aan de wet om beperkingen aan te brengen (R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, Handboek Strafvordering, Maklu, Antwerpen, 2012, 1209).

De wet sluit dan ook in verschillende gevallen een recht op hoger beroep uit (bvb. tegen beslissingen van inwendige orde, arresten van het Hof van Assisen, vonnissen en arresten gewezen in het kader van de voorafgaandelijke schulderkenning zoals voorzien in artikel 216 Sv., de devolutieve werking van het hoger beroep tegen een eindvonnis of vonnis alvorens recht te doen,...).

Wat betreft de voorafgaandelijke schulderkenning (artikel 216 Sv.), waarbij de beklaagde en het openbaar ministerie, mits het erkennen van de schuld door de beklaagde, een overeenkomst afsluiten waarin de straf wordt bepaald die door de rechter wordt bekrachtigd, staat evenmin een rechtsmiddel open. Immers, de straf komt tot stand door een overeenkomst tussen beklaagde en het openbaar ministerie.

Wat de spijtoptantenregeling (artikel 216/5 Sv.) betreft, geldt dezelfde *ratio legis*. De spijtoptant verklaart zich in het memorandum op voorhand akkoord met de toegezegde straf van de procureur des Konings, in ruil voor diens verklaringen. Zo niet, zou de spijtoptant zich akkoord kunnen verklaren met de toegezegde straf, en na het uitspreken hiervan alsnog beroep kunnen aantekenen.”

¹³ Zie onderdeel B.12.4.

In het reeds vermelde arrest *Natsvlishvili en Togonidze t. Georgië* heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geoordeeld dat indien de beklaagde in eerste aanleg schuldig heeft gepleit en de transactie heeft aanvaard, terwijl dit niet het gevolg was van dwang, maar een vrijwillige en met kennis van zaken gedane beslissing uitmaakt, hij geacht wordt impliciet afstand te hebben gedaan van zijn recht op een dubbele aanleg:¹⁴

“96. Enfin, en ce qui concerne le grief formulé par le requérant sous l’angle de l’article 2 du Protocole n° 7, la Cour estime normal que le droit d’exercer un recours contre une condamnation fondée sur une transaction pénale emportant renonciation de l’accusé à obtenir un examen au fond de son affaire soit plus limité qu’en cas de condamnation prononcée à l’issue d’un procès pénal ordinaire. Elle rappelle à cet égard que les États contractants bénéficient d’une ample marge d’appréciation sur le terrain de l’article 2 du Protocole n° 7 (voir, entre autres, *Krombach c. France*, n° [29731/96](#), § 96, CEDH 2001-II). Elle estime qu’en acceptant de transiger, le requérant a renoncé non seulement à son droit à un procès ordinaire, mais aussi à son droit de recours ordinaire. Cette conséquence de la transaction pénale, qui découle d’une disposition de droit interne clairement libellée (l’article 679-7 § 2), a été ou aurait dû être expliquée au requérant par ses avocats. La Cour ayant conclu que la transaction pénale acceptée par le requérant était compatible avec le principe d’équité consacré par l’article 6 § 1 de la Convention (paragraphe 92-95 ci-dessus), elle considère de la même manière que la renonciation de l’intéressé à son droit de recours ordinaire ne constitue pas une restriction arbitraire contraire au principe analogue contenu dans l’article 2 du Protocole n° 7, selon lequel toute limitation du droit de recours consacré par cette disposition doit revêtir un caractère raisonnable (pour le principe général concernant la corrélation entre les exigences d’équité posée par ces dispositions, *Galstyan c. Arménie*, n° [26986/03](#), § 125, 15 novembre 2007).

97. Au vu de ce qui précède, la Cour conclut que l’acceptation par le requérant de la transaction pénale, qui a emporté renonciation de l’intéressé à son droit d’obtenir un examen ordinaire du bien-fondé de son affaire et à son droit de recours ordinaire, était incontestablement consciente et volontaire. Eu égard aux circonstances de l’affaire, on ne saurait dire que cette décision résultait d’une contrainte exercée par les autorités de poursuite ou de fausses promesses de leur part. Au contraire, elle a été prise dans des conditions offrant des garanties suffisantes contre d’éventuels abus de procédure. Au vu des éléments du dossier, la Cour n’est pas convaincue que la renonciation en question se heurtait à un intérêt public important.”

In het licht van het voorgaande kan worden aangenomen dat de regeling zoals vervat in het ontworpen artikel 216/5, § 3, van het Wetboek van Strafvordering in beginsel geen schending uitmaakt van artikel 2 bij het zevende Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, aangezien de betrokkene geacht kan worden impliciet afstand te hebben gedaan van zijn recht op een dubbele aanleg en deze afstand met voldoende garanties is omgeven, onder voorbehoud evenwel van wat hierna in opmerking 6.2 wordt uiteengezet.

6.2. Luidens het ontworpen artikel 216/5, § 2, van het Wetboek van Strafvordering vordert de procureur des Konings, wanneer de zaak betreffende de toezegging aanhangig wordt gemaakt bij de rechtbank, binnen de perken van de op het misdrijf gestelde straffen en de wet, de straf die van toepassing wordt in geval de spijtoptant de voorwaarden zoals opgenomen in het memorandum niet naleeft. Ook tegen de straf waarin de rechtbank op grond van deze bepaling voorziet, is geen hoger beroep mogelijk. Dat is evenmin het geval met het vonnis van de

¹⁴ EHRM 29 april 2014, *Natsvlishvili en Togonidze t. Georgië*, §§ 96-97.

strafuitvoeringsrechtbank waarbij de toepassing van de vervangende straf wordt bevolen wegens het niet nakomen van de voorwaarden van het memorandum. De vraag is of men in dit geval nog gewag kan maken van een vrijwillige en met kennis van zaken gedane afstand van het recht op hoger beroep, hetgeen volgens de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens essentieel is: op het ogenblik dat hij instemt met het memorandum, weet de betrokkene immers nog niet wat de hoogte van de vervangende straf zal zijn nu deze slechts door de rechtbank, die enkel is gebonden door de wettelijke grenzen, wordt vastgesteld in het raam van haar uitspraak over de toezegging van de procureur des Konings.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 2

Voorafgaande opmerking

7. De interne structuur en de logische samenhang tussen de verschillende bepalingen van het ontworpen hoofdstuk II *ter* van boek II, titel I, van het Wetboek van Strafvordering is voor verbetering vatbaar. Thans staan de bepalingen betreffende de inhoud en de gevolgen van de toezegging van de procureur des Konings, betreffende de procedure, betreffende de gevolgen van het sluiten van het memorandum en betreffende de intrekking van de toezegging te zeer door elkaar, wat de leesbaarheid ervan bemoeilijkt en tot interpretatieproblemen en vergissingen aanleiding kan geven.

Ontworpen artikel 216/1

8. Luidens het ontworpen artikel 216/1 van het Wetboek van Strafvordering moet de spijtoptant substantiële, onthullende, oprechte en volledige verklaringen afleggen. De vraag rijst of het woord “volledige” betekent dat de spijtoptant een verklaring moet afleggen over alle misdrijven (bedoeld in artikel 90 *ter*, §§ 2, 3 en 4, van het Wetboek van Strafvordering en in artikel 324 *bis* van het Strafwetboek) waarvan hij weet heeft. Volgens de gemachtigde gaat het alleen om de misdrijven die zijn vermeld in het memorandum: het is met betrekking tot die misdrijven dat de spijtoptant substantiële, onthullende, oprechte en volledige verklaringen moet afleggen. Voorts verklaarde hij dat het ook enkel kan gaan om misdrijven waarbij de spijtoptant niet betrokken is, terwijl uit de redactie van de ontworpen bepaling het tegenovergestelde zou kunnen worden afgeleid.

Dit alles zou moeten worden verduidelijkt in dat ontworpen artikel 216/1.

9. De gemachtigde verklaarde ook nog dat eveneens verklaringen in aanmerking komen betreffende de poging tot het plegen van de betrokken misdrijven.¹⁵ Dit zou ook in het ontworpen artikel 216/1 van het Wetboek van Strafvordering dienen te worden vermeld.

¹⁵ Evenals de voorbereidingshandelingen voor terroristische misdrijven, maar in dat geval gaat het om een misdrijf als zodanig (artikel 140 *septies* van het Strafwetboek).

10. In datzelfde ontworpen artikel 216/1 wordt bij de omschrijving van de personen die spijtoptant kunnen zijn, ook gewag gemaakt van een “verdachte”, wat zou inhouden dat de ontworpen regeling ook reeds tijdens de fase van het opsporingsonderzoek kan worden toegepast, derhalve wanneer de strafvordering nog niet is ingesteld en men derhalve nog geen gewag kan maken van een vervolging. Dat lijkt in strijd te zijn met een aantal van de daaropvolgende ontworpen bepalingen van het Wetboek van Strafvordering, waaruit lijkt voort te vloeien dat de strafvordering reeds op gang dient te zijn gebracht opdat de aan te nemen regeling zou kunnen worden toegepast. Zo dient er een akkoord te zijn van de procureur-generaal van het rechtsgebied waar de spijtoptant wordt vervolgd (ontworpen artikel 216/2, § 1, 2°),¹⁶ dient het memorandum de vermelding van de procureur des Konings van het gerechtelijk arrondissement waar de spijtoptant wordt vervolgd alsmede een omstandige opgave te bevatten van de feiten waarvoor de spijtoptant wordt vervolgd (ontworpen artikel 216/2, § 2, 2° en 3°, a)), en wordt ook nog elders gewag gemaakt van de vervolging van de spijtoptant (zo in de ontworpen artikelen 216/2, § 2, 3°, e), en 216/2, § 4).

De gemachtigde verklaarde in dit verband dat de regeling effectief slechts kan worden toegepast wanneer de strafvordering is ingesteld, zodat de zinsnede “een verdachte,” in het ontworpen artikel 216/1 van het Wetboek van Strafvordering dient te worden geschrapt.

11. In de definitie van “spijtoptant” zou ook tot uiting moeten komen dat zijn verklaringen worden afgelegd in het licht van een toezegging van de procureur des Konings omtrent de strafoplegging, de strafuitvoering of de detentie.

Ontworpen artikel 216/2

12. In het ontworpen artikel 216/2, § 2, 3°, a), van het Wetboek van Strafvordering vervange men de woorden “hierbij reeds” door de woorden “in dat laatste geval”. Het is immers enkel wanneer de spijtoptant al is veroordeeld dat er sprake kan zijn van straffen die hem reeds zijn opgelegd.

13. In het ontworpen artikel 216/2, § 2, 2° en 3°, b) en e), en § 3, van het Wetboek van Strafvordering schrijve men in de Nederlandse tekst “verklaring” in plaats van “getuigenverklaring” en in de Franse tekst “indique qu’il fera une déclaration” in plaats van “fait savoir qu’il déposera” en “fait savoir qu’il fera une déposition” alsook “la déclaration du repent est ou sera utilisée” in plaats van “le témoignage du repent est ou sera utilisé”, nu de verklaring van de spijtoptant op zich geen getuigenverklaring is en er ook niet noodzakelijk toe leidt.

14. In het ontworpen artikel 216/2, § 2, 3°, b), van het Wetboek van Strafvordering wordt bepaald dat het memorandum een opgave bevat van de feiten en *eventueel de verdachten* die het voorwerp uitmaken van de toezegging van de procureur des Konings. Deze bepaling mag

¹⁶ Als het ook zou kunnen gaan om een verdachte, is het niet in alle gevallen duidelijk wie de procureur-generaal is van het rechtsgebied (of de rechtsgebieden) waar de spijtoptant wordt vervolgd, die luidens het ontworpen artikel 216/2, § 1, 2°, van het Wetboek van Strafvordering zijn voorafgaandelijk akkoord met het memorandum dient te verlenen.

in ieder geval niet zo worden geïnterpreteerd dat de spijtoptant zijn verklaringen zou mogen beperken tot een of meerdere verdachten, terwijl hij weet heeft van de betrokkenheid van nog andere personen bij hetzelfde feit aangezien dat zou indruisen tegen het vereiste dat de spijtoptant volledige verklaringen dient af te leggen omtrent het betrokken feit (zie het ontworpen artikel 216/1 van het Wetboek van Strafvordering). Aangezien niet wordt ingezien welke de meerwaarde is van de genoemde woorden, worden ze beter weggelaten, om de zo-even vermelde interpretatie ervan te vermijden.

15. In het ontworpen artikel 216/2, § 2, 3°, d), van het Wetboek van Strafvordering dienen de voorwaarden die met de toezegging van de procureur des Konings gepaard gaan nader te worden gespecificeerd, gelet op het legaliteitsbeginsel dat in strafzaken geldt.

Het in dezelfde bepaling vervatte verbod om handelingen te stellen zoals opgenomen (lees: vermeld) in 2° tot 5° van (het ontworpen) artikel 216/3, § 1, van het Wetboek van Strafvordering kan bovendien niet slaan op 3° van die bepalingen nu het daarin niet gaat om het stellen van handelingen, maar om onthoudingen.

16. Uit het ontworpen artikel 216/2, § 8, van het Wetboek van Strafvordering blijkt dat de spijtoptant in het memorandum dient te verklaren dat hij bereid is om de schade te vergoeden.¹⁷ Dit element dient dan ook voor te komen in de in het ontworpen artikel 216/2, § 2, van dat wetboek opgenomen opsomming.

17. Het ontworpen artikel 216/2, § 3, van het Wetboek van Strafvordering bepaalt dat, wanneer het gerechtelijk arrondissement waar de spijtoptant wordt vervolgd verschilt van het gerechtelijk arrondissement waar in het raam van het opsporings- of gerechtelijk onderzoek gebruik gemaakt wordt of zal worden¹⁸ van de verklaring van de spijtoptant, de bevoegde procureurs des Konings elkaar hiervan onverwijld op de hoogte brengen en alle noodzakelijke maatregelen nemen om het goede verloop van de procedure te verzekeren. Bij gebrek aan consensus, neemt de federale procureur de beslissing.

De draagwijdte van deze bepaling dient te worden verduidelijkt.

Vooreerst dient te worden geëxpliciteerd wat wordt verstaan onder “alle noodzakelijke maatregelen om het goede verloop van de procedure te regelen”.

Voorts moet worden bepaald waarop de beslissing van de federale procureur “[b]ij gebrek aan consensus” juist slaat, en hoe die beslissing moet worden opgevat in het licht van de bevoegdheid die aan de procureurs-generaal is toegekend in het ontworpen artikel 216/2, § 1, 2°, van het Wetboek van Strafvordering. De gemachtigde verklaarde hieromtrent wat volgt:

“Het memorandum wordt afgesloten door de procureur des Konings, mits toestemming van de bevoegde procureur-generaal.

¹⁷ Uit het ontworpen artikel 216/3, § 1, 3°, van dat wetboek blijkt bovendien dat de vergoeding van de schade een voorwaarde voor de toezegging is.

¹⁸ Bedoeld wordt wellicht “gebruik kan worden gemaakt”.

Indien meerdere procureurs des Konings betrokken zijn, dienen zijn allen toestemming te verkrijgen van hun procureur-generaal.

Hierdoor (...) zijn [de] bevoegde procureurs-generaal steeds op de hoogte van afspraken die in het memorandum zijn opgenomen, zal de procureur des Konings ertoe gehouden zijn om zich te schikken naar de instructies van de procureur-generaal en kan toezicht wordt uitgeoefend.

Indien geen consensus wordt bereikt, neemt de federale procureur een beslissing, gelet op diens bevoegdheid in het kader van de coördinatie van de strafvordering conform artikel 144*bis*, § 2, 2° Ger.W. Deze situatie kan zich voordoen indien meerdere procureurs des Konings betrokken zijn uit verschillende ressorten, en het memorandum niet wordt afgesloten omdat een procureur-generaal geen toestemming verleent.”

Dat de federale procureur de beslissing neemt wanneer er onenigheid is omtrent de toezegging tussen de verschillende betrokken procureurs-generaal, blijkt echter geenszins uit de ontworpen bepalingen. Het ontworpen artikel 216/2, § 3, van het Wetboek van Strafvordering laat eerder uitschijnen dat de federale procureur optreedt wanneer er geen consensus is tussen de in die bepaling bedoelde procureurs des Konings over (wellicht) de (nader te specificeren) maatregelen om het goede verloop van de procedure te verzekeren, terwijl het ontworpen artikel 216/2, § 1, 2°, van dat wetboek betrekking heeft op de vraag of het memorandum kan worden gesloten. De draagwijdte van eerstgenoemde bepaling dient derhalve te worden verduidelijkt.

18. In het advies dat het College van procureurs-generaal heeft uitgebracht over het voorontwerp, wordt het volgende opgemerkt betreffende de mogelijkheid te seponeren bij het verschaffen van informatie door een spijtoptant zonder dat de ontworpen regeling van toepassing is:

“Il convient d’observer que le mémorandum ne semble pas prévu lorsque la promesse porte sur un classement sans suite. L’exposé des motifs ne précise pas clairement si le classement sans suite peut faire l’objet d’une promesse (p. 34 et ss.) ou si le régime des repentis, lorsqu’il n’y a pas encore de condamnation, implique nécessairement l’engagement de poursuites et une homologation par une juridiction. Cette question devrait être éclaircie. Le collège des Procureurs généraux n’est pas favorable à un système dans lequel le classement sans suite octroyé en échange d’informations soit réglé par la loi. Il estime que le principe de l’opportunité des poursuites suffit pour pouvoir décider de ne pas poursuivre en échange de la communications d’informations pertinentes pour l’exercice de l’action publique dans une cause donnée. Néanmoins, l’exercice de cette faculté serait organisé par une circulaire du collège des Procureurs Généraux au moment où le présent projet entrerait en vigueur.”

De ontworpen regeling doet effectief geen afbreuk aan de prerogatieven van het openbaar ministerie inzake seponering, waartoe nog steeds kan worden beslist zonder dat de in het voorontwerp bedoelde voorwaarden en procedures dienen te worden nageleefd. Het verdient evenwel aanbeveling om dit uitdrukkelijk in de memorie van toelichting te vermelden.

19. Luidens het ontworpen artikel 216/2, § 5, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering zijn de artikelen 508/13 tot 508/18 van het Gerechtelijk Wetboek “onverminderd” van toepassing. Op de vraag of die artikelen niet uit zichzelf van toepassing zijn, zodat het onnodig is ze uitdrukkelijk van toepassing te verklaren,¹⁹ wees de gemachtigde erop dat een gelijkaardige bepaling is opgenomen in artikel 216, § 3, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering. De stellers van het voorontwerp dienen evenwel na te gaan of dergelijke verwijzingen niet kunnen leiden tot onterechte *a contrario*-redeneringen en dienen zo nodig aanpassingen door te voeren.

20. Luidens het ontworpen artikel 216/2, § 8, van het Wetboek van Strafvordering houdt het memorandum een onweerlegbaar vermoeden van fout in en dient de spijtoptant in het memorandum te verklaren dat hij bereid is tot het vergoeden van de schade. Uit de memorie van toelichting blijkt dat deze bepaling, ook in zoverre ze ertoe strekt een onweerlegbaar vermoeden van fout in te stellen, betrekking heeft op de burgerrechtelijke gevolgen van het memorandum. De vraag rijst evenwel of deze bepaling niet dient te worden beperkt tot het geval dat de spijtoptant verklaringen aflegt over een misdrijf dat hijzelf heeft gepleegd of waar hijzelf bij betrokken was nu in het voorontwerp niet wordt vereist dat hij een volledige en oprechte verklaring moet afleggen over de feiten waarvoor hijzelf wordt of kan worden vervolgd.

Voorts dient te worden vastgesteld dat de genoemde bepaling niet op dezelfde wijze is geredigeerd als artikel 216, § 4, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering wat betreft de regeling van de voorafgaande erkenning van schuld, waar geen gewag wordt gemaakt van een onweerlegbaar vermoeden van fout. De vraag rijst of dit ook een inhoudelijk verschil inhoudt (en zo ja, op welk vlak en wat de verantwoording ervoor is).²⁰ De stellers van het voorontwerp dienen na te gaan of beide regelingen op dit vlak niet méér op elkaar dienen te worden afgestemd.

Ontworpen artikel 216/3

21. Luidens het ontworpen artikel 216/3, § 1, 2°, van het Wetboek van Strafvordering wordt de toezegging ingetrokken indien de spijtoptant nieuwe misdrijven pleegt (lees, gelet op het vermoeden van onschuld: “voor nieuwe misdrijven wordt veroordeeld”). De vraag rijst of deze bepaling niet dient te worden ingeperkt tot het geval van veroordeling voor misdrijven met een bepaalde zwaartegraad of tot straffen met een bepaalde zwaartegraad. In de huidige redactie geeft bijvoorbeeld ook de veroordeling voor een licht verkeersmisdrijf aanleiding tot intrekking van de toezegging. De gemachtigde is het ermee eens dat de genoemde bepaling dient te worden genuanceerd.

¹⁹ Het is overigens onduidelijk waarom niet al de bepalingen inzake juridische tweedelijnsbijstand worden vermeld.

²⁰ Vgl. ook met artikel 216bis, § 4, van het Wetboek van Strafvordering.

22. Op de vraag of, zo het voorontwerp van wet waarin de burgerinfiltratie wordt geregeld,²¹ doorgang vindt, de spijtoptant nog zal kunnen worden ingezet als burgerinfiltrant die in het raam daarvan onder bepaalde voorwaarden misdrijven kan plegen, verklaarde de gemachtigde wat volgt:

“Beide regelingen zijn volledig autonoom. Indien de omstandigheden van de zaak dit toelaten, rekening houdend met de principiële anonimiteit als burgerinfiltrant en het verbod op anoniem optreden als spijtoptant, is dit mogelijk.”

Er dient dan uitdrukkelijk te worden bepaald dat de toezegging niet wordt ingetrokken indien de spijtoptant toegelaten misdrijven pleegt in het kader van een burgerinfiltratie.

23. Luidens het ontworpen artikel 216/3, § 1, 3°, van het Wetboek van Strafvordering wordt de toezegging ingetrokken wanneer de spijtoptant de hem ten laste gelegde feiten niet erkent of de schade niet vergoedt.

De vraag rijst vooreerst of die erkenning geen essentieel element van de hoedanigheid van spijtoptant is en gelet daarop een grondvoorwaarde voor de toezegging van de procureur des Konings behoort te zijn, en dan ook niet in het memorandum zou moeten worden opgenomen. Hoe dan ook heeft deze bepaling alleen zin wanneer de spijtoptant nog niet is veroordeeld, in welk geval het eigenlijk zou gaan op het terugkomen op een eerdere erkenning van de feiten.

24. Op de vraag waarom in het ontworpen artikel 216/3, § 1, 4°, van het Wetboek van Strafvordering geen gewag wordt gemaakt van “niet-substantiële” verklaringen, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

“Artikel 216/3, § 1 viseert de gevallen waarbij de spijtoptant handelt met het oogmerk om wetens en willens, terwijl deze niet aan de voorwaarden voldoet, onterecht als spijtoptant gekwalificeerd te worden. Het gaat om het niet nakomen van de voorwaarden, het afleggen van valse, onvolledige, onoprechte of niet-onthullende verklaringen, informatie laten lekken naar de andere betrokkenen,... Het kwaadwillig door de spijtoptant mededelen van onbelangrijke feiten en informatie (niet-onthullende informatie) worden hier ook onder begrepen.

Echter, het afleggen van niet-substantiële verklaringen zal niet steeds kwaadwillig zijn. In bepaalde gevallen zal informatie op het eerste zich substantieel lijken, doch zonder dat dit bevestigd wordt of nadien weerlegd wordt. Daarom is het niet mogelijk om de notie ‘niet-substantiële verklaringen’ op te nemen in de opsomming in artikel 216/3, § 1. Daartoe werd een § 2 ingevoerd, met een appreciatiemarge voor de procureur des Konings.”

Het verdient aanbeveling deze verklaring in de memorie van toelichting op te nemen.

²¹ Zie het voorontwerp van wet ‘tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering met het oog op het invoeren van de bijzondere opsporingsmethode burgerinfiltratie’, waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, op 5 januari 2018 advies 62.569/3 heeft gegeven.

25. Luidens het ontworpen artikel 216/3, § 2, van het Wetboek van Strafvordering wordt de toezegging ingetrokken wanneer de verklaringen van de spijtoptant geen strafvervolgging mogelijk maken, behoudens een afwijkende beslissing van de procureur des Konings. Volgens de memorie van toelichting is deze bepaling van toepassing wanneer geen convergerende bewijsmiddelen voorhanden zijn.²² Dat laatste zou in de genoemde bepaling moeten worden vermeld.

26. Luidens paragraaf 3 van het ontworpen artikel 216/3 van het Wetboek van Strafvordering spreekt de rechtbank die de toezegging heeft bekrachtigd, het verval van het memorandum uit, allicht bij realisatie van één van de in paragraaf 1 van die bepaling opgesomde gevallen (wat evenwel zou dienen te worden gespecificeerd). In het ontworpen artikel 216/5, § 5, eerste lid, van dat wetboek wordt echter bepaald dat de zaak bij niet-naleving van de in het memorandum opgenomen voorwaarden bij de strafuitvoeringsrechtbank aanhangig wordt gemaakt, zodat er in dat geval twee rechtbanken bevoegd zouden zijn. Die inconsistentie dient te worden verholpen. Volgens de gemachtigde is enkel en alleen de strafuitvoeringsrechtbank bevoegd (zie evenwel opmerking 39) en dient de redactie van de eerstgenoemde bepaling te worden aangepast.

Ontworpen artikel 216/4

27. Luidens het ontworpen artikel 216/4, § 1, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering worden in het memorandum de “voorwaarden en de modaliteiten”²³ opgenomen die betrekking hebben op het afleggen van de verklaring door de spijtoptant.

Deze bepaling heeft betrekking op een vermelding die moet worden opgenomen in het memorandum, en hoort derhalve thuis in het ontworpen artikel 216/2, § 2, van het Wetboek van Strafvordering. Tevens moet worden verduidelijkt wat onder “voorwaarden en modaliteiten” wordt verstaan.

28. Luidens het ontworpen artikel 216/4, § 1, vierde lid, van het Wetboek van Strafvordering dient elke verklaring die wordt afgelegd ter uitvoering van het memorandum, naar het memorandum te verwijzen. Er wordt allicht bedoeld dat in elk proces-verbaal waarin een verklaring ter uitvoering van het memorandum van de spijtoptant wordt opgenomen, melding moet worden gemaakt van dat memorandum. De redactie van de genoemde bepaling dient in de bedoelde zin te worden aangepast.

²² Wat een voorwaarde is om de verklaringen van de spijtoptant in aanmerking te kunnen nemen (zie het ontworpen artikel 216/4, § 1, derde lid, van het Wetboek van Strafvordering).

²³ Het hanteren van woord “modaliteiten” valt in het Nederlands in deze context overigens af te raden.

Ontworpen artikel 216/5

29. Luidens de inleidende zin van het ontworpen artikel 216/5, § 1, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering gebeurt de toezegging van de procureur des Konings aan de spijtoptant met inachtneming van de subsidiariteit en de proportionaliteit. In de nota aan de Ministerraad wordt uiteengezet dat de proportionaliteit van de toezegging van de procureur des Konings moet worden beoordeeld zowel ten aanzien van de door de spijtoptant gepleegde misdrijven als ten aanzien van de misdrijven waarover verklaringen worden afgelegd.²⁴ Dat zou in het ontworpen artikel 216/5 § 1, van het Wetboek van Strafvordering dienen te worden geëxpliciteerd.

30. In het ontworpen artikel 216/5, § 1, van het Wetboek van Strafvordering wordt telkens gewag gemaakt van een toezegging van een *vordering* van de procureur des Konings tot strafvermindering of het niet-opleggen van een straf. Aangezien de rechter, zo aan de in het ontworpen artikel 216/5, § 3, eerste lid, van dat wetboek opgesomde voorwaarden is voldaan, gebonden lijkt te zijn door wat de procureur des Konings voorstelt,²⁵ gaat het om meer dan een loutere vordering (waarop de rechter al dan niet kan ingaan). De redactie van de eerstgenoemde bepaling dient gelet hierop te worden aangepast.

31. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 216/5, § 1, eerste lid, 2°, van het Wetboek van Strafvordering schrijve men “wanbedrijven” in plaats van “wandbedrijven”, evenals “artikel” in plaats van “het artikel”.

32. In de Franse tekst van het ontworpen artikel 216/5, § 1, eerste lid, 3°, van het Wetboek van Strafvordering schrijve men “crimes” in plaats van “infractions”.

33. In het ontworpen artikel 216/5, § 1, eerste lid, 3°, van het Wetboek van Strafvordering wordt aan de procureur des Konings toegestaan geen straf te “vorderen”. De vraag rijst of dit enkel kan binnen de perken van de wet (bijvoorbeeld wanneer aan de voorwaarden voor opschorting of probatieopschorting is voldaan), dan wel of de bepaling een meer algemene

²⁴ In de memorie van toelichting wordt ook nog gewag gemaakt van de proportionaliteit van het toegekende voordeel, maar dat is net het voorwerp van de toezegging.

²⁵ De gemachtigde verklaarde dienaangaande wat volgt:

“Het openbaar ministerie zal een straf voorstellen (= de toezegging), rekening houdend met de voorwaarden en binnen de perken van de grenzen zoals opgenomen in paragraaf 1.

Vervolgens zal de rechter deze toegezegde straf uitspreken die door het openbaar ministerie wordt voorgesteld, waarbij de rechter enkel de volgende aspecten beoordeelt:

- proportionaliteit van de toezegging,
- de wettelijkheid van de toezegging en het memorandum,
- of de feiten met hun correcte juridische kwalificatie overeenstemmen,
- of de gronden tot verval niet aanwezig zijn en
- de bereidheid tot vergoeding van de eventuele schade.

Indien de rechter acht dat de toezegging proportioneel is en aan de andere voorwaarden is voldaan, wordt de toegezegde straf aldus uitgesproken. De appreciatiemarge van de rechter is dus beperkt. Dit betreft dezelfde systematiek als bij de procedure inzake de voorafgaandelijke erkenning van schuld zoals voorzien in artikel 216 Sv. Daarnaast zal de rechter autonoom, rekening houdend met de wet, een vervangende straf bepalen die van toepassing wordt indien blijkt dat de spijtoptant de voorwaarden niet naleeft of nageleefd heeft.”

draagwijdte heeft, zoals de gemachtigde aangeeft. Dit zou in de tekst zelf van die bepaling moeten worden verduidelijkt.

34. In diezelfde bepaling dient te worden verduidelijkt wat wordt verstaan onder de “alternatieve straf” die de procureur des Konings in het vooruitzicht kan stellen.

35. In het ontworpen artikel 216/5, § 3, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering schrijve men duidelijkheidshalve “De bevoegde strafrechtbank” in plaats van “De rechtbank” en “of er geen grond tot verval van de strafvordering is”²⁶ in plaats van “de gronden tot verval niet aanwezig zijn”.

36. Zoals in de memorie van toelichting wordt uiteengezet, spreekt de rechter zich niet uit over de opportuniteit en de subsidiariteit van de toezegging. De vraag is of dit wat betreft de subsidiariteit voldoende duidelijk uit de formulering van het ontworpen artikel 216/5, § 3, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering blijkt, nu men zou kunnen voorhouden dat de toetsing van de wettelijkheid van het memorandum ook slaat op de subsidiariteit van de toezegging. Deze kwestie wordt het best in die bepaling duidelijker geëxpliciteerd.

In dezelfde bepaling zou ook dienen te worden toegevoegd dat de rechtbank nagaat of de feiten waarvoor de spijtoptant wordt vervolgd en waarop de toezegging slaat, overeenstemmen met de werkelijkheid, naar analogie van artikel 216, § 4, van het Wetboek van Strafvordering. De gemachtigde was het met deze toevoeging eens.

37. Op de vraag in hoeverre de rechtbank rekening moet houden met de regels inzake herhaling wanneer haar een toezegging wordt voorgelegd, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

“De rechter kan oordelen dat de toezegging, gelet op een recidive, niet proportioneel is en weigeren om de straf uit te spreken. De bodemrechter kan de toezegging ambtshalve echter niet hervormen.

Wat de vervangende straf betreft (paragraaf 2 en 4), gelden de normale regels. De bodemrechter bepaalt deze straf autonoom, op vordering van het openbaar ministerie, rekening houdend met de wettelijke voorwaarden.”

Ook zal de rechter moeten nagaan of de door de procureur des Konings voorgestelde straf nog wettig is gelet op de regels inzake herhaling. Het verdient aanbeveling om in de memorie van toelichting op dit alles in te gaan.

38. Er dient in het ontworpen artikel 216/5, § 3, van het Wetboek van Strafvordering beter te worden omschreven wat het juiste voorwerp is van de beslissing van de rechtbank. Uit de ontworpen artikelen 216/3, § 3, en 216/5, § 4, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering blijkt dat de rechter de toezegging (paragraaf 3) of het memorandum (paragraaf 4) dient te bekrachtigen, maar dat is niet opgenomen in het ontworpen artikel 216/5, § 3, eerste lid, ervan, terwijl ook de gemachtigde verklaarde dat het niet de bedoeling is dat het memorandum zou worden bekrachtigd.

²⁶ De gemachtigde bevestigde dat het effectief om het verval van de strafvordering gaat.

39. Het ontworpen artikel 216/5, § 5, van het Wetboek van Strafvordering voorziet erin dat de procureur des Konings de zaak aanhangig maakt bij de strafuitvoeringsrechtbank met het oog op de toepassing van de vervangende straf wanneer niet is voldaan aan de voorwaarden van het memorandum.

De vraag rijst of deze bevoegdheid wel kan worden toegekend aan de strafuitvoeringsrechtbank.²⁷ Het vaststellen dat niet aan de voorwaarden van het memorandum is voldaan (en de daaraan gekoppelde vaststelling dat de vervangende straf moet worden toegepast)²⁸, betreft immers niet de strafuitvoering zelf, terwijl aan de strafuitvoeringsrechtbank geen appreciatiebevoegdheid zou kunnen worden toegekend omtrent de vervangende straf als zodanig aangezien het in strijd zou zijn met artikel 157 van de Grondwet dat zij de bevoegdheid zou hebben een eerder door de strafrechter opgelegde straf te wijzigen.

De genoemde bepaling dient derhalve te worden herbekeken.

40. In het ontworpen artikel 216/5, § 5, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering vervange men het woord “deze” door het woord “hij”. Dat woord slaat immers op de procureur des Konings.

41. Het aanhangig maken met het oog op de toepassing van de vervangende straf kan plaatsvinden “binnen de termijn die gelijk is aan de [duur van de] uitgesproken vervangende straf zoals bedoeld in paragraaf 3 lid 2 [lees: § 3, tweede lid,] met het oog op de toepassing van die vervangende straf” (ontworpen artikel 216/5, § 5, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering).

De gemachtigde verklaarde wat volgt over deze termijn:

“De termijn moet lang genoeg zijn teneinde de mogelijkheid te bieden om de spijtoptant, die verklaringen aflegt over misdrijven waarvoor een langdurig onderzoek nodig is, ondertussen zelf veroordeeld wordt, en vervolgens doorheen dat onderzoek wordt vastgesteld dat de spijtoptant bvb. leugenachtige verklaringen heeft afgelegd, nog voor de strafuitvoeringsrechtbank te brengen teneinde de vervangende straf te doen uitspreken. Anderzijds moet deze termijn vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid ook beperkt worden.”

De vraag rijst evenwel of die termijn niet op meer objectieve en adequate gronden dient te worden bepaald in plaats van hem enkel te laten afhangen van de duur van de vervangende gevangenisstraf waarover de rechter die de toezegging toetst, soeverein oordeelt.

²⁷ In de memorie van toelichting wordt ter zake ten onrechte verwezen naar advies 53.967/1/V van de Raad van State, afdeling Wetgeving (adv.RvS 53.967/1/V van 24 september 2013 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 10 april 2014 ‘tot invoering van de probatie als autonome straf in het Strafwetboek en tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie’, *Parl.St.* Kamer, 2013-14, nr. 53-3274/001, (30) 31). De betrokken opmerking had immers enkel betrekking op de uitvoering van de probatiestraf zelf.

²⁸ Het is overigens niet duidelijk of de strafuitvoeringsrechtbank kan beslissen de vervangende straf toch niet toe te passen ondanks de vaststelling dat aan één of meerdere voorwaarden van het memorandum niet is voldaan.

42. Het ontworpen artikel 215/5, § 5, achtste lid, van het Wetboek van Strafvordering bepaalt dat, behoudens in de gevallen dat de openbaarheid gevaar oplevert voor de spijtoptant, de openbare orde, de goede zeden of de nationale veiligheid, de zitting openbaar is indien de veroordeelde hierom verzoekt.

Artikel 148, eerste lid, van de Grondwet luidt:

“De terechtzittingen van de rechtbanken zijn openbaar, tenzij de openbaarheid gevaar oplevert voor de orde of de goede zeden; in dit geval wordt zulks door de rechtbank bij vonnis verklaard.”

In het licht hiervan dient de regel de openbaarheid te zijn en kan de openbaarheid niet enkel afhangen van een vraag van de betrokkene. De openbaarheid van de terechtzittingen is immers niet enkel ingesteld in zijn belang, maar ook in het algemeen belang.

Ontworpen artikel 216/6

43. Luidens het ontworpen artikel 216/6, § 1, 3°, van het Wetboek van Strafvordering kan de procureur des Konings toezeggen een gunstige beslissing te nemen in het raam van de strafuitvoering. De draagwijdte van deze bepaling dient te worden verduidelijkt. In de memorie van toelichting wordt, al wordt ook vooropgesteld dat het gaat om toezeggingen binnen zijn normale bevoegdheden in het raam van de strafuitvoering, gerefereerd aan beslissingen inzake vrijheidsstraffen onder drie jaar. Die beslissingen worden evenwel door de minister bevoegd voor justitie genomen²⁹ en betreffen derhalve geen beslissingen van het openbaar ministerie zelf.

44. Luidens het ontworpen artikel 216/6, § 2, van het Wetboek van Strafvordering kan de procureur des Konings onder de erin bepaalde voorwaarden onder meer beslissen om niet over te gaan tot de bijzondere verbeurdverklaring. Gevraagd of hij dit ook kan beslissen in het geval dat de bijzondere verbeurdverklaring een veiligheidsmaatregel is, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

“De bijzondere verbeurdverklaring, zoals voorzien in de artikelen 42 tot en met 43*quater* Sw., is een (bijkomende) straf (zie boek 1, hoofdstuk II, afdeling VI van het Strafwetboek) (F. DE RUYCK en A. DE NAUW, Overzicht van het Belgisch Algemeen Strafrecht, Die Keure, Brugge, 2017, 137 en Cass. 13 mei 2015, P.15.0271.F). Artikel 216/6, § 2 geeft dan ook de mogelijkheid om over deze straf een toezegging te verrichten.

In uitzonderlijke in de wet opgenomen gevallen kan de bijzondere verbeurdverklaring een beveiligings- of politiemaatregel zijn (en dus geen bijkomende straf). De bedoeling is om schadelijke of gevaarlijke goederen (bvb. drugs, wapens,...) te vernietigen of onbruikbaar te maken. Bepaalde bijzondere wetten (art. 4 drugswet, art. 8 wapenwet, art. 457 Sw. inzake eetwaren) voorzien in de toepassing van een dergelijke verbeurdverklaring als beveiligingsmaatregel. Deze maatregelen worden in elk geval uitgesproken, zelfs indien de beklaagde wordt vrijgesproken of overleden is. Deze maatregelen worden niet geïmplementeerd door artikel 216/6, § 2 en hierover kunnen geen toezeggingen worden verricht.”

²⁹ Zie titel IV van de wet van 17 mei 2006.

In de genoemde bepaling dient te worden verduidelijkt dat de beslissing van de procureur des Konings niet kan slaan op de bijzondere verbeurdverklaring als veiligheidsmaatregel.

Ontworpen artikel 216/7

45. Luidens het ontworpen artikel 216/7, derde lid, van het Wetboek van Strafvordering neemt de minister bevoegd voor justitie (niet: minister van Justitie) de nodige maatregelen met betrekking tot de uitvoering van “de faciliteiten in de gevangenissen”³⁰ die verband houden met de plaatsing en de overplaatsing binnen de gevangenissen die het voorwerp kunnen uitmaken van een toezegging.

Het is niet duidelijk waarop die bevoegdheid juist slaat. Indien het zou gaan om een delegatie van reglementaire bevoegdheid, dient erop te worden gewezen dat die delegatie aan de Koning zou dienen te worden verleend in plaats van aan de minister bevoegd voor justitie. De wetgever vermag zich immers in beginsel niet te mengen in de organisatie van de uitvoerende macht, die overeenkomstig artikel 37 van de Grondwet bij de Koning berust. Het komt derhalve hem, en niet de wetgever, toe om delegaties aan ministers te verlenen, nog daargelaten de vraag of die delegatie van regelgevende bevoegdheid aan de minister aanvaardbaar is.

46. Gelet op de uit artikel 37 van de Grondwet voortvloeiende bevoegdheid van de Koning om de diensten van het centrale bestuur te organiseren, schrijve men in het ontworpen artikel 216/7, derde lid, van het Wetboek van Strafvordering “de door de Koning aangewezen dienst binnen de penitentiaire inrichtingen” in plaats van “het Directoraat-generaal Penitentiaire Inrichtingen” en vermeld men enkel in de memorie van toelichting over welke dienst het thans *in concreto* gaat.

Ontworpen artikel 216/8

47. In het ontworpen artikel 216/8, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering schrijve men “minister bevoegd voor justitie” in plaats van “Minister van Justitie”.

Artikel 3

48. Artikel 3 van het voorontwerp strekt tot het aanbrengen van verschillende wijzigingen aan hoofdstuk VII^{ter} van het eerste boek van het Wetboek van Strafvordering. Die wijzigingen hebben niet specifiek betrekking op de spijtoptanten, maar op alle bedreigde getuigen als zodanig. Het artikel hoort derhalve meer thuis in het voorontwerp van wet ‘houdende diverse bepalingen in strafzaken’, waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, op 26 januari 2018 advies 62.700/3 heeft uitgebracht.

³⁰ Wellicht gaat het om de in het eerste lid van het ontworpen artikel 216/7 van het Wetboek van Strafvordering bedoelde faciliteiten die verband houden met de plaatsing en de overplaatsing binnen de gevangenissen, wat dan zo zou moeten worden gespecificeerd.

Artikel 4

49. De Nederlandse tekst van artikel 4 van het voorontwerp dient zoals de Franse tekst ervan te worden geredigeerd.

Artikel 5

50. Het aan de artikelen 4, § 2, en 6, § 2, van de wet van 17 mei 2006 toe te voegen onderdeel 3° (artikel 5, 1°, van het voorontwerp) spoort redactioneel niet met de inleidende zin van die bepalingen. Die tekortkoming dient te worden verholpen.³¹

51. In de Franse tekst van artikel 5, 1° en 2°, van het voorontwerp schrijve men “dans (les articles) (l'article) ..., il est inséré un ..., rédigé comme suit:” et on rédigera l'article 5, 3°, comme suit: “il est inséré un article 14/1, rédigé comme suit: ...”.

In de Nederlandse tekst van artikel 5, 2° en 3° van het voorontwerp schrijve men respectievelijk “een paragraaf 5 ingevoegd, luidende:” en “een artikel 14/1 ingevoegd, luidende:”.

SLOTOPMERKING

52. De ontworpen artikelen 216/1 tot 216/8 van het Wetboek van Strafvordering worden telkens van een opschrift voorzien, terwijl dat nergens anders in dat wetboek het geval is. Gelet op dat laatste gegeven wordt beter afgezien van het hanteren van die opschriften.

*

³¹ Wanneer er een afzonderlijke bepaling van zou worden gemaakt, dienen de verwijzingen in de ontworpen artikelen 10, § 5, en 14/1 van de wet van 17 mei 2006 te worden aangepast.

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet d'insérer un dispositif légal relatif aux repentis dans le Code d'instruction criminelle.

Un repentir est défini comme « un suspect, un inculpé, un prévenu, un accusé ou un condamné qui fait des déclarations substantielles, révélatrices, sincères et complètes sur des infractions commises, visées à l'article 90^{ter}, §§ 2, 3 et 4, du Code d'instruction criminelle, ou des infractions qui ont été commises dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324^{bis} du Code pénal et concernant sa propre participation et la participation de tiers ». Après avoir recueilli l'accord des procureurs généraux concernés et l'avis de la commission de protection des témoins et du procureur fédéral, le procureur du Roi et le repentir concluent un « mémorandum » mentionnant notamment l'objet des déclarations du repentir et la promesse du procureur du Roi. Cette promesse peut être faite dans le cadre de l'action publique, de l'exécution de la peine ou de la détention. Le repentir ne peut pas bénéficier de l'anonymat. Après signature du mémorandum, le repentir fait sa déclaration dans le délai qui y est fixé. Dans certains cas, la promesse du procureur du Roi peut être retirée. Les déclarations du repentir ne peuvent être prises en considération comme preuve qu'à condition qu'elles soient corroborées dans une mesure importante par d'autres moyens de preuve. Les promesses du procureur du Roi sont différemment réglées selon que la promesse est faite durant l'exercice de l'action publique, l'exécution de la peine ou la détention. Un contrôle parlementaire est également prévu.

Dans la phase de l'exercice de l'action publique, les promesses du procureur du Roi au repentir peuvent, dans les conditions définies à l'article 216/5, en projet, du Code d'instruction criminelle, concerner une réduction de peine, la non-imposition d'une peine, l'imposition d'une peine plus légère que la peine légale minimale ou l'imposition d'une « peine alternative ». Le procureur du Roi requiert également l'imposition d'une peine qui s'applique si le repentir ne remplit pas les conditions inscrites dans le mémorandum. La juridiction pénale compétente vérifie la proportionnalité de la promesse, sa légalité ainsi que celle du mémorandum, elle vérifie si la qualification des faits est correcte, s'il existe des causes d'extinction de l'action publique et si le repentir est disposé à indemniser l'éventuel dommage causé par l'infraction qu'il a commise. Elle décide également, en disposant d'un pouvoir d'appréciation, de la peine de substitution qui peut ultérieurement être infligée par le tribunal de l'application des peines si le repentir ne respecte pas les conditions prévues dans le mémorandum.

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

En ce qui concerne l'exécution de la peine, la promesse du procureur du Roi peut consister à émettre un avis favorable concernant l'octroi de certaines modalités d'exécution de la peine, à accorder une permission de sortie ou un congé pénitentiaire ou à faire en sorte qu'« une décision favorable dans le cadre de l'exécution de la peine » sera prise.

Enfin, le procureur du Roi peut, lors de la détention et moyennant l'accord du directeur général des Établissements pénitentiaires, faire une promesse concernant le placement et le transfèrement de l'intéressé.

L'avant-projet comporte encore d'autres dispositions générales relatives à la compétence du procureur fédéral et du service de protection des témoins concernant les mesures de protection des témoins menacés, des membres de leur famille et autres parents et un certain nombre d'adaptations du Code d'instruction criminelle et de la loi du 17 mai 2006 'relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine' qui font suite au nouveau régime des repentis.

FORMALITÉS

3. Le 10 janvier 2017, un avis sur l'avant-projet a été donné par le Collège des procureurs généraux. En vue de favoriser la transparence concernant l'élaboration de la législation et de permettre à la Chambre des représentants d'apprécier l'avant-projet en toute connaissance de cause, il est recommandé de joindre cet avis en annexe au projet de loi.

4. Il est également recommandé de soumettre l'avant-projet à l'avis du Conseil supérieur de la Justice et de joindre également cet avis au projet de loi à déposer.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. Droit à un procès équitable

5.1. Selon l'article 216/5, § 3, en projet, du Code d'instruction criminelle, le tribunal vérifie la proportionnalité de la promesse du procureur du Roi au repent, la légalité de cette promesse et du mémorandum, il vérifie si la qualification juridique des faits est correcte, s'il existe des causes d'extinction de l'action publique et si l'intéressé est disposé à indemniser l'éventuel dommage. Il prononce ensuite la peine proposée par le procureur du Roi.

Le procédé selon lequel le juge exerce un contrôle légalement défini sur une peine ou sanction proposée par le ministère public existe également lorsqu'une transaction est proposée alors qu'une juridiction pénale a déjà été saisie de l'affaire et qu'une décision passée en force de chose jugée n'a pas encore été prononcée (article 216bis, § 2, du Code d'instruction criminelle) et en cas de reconnaissance préalable de culpabilité (article 216 du Code d'instruction criminelle). Les principes consacrés par la jurisprudence et la légisprudence en la matière sont dès lors également pertinents en ce qui concerne le dispositif en projet.

Dans l'arrêt *Natsvlishvili et Togonidze c. Géorgie*², la Cour européenne des droits de l'homme a jugé ce qui suit en ce qui concerne une transaction :

« 91. La Cour considère qu'une procédure de transaction pénale conduisant à ce qu'il soit statué sur une accusation pénale à l'issue d'un examen judiciaire simplifié implique en substance une renonciation à certains droits procéduraux. Cela ne saurait en soi poser problème puisque ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 n'empêchent une personne de renoncer à ces garanties de son plein gré (*Scoppola c. Italie* (n° 2) [GC], n° 10249/03, § 135, 17 septembre 2009). À cet égard, la Cour observe que, dès 1987, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a invité les États membres à prendre des mesures visant à simplifier la procédure juridictionnelle ordinaire en recourant notamment à des procédures abrégées ou sommaires (paragraphe 54 ci-dessus). Cependant, il est un principe fondamental selon lequel toute renonciation à des droits procéduraux doit se trouver établie de manière non équivoque et être entourée d'un minimum de garanties à la mesure de sa gravité pour pouvoir être jugée effective aux fins de la Convention. En outre, pareille renonciation ne doit se heurter à aucun intérêt public important (voir, entre autres, *Scoppola*, précité, §§ 135-136, *Poitrimol c. France*, 23 novembre 1993, § 31, série A n° 277-A, et *Hermi c. Italie* [GC], n° 18114/02, § 73, CEDH 2006-XII).

92. En l'espèce, la Cour observe que, en concluant un accord sur la peine avec les autorités de poursuite et en s'abstenant de contester les accusations portées contre lui, le requérant a renoncé à obtenir un examen au fond de son affaire pénale. Or, en application des principes susmentionnés afférents à la validité d'une telle renonciation, l'acceptation de la transaction par le requérant devait répondre aux conditions suivantes : a) elle devait être donnée de manière réellement volontaire et en parfaite connaissance des faits de la cause ainsi que des effets juridiques s'attachant à ce type de transaction, et b) le contenu de la transaction et l'équité de la procédure ayant mené à sa conclusion par les parties devaient faire l'objet d'un contrôle judiciaire suffisant ».

Pour sa part, en ce qui concerne une transaction qui est proposée alors qu'une juridiction pénale a déjà été saisie de l'affaire, la Cour constitutionnelle a jugé ce qui suit³ :

« B.12.4. S'il est vrai qu'en ce qui concerne le droit à un procès équitable, la Cour européenne des droits de l'homme admet que, dans le cadre d'une réduction de peine en échange d'une reconnaissance de culpabilité (*plea bargaining*), suffisamment comparable à la transaction pénale lorsque l'action publique a été intentée, un inculpé puisse négocier avec le ministère public au cours de la procédure pénale au fond, ce n'est qu'à la condition que l'inculpé accepte volontairement la transaction en parfaite connaissance des faits de la cause ainsi que des effets juridiques s'attachant à ce type de transaction, mais aussi à la condition que le juge puisse exercer un contrôle suffisant quant au contenu de la transaction et à l'équité de la procédure ayant mené à sa conclusion (CEDH, 29 avril 2014, *Natsvlishvili et Togonidze c. Géorgie*, § 92).

Une fois que les faits ont été soumis au juge pénal, l'incidence d'une transaction pénale sur l'indépendance de ce juge, à qui il appartient en principe de se prononcer sur le bien-fondé des poursuites engagées, ne peut donc être compatible avec le droit à un procès équitable et avec l'indépendance du juge inhérente à ce droit qu'à la condition que l'inculpé agisse volontairement et en parfaite connaissance du contenu et des effets d'un accord avec le parquet et que le juge compétent puisse exercer un contrôle suffisant, tant en ce qui concerne la proportionnalité de la transaction pénale envisagée qu'en ce qui

² Cour eur. D. H., 29 avril 2014, *Natsvlishvili et Togonidze c. Géorgie*, § 92.

³ C.C., 2 juin 2016, n° 83/2016.

concerne sa légalité, en particulier le respect des conditions légales de la transaction, visées par l'article 216*bis* du Code d'instruction criminelle, des directives contraignantes de politique criminelle, visées à l'article 151, § 1^{er}, de la Constitution et à l'article 143*quater* du Code judiciaire, et le cas échéant, des lois qui limitent dans certains cas le pouvoir d'appréciation du ministère public (voy. l'arrêt n° 182/2004 du 16 novembre 2004, B.5.1-B.6). Ainsi qu'il est dit en B.10.2, ce contrôle juridictionnel n'est effectif que si la décision relative à la transaction est motivée.

B.13. En ce que l'article 216*bis*, § 2, du Code d'instruction criminelle permet, après l'intentement de l'action publique, de conclure une transaction pénale pour autant qu'aucun jugement ou arrêt définitif n'ait été rendu et en ce qu'il limite le rôle du juge compétent à constater l'extinction de l'action publique 'après avoir vérifié s'il est satisfait aux conditions d'application formelles du § 1^{er}, alinéa 1^{er}, si l'auteur a accepté et observé la transaction proposée, et si la victime et l'administration fiscale ou sociale ont été dédommagées conformément au § 4 et au § 6, alinéa 2', cette disposition porte une atteinte discriminatoire au droit à un procès équitable et n'est dès lors pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec son article 151, avec l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 14, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ».

Dans l'avis 61.795/1/V⁴, le Conseil d'État, section de législation, a observé ce qui suit à propos d'une disposition visant à donner suite à l'arrêt 83/2016, précité :

« 16. L'article 8, 7°, du projet vise à adapter l'article 216*bis*, § 2, du Code d'instruction criminelle afin de prévoir un contrôle judiciaire sur la transaction visée dans cette dernière disposition. Le juge compétent doit vérifier s'il est satisfait aux conditions d'application légales visées à l'article 216*bis*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, si la victime et 'l'administration fiscale ou sociale' ont été indemnisées conformément à l'article 216*bis*, §§ 4 et 6⁵, alinéa 2, de ce code, si l'auteur a accepté l'accord proposé relatif à la transaction de manière libre et éclairée et si la transaction proposée par le procureur du Roi est proportionnée à la gravité des faits et à la personnalité de l'auteur.

L'arrêt n° 83/2016 de la Cour constitutionnelle⁶, exige que 'le juge compétent puisse exercer un contrôle suffisant, tant en ce qui concerne la proportionnalité de la transaction pénale envisagée qu'en ce qui concerne sa légalité, en particulier⁷ le respect des conditions légales de la transaction, visées par l'article 216*bis* du Code d'instruction criminelle, des directives contraignantes de politique criminelle, visées à l'article 151, § 1^{er}, de la Constitution et à l'article 143*quater* du Code judiciaire, et le cas échéant, des lois qui limitent dans certains cas le pouvoir d'appréciation du ministère public (voy. l'arrêt n° 182/2004 du 16 novembre 2004, B.5.1-B.6). Ainsi qu'il est dit en B.10.2, ce contrôle juridictionnel n'est effectif que si la décision relative à la transaction est motivée'.

La question se pose de savoir si la formulation actuelle de l'article 216*bis*, § 2, alinéa 8, en projet, du Code d'instruction criminelle, garantit de manière satisfaisante un 'contrôle suffisant', par le juge compétent, comme l'exige la Cour constitutionnelle.

⁴ Avis 61.795/1/V du 22 septembre 2017 sur un avant-projet de loi 'modifiant diverses dispositions du droit pénal, de la procédure pénale et du droit judiciaire', *Doc. parl.*, Chambre 2017-18, n° 54-2753/001, pp. (110) 117-118.

⁵ Note 11 de l'avis cité : Et non, dans le texte néerlandais « 66 ».

⁶ Note 12 de l'avis cité : C.C., 2 juin 2016, n° 83/2016, B.12.4.

⁷ Note 13 de l'avis cité : Le contrôle de la légalité n'est par conséquent pas limité au respect des conditions légales.

Ainsi, selon cette disposition, il suffit de vérifier s'il est satisfait aux conditions d'application mentionnées à l'article 216bis, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, alors que l'arrêt n° 83/2016 exige un contrôle de légalité complet. Il convient de remédier à ces carences en prévoyant, dans l'article 216bis, § 2, alinéa 8, en projet, du Code d'instruction criminelle, l'obligation de contrôler la légalité de la transaction plutôt que de se borner à exiger qu'il soit satisfait aux 'conditions d'application légales du § 1^{er}, alinéa 1^{er}'. En outre, mieux vaudrait inscrire l'obligation de motivation de la transaction dans l'article 216bis du Code d'instruction criminelle. Enfin, la question se pose de savoir si le juge ne doit pas également pouvoir apprécier si les intérêts de la partie civile sont suffisamment garantis⁸ ».

Enfin, dans l'avis 57.792/1/V⁹, au sujet de la réglementation de la reconnaissance préalable de culpabilité, le Conseil d'État, section de législation, a observé ce qui suit :

« 36. L'article 95 du projet a pour objet d'instaurer une procédure par laquelle le ministère public, sous certaines conditions, propose au prévenu, avant l'ouverture du procès pénal, d'engager une procédure de reconnaissance préalable de culpabilité, laquelle permet une réduction de la peine. La reconnaissance de culpabilité et les peines proposées par le procureur du Roi sont consignées dans une convention qui est soumise à la juridiction de jugement pour homologation.

En principe, la réglementation en projet relative à la reconnaissance de culpabilité semble compatible avec l'article 6 de la CEDH, tel qu'il est interprété dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle les règlements transactionnels en matière pénale ne violent pas en soi l'article 6 de la CEDH, à condition que la procédure contienne des garanties suffisantes [contre] tout abus¹⁰. Tel est le cas en l'occurrence dès lors que l'assistance d'un avocat, entourée de garanties particulières, est prévue, que le suspect ou le prévenu peut demander un délai de réflexion avant d'accepter la proposition du procureur du Roi, que le tribunal entend l'intéressé et son avocat et vérifie si la convention a été conclue de manière libre et éclairée¹¹, si elle correspond à la réalité des faits et de leur qualification juridique, si elle remplit toutes les exigences légales et si les peines proposées par le procureur du Roi sont proportionnelles à la gravité des faits, à la personnalité de l'intéressé et à sa volonté de réparer le dommage éventuel (voir l'article 216, § 4, alinéa 2, en projet) ».

⁸ Note 14 de l'avis cité : En gardant à l'esprit que la transaction peut également être proposée lorsque l'auteur, qui a reconnu sa responsabilité civile, n'a indemnisé que la fraction non contestée du dommage (article 216bis, § 4, du Code d'instruction criminelle). Voir à propos d'une disposition analogue, avis C.E. 59.226/1/2/3 du 19 mai 2016 sur un projet devenu la loi du 25 décembre 2016 'modifiant le statut juridique des détenus et la surveillance des prisons et portant des dispositions diverses en matière de justice', observation 8 relative à l'article 17, qui mentionne ce qui suit :

« À cet égard, on observera qu'il convient de garantir que seront respectés le droit au procès équitable ainsi que les droits des victimes et des parties civiles, en particulier dans les cas où les poursuites ont été lancées à l'initiative de ces dernières (...). Il convient plus particulièrement de relever que le droit d'accès à la justice de la partie civile risque d'être compromis ou à tout le moins entravé dès lors que l'article 216ter, § 5, alinéa 2, en projet, du Code d'instruction criminelle requiert uniquement l'indemnisation ou la réparation de la fraction non contestée du dommage (...) ». (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1986/001, p. 168). Voir également l'avis C.E. 47.423/AG du 19 janvier 2010 sur une proposition de loi 'modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne le règlement transactionnel et la déclaration libératoire', *Doc. parl.*, Chambre, 2009-10, n° 52-1817/002, p. 4.

⁹ Avis C.E. 57.792/1/V du 23 septembre 2015 sur un avant-projet devenu la loi du 5 février 2016 'modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice', *Doc. parl.*, Chambre, 2015-16, n° 54-1418/001, pp. (262) 280-281.

¹⁰ Note 41 de l'avis cité : CEDH, 29 avril 2014, *Natsvlshvili et Togonidze c. Géorgie*.

¹¹ Note 42 de l'avis cité : Dans le texte néerlandais, on écrira « gesloten » et non pas « afgesloten ».

Considéré dans sa globalité, le dispositif en projet paraît être conforme aux principes évoqués ci-dessus. Il convient cependant d'observer ce qui suit.

5.2.1. Vu l'importance que, dans l'arrêt *Natsvlishvili et Togonidze c. Géorgie*, précité, la Cour européenne des droits de l'homme attache à l'exigence selon laquelle l'intéressé a accepté l'accord proposé de manière libre et éclairée (ce qui ne coïncide pas parfaitement avec la question de la légalité du mémorandum) et avec celle d'un contrôle juridictionnel efficace, il faut ajouter à l'article 216/5, § 3, en projet, du Code d'instruction criminelle que le tribunal vérifie également si l'auteur a accepté l'accord proposé de manière libre et éclairée, par analogie avec l'article 216, § 4, alinéa 3, en vigueur de ce code, relatif à la reconnaissance préalable de culpabilité.

5.2.2. Dans le même arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a également jugé que le procédé utilisé ne peut pas porter atteinte à un intérêt public important (« *pareille renonciation ne doit se heurter à aucun intérêt public important* »). Cette condition n'est cependant pas expressément traduite dans l'avant-projet, et il n'apparaît pas non plus clairement si le contrôle juridictionnel peut également porter sur cet élément¹². Il est recommandé de mentionner expressément cette condition et la possibilité pour le tribunal de la contrôler.

5.2.3. L'article 216/5, § 3, alinéa 4, en projet, du Code d'instruction criminelle ne prévoit une motivation (spéciale) que lorsque le tribunal rejette la promesse. Toutefois, il se déduit, semble-t-il, de l'arrêt 83/2016 de la Cour constitutionnelle que celle-ci exige que la décision soit (spécialement) motivée dans tous les cas, et dès lors également lorsque le tribunal confirme la promesse¹³. La disposition précitée sera adaptée en conséquence.

B. Droit d'interjeter appel en matière pénale

6.1. Selon l'article 216/5, § 3, en projet, du Code d'instruction criminelle, aucun recours pénal n'est ouvert contre la décision du tribunal relative à la promesse du procureur du Roi. La question se pose de savoir si cette disposition se concilie avec l'article 2 du septième Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme. À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Er bestaat geen absoluut recht op hoger beroep. Er bestaat geen Grondwettelijk beschermd recht op hoger beroep en het betreft evenmin een algemeen rechtsbeginsel.

Artikel 2.1 van het 7^{de} Aanvullende Protocol bij het EVRM:

‘Iedereen die door een gerecht is veroordeeld wegens een strafbaar feit, heeft het recht zijn schuldigverklaring of veroordeling opnieuw te doen beoordelen door een hoger gerecht. De uitoefening van dit recht, met inbegrip van de gronden waarop het kan worden uitgeoefend, wordt bij de wet geregeld.’

Het artikel biedt dus expliciet de mogelijkheid aan de wet om beperkingen aan te brengen (R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Handboek Strafvordering*, Maklu, Antwerpen, 2012, 1209).

¹² Il n'en irait ainsi que si l'on estimait que cet aspect relève du contrôle de proportionnalité de la promesse du procureur du Roi.

¹³ Voir le point B.12.4.

De wet sluit dan ook in verschillende gevallen een recht op hoger beroep uit (bvb. tegen beslissingen van inwendige orde, arresten van het Hof van Assisen, vonnissen en arresten gewezen in het kader van de voorafgaandelijke schulderkenning zoals voorzien in artikel 216 Sv., de devolutieve werking van het hoger beroep tegen een eindvonnis of vonnis alvorens recht te doen,...).

Wat betreft de voorafgaandelijke schulderkenning (artikel 216 Sv.), waarbij de beklaagde en het openbaar ministerie, mits het erkennen van de schuld door de beklaagde, een overeenkomst afsluiten waarin de straf wordt bepaald die door de rechter wordt bekrachtigd, staat evenmin een rechtsmiddel open. Immers, de straf komt tot stand door een overeenkomst tussen beklaagde en het openbaar ministerie.

Wat de spijtoptantenregeling (artikel 216/5 Sv.) betreft, geldt dezelfde *ratio legis*. De spijtoptant verklaart zich in het memorandum op voorhand akkoord met de toegezegde straf van de procureur des Konings, in ruil voor diens verklaringen. Zo niet, zou de spijtoptant zich akkoord kunnen verklaren met de toegezegde straf, en na het uitspreken hiervan alsnog beroep kunnen aantekenen ».

Dans l'arrêt *Natsvlishvili et Togonidze c. Géorgie*, précité, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que si, en première instance, l'accusé a plaidé coupable et a accepté la transaction sans y être contraint, mais en décidant de manière volontaire et en connaissance de cause, il est réputé avoir renoncé implicitement à son droit à un double degré de juridiction ¹⁴.

« 96. Enfin, en ce qui concerne le grief formulé par le requérant sous l'angle de l'article 2 du Protocole n° 7, la Cour estime normal que le droit d'exercer un recours contre une condamnation fondée sur une transaction pénale emportant renonciation de l'accusé à obtenir un examen au fond de son affaire soit plus limité qu'en cas de condamnation prononcée à l'issue d'un procès pénal ordinaire. Elle rappelle à cet égard que les États contractants bénéficient d'une ample marge d'appréciation sur le terrain de l'article 2 du Protocole n° 7 (voir, entre autres, *Krombach c. France*, n° [29731/96](#), § 96, CEDH 2001-II). Elle estime qu'en acceptant de transiger, le requérant a renoncé non seulement à son droit à un procès ordinaire, mais aussi à son droit de recours ordinaire. Cette conséquence de la transaction pénale, qui découle d'une disposition de droit interne clairement libellée (l'article 679-7 § 2), a été ou aurait dû être expliquée au requérant par ses avocats. La Cour ayant conclu que la transaction pénale acceptée par le requérant était compatible avec le principe d'équité consacré par l'article 6 § 1 de la Convention (paragraphes 92-95 ci-dessus), elle considère de la même manière que la renonciation de l'intéressé à son droit de recours ordinaire ne constitue pas une restriction arbitraire contraire au principe analogue contenu dans l'article 2 du Protocole n° 7, selon lequel toute limitation du droit de recours consacré par cette disposition doit revêtir un caractère raisonnable (pour le principe général concernant la corrélation entre les exigences d'équité posée par ces dispositions, *Galstyan c. Arménie*, n° [26986/03](#), § 125, 15 novembre 2007).

97. Au vu de ce qui précède, la Cour conclut que l'acceptation par le requérant de la transaction pénale, qui a emporté renonciation de l'intéressé à son droit d'obtenir un examen ordinaire du bien-fondé de son affaire et à son droit de recours ordinaire, était incontestablement consciente et volontaire. Eu égard aux circonstances de l'affaire, on ne saurait dire que cette décision résultait d'une contrainte exercée par les autorités de poursuite ou de fausses promesses de leur part. Au contraire, elle a été prise dans des conditions offrant des garanties suffisantes contre d'éventuels abus de procédure. Au vu des éléments du dossier, la Cour n'est pas convaincue que la renonciation en question se heurtait à un intérêt public important ».

¹⁴ Cour eur. D. H., 29 avril 2014, *Natsvlishvili et Togonidze c. Géorgie*, §§ 96-97.

Compte tenu de ce qui précède, on peut admettre que le dispositif inscrit à l'article 216/5, § 3, en projet, du Code d'instruction criminelle ne viole en principe pas l'article 2 du septième Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que l'intéressé peut être réputé avoir renoncé implicitement à son droit à un double degré de juridiction et que cette renonciation est entourée de garanties suffisantes, sous réserve toutefois de l'observation 6.2, formulée ci-après.

6.2. Selon l'article 216/5, § 2, en projet, du Code d'instruction criminelle, lorsque le tribunal est saisi de l'affaire relative à la promesse, le procureur du Roi requiert, dans les limites des peines prévues par la loi pour l'infraction, la peine qui est applicable dans le cas où le repent ne respecte pas les conditions prévues dans le mémorandum. La peine que le tribunal inflige en vertu de cette disposition n'est pas non plus susceptible de recours. Il n'en va pas autrement pour la décision du tribunal de l'application des peines qui ordonne l'application de la peine de substitution en raison du non-respect des conditions du mémorandum. Reste à savoir si, dans ce cas, on peut encore faire état d'une renonciation volontaire et en connaissance de cause au droit d'interjeter appel, ce qui, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, est essentiel : en effet, au moment où l'intéressé marque son accord sur le mémorandum, il ne connaît pas encore le taux de la peine de substitution, dès lors que celle-ci n'est fixée par le tribunal que dans le cadre de la décision relative à la promesse du procureur du Roi, lequel tribunal est uniquement lié par les limites légales.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 2

Observation préliminaire

7. La structure interne et la cohérence des différentes dispositions du chapitre II^{ter}, en projet, du livre II, titre I, du Code d'instruction criminelle sont perfectibles. Actuellement, les dispositions relatives au contenu et aux conséquences de la promesse du procureur du Roi, à la procédure, aux effets de la conclusion du mémorandum et au retrait de la promesse sont trop reproduites indistinctement, ce qui nuit à la lisibilité et peut donner lieu à des difficultés d'interprétation et à des erreurs.

Article 216/1 en projet

8. Selon l'article 261/1, en projet, du Code d'instruction criminelle, le repent doit faire des déclarations substantielles, révélatrices, sincères et complètes. La question se pose de savoir si le mot « complètes » signifie que le repent doit faire une déclaration sur toutes les infractions (visées à l'article 90^{ter}, §§ 2, 3 et 4, du Code d'instruction criminelle et à l'article 324^{bis} du Code pénal) dont il a connaissance. Selon le délégué, il s'agit des seules infractions qui sont mentionnées dans le mémorandum : c'est concernant ces infractions que le repent doit faire des déclarations substantielles, révélatrices, sincères et complètes. Il a en outre déclaré qu'il peut également s'agir que d'infractions auxquelles le repent n'a pas participé, alors que le contraire pourrait se déduire de la rédaction de la disposition en projet.

Tous ces éléments devraient être précisés dans cet article 216/1, en projet.

9. Le délégué a encore déclaré que des déclarations concernant la tentative de commettre les infractions concernées entrent également en ligne de compte¹⁵. Il y aurait également lieu de le mentionner à l'article 216/1, en projet, du Code d'instruction criminelle.

10. Dans ce même article 216/1, en projet, la définition des personnes qui peuvent être des repentis fait également mention d'un « suspect », ce qui signifierait que le dispositif en projet peut déjà s'appliquer au stade de l'information, par conséquent, lorsque l'action publique n'a pas encore été intentée et qu'il ne peut dès lors pas encore être question de poursuites. Ceci paraît contraire à un certain nombre de dispositions suivantes, en projet, du Code d'instruction criminelle, d'où il semble découler que l'action publique doit déjà avoir été engagée pour que le dispositif à adopter puisse être appliqué. C'est ainsi qu'il est nécessaire d'avoir un accord du procureur général du ressort dans lequel le repentis est poursuivi (article 216/2, § 1^{er}, 2°, en projet)¹⁶, que le mémorandum doit comporter la mention du procureur du Roi de l'arrondissement judiciaire dans lequel le repentis est poursuivi, ainsi que l'indication détaillée des faits pour lesquels il est poursuivi (article 216/2, § 2, 2° et 3°, a), en projet), et que la poursuite du repentis est encore évoquée à d'autres endroits (ainsi aux articles 216/2, § 2, 3°, e), et 216/2, § 4, en projet).

Le délégué a déclaré à cet égard que le dispositif ne peut en effet être appliqué que lorsque l'action publique a été exercée, de sorte qu'il y a lieu d'omettre le segment de phrase « un suspect, » à l'article 216/1, en projet, du Code d'instruction criminelle.

11. Il faudrait également que la définition de « repentis » exprime que les déclarations de celui-ci sont corrélées à une promesse du procureur du Roi concernant la condamnation, l'exécution de la peine ou la détention.

Article 216/2 en projet

12. À l'article 216/2, § 2, 3°, a), en projet, du Code d'instruction criminelle, on remplacera les mots « qui lui ont déjà été infligées à cet égard » par les mots « qui lui ont été infligées dans ce dernier cas ». En effet, c'est uniquement lorsque le repentis a déjà été condamné qu'il peut être question de peines qui lui ont déjà été infligées.

13. À l'article 216/2, § 2, 2° et 3°, b) et e), et § 3, en projet, du Code d'instruction criminelle, on écrira dans le texte néerlandais « verklaring » au lieu de « getuigenverklaring » et dans le texte français « indique qu'il fera une déclaration » au lieu de « fait savoir qu'il déposera » et « fait savoir qu'il fera une déposition » ainsi que « la déclaration du repentis est ou

¹⁵ De même que les actes préparatoires à une infraction terroriste, mais il s'agit dans ce cas d'une infraction en tant que telle (article 140septies du Code pénal).

¹⁶ S'il pourrait également s'agir d'un suspect, il ne serait pas aisé de déterminer dans tous les cas qui est le procureur général du ressort (ou des ressorts) où le repentis fait l'objet de poursuites qui, en vertu de l'article 216/2, § 1^{er}, 2°, en projet, du Code d'instruction criminelle, doit donner son accord préalable sur le mémorandum.

sera utilisée » au lieu de « le témoignage du repent est ou sera utilisé », dès lors que la déclaration du repent n'est pas à proprement parler une déposition et qu'elle n'y conduit pas non plus nécessairement.

14. L'article 216/2, § 2, 3°, b), en projet, du Code d'instruction criminelle dispose que le mémorandum contient l'indication des faits et *éventuellement des suspects* qui font l'objet de la promesse du procureur du Roi. En tout cas, cette disposition ne peut être interprétée en ce sens que le repent pourrait limiter ses déclarations à un ou plusieurs suspects, alors qu'il a encore connaissance de la participation d'autres personnes au même fait, ce qui irait à l'encontre de l'exigence que le repent fasse des déclarations complètes concernant le fait visé (voir l'article 216/1, en projet, du Code d'instruction criminelle). Dès lors qu'on n'aperçoit pas la plus-value apportée par les mots cités, il serait préférable des les omettre afin d'éviter l'interprétation susmentionnée qu'on pourrait en donner.

15. À l'article 216/2, § 2, 3°, d), en projet, du Code d'instruction criminelle, il conviendrait de préciser plus avant les conditions liées à la promesse du procureur du Roi, compte tenu du principe de légalité en matière pénale.

L'interdiction, contenue dans la même disposition, d'accomplir des actes prévus (lire : visés) aux 2° à 5° de l'article 216/3, § 1^{er}, (en projet), du Code d'instruction criminelle ne saurait en outre porter sur le 3° de ces dispositions, dès lors qu'il ne fait pas état de l'accomplissement d'actes, mais bien d'abstentions.

16. Il ressort de l'article 216/2, § 8, en projet, du Code d'instruction criminelle que, dans le mémorandum, le repent doit se déclarer prêt à indemniser le dommage¹⁷. Cet élément doit dès lors également apparaître dans l'énumération figurant à l'article 216/2, § 2, en projet, de ce code.

17. L'article 216/2, § 3, en projet, du Code d'instruction criminelle prévoit que si l'arrondissement judiciaire dans lequel le repent est poursuivi est différent de celui dans lequel la déclaration du repent est ou sera utilisée¹⁸ dans le cadre d'une information ou d'une instruction, les procureurs du Roi compétents s'en informent mutuellement sans délai et prennent toutes les mesures nécessaires afin de garantir le bon déroulement de la procédure. À défaut de consensus, le procureur fédéral prend la décision.

Il s'impose de préciser la portée de cette disposition.

Il convient tout d'abord de préciser ce qu'il faut entendre par « toutes les mesures nécessaires afin de garantir le bon déroulement de la procédure ».

¹⁷ Il se déduit par ailleurs de l'article 216/3, § 1^{er}, 3°, en projet, de ce code que l'indemnisation du dommage est une condition de la promesse.

¹⁸ Sans doute faut-il entendre « peut être utilisée ».

Il faut en outre indiquer l'objet précis de la décision du procureur fédéral « [à] défaut de consensus », et comment cette décision doit se concevoir au regard du pouvoir conféré aux procureurs généraux par l'article 216/2, § 1^{er}, 2°, en projet, du Code d'instruction criminelle. À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Het memorandum wordt afgesloten door de procureur des Konings, mits toestemming van de bevoegde procureur-generaal.

Indien meerdere procureurs des Konings betrokken zijn, dienen zijn allen toestemming te verkrijgen van hun procureur-generaal.

Hierdoor (...) zijn [de] bevoegde procureurs-generaal steeds op de hoogte van afspraken die in het memorandum zijn opgenomen, zal de procureur des Konings ertoe gehouden zijn om zich te schikken naar de instructies van de procureur-generaal en kan toezicht wordt uitgeoefend.

Indien geen consensus wordt bereikt, neemt de federale procureur een beslissing, gelet op diens bevoegdheid in het kader van de coördinatie van de strafvordering conform artikel 144bis, § 2, 2° Ger.W. Deze situatie kan zich voordoen indien meerdere procureurs des Konings betrokken zijn uit verschillende ressorten, en het memorandum niet wordt afgesloten omdat een procureur-generaal geen toestemming verleent ».

Or, il ne ressort nullement des dispositions en projet que le procureur fédéral prend la décision en cas de désaccord relatif à la promesse entre les différents procureurs généraux concernés. L'article 216/2, § 3, en projet, du Code d'instruction criminelle donne plutôt à penser que le procureur fédéral intervient en l'absence de consensus entre les procureurs du Roi visés dans cette disposition concernant (sans doute) les mesures (à spécifier) afin de garantir le bon déroulement de la procédure, alors que l'article 216/2, § 1^{er}, 2°, en projet, de ce code porte sur la question de savoir si le mémorandum peut être conclu. Il convient dès lors de préciser la portée de la disposition citée en premier.

18. Dans l'avis qu'il a donné sur l'avant-projet, le Collège des procureurs généraux a observé ce qui suit concernant la possibilité d'un classement sans suite lorsqu'un repentir fournit des informations sans que le dispositif en projet soit d'application :

« Il convient d'observer que le mémorandum ne semble pas prévu lorsque la promesse porte sur un classement sans suite. L'exposé des motifs ne précise pas clairement si le classement sans suite peut faire l'objet d'une promesse (p. 34 et ss.) ou si le régime des repentis, lorsqu'il n'y a pas encore de condamnation, implique nécessairement l'engagement de poursuites et une homologation par une juridiction. Cette question devrait être éclaircie. Le collège des Procureurs généraux n'est pas favorable à un système dans lequel le classement sans suite octroyé en échange d'informations soit réglé par la loi. Il estime que le principe de l'opportunité des poursuites suffit pour pouvoir décider de ne pas poursuivre en échange de la communications d'informations pertinentes pour l'exercice de l'action publique dans une cause donnée. Néanmoins, l'exercice de cette faculté serait organisé par une circulaire du collège des Procureurs Généraux au moment où le présent projet entrerait en vigueur ».

Le dispositif en projet ne porte effectivement pas atteinte aux prérogatives du ministère public en matière de classement sans suite, celui-ci pouvant toujours être décidé sans que les conditions et procédures visées dans l'avant-projet doivent être respectées. Il est néanmoins recommandé de le mentionner expressément dans l'exposé des motifs.

19. Selon l'article 216/2, § 5, alinéa 2, en projet, du Code d'instruction criminelle, les articles 508/13 à 508/18 du Code judiciaire sont « intégralement » applicables. À la question de savoir si ces articles ne sont pas applicables par eux-mêmes, de sorte qu'il serait inutile de les rendre expressément applicables¹⁹, le délégué a répondu qu'une disposition analogue est inscrite à l'article 216, § 3, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle. Les auteurs de l'avant-projet vérifieront toutefois si ces références ne risquent pas de conduire à des raisonnements *a contrario* injustifiés et ils procéderont, le cas échéant, aux adaptations nécessaires.

20. Selon l'article 216/2, § 8, en projet, du Code d'instruction criminelle, le mémorandum implique une présomption irréfragable de faute et le repentir doit se déclarer prêt dans le mémorandum à indemniser le dommage. Il ressort de l'exposé des motifs que cette disposition, dans la mesure également où elle entend instaurer une présomption irréfragable de faute, porte sur les conséquences civiles du mémorandum. La question se pose toutefois de savoir si cette disposition ne doit pas être limitée au cas où le repentir fait des déclarations concernant une infraction qu'il a lui-même commise ou à laquelle il a lui-même participé, dès lors que l'avant-projet n'exige pas qu'il fasse une déclaration complète et sincère concernant les faits pour lesquels il est ou peut être lui-même poursuivi.

Force est de constater par ailleurs que la disposition précitée n'est pas rédigée de la même façon que l'article 216, § 4, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle en ce qui concerne le régime de la reconnaissance préalable de culpabilité, qui ne fait pas mention d'une présomption irréfragable de faute. Reste à savoir si cela implique également une différence sur le fond (et dans l'affirmative, à quel niveau et quelle en est la justification)²⁰. Les auteurs de l'avant-projet doivent vérifier s'il n'y aurait pas lieu de mieux harmoniser les deux régimes sur ce point.

Article 216/3 en projet

21. Selon l'article 216/3, § 1^{er}, 2^o, en projet, du Code d'instruction criminelle, la promesse est retirée si le repentir commet de nouvelles infractions (lire, compte tenu de la présomption d'innocence : « est condamné pour de nouvelles infractions »). La question se pose de savoir si cette disposition ne doit pas être limitée au cas de la condamnation pour des infractions d'une certaine gravité ou aux peines d'une certaine sévérité. Dans la version actuelle, la condamnation pour une légère infraction de roulage par exemple emporte aussi le retrait de la promesse. De l'accord du délégué, cette disposition doit être nuancée.

22. À la question de savoir si, dans l'hypothèse où l'avant-projet de loi réglant l'infiltration civile se concrétiserait²¹, on pourra encore avoir recours au repentir comme infiltrant

¹⁹ Au demeurant, on n'aperçoit pas clairement pourquoi toutes les dispositions relatives à l'aide juridique de deuxième ligne ne sont pas mentionnées.

²⁰ Comparer également avec l'article 216bis, § 4, du Code d'instruction criminelle.

²¹ Voir l'avant-projet de loi 'modifiant le Code d'Instruction criminelle en vue d'introduire la méthode particulière de recherche d'infiltration civile' sur lequel le Conseil d'État, section de législation, a donné le 5 janvier 2018 l'avis 62.569/3.

civil autorisé, sous certaines conditions, à commettre des infractions dans ce cadre, le délégué a répondu ce qui suit :

« Beide regelingen zijn volledig autonoom. Indien de omstandigheden van de zaak dit toelaten, rekening houdend met de principiële anonimiteit als burgerinfiltrant en het verbod op anoniem optreden als spijtoptant, is dit mogelijk ».

Il convient alors de préciser expressément que la promesse n'est pas retirée si le repentí commet des infractions autorisées dans le cadre d'une infiltration civile.

23. Selon l'article 216/3, § 1^{er}, 3°, en projet, du Code d'instruction criminelle, la promesse est retirée si le repentí ne reconnaît pas les faits qui lui sont reprochés ou s'il n'indemnise pas le dommage.

La question se pose tout d'abord de savoir si cette reconnaissance n'est pas un élément essentiel de la qualité de repentí et, partant, doit être une condition fondamentale de la promesse du procureur du Roi, et si dès lors il ne faudrait pas l'inscrire dans le mémorandum. En tout état de cause, cette disposition n'a de sens que si le repentí n'a pas encore été condamné, auquel cas on reviendrait en réalité sur une reconnaissance antérieure des faits.

24. À la question de savoir pourquoi l'article 216/3, § 1^{er}, 4°, en projet, du Code d'instruction criminelle ne fait pas mention de déclarations « non substantielles », le délégué a donné la réponse suivante :

« Artikel 216/3, § 1 viseert de gevallen waarbij de spijtoptant handelt met het oogmerk om wetens en willens, terwijl deze niet aan de voorwaarden voldoet, onterecht als spijtoptant gekwalificeerd te worden. Het gaat om het niet nakomen van de voorwaarden, het afleggen van valse, onvolledige, onoprechte of niet-onthullende verklaringen, informatie laten lekken naar de andere betrokkenen,... Het kwaadwillig door de spijtoptant meedelen van onbelangrijke feiten en informatie (niet-onthullende informatie) worden hier ook onder begrepen.

Echter, het afleggen van niet-substantiële verklaringen zal niet steeds kwaadwillig zijn. In bepaalde gevallen zal informatie op het eerste zich substantieel lijken, doch zonder dat dit bevestigd wordt of nadien weerlegd wordt. Daarom is het niet mogelijk om de notie 'niet-substantiële verklaringen' op te nemen in de opsomming in artikel 216/3, § 1. Daartoe werd een § 2 ingevoerd, met een appreciatiemarge voor de procureur des Konings ».

Il est recommandé d'intégrer ces éclaircissements dans l'exposé des motifs.

25. Selon l'article 216/3, § 2, en projet, du Code d'instruction criminelle, la promesse est retirée si les déclarations du repentí ne permettent aucune poursuite pénale, sauf décision contraire du procureur du Roi. Suivant l'exposé des motifs, cette disposition est applicable en l'absence de preuves convergentes²². Il y aurait lieu de le préciser dans la disposition précitée.

²² Ce qui est une condition pour pouvoir prendre en considération les déclarations du repentí (voir l'article 216/4, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, du Code d'instruction criminelle).

26. Aux termes du paragraphe 3 de l'article 216/3, en projet, du Code d'instruction criminelle, le tribunal, qui a confirmé la promesse, prononce l'expiration du mémorandum, probablement si l'un des cas énumérés au paragraphe 1^{er} de cette disposition se produit (ce qu'il y aurait toutefois lieu de préciser). L'article 216/5, § 5, alinéa 1^{er}, en projet, de ce code dispose toutefois que le tribunal de l'application des peines est saisi de l'affaire en cas de non-respect des conditions inscrites dans le mémorandum, si bien que deux tribunaux seraient compétents dans ce cas. Il y a lieu de supprimer cette incohérence. Selon le délégué, seul le tribunal de l'application des peines est compétent (voir toutefois l'observation 39) et la formulation de la disposition citée en premier doit être adaptée.

Article 216/4 en projet

27. Selon l'article 216/4, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle, le mémorandum énonce « les conditions et les modalités »²³ relatives à la déclaration du repent.

Cette disposition concerne une mention qui doit être inscrite dans le mémorandum et doit dès lors figurer à l'article 216/2, § 2, en projet, du Code d'instruction criminelle. On précisera également ce qu'il faut entendre par « les conditions et les modalités ».

28. L'article 216/4, § 1^{er}, alinéa 4, en projet, du Code d'instruction criminelle dispose que toute déclaration faite en exécution du mémorandum doit renvoyer à ce dernier. Il faut probablement entendre par là que tout procès-verbal dans lequel est consignée une déclaration du repent en exécution du mémorandum, doit faire mention de celui-ci. La rédaction de la disposition précitée sera adaptée en ce sens.

Article 216/5 en projet

29. Selon la phrase introductive de l'article 216/5, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle, la promesse du procureur du Roi au repent se fait dans le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Il est expliqué dans la note au Conseil des ministres que la proportionnalité de la promesse du procureur du Roi doit s'apprécier tant par rapport aux infractions commises par le repent que par rapport aux infractions pour lesquelles des déclarations sont faites²⁴. Il y aurait lieu de le préciser à l'article 216/5 § 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle.

30. À l'article 216/5, § 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle, il est chaque fois question d'une promesse faite par le procureur du Roi de *requérir* une réduction de peine ou la non-imposition d'une peine. Dès lors que le juge, si les conditions énumérées à l'article 216/5, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, de ce code sont remplies, semble lié par la proposition du procureur du

²³ Il est au demeurant déconseillé dans ce contexte d'utiliser le mot « modaliteiten » en néerlandais.

²⁴ L'exposé des motifs mentionne encore la proportionnalité de l'avantage accordé, mais il s'agit précisément de l'objet de la promesse.

Roi ²⁵, il s'agit plus qu'une simple réquisition (que le juge peut accueillir ou non). La formulation de la disposition citée en premier sera adaptée en conséquence.

31. Dans le texte néerlandais de l'article 216/5, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, en projet, du Code d'instruction criminelle, on écrira « wanbedrijven » au lieu de « wandbedrijven », ainsi que « artikel » au lieu de « het artikel ».

32. Dans le texte français de l'article 216/5, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, en projet, du Code d'instruction criminelle, on écrira « crimes » au lieu de « infractions ».

33. L'article 216/5, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, en projet, du Code d'instruction criminelle autorise le procureur du Roi à ne « requérir » aucune peine. La question se pose de savoir si cette réquisition peut uniquement être faite dans les limites de la loi (par exemple, lorsque les conditions de la suspension ou de la suspension probatoire sont remplies), ou bien si la disposition a une portée plus générale, comme l'indique le délégué. Il conviendrait de le préciser dans le texte même de cette disposition.

34. Cette même disposition doit préciser ce qu'il y a lieu d'entendre par la « peine alternative » que le procureur du Roi peut envisager.

35. À l'article 261/5, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle, on écrira, dans un souci de clarté, « Le tribunal pénal compétent » au lieu de « Le tribunal » et « s'il n'y a pas de cause d'extinction de l'action publique »²⁶ au lieu de « l'absence des causes d'extinction ».

36. Comme le mentionne l'exposé des motifs, le juge ne se prononce pas sur l'opportunité et la subsidiarité de la promesse. La question se pose de savoir si, en ce qui concerne la subsidiarité, ce point ressort avec suffisamment de clarté de la formulation de l'article 216/5, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle, dès lors que l'on pourrait soutenir que le contrôle de la légalité du mémorandum porte également sur la subsidiarité de la promesse. Mieux vaudrait préciser davantage ce point dans cette disposition.

²⁵ À ce propos, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Het openbaar ministerie zal een straf voorstellen (= de toezegging), rekening houdend met de voorwaarden en binnen de perken van de grenzen zoals opgenomen in paragraaf 1.

Vervolgens zal de rechter deze toegezegde straf uitspreken die door het openbaar ministerie wordt voorgesteld, waarbij de rechter enkel de volgende aspecten beoordeelt:

- proportionaliteit van de toezegging,
- de wettelijkheid van de toezegging en het memorandum,
- of de feiten met hun correcte juridische kwalificatie overeenstemmen,
- of de gronden tot verval niet aanwezig zijn en
- de bereidheid tot vergoeding van de eventuele schade.

Indien de rechter acht dat de toezegging proportioneel is en aan de andere voorwaarden is voldaan, wordt de toegezegde straf aldus uitgesproken. De appreciatiemarge van de rechter is dus beperkt. Dit betreft dezelfde systematiek als bij de procedure inzake de voorafgaandelijke erkenning van schuld zoals voorzien in artikel 216 Sv.

Daarnaast zal de rechter autonoom, rekening houdend met de wet, een vervangende straf bepalen die van toepassing wordt indien blijkt dat de spijtoptant de voorwaarden niet naleeft of nageleefd heeft ».

²⁶ Le délégué a confirmé qu'il s'agit effectivement de l'extinction de l'action publique.

Il faudrait également ajouter dans la même disposition que le tribunal vérifie si les faits pour lesquels le repent est poursuivi et sur lesquels porte la promesse, correspondent à la réalité, par analogie avec l'article 216, § 4, du Code d'instruction criminelle. Le délégué a marqué son accord sur cet ajout.

37. À la question de savoir dans quelle mesure le tribunal doit tenir compte des règles en matière de récidive lorsqu'une promesse lui est soumise, le délégué a répondu ce qui suit :

« De rechter kan oordelen dat de toezegging, gelet op een recidive, niet proportioneel is en weigeren om de straf uit te spreken. De bodemrechter kan de toezegging ambtshalve echter niet hervormen.

Wat de vervangende straf betreft (paragraaf 2 en 4), gelden de normale regels. De bodemrechter bepaalt deze straf autonoom, op vordering van het openbaar ministerie, rekening houdend met de wettelijke voorwaarden ».

Le juge devra également vérifier si la peine proposée par le procureur du Roi est encore légale, compte tenu des règles de la récidive. Il est recommandé d'approfondir tous ces points dans l'exposé des motifs.

38. L'article 216/5, § 3, en projet, du Code d'instruction criminelle devrait mieux définir l'objet exact de la décision du tribunal. Il ressort des articles 216/3, § 3, et 216/5, § 4, alinéa 2, en projet, du Code d'instruction criminelle que le juge doit confirmer la promesse (paragraphe 3) ou homologuer le mémorandum (paragraphe 4), mais cette confirmation ou homologation n'est pas inscrite à l'article 216/5, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, dudit code, le délégué ayant également déclaré, par ailleurs, que l'intention n'est pas d'homologuer le mémorandum.

39. L'article 216/5, § 5, en projet, du Code d'instruction criminelle prévoit que le procureur du Roi saisit le tribunal de l'application des peines en vue de l'application de la peine de substitution lorsque les conditions du mémorandum ne sont pas remplies.

La question se pose de savoir si cette compétence peut effectivement être attribuée au tribunal de l'application des peines²⁷. En effet, la constatation que les conditions du mémorandum ne sont pas remplies (et la constatation y afférente que la peine de substitution doit être appliquée)²⁸ ne concerne pas *l'exécution* de la peine elle-même, alors qu'aucun pouvoir d'appréciation ne pourrait être attribué au tribunal de l'application des peines concernant la peine de substitution en tant que telle, étant donné qu'il serait contraire à l'article 157 de la Constitution qu'il soit compétent pour modifier une peine infligée antérieurement par le juge pénal.

La disposition précitée doit dès lors être réexaminée.

²⁷ L'exposé des motifs vise à cet égard à tort l'avis n° 53.967/1/V du Conseil d'État, section de législation (avis C.E. 53.967/1/V du 24 septembre 2013 sur un avant-projet devenu la loi du 10 avril 2014 'insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal, et modifiant le Code d'instruction criminelle, et la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation' (*Doc. Parl.*, Chambre, 2013-14, n° 53-3274/001, pp. (30) 31). L'observation concernée ne portait en effet que sur l'*exécution* de la peine de probation elle-même.

²⁸ Au demeurant, on n'aperçoit pas clairement si le tribunal de l'application des peines peut décider de ne pas appliquer malgré tout la peine de substitution, même s'il a été constaté qu'une ou plusieurs conditions du mémorandum ne sont pas remplies.

40. Dans le texte de l'article 216/5, § 5, alinéa 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle, on remplacera les mots « si celui-ci » par les mots « s'il ». En effet, ces mots portent sur le procureur du Roi.

41. La saisine en vue de l'application de la peine de substitution peut avoir lieu « dans le délai qui est égale [lire : égal] à [la durée de] la peine de substitution prononcée visée au paragraphe 3 alinéa 2 [lire : § 3, alinéa 2,] en vue de l'application de cette peine de substitution » (article 216/5, § 5, alinéa 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle).

Concernant ce délai, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De termijn moet lang genoeg zijn teneinde de mogelijkheid te bieden om de spijtoptant, die verklaringen aflegt over misdrijven waarvoor een langdurig onderzoek nodig is, ondertussen zelf veroordeeld wordt, en vervolgens doorheen dat onderzoek wordt vastgesteld dat de spijtoptant bvb. leugenachtige verklaringen heeft afgelegd, nog voor de strafuitvoeringsrechtbank te brengen teneinde de vervangende straf te doen uitspreken. Anderzijds moet deze termijn vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid ook beperkt worden ».

La question se pose toutefois de savoir si ce délai ne doit pas être déterminé sur la base de motifs plus objectifs et adéquats plutôt que de le faire dépendre de la seule durée de la peine d'emprisonnement de substitution que le juge qui contrôle la promesse apprécie souverainement.

42. L'article 215/5, § 5, alinéa 8, en projet, du Code d'instruction criminelle prévoit que sauf dans les cas où la publicité présente un danger pour le repent, l'ordre public, les bonnes mœurs ou la sécurité nationale, l'audience est publique si le repent en fait la demande.

L'article 148, alinéa 1^{er}, de la Constitution, s'énonce comme suit :

« Les audiences des tribunaux sont publiques, à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs; et, dans ce cas, le tribunal le déclare par un jugement ».

Compte tenu de ce qui précède, la règle doit être la publicité et celle-ci ne peut dépendre uniquement d'une demande de l'intéressé. En effet, la publicité des audiences a été instaurée non seulement dans son intérêt, mais également dans l'intérêt général.

Article 216/6 en projet

43. Selon l'article 216/6, § 1^{er}, 3^o, en projet, du Code d'instruction criminelle, le procureur du Roi peut promettre de prendre une décision favorable dans le cadre de l'exécution de la peine. La portée de cette disposition doit être précisée. L'exposé des motifs, même s'il indique également qu'il s'agit de promesses faites dans le domaine de ses compétences normales, dans le cadre de l'exécution de la peine, se réfère à des décisions relatives à des peines privatives

de liberté inférieures à trois ans. Ces décisions sont toutefois prises par le ministre qui a la Justice dans ses attributions²⁹ et ne concernent dès lors pas des décisions du ministère public lui-même.

44. Selon l'article 216/6, § 2, en projet, du Code d'instruction criminelle, le procureur du Roi peut, dans les conditions qui y sont fixées, décider notamment de ne pas procéder à la confiscation spéciale. À la question de savoir s'il peut également prendre cette décision lorsque la confiscation spéciale est une mesure de sécurité, le délégué a répondu ce qui suit :

« De bijzondere verbeurdverklaring, zoals voorzien in de artikelen 42 tot en met 43^{quater} Sw., is een (bijkomende) straf (zie boek 1, hoofdstuk II, afdeling VI van het Strafwetboek) (F. DE RUYCK en A. DE NAUW, Overzicht van het Belgisch Algemeen Strafrecht, Die Keure, Brugge, 2017, 137 en Cass. 13 mei 2015, P.15.0271.F). Artikel 216/6, § 2 geeft dan ook de mogelijkheid om over deze straf een toezegging te verrichten.

In uitzonderlijke in de wet opgenomen gevallen kan de bijzondere verbeurdverklaring een beveiligings- of politiemaatregel zijn (en dus geen bijkomende straf). De bedoeling is om schadelijke of gevaarlijke goederen (bvb. drugs, wapens,...) te vernietigen of onbruikbaar te maken. Bepaalde bijzondere wetten (art. 4 drugswet, art. 8 wapenwet, art. 457 Sw. inzake eetwaren) voorzien in de toepassing van een dergelijke verbeurdverklaring als beveiligingsmaatregel. Deze maatregelen worden in elk geval uitgesproken, zelfs indien de beklaagde wordt vrijgesproken of overleden is. Deze maatregelen worden niet gevisieerd door artikel 216/6, § 2 en hierover kunnen geen toezeggingen worden verricht ».

La disposition précitée doit préciser que la décision du procureur du Roi ne peut porter sur la confiscation spéciale si elle revêt le caractère d'une mesure de sécurité.

Article 216/7 en projet

45. Selon l'article 216/7, alinéa 3, en projet, du Code d'instruction criminelle, le ministre qui a la Justice dans ses attributions (et non : le ministre de la Justice) prend les mesures nécessaires concernant la mise en œuvre « des facilités au sein des prisons »³⁰ liées au placement et au transfèrement au sein des prisons pouvant faire l'objet d'une promesse.

On n'aperçoit pas clairement sur quoi porte précisément cette compétence. S'il devait s'agir d'une délégation de compétence réglementaire, il conviendrait de relever que cette délégation devrait être conférée au Roi plutôt qu'au ministre qui a la Justice dans ses attributions. En effet, le législateur ne peut en principe s'immiscer dans l'organisation du pouvoir exécutif qui, conformément à l'article 37 de la Constitution, appartient au Roi. Il revient dès lors à ce dernier, et non au législateur, d'accorder des délégations aux ministres, indépendamment de la question de savoir si cette délégation de pouvoir réglementaire au ministre est admissible.

²⁹ Voir le titre IV de la loi du 17 mai 2006.

³⁰ Il s'agit probablement des facilités visées à l'alinéa 1^{er} de l'article 216/7, en projet, du Code d'instruction criminelle qui sont liées au placement et au transfèrement au sein des prisons, ce qui devrait alors être ainsi précisé.

46. Compte tenu de la compétence du Roi d'organiser les services de l'administration centrale, qui découle de l'article 37 de la Constitution, on écrira à l'article 216/7, alinéa 3, en projet, du Code d'instruction criminelle « le service désigné par le Roi au sein des établissements pénitentiaires » au lieu de « la direction générale des Établissements pénitentiaires » et on mentionnera uniquement dans l'exposé des motifs le service dont il s'agit concrètement à l'heure actuelle.

Article 216/8 en projet

47. À l'article 216/8, alinéa 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle, on écrira « ministre qui a la Justice dans ses attributions » au lieu de « ministre de la Justice ».

Article 3

48. L'article 3 de l'avant-projet vise à apporter différentes modifications au chapitre VII^{ter} du livre premier au Code d'instruction criminelle. Ces modifications ne concernent pas spécifiquement les repentis, mais tous les témoins menacés en tant que tels. L'article est dès lors plus à sa place dans l'avant-projet de loi 'portant des dispositions diverses en matière pénale' sur lequel le Conseil d'État, section de législation, a rendu le 26 janvier 2018 l'avis 62.700/3.

Article 4

49. Le texte néerlandais de l'article 4 de l'avant-projet doit être rédigé à l'instar du texte français de celui-ci.

Article 5

50. Le 3^o à ajouter aux articles 4, § 2, et 6, § 2, de la loi du 17 mai 2006 (article 5, 1^o, de l'avant-projet) ne s'accorde pas sur le plan rédactionnel avec la phrase introductive de ces dispositions. Il y a lieu de remédier à cette lacune ³¹.

51. Dans le texte français de l'article 5, 1^o et 2^o, de l'avant-projet, on écrira « dans (les articles) (l'article) ..., il est inséré un ..., rédigé comme suit: » et on rédigera l'article 5, 3^o, comme suit : « il est inséré un article 14/1, rédigé comme suit: ... ».

Dans le texte néerlandais de l'article 5, 2^o et 3^o, de l'avant-projet on écrira respectivement « een paragraaf 5 ingevoegd, luidende : » et « een artikel 14/1 ingevoegd, luidende: ».

³¹ Si cet ajout faisait l'objet d'une disposition distincte, les références figurant aux articles 10, § 5 (et non, dans le texte français, cinquième alinéa), et 14/1, en projet, de la loi du 17 mai 2006 devraient être adaptées.

OBSERVATION FINALE

52. Les articles 216/1 à 216/8, en projet, du Code d'instruction criminelle sont chaque fois dotés d'un intitulé, alors que ce n'est pas le cas dans aucune des autres dispositions de ce code. En conséquence, mieux vaudrait renoncer à utiliser ces intitulés.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT