

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS ET SÉNAT
DE BELGIQUE

21 décembre 2012

**Relevé des lois qui ont posé des difficultés
d'application ou d'interprétation pour les
cours et tribunaux**

RAPPORT 2011-2012

du Collège des procureurs généraux au Comité
parlementaire chargé
du suivi législatif

Documents précédents:

Doc 53 1414/ (2010/2011):

- 001: Rapport 2010 du procureur général près la Cour de cassation.
- 002: Rapport 2010 (Collège des procureurs généraux).
- 003: Annexes au rapport 2010 (Collège des procureurs généraux).
- 004: Rapport 2011 du procureur général près la Cour de cassation.
- 005: Rapport 2011 (Collège des procureurs généraux)
- 006: Annexes au rapport 2011 (Collège des procureurs généraux).
- 007: Rapport 2011-2012 du procureur général près la Cour de cassation.

BELGISCHE KAMER VAN
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS
EN SENAAT

21 december 2012

**Overzicht van de wetten die voor de
hoven en de rechtbanken moeilijkheden bij
de toepassing of de interpretatie ervan
hebben opgeleverd**

VERSLAG 2011-2012

van het College van procureurs-generaal aan
het Parlementair Comité
belast met de wetsevaluatie

Voorgaande documenten:

Doc 53 1414/ (2010/2011):

- 001: Verslag 2010 van de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie.
- 002: Verslag 2010 (College van procureurs-generaal).
- 003: Bijlagen bij het verslag 2010 (College van procureurs-generaal).
- 004: Verslag 2011 van de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie.
- 005: Verslag 2011 (College van procureurs-generaal).
- 006: Bijlagen bij het verslag 2011 (College van procureurs-generaal).
- 007: Verslag 2011-2012 van de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie.

| | | |
|-------------|---|---|
| N-VA | : | Nieuw-Vlaamse Alliantie |
| PS | : | Parti Socialiste |
| MR | : | Mouvement Réformateur |
| CD&V | : | Christen-Democratisch en Vlaams |
| sp.a | : | socialistische partij anders |
| Ecolo-Groen | : | Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales – Groen |
| Open Vld | : | Open Vlaamse liberalen en democraten |
| VB | : | Vlaams Belang |
| cdH | : | centre démocrate Humaniste |
| FDF | : | Fédéralistes Démocrates Francophones |
| LDD | : | Lijst Dedecker |
| MLD | : | Mouvement pour la Liberté et la Démocratie |

| Abréviations dans la numérotation des publications: | | Afkortingen bij de nummering van de publicaties: | |
|---|--|--|--|
| DOC 53 0000/000: | Document parlementaire de la 53 ^e législature, suivi du n° de base et du n° consécutif | DOC 53 0000/000: | Parlementair document van de 53 ^e zittingsperiode + basisnummer en volgnummer |
| QRVA: | Questions et Réponses écrites | QRVA: | Schriftelijke Vragen en Antwoorden |
| CRIV: | Version Provisoire du Compte Rendu intégral (couverture verte) | CRIV: | Voorlopige versie van het Integraal Verslag (groene kaft) |
| CRABV: | Compte Rendu Analytique (couverture bleue) | CRABV: | Beknopt Verslag (blauwe kaft) |
| CRIV: | Compte Rendu Intégral, avec, à gauche, le compte rendu intégral et, à droite, le compte rendu analytique traduit des interventions (avec les annexes) (PLEN: couverture blanche; COM: couverture saumon) | CRIV: | Integraal Verslag, met links het definitieve integraal verslag en rechts het vertaald beknopt verslag van de toespraken (met de bijlagen) (PLEN: witte kaft; COM: zalmkleurige kaft) |
| PLEN: | Séance plénière | PLEN: | Plenum |
| COM: | Réunion de commission | COM: | Commissievergadering |
| MOT: | Motions déposées en conclusion d'interpellations (papier beige) | MOT: | Moties tot besluit van interpellaties (beigekleurig papier) |

| Publications officielles éditées par la Chambre des représentants | Officiële publicaties, uitgegeven door de Kamer van volksvertegenwoordigers |
|---|---|
| <p>Commandes: Place de la Nation 2 1008 Bruxelles Tél. : 02/ 549 81 60 Fax : 02/549 82 74 www.lachambre.be e-mail : publications@lachambre.be</p> | <p>Bestellingen: Natieplein 2 1008 Brussel Tel. : 02/ 549 81 60 Fax : 02/549 82 74 www.dekamer.be e-mail : publicaties@dekamer.be</p> |



Rapport de suivi législatif 2011-2012



COLLÈGE DES PROCUREURS GÉNÉRAUX



Rapport de suivi législatif 2011-2012

**Rapport du Collège des procureurs généraux
sur les lois ayant posé des difficultés
d'application ou d'interprétation pour les
cours et tribunaux au cours de l'année
judiciaire 2011-2012**

Sommaire

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Application de la loi du 25 avril 2007 instaurant un Comité parlementaire chargé du suivi législatif | 4 |
| II. | Explications relatives à la structure du rapport – Suite donnée aux rapports du suivi législatif précédents | 5 |
| III. | Nouvelles initiatives du ministère public, avis et projets en vue d'améliorer le droit de procédure pénale | 6 |
| A. | Le droit d'assistance d'un avocat lors du premier interrogatoire – circulaires du Collège et avis concernant la proposition de directive européenne relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation | 6 |
| B. | Avis concernant la portée de l'article 43/5, § 4, alinéa 2, de la loi organique du 30 novembre 1998 des services de renseignement et de sécurité | 7 |
| IV. | Points de suivi législatif par matière | 8 |
| A. | Droit pénal et droit de la procédure pénale | 8 |
| | A.1. Points déjà repris dans de précédents rapports de suivi législatif, éventuellement actualisés | 8 |
| | A.1.1. Code pénal (y compris la législation complémentaire) et droit pénal spécial | 8 |
| | A.1.2. Code d'instruction criminelle (y compris la législation complémentaire) | 15 |
| | Article 3bis du Titre préliminaire du Code de procédure pénale | 43 |
| | A.1.3. Exécution des peines | 45 |
| | A.1.4. Loi sur la fonction de police – législation spéciale en matière de police | 47 |
| | A.1.5. Autre législation spéciale relative au droit pénal et au droit de la procédure pénale | 48 |
| | A.2. Nouveaux points d'attention – droit pénal et droit de procédure pénale | 52 |
| | A.2.1. Code pénal et droit pénal spécial | 52 |
| | A.2.2. Code d'instruction criminelle | 55 |
| | A.2.3. Procédure pénale – Législation spéciale (y compris l'exécution des peines) | 58 |
| B. | Droit de procédure pénale – aspects transfrontaliers | 60 |
| | B.1. Points déjà repris dans de précédents rapports de suivi législatif, éventuellement actualisés | 60 |
| | B.2. Nouveaux points d'attention – Droit de la procédure pénale – aspects transfrontaliers | 64 |
| C. | Droit pénal social, économique et fiscal | 69 |
| | C.1. Points déjà repris dans de précédents rapports de suivi législatif, éventuellement actualisés | 69 |
| | C.2. Nouveaux points d'attention – Droit pénal social et fiscal | 83 |
| D. | Circulation routière | 87 |
| | D.1. Points déjà repris dans de précédents rapports de suivi législatif, éventuellement actualisés | 87 |
| E. | Droit judiciaire | 96 |
| | E.1. Points déjà repris dans de précédents rapports de suivi législatif, éventuellement actualisés | 96 |
| | E.2. Nouveaux points d'attention – Droit judiciaire | 110 |
| F. | Protection de la jeunesse | 113 |
| | F.1. Points déjà repris dans de précédents rapports de suivi législatif, éventuellement actualisés | 113 |
| | F.2. Nouveaux points d'attention – Protection de la jeunesse | 119 |
| G. | Droit civil | 122 |
| | G.1. Points déjà repris dans de précédents rapports de suivi législatif, éventuellement actualisés | 122 |
| | G.2. Nouveaux points d'attention – Droit civil | 144 |
| H. | Points divers (Code électoral – Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe – Code de la nationalité belge) | 145 |
| | H.1. Points déjà cités dans de précédents rapports de suivi législatif, éventuellement actualisés | 145 |
| V. | Liste des annexes | 153 |

I. Application de la loi du 25 avril 2007 instaurant un Comité parlementaire chargé du suivi législatif

L'article 11 de la loi du 25 avril 2007 instaurant un Comité parlementaire chargé du suivi législatif dispose que :

« dans le courant du mois d'octobre, le procureur général près la Cour de cassation et le Collège des procureurs généraux adressent au Comité un rapport comprenant un relevé des lois qui ont posé des difficultés d'application ou d'interprétation pour les cours et tribunaux au cours de l'année judiciaire écoulée. »

Le Collège des procureurs généraux se réfère à ses précédents rapports qui signalaient chaque fois qu'une application optimale de l'article 11 de la loi du 25 avril 2007 nécessite une concertation préalable entre les membres du Comité parlementaire, le ministre de la Justice, le procureur général près la Cour de cassation et le Collège lui-même¹. Dans ces rapports, il était également souligné que certains domaines étendus de la législation qui donnent lieu à des difficultés d'application ou des problèmes d'interprétation ne peuvent en effet être intégrés sans commentaires dans un rapport puisqu'ils exigent par exemple une autre préparation du point de vue de la vision stratégique.

Un des problèmes majeurs actuels dans le cadre de l'application des lois se rapporte aux modifications légales incessantes. Cette problématique reconnue² a cependant trait à un très grand nombre de domaines de la législation et porte atteinte au fondement de la sécurité juridique. Elle nécessite dès lors une concertation approfondie entre les pouvoirs d'état ainsi que d'autres formes de collaboration. Cet aspect, qui n'entre pas dans le cadre strict de la loi mentionnée ci-dessus, a été abordé dans les rapports précédents.

En effet, le Collège des procureurs généraux collabore, notamment par le biais de ses réseaux d'expertise, à de nombreux groupes de travail chargés d'élaborer des avant-projets de lois réparatrices ou de modifications législatives. À cet égard, il peut, entre autres, être fait référence aux méthodes particulières de recherche, aux recherches sur Internet, aux frais de justice, à l'analyse ADN en matière pénale, l'assistance de l'avocat lors de la première audition, ou à la problématique du droit de consultation ou de lever une copie du dossier. Ces travaux importants, qui concordent avec la mission du Collège des procureurs généraux d'informer le ministre de la Justice et de lui donner avis sur toute question en rapport avec les missions du ministère public, visent également l'évaluation des lois. En dehors des points repris en particulier dans le présent rapport, le ministre de la Justice est régulièrement informé concernant les lois ayant posé des difficultés d'application.

Le 21 novembre 2011, une délégation du Collège des procureurs généraux a, pour la première fois, été invitée et une séance d'audition a été organisée le 21 novembre 2011 par le Comité parlementaire chargé du suivi législatif.

Il ressort des discussions qui ont eu lieu à cette occasion que certains sénateurs et représentants étaient d'avis que la discussion portant sur des domaines plus larges et transfrontaliers appartenait aux commissions parlementaires compétentes et non pas au Comité parlementaire chargé du suivi législatif.

¹ Cf. lettre du président du Collège des procureurs généraux du 29 octobre 2007 au Comité parlementaire.

² E-newsletter du ministre, n° 1, janvier 2008, <http://www.just.fgov.be>.

Il en serait également de même à propos des matières qui relèvent déjà de la compétence de commissions parlementaires spécialisées au sein des chambres législatives.

Il ressortait du premier échange de vues qu'une clarification quant à l'interprétation à donner à la loi du 25 avril 2007 instaurant un Comité parlementaire chargé du suivi législatif était souhaitable. Le Collège des procureurs généraux désirait être informé de la manière dont le Comité parlementaire chargé du suivi interprétait lui-même l'esprit de l'article 11 de la loi du 25 avril 2007 et allait concrétiser ses travaux.

Le 16 juillet 2012, le Collège a reçu une lettre du Comité parlementaire expliquant la procédure que ce Comité comptait suivre. Il ressortait également de ce courrier que les remarques formulées dans les précédents rapports de suivi législatif avaient été soumises aux commissions permanentes de la Chambre et du Sénat, en leur demandant quelles suites elles y avaient réservées. Le Collège a appris que le Comité suivra de près les étapes entreprises par le législateur et qu'il rédigera régulièrement des rapports à ce sujet. Aux yeux du Collège, ce suivi revêt une importance extrême. En effet, il serait inutile de reprendre chaque année dans le rapport des thèmes qui n'entraîneraient jamais aucune étude ou aucune action.

II. Explications relatives à la structure du rapport – Suite donnée aux rapports du suivi législatif précédents

La DGWL du Service public fédéral Justice a transmis au ministre de la Justice un relevé de la réglementation dans le cadre de laquelle des mesures réparatrices et des corrections techniques peuvent être apportées. En outre, le procureur général près la Cour de cassation et le Collège des procureurs généraux ont, conformément à l'article 11 précité de la loi du 25 avril 2007, fait rapport en 2007, 2008, 2009, 2010 et 2011 des lois ayant posé des difficultés d'application ou d'interprétation pour les cours et tribunaux.

Toutefois, le présent rapport reprend les difficultés déjà signalées dans les rapports précédents n'ayant pas entraîné de modification législative, tout en renvoyant, si possible, à une initiative législative en cours et, le cas échéant, en mentionnant l'évaluation de la solution proposée. Dans le rapport précédent, les points de suivi législatif sont classés par matière.

* * * * *

Les sujets abordés par les magistrats du siège sont joints en annexe au présent rapport.

* * * * *

Les éventuelles modifications ou les éventuels compléments apportés à ce rapport seront également envoyés. Seules les annexes jointes au présent rapport ont été transmises. En ce qui concerne les autres annexes, il est renvoyé aux rapports de suivi législatif précédents.

III. Nouvelles initiatives du ministère public, avis et projets en vue d'améliorer le droit de procédure pénale

Au cours de l'année judiciaire 2011-2012, les réseaux d'expertise du ministère public ont développé plusieurs initiatives en vue d'améliorer le droit de la procédure pénale. Ces documents ont déjà été communiqués au ministre de la Justice, conformément à l'article 143bis, § 3, du Code judiciaire, dans le cadre de la compétence consultative du Collège des procureurs généraux. Le dernier état de ces dossiers est exposé ci-après.

Les avis qui ne peuvent être dissociés du suivi législatif proprement dit et visent à pallier certaines difficultés d'application de lois, s'inscrivent aussi pleinement dans le cadre du présent rapport et sont joints en annexe pour autant qu'ils n'aient pas fait l'objet d'un rapport de suivi législatif précédent.

A. Le droit d'assistance d'un avocat lors du premier interrogatoire – circulaires du Collège et avis concernant la proposition de directive européenne relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation

Le Collège des procureurs généraux suit cette problématique depuis que la Cour européenne des droits de l'Homme a rendu son premier arrêt novateur³. Ainsi, le 19 mars 2010, le Collège a formulé un avis relatif à l'assistance d'un avocat lors de la première audition, auquel ont succédé la circulaire COL n° 7/2010 portant des directives provisoires relatives à l'assistance de l'avocat lors de la première audition d'un suspect par la police et l'addenda à la circulaire, à savoir la COL 15/2010.

Le législateur est intervenu en approuvant la loi du 13 août 2011 modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assistée par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté⁴.

Le 23 septembre 2011, le Collège des procureurs généraux a approuvé la circulaire COL 8/2011 *relative à l'organisation de l'assistance d'un avocat à partir de la première audition dans le cadre de la procédure pénale belge*.

À divers endroits, cette circulaire pointe la nécessité de procéder à une évaluation de la loi. À cet égard, il est fait référence aux remarques telles que formulées dans cette dernière (cf. pages 53, 62, 63, 72, 96).

Dans l'intervalle, cette circulaire a été complétée par quatre addenda⁵.

Entre-temps, une directive relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation a été élaborée au niveau européen⁶. Le Collège a émis un avis à ce propos le 21 décembre 2011. Cet avis est joint en annexe. En collaboration avec le SPF Justice, le réseau d'expertise « Procédure pénale » préparera la mise en œuvre de cette future directive.

³ Arrêt de principe : arrêt de la CEDH du 27 novembre 2008, *Salduz c/ Turquie*.

⁴ *M.B.* du 5 septembre 2011 ; *Doc. parl.*, Sénat, session 2010-2011, n° 5-663/5 ; DOC 53, 1279/000.

⁵ Cf. COL 10/2011 – « modèles » ; COL 12/2011 – « mineurs » ; COL 13/2011 – « service de permanence » ; COL 4/2012 – « modification et actualisation du chapitre VII relatif à l'évaluation de la COL ».

⁶ Proposition du 8 juin 2011 – cf. COM(2011) 326 final – 2011/0154 (COD).

Enfin, il convient de souligner que le 18 septembre 2012, une journée d'étude a été consacrée à l'évaluation de loi « Salduz », au cours de laquelle les circulaires ont également été abordées.

B. Avis concernant la portée de l'article 43/5, § 4, alinéa 2, de la loi organique du 30 novembre 1998 des services de renseignement et de sécurité

Le 21 juin 2012, le Collège des procureurs généraux a rendu un avis à la ministre de la Justice concernant la portée de cet article, qui a suscité des difficultés d'interprétation. Pour en consulter le contenu, veuillez vous reporter à l'avis qui est joint en annexe.

IV. Points de suivi législatif par matière

A. Droit pénal et droit de la procédure pénale

A.1. Points déjà repris dans de précédents rapports de suivi législatif, éventuellement actualisés

A.1.1. Code pénal (y compris la législation complémentaire) et droit pénal spécial

1) Article 5 du Code pénal relatif à la responsabilité pénale des personnes morales (repris depuis la publication du rapport 2007-2008)

La complexité de l'article 5 du Code pénal aboutit à une (quasi-) absence de poursuites et à une quasi-immunité des auteurs des infractions commises par le biais d'une personne morale.

L'application de la loi exige par exemple qu'il doive être possible, au cas où la personne morale serait rendue responsable – mais ce uniquement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée – de désigner la personne ayant commis la faute la plus grave. En effet, dans un tel cas, seule cette dernière personne peut être condamnée. Dans la pratique, il est évident qu'une telle considération s'avère extrêmement difficile.

Pour être complet, il peut être fait référence au projet de loi modifiant la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, déposé le 19 février 2007⁷, mais qui a manifestement été abandonné à la suite d'élections parlementaires et de la dissolution des assemblées législatives.

2) Loi du 29 juin 1964 relative à la suspension et à la probation – difficultés diverses (repris depuis la publication du rapport 2009-2010)

a) Article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}

▪ Dispositions législatives

CHAPITRE IV: Sursis à l'exécution des peines

Art. 8, § 1^{er}. Lorsque le condamné n'a pas encouru antérieurement de condamnation à une peine criminelle ou à un emprisonnement principal de plus de douze mois, les juridictions de jugement peuvent, en condamnant (à une peine de travail ou) à une ou plusieurs peines ne dépassant pas cinq ans, ordonner, par décision motivée, qu'il sera sursis à l'exécution, soit du jugement ou de l'arrêt, soit de tout ou partie des peines principales ou subsidiaires. La décision ordonnant ou refusant le sursis et, le cas échéant, la probation, doit être motivée conformément aux dispositions de l'article 195 du Code d'instruction criminelle.)

Toutefois, en cas d'application de l'article 65, alinéa 2, du Code pénal, les condamnations antérieurement prononcées pour des faits unis par une même intention délictueuse ne font pas obstacle à l'octroi d'un sursis.)

Le délai du sursis ne peut être inférieur à une année ni excéder cinq années à compter de la date du jugement ou de l'arrêt.

(Toutefois, la durée du sursis ne peut excéder trois années, en ce qui concerne les peines d'amendes (, les peines de travail) et les peines d'emprisonnement ne dépassant pas six mois.)

⁷ Doc. parl., Chambre, DOC 51 2929/001, projet de loi modifiant la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales.

§ 2. Les mêmes juridictions (...), peuvent, dans les conditions prévues au § 1^{er} du présent article, ordonner le sursis probatoire, moyennant engagement par le condamné de respecter les conditions de probation que la juridiction détermine.

§ 3. Lorsque le juge exclut du sursis l'amende en l'accordant pour l'emprisonnement subsidiaire, celui-ci ne peut plus être exécuté lorsque la peine d'amende cesse d'être exigible.

▪ **Difficultés**

Lors de la discussion du projet de loi modifiant la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation⁸, a été soulevée la question de savoir s'il devait rester impossible d'accorder le sursis après certaines condamnations.

Un amendement du gouvernement (qui a été adopté) visait à fixer la limite à douze mois, notamment en tenant compte du fait que qu'à partir d'une condamnation d'un an, encourue dans les cinq années qui précèdent la nouvelle condamnation, l'inculpé se trouve en état de récidive légale et qu'après trois condamnations de six mois dans les quinze dernières années, l'inculpé peut être mis à la disposition du gouvernement pour dix ans, quelle que soit la hauteur de la nouvelle peine, si le juge constate chez l'inculpé une tendance persistante à la délinquance.

Un parlementaire a déposé un amendement⁹, qui visait à supprimer la condition liée à la condamnation antérieure et ce, tant à l'article 3 concernant la suspension qu'à l'article 8 relatif au sursis.

Dans ce cadre, il a estimé qu'il convenait d'harmoniser les possibilités offertes au ministère public de proposer une extinction de l'action publique conformément aux articles 216*bis* et 216*ter* du Code d'instruction criminelle, qui n'impose aucune condition en matière de condamnations antérieures, d'une part, et impose des compétences au juge, qui est, quant à lui, lié par les condamnations antérieures lorsqu'il suspend la condamnation ou accorde le sursis, d'autre part.

Il ressort du rapport des travaux de la Commission de la Chambre que la Commission a pu acter que ce débat serait traité ultérieurement, que l'amendement de ce parlementaire mérite un examen approfondi, mais qu'il ne peut pas être lié aux projets dont le vote est demandé et que le parlementaire retire son amendement.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Le réseau d'expertise « Politique criminelle et Procédure pénale » a estimé qu'il serait recommandé de réfléchir à la possibilité d'accorder un sursis après une condamnation à une peine d'emprisonnement de douze mois ou plus.

b) Difficultés diverses

- En matière de mœurs, il devrait être possible pour les juges d'instruction de demander l'avis motivé d'un service spécialisé (UPPL) et non laisser cette possibilité uniquement aux juges du fond comme c'est le cas actuellement. Cela permettrait de gagner un temps précieux car souvent, les affaires introduites au fond sont remises d'office avant instruction pour solliciter cet avis motivé.
- Par ailleurs, il serait intéressant de permettre aux magistrats du Ministère public de demander cet avis également, notamment dans tous les dossiers qui font l'objet d'une citation directe.

⁸ *Doc.parl.*, Sénat, session 1992-1993, n° 653-2, pp. 21 et suiv. et *Doc.parl.*, Chambre, session 1992-1993, n° 1129/3, pp. 8 et 9.

⁹ *Doc.parl.*, Chambre, session 1992-1993, n° 1129-2.

- Enfin, le libellé de l'article 9bis pose problème. Une virgule mal placée donne à penser que ces avis préalables doivent être demandés dans tous les cas, que les dossiers concernent des dossiers où les victimes sont mineures ou majeures. Or, il semble que l'esprit de la Loi ait été de limiter ces avis aux seuls dossiers où la victime est mineure (la virgule doit être déplacée à la deuxième phrase et être placée après "du même Code" plutôt qu'après "377 du Code pénal").

3) Répression de l'ivresse publique – Article 119bis de la nouvelle loi communale inséré par la loi du 13 mai 1999 (M.B. du 10 juin 1999) (repris depuis la publication du rapport 2009-2010)

▪ **Difficultés**

En vertu de l'article 1^{er}, § 1^{er}, de l'arrêté-loi du 14 novembre 1939 relatif à la répression de l'ivresse, est puni d'une amende ou d'un emprisonnement, en cas de nouvelle récidive, « *quiconque est trouvé en état d'ivresse dans un lieu public* ».

En l'état actuel de la législation, les personnes se trouvant en état d'ivresse publique sont poursuivies par le ministère public, au moyen soit d'une transaction, soit d'une citation devant le tribunal de police.

On peut se demander si l'on doit encore considérer l'ivresse publique (sans circonstance aggravante) comme une infraction pénale, ou plutôt comme un acte de nuisance pour la société, qui tombe sous l'application d'une sanction administrative communale.

Exemple : une personne X, ivre morte, traîne au milieu de la rue, crie, importune les gens, etc.

La police est appelée et incarcère la personne X dans la cellule de dégrisement. Elle est ensuite entendue et un procès-verbal est dressé pour ivresse publique et envoyé au parquet.

Exemple : la même situation, mais la personne X devient agressive quand la police arrive sur les lieux, elle se rebelle et exprime sa fureur sur les agents et les voitures, dont plusieurs sont sérieusement endommagées.

Le premier exemple concerne clairement un fait de « nuisance publique », qui n'a causé aucun préjudice. Aucune autre infraction n'a été commise. L'arrestation et l'incarcération de la personne concernent une mesure purement administrative par ordre de l'officier de police administrative pour assurer l'ordre et la sécurité publics.

▪ **Point de vue résumé du ministère public et proposition**

L'ivresse publique est une infraction qu'on pourrait ajouter à la liste des infractions SAC mixtes.

Ainsi, le ministère public peut, au moment de la réception du procès-verbal, juger s'il poursuivra les faits lui-même ou s'il les fera traiter par une sanction administrative communale.

Cela permet au ministère public de cibler la politique des poursuites sur les faits les plus graves d'ivresse publique, qui vont généralement de pair avec d'autres infractions (vandalisme, coups et blessures, rébellion, etc.).

Il correspond mieux, aussi, à la philosophie du législateur de considérer les actes de nuisance publique comme relevant de la matière SAC. Ceci permet aux communes d'infliger elles-mêmes des sanctions dans la problématique des nuisances.

▪ **Modifications suggérées à l'article 119bis**

Le § 2 est complété comme suit : Par dérogation au § 1^{er}, le conseil communal peut, dans ses règlements et ordonnances, prévoir la sanction administrative visée à l'alinéa 2, 1°, pour une infraction aux articles du livre II, titre X, du Code pénal et aux articles 327 à 330, 398, 448, 461, 463, 526, [534bis, 534ter,] 537, 545, 559 1°, 561 1° et 563 2° et 3° du Code pénal et à l'article 1^{er} de l'arrêté-loi du 14 novembre 1939 relatif à la répression de l'ivresse du 14 novembre 1939.

Le § 7 est complété comme suit : § 7. 1° Si les faits constituent à la fois une infraction aux articles 327 à 330, 398, 448, 461, 463, 526, [534bis, 534ter,] 537, 545, 559 1°, 561 1° ou 563 2° et 3° du Code pénal ou à l'article 1^{er} de l'arrêté-loi du 14 novembre 1939 relatif à la répression de l'ivresse du 14 novembre 1939, et une infraction administrative, l'original du constat est envoyé au procureur du Roi au plus tard dans le mois de la constatation de l'infraction. À défaut, aucune sanction administrative ne peut être infligée. Le fonctionnaire de police ou l'agent auxiliaire consigne explicitement dans le procès-verbal la date à laquelle celui-ci a été envoyé ou remis au procureur du Roi. Une copie est transmise au fonctionnaire au même moment.

Le § 8 est complété comme suit : § 8. [Si l'infraction est passible d'une sanction administrative visée au § 2, alinéa 2, 1°, ou d'une peine prévue par les articles 327 à 330, 398, 448, 461 et 463 du Code pénal, le fonctionnaire ne peut infliger une amende administrative qu'au cas où le procureur du Roi a, dans un délai de deux mois, fait savoir qu'il trouve cela opportun et que lui-même ne réservera pas de suite aux faits. Si l'infraction est passible d'une sanction administrative visée au § 2, alinéa 2, 1°, ou d'une peine prévue par les articles 526, 534bis, 534ter, 537, 545, 559 1°, 561 1° et 563 2° et 3° du Code pénal ou à l'article 1^{er} de l'arrêté-loi du 14 novembre 1939 relatif à la répression de l'ivresse du 14 novembre 1939, le procureur du Roi dispose d'un délai de [deux mois], à compter du jour de la réception de l'original du procès-verbal, pour informer le fonctionnaire qu'une information ou une instruction a été ouverte ou que des poursuites ont été entamées ou qu'il estime devoir classer le dossier à défaut de charges suffisantes. Cette communication éteint la possibilité pour le fonctionnaire d'imposer une amende administrative. Le fonctionnaire ne peut infliger une amende administrative avant l'échéance de ce délai. Passé celui-ci, les faits ne pourront être sanctionnés que de manière administrative. Le fonctionnaire peut, cependant, infliger une amende administrative avant l'échéance de ce délai si, avant l'expiration de celui-ci, le procureur du Roi, sans remettre en cause la matérialité de l'infraction, a fait savoir qu'il ne réservera pas de suite aux faits.]

4) La responsabilité pénale du bourgmestre (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ **Difficultés**

Compte tenu de leur responsabilité civile et pénale, d'une part, et de l'étendue du domaine de leurs compétences pour lesquelles leur responsabilité peut être engagée, d'autre part, différents bourgmestres ont demandé au ministre de la Justice une restriction de leur responsabilité pénale, par analogie avec la responsabilité des sociétés.

Par la loi du 4 mai 1999 (M.B. du 22 juin 1999), le législateur belge a voulu remédier à la situation incertaine dans laquelle se trouvaient les bourgmestres, les échevins et les membres de la députation permanente lorsqu'ils étaient tenus responsables pour des

fautes commises dans l'exercice de leur mandat. À ce sujet, la loi a ajouté quelques dispositions à la loi communale et provinciale.

Tant pour les infractions volontaires qu'involontaires, une restriction de la responsabilité pénale ne peut en aucun cas être accordée. Elle entraînerait une immunité qui serait absolument contraire aux dispositions du Code pénal et au droit de procédure pénale.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Dans la mesure où la législation actuelle présente des lacunes, il peut être renvoyé aux nombreuses initiatives législatives.

Il appartiendra au parlement de choisir une des solutions qui sont proposées dans les initiatives précitées.

L'introduction d'une immunité n'est toutefois pas acceptable.

5) La loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

La loi précitée du 19 décembre 2003 a transposé en droit belge la décision-cadre du Conseil de l'UE n° 2002/475/JAI du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme (articles 137-138 du Code pénal relatifs à l'incrimination des infractions terroristes, article 139 du Code pénal relatif à la définition du groupe terroriste, article 140 du Code pénal relatif à l'incrimination de la participation à un groupe terroriste et du fait d'en assumer la direction, article 141 du Code pénal relatif à l'incrimination de l'aide prêtée en vue de la commission d'une infraction terroriste).

Dans l'intervalle, la décision-cadre susmentionnée a été modifiée par la décision-cadre n° 2008/919/JAI du 28 novembre 2008. Celle-ci aurait dû être appliquée au plus tard le 9 décembre 2010.

Dans la pratique, il existe une lacune, car l'obligation d'incriminer les faits suivants n'a toujours pas été respectée :

- la provocation publique, directe ou indirecte, à commettre une infraction terroriste ;
- le recrutement de personnes en vue de commettre une infraction terroriste ou de les solliciter à se joindre à un groupe terroriste ;
- l'entraînement pour le terrorisme.

Par l'intermédiaire du réseau d'expertise « Grand banditisme et terrorisme », le Collège des procureurs généraux a été impliqué dans l'élaboration d'un projet de loi, qui transpose la décision-cadre européenne modifiée dans la législation nationale et veille, en outre, à la mise en conformité avec la Convention de Varsovie du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme.

Étant donné que le projet vise essentiellement la simple transposition d'un instrument européen et que la date butoir est déjà dépassée, le Collège des procureurs généraux insiste pour que celui-ci soit déposé au parlement.

6) Traite des êtres humains – article 433quinquies 1° Code pénal – article 380 Code pénal (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ Difficultés

Une difficulté découle du terme « *permettre* » utilisé par l'article 433quinquies, 1°, du Code pénal qui énonce que : « *Constitue l'infraction de traite des êtres humains le fait de recruter, de transporter, de transférer, d'héberger, d'accueillir une personne, de passer ou de transférer le contrôle exercé sur elle afin: 1° de permettre la commission contre cette personne des infractions prévues aux articles 379, 380, § 1^{er} à 4, et 383bis, § 1^{er}.* ».

Suivant les travaux parlementaires de la loi du 10 août 2005 qui a introduit l'article 433quinquies dans le Code pénal : « *Par l'expression 'permettre la commission des infractions', le projet ne vise pas en tant que tel celui qui recrute en vue d'exploiter lui-même autrui. Ce comportement est incriminé à l'article 380 du Code pénal. Une distinction doit être cependant établie entre la personne qui exploite autrui en dehors de la traite des êtres humains, et l'exploitant qui se situe au bout de la filière et a ainsi participé à la traite. Ce dernier pourra être poursuivi comme coauteur de l'infraction de traite des êtres humains sur la base de l'article 433quinquies* »¹⁰.

L'infraction de traite en vue de l'exploitation sexuelle visée par l'article 433quinquies, 1°, nécessiterait dès lors pour être constituée que l'exploitant soit le dernier maillon d'une filière. Celui qui recrute et exploite lui-même la sexualité ou la prostitution d'autrui, en dehors donc de toute filière, serait quant à lui sanctionné par l'article 380 du Code pénal; il ne pourrait pas être question de traite dans ce dernier cas. Le tribunal correctionnel de Liège a prononcé une décision en ce sens.

L'enjeu de la question est de déterminer quand le procureur du Roi doit citer sur la base de l'article 380 ou de l'article 433quinquies du Code pénal ou encore sur la base de ces deux dispositions, ce qui est capital concernant la possibilité de reconnaissance du statut protecteur de victime de la traite des êtres humains, statut qui peut conduire à l'octroi d'une autorisation de séjour illimitée en Belgique pour la victime de TEH.

▪ Point de vue résumé du ministère public

L'interprétation précitée de l'article 433quinquies du Code pénal n'est pas conforme au texte de cette disposition et à la *ratio legis* de la loi.

Tout d'abord, le droit belge définit la traite par référence à une action et à une finalité. Considérer que l'infraction de traite des êtres humains requiert l'existence d'une filière reviendrait à ajouter une condition à cette incrimination. Le texte de la disposition ne vise pas la condition d'une filière.

Ensuite, une telle interprétation aboutit à des conséquences fortement critiquables :

- des situations de traite ne sont plus considérées comme telles, avec les conséquences que les victimes ne peuvent pas revendiquer le statut protecteur ;
- à suivre cette interprétation, les victimes belges seraient les premières ignorées ! Celles-ci ne sont en effet pas recrutées à l'étranger et ne passent donc généralement pas par une filière. Dans la plupart des cas, au contraire, elles sont recrutées et exploitées par la même personne en Belgique. Or, la loi du 10 août 2005 a opéré le déplacement de l'incrimination de traite de la loi du 15 décembre 1980 vers le Code pénal, précisément pour pouvoir retenir la prévention de traite lorsque la victime est un ressortissant national ;

¹⁰ Exposé des motifs, DOC 51 1560/00, pp. 18 et 19.

- si l'on admet qu'il ne peut y avoir de traite que s'il y a une filière, une différence fondamentale est établie entre l'exploitation sexuelle et certaines autres formes d'exploitation. En effet, dans l'article 433quinquies, le mot « *permettre* » ne se retrouve que dans le 1° et le 2°, qui visent l'exploitation sexuelle et l'exploitation de la mendicité. Admettre que seule la traite en vue de ces formes d'exploitation serait conditionnée par l'existence d'une filière revient à introduire un régime distinct entre les victimes de la traite des êtres humains en fonction des formes d'exploitation qu'elles ont subi. C'est ainsi que la victime de l'exploitation économique bénéficiera du statut protecteur même en l'absence de filière constatée, contrairement à la victime de l'exploitation sexuelle ou de la mendicité; ceci pourrait conduire les parquets à viser la finalité d'exploitation économique, même lorsqu'il s'agit d'une personne amenée à travailler dans l'industrie du sexe ;
- l'existence d'une filière, dans l'interprétation donnée, implique nécessairement l'existence d'une association de malfaiteurs et/ou d'une organisation criminelle, qui constitue une circonstance aggravante. La traite des êtres humains avec finalité d'exploitation sexuelle serait dès lors, contrairement à cette infraction pour d'autres finalités, d'office constituée avec circonstance aggravante.

La question posée à l'issue de ce raisonnement est donc celle de la coexistence des infractions visées aux articles 380 CP et 433quinquies CP et donc, *de lege ferenda*, d'une intégration du premier dans le deuxième. La finalité d'exploitation sexuelle à l'article 433quinquies, 1°, CP pourrait être décrite comme étant celle « d'exploiter la prostitution de cette personne ou de la soumettre à d'autres formes d'exploitation sexuelle, y compris la pornographie ».

7) Articles 61/2 à 61/5 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ **Difficultés**

La loi du 10 août 2005 a inséré dans le livre II, titre VIII du code pénal un chapitre III^{quater} relatif à l'abus de la vulnérabilité d'autrui, en vendant, louant ou mettant à disposition des biens en vue de réaliser un profit anormal et contenant les dispositions qui incriminent le comportement des marchands de sommeil (articles 433decies à 433quinquiesdecies du Code pénal). Ces comportements ne constituent pas de la traite des êtres humains *sensu stricto*.

Il en résulte que les victimes de l'infraction ne sont pas considérées comme victimes de la traite des êtres humains et échappent au statut protecteur réservé à cette dernière par les articles 61/2 et svts de la loi du 15 décembre 1980. Or, force est de constater que, de ce comportement, nombreuses sont les victimes de nationalité étrangère en situation illégale.

Il résulte dès lors de cette situation non seulement un manque de considération à l'égard des victimes des marchands de sommeil mais également un affaiblissement des moyens de lutter contre ce phénomène, dès lors que les victimes, par peur d'une expulsion, n'ont aucun intérêt à divulguer aux autorités les faits qu'elles subissent.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Il conviendrait de viser, dans l'article 61/2, § 1^{er}, à 61/5 de la loi du 15 décembre 1980 précitée, l'étranger victime de l'infraction visée à l'article 433decies du Code pénal.

Ceci implique également une modification de l'intitulé du chapitre IV du Titre 2 de cette loi.

A.1.2. Code d'instruction criminelle (y compris la législation complémentaire)

1) Loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises (M.B. du 11 janvier 2010) (repris depuis la publication du rapport 2009-2010)

a) *Pourvoi en cassation contre des arrêts de la CMA en application de l'article 235 CIC : délais*

▪ *Difficultés*

Tant à l'audience préliminaire (article 279 CIC) que lors de l'audience au fond (321 CIC), la loi permet d'évaluer la légitimité de l'utilisation des méthodes particulières de recherche en chargeant la CMA d'un contrôle conformément à l'article 235^{ter} CIC.

Un pourvoi en cassation contre les arrêts de la CMA est possible en application de l'article 235^{ter} CIC.

Cet article stipule uniquement dans quel délai ce pourvoi doit être introduit (24 heures pour les personnes en état d'arrestation et 15 jours pour les personnes n'étant pas en état d'arrestation). Il ressort de l'examen des dossiers dans lesquels un pourvoi en cassation a été introduit en vertu de l'article 235^{ter} CIC qu'un délai de traitement de six semaines (pour les personnes en état d'arrestation) s'écoule avant qu'un arrêt ne soit rendu.

Il devrait être tenu compte des délais lors de la fixation de la date d'ouverture des débats.

▪ *Point de vue résumé du ministère public*

Une modification de l'article stipulant que la Cour de cassation est tenue de se prononcer toutes affaires cessantes, tel que prévu à l'article 253 CIC, lors du renvoi devant la cour d'assises, semble indiquée.

Une seconde possibilité serait de prévoir que la demande en cassation de l'arrêt de la CMA peut uniquement être formée en même temps que le pourvoi contre l'arrêt définitif de la cour d'assises (article 291 CIC relatif à la procédure de purge).

b) *Article 434 CIC*

▪ *Difficultés*

L'article 203 LRA dispose que si l'arrêt a été annulé pour avoir prononcé une peine autre que celle que la loi applique à la nature du crime, la cour d'assises à qui le procès sera renvoyé, sur la déclaration de culpabilité déjà faite par le jury, rendra son arrêt conformément aux articles 341 et suivants.

Le législateur maintient donc la méthode qui consiste à ne recommencer avec un autre jury et une autre cour que le débat relatif à la fixation de la peine, si seule la fixation de la peine était illégale.

La pratique a cependant révélé que cette méthode est presque irréalisable, parce que le jury n'a pas connaissance de l'affaire et n'a pas assisté à l'audition de témoins qui a eu lieu lors de la première instruction. L'information correcte du nouveau jury qui ne doit se prononcer que sur la fixation de la peine est un point particulièrement épineux, qui peut tant léser gravement les droits de défense que les intérêts du ministère public et de la société, parce que d'importants éléments à l'appui du taux de la peine peuvent faire défaut ou peuvent ne plus être abordés de manière appropriée.

- *Point de vue résumé du ministère public*

S'il s'agit uniquement d'une peine illégale, ce qui relève finalement de la compétence des magistrats professionnels, l'on est en droit de se demander s'il est opportun de recomposer le même jury ou de le compléter éventuellement par de nouveaux membres si la première option s'avérait impossible. En effet, les jurés qui ont fait partie du premier jury ont suivi l'ensemble des débats et ont connaissance de tous les éléments de l'affaire, ce qui est essentiel pour déterminer le taux de la peine.

c) Article 286 CIC

- *Difficultés*

L'article 286 CIC dispose que lorsqu'à la date fixée pour l'ouverture des débats, l'accusé qui n'est pas en état de détention ne se présente pas en personne ou ne se fait pas représenter par un avocat, le président de la cour d'assises rend sur-le-champ une ordonnance portant que cet accusé sera jugé par défaut.

Néanmoins, les articles 286 et 287 CIC renferment une contradiction, puisqu'il ressort de l'article 287 CIC que l'audience au cours de laquelle le jury est formé a lieu en présence de l'accusé ou de son conseil. Il en découlerait que l'accusé ne doit pas nécessairement être présent en personne et peut se faire représenter. Lues conjointement, les deux dispositions légales semblent indiquer que l'accusé peut dans tous les cas se faire représenter par son avocat lors de l'audience au cours de laquelle le jury est formé, qu'il soit arrêté ou non. Dans le cas où l'accusé arrêté se fait, à ce moment-là, représenter par un avocat et que cette représentation est autorisée en vertu de l'article 287 CIC, il devra en tout cas comparaître en personne lors du traitement au fond et les dispositions de l'article 286 CIC relatives au défaut lui seront applicables.

- *Point de vue résumé du ministère public*

L'accusé devrait pouvoir se faire représenter par son avocat à l'audience au cours de laquelle le jury est formé.

d) Article 305 CIC

- *Difficultés*

L'article 305 CIC stipule que la partie civile, si elle le demande, est entendue comme partie et non comme témoin.

Cette disposition pourrait susciter des contestations. En effet, la partie civile a été supprimée de la liste des personnes qui ne sont pas autorisées à témoigner, d'une part, (article 303, § 1^{er}, CIC) et n'est pas mentionnée dans l'énumération des personnes qui ne peuvent jamais être entendues sous serment, d'autre part (article 303, § 3, CIC). Tant le texte de loi néerlandais que français pourraient donner lieu à deux interprétations différentes en l'absence de toute précision lors des travaux parlementaires.

- *Point de vue résumé du ministère public*

Sous réserve de l'évolution de la jurisprudence en la matière, l'interprétation qui semble la plus évidente est celle partant du principe que si la partie civile demande à être entendue, elle l'est toujours comme partie et jamais comme témoin. Dans la pratique, il est toujours possible que la victime soit entendue comme témoin et qu'elle ne se constitue partie civile qu'ultérieurement.

e) Article 333 CIC

▪ Difficultés

L'article 333 CIC dispose que le verdict du jury est signé par le ou la chef du jury et remise par lui (elle) au président, le tout en présence des jurés.

Le président signe la déclaration, la fait signer par le greffier et la glisse dans une enveloppe qui sera close par le greffier. Le greffier prend préalablement une copie de la déclaration.

Toutes ces opérations se déroulent donc publiquement dans la salle d'audience après que les jurés se sont retirés dans la salle d'audience après leur délibération.

La plus-value de la disposition élaborée peut faire l'objet d'un suivi législatif.

Le ministre a expliqué l'objectif de cette disposition comme suit : « Une copie est dès lors nécessaire pour pouvoir connaître les questions et les réponses exactes lors de la rédaction de la motivation. Quant à l'enveloppe fermée, elle garantit qu'aucune modification ne peut être apportée aux décisions du jury ».

▪ Point de vue résumé du ministère public

La pratique quotidienne a déjà démontré que cette méthode, en particulier l'utilisation d'une enveloppe fermée et le fait de ne pas communiquer immédiatement le verdict du jury, suscite de nombreuses critiques et de l'incompréhension. S'il est question d'une décision de 7 contre 5 pour un fait principal, le verdict est tout de même connu immédiatement, puisque les magistrats professionnels de la Cour doivent d'abord se retirer seuls.

f) Article 336 CIC

▪ Difficultés

L'article 153 LRA (article 336 CIC) stipule que si la cour est unanimement convaincue lors de la rédaction de la motivation que les jurés se sont manifestement trompés concernant les principales raisons, en particulier en ce qui concerne la preuve, le contenu de termes juridiques ou l'application de règles de droit, ayant mené à la décision, la cour déclare, au moyen d'un arrêt motivé, que l'affaire est reportée et la renvoie à la session suivante, pour être soumise à un nouveau jury et à une nouvelle cour. Aucun des premiers jurés ou juges professionnels ne peut en faire partie.

Nul n'a le droit de provoquer cette mesure. La cour ne peut l'ordonner que d'office, lors de la rédaction de la motivation sur la culpabilité et uniquement dans le cas où l'accusé a été déclaré coupable ; jamais lorsqu'il n'a pas été déclaré coupable.

▪ Point de vue résumé du ministère public

Maintenant que lors des travaux parlementaires, la possibilité de constater une erreur a de nouveau été réduite à la déclaration de culpabilité, et qu'elle ne peut jamais se rapporter à la déclaration de non-culpabilité, l'on peut se demander pourquoi l'on n'est pas revenu à l'ancienne formulation qui visait l'erreur dans l'affaire même.

Les travaux parlementaires semblent ne pas donner de réponse définitive à l'intention du législateur et soulignent plutôt l'existence de plusieurs avis opposés sur un texte pouvant donner lieu à des interprétations divergentes, voire contradictoires.

g) Article 337 CIC▪ *Difficultés*

L'article 337 CIC prévoit que lors du prononcé relatif à la culpabilité, sauf en cas d'acquiescement et d'application de l'article 336 CIC (erreur manifeste relative à la culpabilité), le pourvoi en cassation contre cet arrêt doit être introduit en même temps que le pourvoi en cassation contre l'arrêt définitif, visé à l'article 359 CIC.

Ceci pourrait signifier que le législateur a estimé qu'un pourvoi en cassation était ouvert au cas où l'affaire est renvoyée à une session ultérieure parce que la Cour est convaincue que le jury s'est manifestement trompé dans une déclaration de culpabilité.

Il ressort de l'intervention du ministre lors des travaux parlementaires que celui-ci part du principe qu'il est possible de se pourvoir en cassation. Il a précisé que dans l'hypothèse où la Cour de cassation casserait la décision de renvoi de la Cour d'assises, l'on reviendrait à la situation existante avant cette décision, c'est-à-dire que « *la Cour continuerait ensuite normalement ses travaux* ».

Cependant, cette vision est contraire aux principes fondamentaux et aux droits de la défense, puisqu'il n'est pas admissible que les mêmes juges puissent à nouveau se prononcer dans la même affaire.

▪ *Point de vue résumé du ministère public*

Dans l'intérêt de la sécurité juridique, il semble indiqué d'inscrire explicitement au Code d'instruction criminelle qu'aucun pourvoi en cassation n'est ouvert contre pareil arrêt constatant l'erreur manifeste.

Le 30 mars 2011, la Cour de cassation a estimé *qu'en instituant un pourvoi immédiat contre l'arrêt de la cour d'assises censurant le verdict d'un jury, la loi a voulu permettre le contrôle de la légalité d'une telle décision par la Cour*. Malgré cet arrêt, la manière dont ce système devrait fonctionner n'a pas été clairement établie. Le législateur doit régler plus explicitement cette problématique. À cet égard, il peut également être renvoyé au point g) ci-dessus.

2) Loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes (repris depuis la publication du rapport 2009-2010)

Les articles 229 et 230 de la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises, parue au Moniteur belge du 11 janvier 2010, ont modifié la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes comme suit :

« Chapitre 6 - Dispositions modifiant la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes

Art. 229. Dans l'article 1^{er} de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, remplacé par la loi du 23 août 1919 et modifié par la loi du 11 juillet 1994, les modifications suivantes sont apportées :

1° dans l'alinéa 1^{er}, les mots « et des causes d'excuse » sont insérés entre le mot « pénal, » et le mot « appartient » ;

2° dans l'alinéa 2, les mots « et causes d'excuse » sont insérés entre les mots « circonstances atténuantes » et les mots « seront indiquées ».

Art. 230. L'article 2 de la même loi, remplacé par la loi du 1^{er} février 1977 et modifié par les lois des 11 juillet 1994 et 23 janvier 2003, est remplacé par ce qui suit :

« Art. 2. Dans le cas où il y aurait lieu de ne prononcer qu'une peine correctionnelle en raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation peut, par ordonnance motivée, renvoyer l'inculpé au tribunal correctionnel. De la même manière, dans les cas où une instruction n'a pas été requise, le ministère public peut, s'il estime qu'il n'y a pas lieu de requérir une peine plus sévère qu'une peine correctionnelle en raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, citer directement ou convoquer le prévenu devant le tribunal correctionnel en indiquant ces circonstances atténuantes ou la cause d'excuse.

La citation directe ou la convocation par le ministère public, ainsi que le renvoi par la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation en raison de circonstances atténuantes, ne sont possibles que dans les cas suivants :

- 1° si la peine prévue par la loi n'excède pas vingt ans de réclusion ;
- 2° s'il s'agit d'une tentative de crime qui est punie de la réclusion à perpétuité ;
- 3° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 216, alinéa 2, du Code pénal ;
- 4° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 347bis, §§ 2 et 4, du Code pénal ;
- 5° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 375, dernier alinéa, du Code pénal, et pour lequel la peine peut, le cas échéant, être augmentée en application de l'article 377bis du même Code ;
- 6° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 408 du Code pénal ;
- 7° s'il s'agit d'un crime qui est visé aux articles 428, § 5, et 429 du Code pénal ;
- 8° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 473, dernier alinéa, du Code pénal ;
- 9° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 474 du Code pénal ;
- 10° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 476 du Code pénal ;
- 11° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 477sexies du Code pénal ;
- 12° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 513, alinéa 2, du Code pénal, et pour lequel la peine peut, le cas échéant, être augmentée en application de l'article 514bis du même Code ;
- 13° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 518, alinéa 2, du Code pénal ;
- 14° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 530, dernier alinéa, du Code pénal, qui est puni par application de l'article 531 du même Code et pour lequel la peine peut, le cas échéant, être augmentée en application de l'article 532bis du même Code. »

▪ Difficultés

Il est renvoyé aux considérations (pp. 33-34) formulées dans la circulaire COL 6/2010 du Collège des procureurs généraux.

Les difficultés suivantes sont ressorties de la description des crimes correctionnalisables :

Art. 2, 2° s'il s'agit d'une **tentative de crime qui est punie de la réclusion à perpétuité** ;

Cette rubrique requiert quelque commentaire. Une erreur s'est glissée dans la version française de l'article 230 LRA. En effet, il y est mentionné « s'il s'agit d'une tentative de crime qui est punie de la réclusion à perpétuité ». **Il ressortirait de ce texte que la possibilité de correctionnalisation ne serait applicable qu'aux cas où la tentative de crime est punie de la réclusion à perpétuité, puisque, grammaticalement, « punie » peut se rapporter uniquement à « tentative ».**

Il existe effectivement quelques crimes dont la tentative est assimilée et punie de la réclusion à perpétuité. Il peut par exemple être renvoyé aux cas de violations graves du

droit humanitaire international. Cependant, le législateur n'a jamais eu l'intention de renvoyer spécifiquement à ces cas en vue de décharger la cour d'assises en rendant ces tentatives correctionnalisables. Par ailleurs, cette idée aurait peu de sens, eu égard à l'impact pour ainsi dire inexistant d'une telle opération. Le texte français a peu de sens en soi et est tout simplement contraire à l'intention du législateur, qui est, quant à elle, conforme au texte néerlandais de l'article 230 LRA. À cet égard, il peut être fait référence aux travaux parlementaires qui expliquent clairement la finalité de la modification législative.

Au cours de l'élaboration la LRA, cet article a été modifié plusieurs fois. Durant la phase de l'examen par le Sénat, il en a encore été renvoyé aux crimes correctionnalisables relevant de la zone grise. À l'époque, la rubrique précitée était mentionnée. Il peut être fait référence au compromis dans le cadre duquel il a été opté pour la proposition du Conseil supérieur de la Justice. À cette période, l'on se reportait clairement aux tentatives de crime relevant de la compétence de la Cour d'assises (donc pas les tentatives de meurtre qui relèvent du tribunal correctionnel). En outre, il a été souligné que l'exclusion de « tentatives de meurtre » entraînerait une diminution du nombre d'affaires portées devant la cour d'assises¹¹.

Pendant le processus de genèse du projet en Commission de la Justice de la Chambre, Madame Clotilde Nyssens a introduit un amendement n° 135¹² qui, hormis quelques améliorations grammaticales ou purement techniques, contient le texte de la loi et fournit une justification claire qui fait ressortir incontestablement l'intention du législateur¹³. En ce qui concerne la liste des crimes correctionnalisables et, plus particulièrement, la **rubrique visée ici, il est précisé dans la justification que les crimes n'ayant pas entraîné la mort de la victime (tentatives) sont intégrés dans la liste** : « *La pratique quotidienne montre qu'il existe une grande différence entre une tentative où le crime était pratiquement perpétré et où les conséquences à l'égard de la victime sont particulièrement graves et une tentative où l'on peut certainement parler de tentative d'un point de vue juridique mais où la phase dans laquelle elle a échoué ou les moyens utilisés ont produit si peu d'effets que la victime ne subit pratiquement pas de conséquences, voire aucune conséquence* » et, plus loin, « *En dehors de la liste précitée, les crimes passibles de la réclusion à perpétuité et les crimes ayant entraîné la mort de la victime¹⁴ avec l'intention de la donner sont examinés devant la Cour d'assises* ».

À première vue, la nouvelle liste des crimes correctionnalisables renvoie donc de manière relativement simple à certains articles de loi, mais en raison des nombreux renvois internes de ces dispositions à d'autres articles légaux, l'application des nouvelles dispositions relatives aux circonstances atténuantes s'avère nettement plus difficile et technique. En outre, la présence de différentes circonstances aggravantes dans les dispositions législatives qui doivent être lues conjointement donnent lieu à des tensions internes. Dans ce cadre, il peut être renvoyé à la concordance de la prise d'otages ou du vol ou de l'extorsion à l'aide de violences ou de menaces avec torture. Des renvois trop globaux causent parfois des problèmes d'interprétation quant à savoir si un crime est correctionnalisable ou non, une question qui n'a jamais été abordée au cours des travaux parlementaires.

Ces renvois pourraient engendrer des difficultés, surtout en ce qui concerne les points 4°, 8° et 11°. Il est renvoyé aux explications contenues aux pages 34 et suivantes de la circulaire.

¹¹ *Doc. parl.*, Chambre, DOC 52 2127/008, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Monsieur E. LIBERT et Madame E. DE RAMMELAERE, p. 56.

¹² *Doc. parl.*, Chambre, DOC 52 2127/008, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Monsieur E. LIBERT et Madame E. DE RAMMELAERE, p. 128 : amendement n° 135 visant à remplacer l'article 218, adopté par 10 voix et 4 abstentions.

¹³ *Doc. parl.*, Chambre, DOC 52 2127/007, amendement n° 135 de Madame NYSENS, autrefois art. 218 ; *Doc. parl.*, Chambre, DOC 52 2127/008, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Monsieur E. LIBERT et Madame E. DE RAMMELAERE, l'amendement 135 a été adopté, p. 128.

¹⁴ *Doc. parl.*, Chambre, DOC 52 2127/007, amendement n° 135 de Madame NYSENS, justification pp. 6-8.

Il ressort de ce commentaire clair que le texte néerlandais de l'article 230 LRA ne peut être interprété que d'une seule manière et que le législateur a incontestablement l'intention de généraliser la correctionnalisation de la tentative de « crimes punissables de la réclusion à perpétuité » tels que le meurtre.

Étant donné que la loi ne précise aucunement le degré de peine applicable à la tentative de meurtre, il convient de partir du principe que dans les cas où la tentative de crime est punie de la même peine que celle prévue pour les crimes réellement commis, la correctionnalisation est également possible.

Cependant, dans l'état actuel des choses, il est nécessaire que le législateur intervienne. En effet, il est question d'un **texte de loi français clair (bien qu'erroné) qui ne permet en soi aucune autre interprétation**, tandis que le texte néerlandais (correct selon les travaux parlementaires) admet hélas deux interprétations, dont une correspond à la réelle intention du législateur. Cette situation extrêmement fâcheuse de contradiction entre les textes établis dans les deux langues nationales crée une insécurité juridique qui ne peut pas simplement être rectifiée par une circulaire, ni par un erratum, maintenant que l'erreur s'est également glissée dans le document original signé par le Roi.

Par conséquent, le Collège des procureurs généraux a demandé au ministre de la Justice de soumettre de toute urgence une modification législative au parlement. Étant donné qu'aucun consensus n'a pu être dégagé et que plusieurs magistrats francophones maintiennent une application stricte du texte français, la circulaire recommande de faire preuve de prudence lors de la correctionnalisation de tels crimes.

Entre-temps, la Cour de cassation s'est également prononcée sur cette problématique et a confirmé que l'interprétation découlant de la lecture de la version néerlandaise du texte correspond à l'intention du législateur¹⁵.

Il demeure néanmoins nécessaire d'adapter le texte français à l'intention du législateur, qui ressort clairement du texte néerlandais.

3) Loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive (repris depuis la publication du rapport 2007-2008)

▪ **Difficultés**

Tant l'article 25 de la loi initiale du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive que l'article 25 de ladite loi telle que modifiée par la loi du 31 mai 2005 disposent que le juge d'instruction peut donner mainlevée du mandat d'arrêt avant la première comparution de l'inculpé devant la chambre du conseil. Cette ordonnance n'est susceptible d'aucun recours et relève donc de la compétence souveraine du juge d'instruction.

À l'origine, l'article 25, § 2, de la loi relative à la détention préventive stipulait que le juge d'instruction pouvait donner mainlevée du mandat d'arrêt également après la première comparution devant la chambre du conseil par une ordonnance motivée qu'il communique immédiatement au procureur du Roi, afin que celui-ci puisse, le cas échéant, former opposition dans les vingt-quatre heures. Cette possibilité a été supprimée par la loi du 31 mai 2005.

L'actuel article 25, § 2, de la loi relative à la détention préventive spécifie que la décision du juge d'instruction de donner mainlevée du mandat d'arrêt n'est susceptible d'aucun recours. Toutefois, le point de départ n'est-il pas que le fait de statuer sur le mandat

¹⁵ Cass. 3 novembre 2010, n° P.10.1611.F. Le Cour a estimé qu'il n'existait aucune objection à la correctionnalisation moyennant l'admission de circonstances atténuantes en cas de tentative d'assassinat.

d'arrêt, tant au niveau de l'opportunité que de la légalité, relève de la compétence des juridictions d'instruction ? Cette liberté totale conférée au juge d'instruction ne porte-t-elle pas atteinte à la compétence de la chambre du conseil et de la chambre des mises en accusation ?

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Il pourrait peut-être être remédié à cette situation en mentionnant explicitement dans la loi que le juge d'instruction ne peut pas remettre en liberté l'inculpé de cette manière après la première comparution devant la chambre du conseil ou que cette décision n'est suivie d'aucun effet « alors que la chambre des mises en accusation est saisie de l'appel du procureur du Roi ou de l'inculpé contre une ordonnance de la chambre du conseil rendue en application des articles 21 ou 22 ».

Cette restriction était aussi, logiquement, prévue dans l'ancien article 25, § 2, LDP, qui permettait au ministère public de former « opposition » contre cette ordonnance du juge d'instruction et qui rendait la chambre du conseil compétente pour statuer sur cette opposition.

En effet, l'ancien article 25, § 2, disposait que : « Si l'ordonnance du juge d'instruction est prise alors que la chambre des mises en accusation est saisie de l'appel du procureur du Roi ou de l'inculpé contre une ordonnance de la chambre du conseil rendue en application de l'article 21 ou de l'article 22, elle ne sera suivie d'effet qu'en l'absence d'opposition du procureur du Roi dans les vingt-quatre heures de sa communication à ce dernier ».

En d'autres termes, si le ministère public formait opposition, l'inculpé restait en détention jusqu'à ce que la chambre des mises en accusation ait prononcé son arrêt.

Durant les travaux parlementaires relatifs à la loi du 31 mai 2005, l'idée selon laquelle la décision du juge d'instruction porte atteinte à la procédure en appel contre une ordonnance de la chambre du conseil devant la chambre des mises en accusation n'a pas été citée dans l'exposé des motifs et a uniquement été mentionnée au passage par un seul parlementaire.

À ce jour, aucune disposition en ce sens n'a été reprise dans la loi relative à la détention préventive. Pourtant, elle semble s'inscrire non seulement dans la logique générale, mais aussi dans la logique juridique.

La logique générale veut qu'une juridiction (le juge d'instruction) peut difficilement empêcher une autre juridiction (chambre du conseil, chambre des mises en accusation), qui doit rendre un jugement à un stade ultérieur, d'exercer sa compétence au fond.

La logique juridique est exprimée dans les articles 30, § 3, 2^e alinéa, et 31, § 3, 2^e alinéa de la loi relative à la détention préventive, qui disposent ce qui suit :

Article 30

§3

L'inculpé reste en détention jusqu'à la décision sur l'appel pourvu qu'elle intervienne dans les quinze jours de la déclaration d'appel; l'inculpé est mis en liberté si la décision n'est pas rendue dans ce délai.

Article 31

§3

La Cour de cassation statue dans un délai de quinze jours à compter de la date du pourvoi, l'inculpé restant en détention. L'inculpé est mis en liberté si l'arrêt n'est pas rendu dans ce délai.

En ce qui concerne cette dernière disposition, la Cour de cassation a rendu un arrêt (n° P.2001.0345F du 14 mars 2001), qui stipule que lorsqu'un pourvoi a été formé contre un arrêt de la chambre des mises en accusation qui maintient la détention préventive, les juridictions d'instruction sont sans pouvoir pour statuer sur le maintien de cette détention préventive, l'inculpé restant en détention jusqu'à la date de l'arrêt de la Cour de cassation rendu dans un délai de quinze jours à compter de la date du pourvoi.

Conformément à l'explication que la Cour de cassation donne à l'article 31, § 3, 2^e alinéa de la loi relative à la détention préventive, il peut être affirmé que la chambre du conseil (et le juge d'instruction) n'est pas non plus compétente pour statuer sur la détention préventive, l'inculpé restant en détention jusqu'à la date de l'arrêt de la Cour de cassation rendu dans un délai de quinze jours à compter de la date du pourvoi.

La disposition de l'article 25, § 2, de la loi relative à la détention préventive, telle que modifiée par la loi du 31 mai 2005, pourrait dès lors être comprise en ce sens que le juge d'instruction n'a pas le pouvoir de remettre une personne en liberté si un appel ou un pourvoi est pendant.

Deux réflexions peuvent encore être livrées à ce sujet :

- 1/ n'est-il pas approprié qu'une juridiction (le juge d'instruction) puisse remettre un inculpé en liberté à tout moment, s'il s'avère que la détention préventive n'est plus nécessaire ?
- 2/ n'est-il pas nécessaire de prévoir un recours avec effet suspensif sur la détention préventive contre toute décision, toute ordonnance ou tout arrêt rendu(e) en contradiction avec la loi ?

Concernant le point 1 :

Il peut arriver qu'il ressorte de l'instruction judiciaire que tous les indices sérieux de culpabilité à charge de la personne arrêtée ne sont plus valables.

Dans ce cas, il est alors logique que l'inculpé doive pouvoir être remis en liberté sur-le-champ.

Il se peut également que, bien qu'il subsiste des indices sérieux de culpabilité, la détention préventive ne s'impose toutefois plus.

Dans ces circonstances, il est peut-être souhaitable de tout de même laisser au juge d'instruction la possibilité de proposer de remettre la personne en liberté, tout à fait en conformité avec l'ancien article 25, § 2, de la loi relative à la détention préventive, pendant que l'appel ou le pourvoi en cassation est pendant.

Lorsque aucun recours n'est pendant, le juge d'instruction devrait pouvoir continuer à décider d'initiative, conformément à l'ancien article 25, § 2.

Concernant le point 2 :

Il devrait être possible d'introduire un recours dans les cas où un juge d'instruction ou la juridiction d'instruction était incompétent(e) pour statuer, à l'exception d'un jugement d'opportunité.

Cette possibilité limitée de recours ne serait pas neuve dans le droit de la procédure pénale belge.

Avant l'entrée en vigueur, le 2 octobre 1998, de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, l'appel d'une ordonnance de la chambre du conseil lors du règlement de la procédure était limité aux cas dans lesquels la juridiction d'instruction était incompétente (articles 135 et 539 du Code d'instruction criminelle). À l'heure actuelle, cette possibilité d'appel pour l'inculpé est toujours limitée et assortie de conditions.

Il est compréhensible que le législateur tente de limiter au maximum la détention préventive, tant au niveau du nombre de personnes arrêtées que de la durée, mais il convient également d'éviter que des inculpés ou des personnes arrêtées ne soient remis en liberté par des autorités judiciaires qui ne sont pas compétentes à cet effet ou prennent une décision clairement illégale.

Sur la base des articles 30 et 31 de la loi relative à la détention préventive, il est actuellement déjà admis que la chambre du conseil est incompétente pour statuer sur le maintien de la détention si la chambre des mises en accusation est saisie de l'affaire et que la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation n'ont pas le pouvoir de statuer sur la détention si un pourvoi en cassation a été formé contre un arrêt de la chambre des mises en accusation.

Un raisonnement analogue est appliqué si une demande de mise en liberté provisoire est adressée à l'instance judiciaire (temporairement) incompétente.

Si cette instance non compétente se situe en degré d'appel et remet le suspect ou l'inculpé en liberté, aucun pourvoi en cassation ne peut être formé contre cet arrêt.

En effet, il ressort de la lecture conjointe des paragraphes 1^{er} et 2 de l'article 31 de la loi relative à la détention préventive qu'un pourvoi en cassation peut être formé uniquement contre les jugements et arrêts maintenant la détention préventive.

Il est également approprié de prévoir la possibilité de se pourvoir en cassation lorsque la chambre des mises en accusation ou la chambre correctionnelle de la cour d'appel se déclare indûment compétente et n'a pas maintenu la détention préventive.

Un autre point épineux auquel le législateur devrait idéalement remédier est la non-exécution d'une décision injustifiée de remise en liberté par une instance judiciaire incompétente.

Il arrive qu'un juge civil (président du tribunal siégeant en référé) ordonne la mise en liberté (provisoire) d'une personne arrêtée sur la base de la loi relative à la détention provisoire.

Bien que la jurisprudence (Cass., R.G. n° 8909 du 20 février 1991) ait été établie en ce sens que, dans ce cas, la détention préventive est suspendue jusqu'au jour où l'inculpé est réintégré dans la maison d'arrêt après annulation, par la cour d'appel, de l'ordonnance illégale et que le délai de validité du titre de détention est prolongé du nombre de jours qui séparent la mise en liberté de la réintégration, cela ne résout pas le problème fondamental de l'obligation de mise en liberté, après laquelle l'inculpé peut prendre la poudre d'escampette, peut récidiver, peut se mettre d'accord avec des tiers et faire disparaître des preuves.

Il semble donc judicieux de reprendre, dans la loi relative à la détention préventive, une disposition stipulant que l'ordre d'un juge non compétent à cet effet ne doit pas être exécuté, en la complétant, probablement, par l'obligation de faire arbitrer cette

contestation dans un court délai, par exemple de quinze jours, par la chambre des mises en accusation, qui est la juridiction d'instruction dotée de la plus haute compétence quant au fond, également en matière de détention préventive.

La loi du 31 mai 2005 a également inséré une procédure de contrôle à l'article 136^{ter} CIC. L'intervention de la partie civile dans cette procédure est sujette à de sérieuses critiques et est contraire aux règles habituelles de procédure en matière de détention préventive.

Une évaluation générale de la loi du 31 mai 2005 relative à la détention préventive, telle que modifiée par la loi du 31 mai 2005, en particulier en ce qui concerne la différence de traitement entre crimes correctionnalisables et non correctionnalisables, s'impose.

La loi relative à la détention préventive contient en outre encore des fragments de la procédure de comparution immédiate en matière pénale (articles 20^{bis} LDP et 216^{quinquies} CIC), qui, suivant un arrêt d'annulation de la Cour d'arbitrage, ne peut plus être appliquée.

4) Simplification et modernisation de la législation relative à la saisie et la confiscation en matière pénale (repris depuis la publication du rapport 2007-2008)

Les dispositions du Code d'instruction criminelle en matière de saisie et confiscation ont été modifiées à de nombreuses reprises et cette matière est, du fait aussi de la multiplication des règlements particuliers et de l'impact de la réglementation européenne, devenue tellement compliquée qu'elle nécessite une approche globale.

Un groupe de travail mixte constitué de membres d'un ancien cabinet de la Justice, de magistrats, fonctionnaires et membres du réseau d'expertise, a été chargé d'élaborer l'avant-projet de réparation de la loi du 26 mars 2003 portant création d'un Organe central pour la Saisie et la Confiscation et portant des dispositions sur la gestion à valeur constante des biens saisis et sur l'exécution de certaines sanctions patrimoniales. Ce projet a finalement été repris dans la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (II).

Ce même groupe de travail a également rédigé un avant-projet de modernisation des dispositions en matière de saisie et confiscation en général. Cet avant-projet, qui pourrait servir de document de travail, n'a pu être finalisé par manque de temps et ne fait pas non plus l'objet de travaux subséquents au sein d'une cellule stratégique d'un ministre de la Justice.

Il est en tout cas recommandé de moderniser, de simplifier et de clarifier la législation actuelle, ce qui pourrait également contribuer à un fonctionnement plus efficace de l'Organe central pour la Saisie et la Confiscation.

La loi du 10 mai 2007 portant des dispositions diverses en matière de recel et de saisie a, en raison de son illisibilité, encore aggravé la problématique tracée dans ce qui précède.

Dans le même domaine, il y a lieu d'observer que l'article 505, alinéa 3, du Code pénal en matière de blanchiment pose problème au niveau de son application.

En réponse à la question parlementaire n° 3-700 de Madame le sénateur Nyssens du 13 février 2004 (session de 2003-2004 Bulletin 3-12), la ministre de la Justice de l'époque a expressément reconnu que, face à la contradiction créée par la jurisprudence récente de la Cour de cassation en cette matière, une modification de l'article 505 du Code pénal est nécessaire dans le souci d'une plus grande efficacité de la répression du volet financier de la grande criminalité.

5) Article 35bis du Code d'instruction criminelle – Article 433quaterdecies du Code pénal (saisies et confiscations des biens appartenant aux marchands de sommeil) (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ Difficultés

Un groupe de travail multidisciplinaire (magistrats, notaire, administration des domaines, OCSC, receveur) a passé en revue les difficultés que posent les saisies et les confiscations des biens appartenant aux marchands de sommeil (infraction visée aux articles 433decies et suivants du Code pénal).

L'article 433quaterdecies du code pénal autorise la saisie par le procureur du Roi ou le juge d'instruction des biens visés à l'article 433decies.

Il ressort des travaux du groupe de travail que des modifications législatives sont souhaitables afin de remédier aux difficultés suivantes :

- l'article 35bis du Code d'instruction criminelle énonce les mentions que doit contenir, à peine de nullité, l'exploit de l'huissier de justice instrumentant dans le cadre d'une saisie immobilière conservatoire des choses paraissant constituer un avantage patrimonial tiré de l'infraction ; il vise les mentions contenues à l'article 1568 du code judiciaire dans son ensemble; or dans le cadre de la saisie immobilière pénale, seules les deux premières mentions énoncées à cette disposition sont pertinentes ; l'exploit de saisie immobilière pénale ne doit pas contenir la mention reprenant « l'indication du juge qui statuera sur la requête prévue par l'article 1580 » (art. 1568, 3° CJ), ni celle de « l'indication de la faculté offerte au débiteur de transmettre au juge, à peine d'irrecevabilité, dans les huit jours qui suivent la signification de l'exploit de saisie, toute offre d'achat de gré à gré de son immeuble » (art. 1568, 4° CJ). La présence de ces mentions en cas de saisie immobilière pénale est de nature à donner des informations erronées à la personne dont le bien est saisi ;
- l'article 433quaterdecies du Code pénal impose l'apposition de scellés sur le bien saisi, ce qui s'avère fort lourd dans la pratique.

▪ Point de vue résumé du ministère public

Il conviendrait :

- de modifier l'article 35bis, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle qui deviendrait :

« Lorsque les choses paraissant constituer un avantage patrimonial tiré d'une infraction sont des biens immeubles, la saisie immobilière conservatoire sera faite par exploit d'huissier signifié au propriétaire et contenant, à peine de nullité, la copie du réquisitoire du procureur du Roi, ainsi que les différentes mentions visées aux articles 1432 et 1568, 1° et 2°, du Code judiciaire, et le texte du troisième alinéa du présent article. »

- de modifier la deuxième phrase de l'article 433quaterdecies du code pénal qui deviendrait :

« S'il décide de pratiquer la saisie, le bien meuble, la partie de celui-ci, le bien immeuble, la chambre ou tout autre espace visé à l'article 433decies **peut** être scellé ou, avec l'accord écrit du propriétaire ou du bailleur, être mis à la disposition du CPAS afin d'être restauré et loué temporairement ».

6) La procédure de référé pénal (repris depuis la publication du rapport 2009-2010)

▪ *Difficultés*

La saisie pénale et – dans sa forme particulière – la saisie par équivalent peut avoir des conséquences gravissimes lorsque cette saisie, pratiquée par le procureur du Roi ou le juge d'instruction, porte sur des biens d'entreprise.

L'actuel droit de la procédure pénale connaît la procédure de référé pénal, par laquelle la personne lésée peut demander la levée de la mesure de saisie (art. 28^{sexies} CIC en cas d'information ; art. 61^{quater} CIC en cas d'instruction).

Une enquête pénale peut toutefois durer longtemps et aussi la procédure de référé pénal actuelle peut demander un certain temps. Il est donc souhaitable de prévoir une protection juridique renforcée en cas de menace pour la continuité d'une entreprise.

▪ *Point de vue résumé du ministère public*

Le ministère public a proposé, le 25 mai 2009, une modification de la loi instaurant un véritable référé pénal, dans lequel est introduite la notion « d'urgence ».

Le but de la proposition de loi¹⁶ est de réduire le délai pour qu'il soit statué sur une requête en référé pénal. À cette fin, les auteurs de la proposition suppriment l'appel de la décision en soumettant la procédure directement à la chambre des mises en accusation.

Lignes de force

- a) La proposition est en harmonie avec le droit de la procédure pénale actuel et ne fait que compléter la procédure existante.
- b) La proposition est basée sur les notions de :
 - Urgence : il s'agit d'une notion objective et existant dans la jurisprudence, qui peut être évaluée à la lumière du principe d'égalité. L'urgence est la condition constitutive de la procédure.
 - Subsidiarité : la procédure ne peut être acceptée que si l'objectif fixé ne peut être atteint via les autres canaux.
- c) En cas d'urgence, la chambre des mises en accusation connaît, en premier et en dernier ressort, de la requête et apprécie successivement son urgence et son bien-fondé.
Dans la procédure existante, la chambre des mises en accusation apprécie déjà la requête en tant qu'instance d'appel.
- d) Le référé pénal en cas d'urgence doit demeurer l'exception et ne peut être appliqué que s'il y a des intérêts en péril par un danger manifeste et pressant :
 - caractère unique de la procédure ;
 - incompatibilité procédure d'urgence – procédure existante (évitant les procédures doubles et les décisions contradictoires dans le cadre d'un même dossier).

¹⁶ *Doc. Parl.*, Chambre, session 2009-2010, n° 2404/001. La proposition de loi est devenue sans objet le 7 mai 2010 à la suite de la dissolution du parlement.

Dans le cadre des travaux parlementaires, le Conseil d'État a donné un avis, qui requiert d'apporter des modifications au projet initial. Moyennant quelques améliorations ponctuelles, le projet peut néanmoins remédier au problème décrit.

7) Article 21bis du Titre préliminaire du Code de procédure pénale : prescription de l'action publique en matière de mœurs – délit collectif (repris depuis la publication du rapport 2009-2010)

La Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 25 octobre 2006 qu'il ne résulte d'aucune disposition légale qu'en cas de délit collectif composé de plusieurs infractions tombant dans le champ d'application de l'article 21bis, al. 1^{er}, du TPCPP, le délai de prescription de l'action publique ne commencerait à courir qu'à partir du jour où la plus jeune des différentes victimes aurait atteint l'âge de 18 ans.

En effet, la Cour de cassation estime que l'article 21bis institue un mode particulier de calcul de la prescription et qu'il ne s'applique qu'aux infractions *qui y sont limitativement énumérées*.

Dès lors, lorsqu'un délit collectif est constitué de différentes infractions dont certaines sont visées par l'article 21bis, alinéa 1^{er}, alors que d'autres ne le sont pas, chacune de ces infractions obéit, en ce qui concerne le point de départ du délai de prescription, au régime qui lui est propre.

Il en résulte que, dans l'hypothèse de délit collectif, il s'impose de ne pas étendre le régime spécifique de l'article 21bis aux autres infractions, quand bien même elles sont toutes réunies par une unité d'intention et qu'elles ne sont pas séparées par un laps de temps plus long que le délai de prescription.

En conclusion, les faits constituant le délit collectif obéissent chacun à leur délai de prescription propre. Cela est très dommageable dans les dossiers de faits de mœurs où des actes de même nature, mais par exemple commis pour partie sur des mineurs (visés par l'article 21bis) et pour partie sur des majeurs (non visés par l'article 21bis) ne peuvent être reliés entre eux, alors qu'il s'agit bien de faits constituant un délit collectif et indiscutablement unis par une même intention délictueuse.

Il peut être renvoyé à l'amendement n° 25 au projet de loi modifiant la législation en ce qui concerne l'amélioration de l'approche des abus sexuels et des faits de pédophilie dans une relation d'autorité, ayant pour objectif, en cas d'infraction collective consistant en différentes infractions aux articles 372 à 377, 379, 380, 409 et 433quinquies, § 1^{er}, 1°, du Code pénal, de ne faire courir le délai de prescription qu'à partir du jour où la victime la plus jeune atteint l'âge de dix-huit ans¹⁷.

8) Articles 28quinquies, § 1^{er}, 57, § 1^{er} et 47bis, 3 du Code d'instruction criminelle – stages d'étudiants (repris depuis la publication du rapport 2009-2010)

▪ **Difficultés**

Les étudiants des universités et hautes écoles qui, dans le cadre de leur formation obligatoire, effectuent des stages au sein des différents services de police, sont autorisés, dans certains ressorts, par les maîtres de stage de ces services de police, à être présents aux auditions, perquisitions, reconstitutions/descentes sur les lieux et autopsies.

¹⁷ DOC 53 1639/002.

Leur présence viole le secret de l'instruction ; il est à craindre que, de ce fait, des informations ou des instructions ne tournent mal.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Le ministère public estime qu'une telle présence n'est pas possible sans porter atteinte au principe du secret de l'instruction, à moins que les articles susmentionnés ne soient adaptés et qu'une exception ne soit prévue pour les étudiants stagiaires.

En attendant, les stages deviennent en tout cas moins attractifs et instructifs, tandis que les services de police ont fait savoir qu'ils ne peuvent plus accepter des étudiants, parce que les programmes de stage ne sont plus intéressants.

9) Modification de la législation relative aux témoins menacés (repris depuis la publication du rapport 2007-2008)

▪ **Difficultés**

Ce point concerne tout particulièrement le changement d'identité complet avec une protection absolue, l'application de certaines méthodes particulières de recherche en vue du contrôle du témoin protégé, et la possibilité de prévoir des mesures de protection des témoins pour les témoins menacés qui sont eux-mêmes inculpés.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Un avant-projet de loi a déjà été élaboré, auquel il est renvoyé ainsi qu'à l'exposé des motifs (ces documents sont joints au présent rapport de suivi législatif 2010-2011). Toutefois, cette initiative législative n'a pas progressé.

Toutefois, dans l'intervalle, une version 'light' du projet de loi a vu le jour, par le biais de la loi du 14 juillet 2011 modifiant la loi du 7 juillet 2002 contenant des règles relatives à la protection des témoins menacés et d'autres dispositions¹⁸.

Cette modification législative 'light' comporte quatre modifications :

- protection des services de police en charge des témoins protégés ;
- ajout d'une nouvelle mesure de protection normale, à savoir « l'inscription à une adresse de contact » ;
- ajout d'une nouvelle mesure de protection extraordinaire, à savoir « l'utilisation d'une identité temporaire de protection » ;
- une meilleure procédure pour le changement définitif de l'identité afin de dissimuler le lien entre la nouvelle et l'ancienne identité.

Néanmoins, cette nouvelle réglementation ne rencontre pas toutes les difficultés.

10) Problématique de l'anonymat des enquêteurs (repris depuis la publication du rapport 2008-2009)

Il est renvoyé à l'avis motivé circonstancié du Collège des procureurs généraux, préparé par le réseau d'expertise « Procédure pénale » et transmis au ministre de la Justice le 24 mars 2009 (réf. A.I.O.0/2009/mm), joint en annexe au rapport 2008-2009. Le ministre de la Justice de l'époque a approuvé la piste de réflexion tendant vers une initiative

¹⁸ M.B. du 1^{er} août 2011.

législative en ce sens, mais, à ce jour, plus aucune autre démarche n'a été entreprise dans ce cadre.

Lors des discussions relatives à la mise en œuvre de la jurisprudence Salduz de la CEDH, la police fédérale et la police locale ont, concernant la question portant sur l'enregistrement d'une audition de police (à des fins de contrôle), fait référence à ce rapport et au projet y formulé. Dans le cadre de certaines informations ou instructions judiciaires où la police est confrontée à de dangereux criminels (notamment association de malfaiteurs ou criminalité organisée), il peut être indiqué de ne pas filmer le fonctionnaire de police ou de le rendre non identifiable. Il faudra à nouveau attirer l'attention sur ce problème lors de la poursuite de la mise en œuvre de la jurisprudence Salduz. Il s'agit dès lors d'une matière qui présente un grand intérêt au niveau du fonctionnement des policiers confrontés à une criminalité très grave.

11) Législation relative aux méthodes particulières de recherche (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

Les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête sont principalement régies par la loi de principes du 6 janvier 2003 et la loi réparatrice du 27 décembre 2005.

Le 19 juillet 2007, un arrêt de la Cour constitutionnelle a annulé un certain nombre d'articles (possibilité d'utiliser les méthodes particulières de recherche dans le cadre de l'exécution des peines, autorisation donnée aux indicateurs de commettre des infractions, absence de pourvoi en cassation contre des arrêts de la chambre des mises en accusation relatifs au contrôle de légalité). Dans l'intervalle, seule une modification législative minimale est intervenue, notamment par la loi du 16 janvier 2009, se limitant au contrôle de légalité par la chambre des mises en accusation (composition de la chambre des mises en accusation, possibilité de pourvoi en cassation, contrôle de la demande du juge du fond).

Par l'intermédiaire du réseau d'expertise « Grand banditisme et terrorisme », le Collège des procureurs généraux a été impliqué dans l'élaboration d'un projet de loi, qui vise non seulement à répondre aux exigences de l'arrêt précité de la Cour constitutionnelle, mais qui apporte aussi un certain nombre d'adaptations ponctuelles à la suite de problèmes pratiques et juridiques constatés lors de l'application de la législation et qui, enfin, étend les possibilités existantes en permettant, par le biais d'une modification de l'article 88ter du Code d'instruction criminelle, la recherche en secret dans un système informatique.

Le Collège des procureurs généraux demande que le traitement de ce projet de loi soit relancé. En vue de compléter le projet existant, il estime qu'il convient d'ajouter, d'une part, l'incrimination de la divulgation de l'identité de l'agent infiltré (incrimination qui existe dans d'autres pays et produit un effet dissuasif) et, d'autre part, la possibilité d'une infiltration « light » sur Internet (ce qui implique que les services de police entrent en contact sur Internet, sous une identité fictive, avec des criminels, en poursuivant la même finalité qu'une infiltration, mais sans appliquer la lourde procédure de la loi MPR – articles 47octies et novies du Code d'instruction criminelle).

12) L'interception de communications ou de télécommunications privées à la demande d'une autorité étrangère et la transmission directe de conversations interceptées : modification de l'article 90ter, §§ 6 et 7, CIC (repris depuis la publication du rapport 2008-2009)

L'article 90ter, §§ 6 et 7, du Code d'instruction criminelle a été instauré par la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle et implique la transposition en droit belge de l'article 20 de la Convention européenne du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale. Cet article vise le cas dans lequel *un État membre intercepte les communications d'une personne* qui pénètre sur le territoire belge. Dans ce cas, l'aide technique des autorités belges n'est nullement requise. Un État membre peut intercepter cette personne s'il respecte les conditions prévues à l'article 90ter, §§ 6 et 7, CIC.

En cas de problèmes relatifs à la transmission directe de conversations *interceptées par la Belgique, à la demande de l'étranger*, l'adaptation de l'article 90ter, §§ 6 et 7, CIC n'apportera donc pas de solution.

Le cas de la transmission immédiate est régi par l'article 18 de la Convention européenne relative à l'entraide judiciaire en matière pénale.

Cet article prévoit deux situations :

- l'interception et la transmission **directe** et
- l'interception et la transmission **ultérieure**.

Lors des travaux parlementaires relatifs à la loi du 9 décembre 2004, la ministre de la Justice de l'époque avait fait valoir en premier lieu que, lorsque la Belgique doit intervenir techniquement, l'État membre requérant doit avoir recours à une commission rogatoire.

Dans une autre note, elle fait remarquer que l'article 18 se rapporte à la situation classique dans laquelle la personne dont les télécommunications doivent être interceptées se trouve dans l'État membre requis et où l'interception peut se faire sur ce territoire. L'État membre requis doit donner son accord sur l'interception de la télécommunication et sa transmission directe et l'État membre requis peut exiger que les conditions soient appliquées dans une affaire nationale similaire. Selon la ministre de la Justice, cet article ne nécessite donc pas de modification du droit belge en ce qui concerne les conditions de base des demandes d'interception, puisque la procédure belge pour l'interception de télécommunications sera entièrement appliquée. En effet, il est possible de subordonner l'interception aux conditions qui seraient respectées dans une affaire nationale similaire.

D'après la ministre de la Justice de l'époque, la transmission de télécommunications à l'État membre requérant serait donc possible en vertu des articles 90ter à 90decies du Code d'instruction criminelle. Cependant, d'autres parlementaires étaient d'avis que la transposition en droit belge de la convention n'avait été que partiellement effectuée et que la modification de l'article 90ter, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle s'impose pour rendre possible la transmission directe, puisque le droit belge ne stipule rien à ce sujet.

En ce qui concerne l'interception de télécommunications et l'application de la convention européenne, il peut être fait référence à la COL 15/2005 (circulaire commune de la ministre de la Justice et du Collège des procureurs généraux concernant la Convention européenne relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne).

La COL 15/2005 mentionne formellement au chapitre « Interception des télécommunications » que l'interception et la transmission **immédiate** ne sont pas

praticables actuellement en Belgique, que ce soit comme État membre requis ou comme État membre requérant.

Afin de créer davantage de sécurité juridique, il est absolument indiqué de transposer explicitement l'article 18 de la convention précitée dans la législation belge.

Le coordinateur principal du réseau d'expertise « Coopération internationale en matière pénale » a contacté le président de l'Association des juges d'instruction concernant les demandes d'entraide judiciaire adressées à la Belgique visant l'interception des télécommunications enregistrées et leur transmission à l'État requérant.

Étant donné qu'il s'agit principalement d'informations dans le cadre d'une instruction à l'étranger n'intéressant pas la Belgique, la question s'est posée de savoir si les autorités belges sont obligées de respecter le principe consistant à prendre elles-mêmes connaissance des informations provenant des conversations interceptées ou si elles doivent s'en tenir strictement aux dispositions de la loi interne, en particulier l'article 90quater CIC, § 3, al. 2 (rapport par écrit au moins tous les cinq jours au juge d'instruction) et § 1.5° (communiquer les nom et qualité de l'officier de police judiciaire commis pour l'exécution de la mesure).

Bien que l'article 90quater CIC ne laisse en réalité aucune marge, une procédure souple a tout de même été envisagée :

- le juge d'instruction saisi autorise l'interception et la transmission des télécommunications vers l'étranger sans qu'il n'en soit pris connaissance en Belgique (ce qui signifie d'ailleurs une sérieuse économie en termes de capacité policière pour la Belgique) ;
- outre le nom de l'OPJ belge, le juge d'instruction mentionne également les noms des fonctionnaires de police étrangers dans son ordonnance ;
- les agents de police étrangers écoutent l'enregistrement et transmettent un procès-verbal tous les trois jours à l'OPJ belge, qui le soumet à son tour au juge d'instruction dans les cinq jours.

Cependant, il a été admis que compte tenu du caractère strict de la réglementation légale, les juges d'instruction n'accepteraient pas une telle « souplesse », ce qui souligne la nécessité d'une modification législative.

13) Art. 88bis, § 1^{er}, CIC jcto art. 90ter CIC – Enquête auprès des télécoms après la disparition d'une personne majeure dépressive (repris depuis la publication du rapport 2009 – 2010)

▪ **Problématique**

En cas de disparition inquiétante, une enquête auprès des télécoms peut constituer un instrument utile. Pour localiser le téléphone portable de la personne disparue, il convient de faire appel au juge d'instruction (mini-instruction – article 88bis, § 1^{er}, CIC). En règle générale, il est procédé de la sorte à l'occasion d'une infraction d'enlèvement (en ce qui concerne les mineurs) ou de séquestration (en ce qui concerne les personnes majeures). En d'autres termes, le caractère inquiétant de la disparition permet (parfois, avec un peu de bonne volonté) de déterminer qu'il s'agit d'une de ces infractions. Les juges d'instruction acceptent généralement ces qualifications criminelles comme base juridique pour s'estimer compétents (enquête rétroactive).

En cas d'infraction énumérée dans la liste d'écoutes de l'article 90ter CIC et en cas de flagrant délit, le magistrat de parquet peut établir lui-même la réquisition de localisation, à condition que celle-ci soit confirmée dans les vingt-quatre heures par le juge d'instruction (art. 88bis, § 1^{er}, avant-dernier alinéa, CIC).

Quant aux disparitions inquiétantes de mineurs, le magistrat de parquet peut ainsi (par ex. la nuit ou le dimanche) établir lui-même la réquisition urgente relative à l'infraction d'enlèvement (de mineurs) (liste d'écoutes téléphoniques art. 90^{ter} CIC, n° 7^{bis} – référence aux articles 428 et 429 CP), confirmée par le juge d'instruction le lendemain. Cette procédure n'est pas applicable aux disparitions de personnes majeures, étant donné que l'infraction de séquestration n'est pas reprise dans la liste des écoutes téléphoniques.

La question qui est débattue dans le présent cas est de savoir si les procédures décrites dans le Code d'instruction criminelle relatives l'enquête auprès des télécoms sont appropriées au cas spécifique (récurrent) de la disparition d'une personne adulte, qui est considérée comme inquiétante parce que cette personne est très dépressive ou parce qu'elle a, avant son départ, déclaré elle-même à ses proches qu'elle allait mettre fin à ses jours.

▪ **La procédure décrite dans le Code d'instruction criminelle**

La localisation du téléphone de la personne majeure dépressive disparue doit s'effectuer par le biais de la mini-instruction. Cependant, la saisine du juge d'instruction est problématique, car la mention de l'infraction de « séquestration » sur la mini-réquisition est clairement fictive. Le procès-verbal initial stipule explicitement que la personne majeure est partie d'elle-même consciemment. Il n'existe donc pas la moindre indication qu'elle a été victime de cette infraction. *Stricto sensu*, le juge d'instruction ne peut pas s'estimer compétent pour de telles enquêtes qui ne se rapportent aucunement à un fait criminel. Prendre une réquisition en matière de télécommunications en dehors de tout contexte de politique criminelle dépasse le cadre des compétences du juge d'instruction. Une instruction judiciaire ne peut être menée que pour des infractions déjà révélées (effet rétroactif – cf. art. 55 CIC). La doctrine faisant autorité stipule que ce qui précède s'applique également à la mini-instruction, de sorte que le juge d'instruction ne pourra pas utiliser cette compétence si l'existence d'une infraction n'a pas encore été établie.

Cependant, absolument aucune autre procédure n'a été élaborée afin de permettre de prendre d'urgence des réquisitions en matière de téléphonie vis-à-vis des opérateurs en dehors de tout contexte criminel. Cette absence de procédure porte un grave préjudice à la légalité du recours à des réquisitions en matière de télécommunications dans ce cadre. Néanmoins, d'aucuns s'accordent à dire que de telles possibilités de recherche devraient pouvoir être utilisées dans l'intérêt de la préservation de l'intégrité physique de la personne disparue. Toutefois, dans l'état actuel de la législation, le risque existe toujours (bien que, sauf erreur, il ne se soit jamais produit) qu'une personne suicidaire qui n'a pas pu mettre (totalement) ses plans à exécution en raison du recours à l'enquête auprès des services de télécommunications, se retourne par la suite contre l'État belge au motif d'une atteinte inadmissible à sa vie privée.

▪ **Le recours à une procédure *sui generis* appliquée de facto**

Certains parquets ont parfois recours à une autre technique en vue d'obtenir les données des opérateurs de télécommunications. Le magistrat de parquet de garde prend lui-même une réquisition écrite *sui generis* de localisation du téléphone portable qui ne se réfère pas à un contexte de fait criminel quelconque, mais qui fait référence, d'une part, à la situation d'urgence dans laquelle la personne majeure disparue se trouve (l'état d'esprit dépressif suicidaire tel qu'il ressort du procès-verbal) et qui peut, à court terme, porter gravement atteinte à son intégrité physique personnelle (le caractère urgent de l'état d'esprit qui ressort du comportement et des déclarations juste avant la disparition) et, d'autre part, à l'obligation générale humaine et légale de prêter l'aide et l'assistance nécessaires à la personne en détresse, qui incombe également au magistrat de parquet, en renvoyant éventuellement au fait que l'absence d'intervention pourrait être interprétée comme une abstention coupable sanctionnée pénalement.

Bien que cette possibilité de réquisition ne soit décrite nulle part dans la loi, dans la pratique, les opérateurs téléphoniques communiquent sans problème les informations demandées. Cette procédure présente l'avantage supplémentaire que le magistrat de parquet ne doit pas faire appel au juge d'instruction pour accomplir les actes d'instruction nécessaires dans le dossier de disparition.

Cependant, cette pratique connaît les mêmes difficultés que la réquisition prise par le juge d'instruction en matière de télécommunications. Étant donné que dans les deux cas, l'on agit en réalité en l'absence de toute procédure légale en la matière, ces réquisitions de téléphonie n'impliquent en fait aucune violation au droit fondamental à la vie privée de la personne disparue. En d'autres termes, il s'agit d'un acte non autorisé qui pourrait déboucher ultérieurement sur des procédures en dommages-intérêts. Dans cette optique, l'argument de la situation d'urgence dans laquelle la prise de réquisitions en matière de télécommunications découle d'une évaluation des intérêts contradictoires mis en péril (vie privée *versus* intégrité physique), constitue peut-être encore le meilleur moyen de s'opposer à une telle procédure.

Toutefois, la procédure de réquisition qui a été développée dans la pratique en matière de télécommunications sur la base d'une situation d'urgence, en dehors de tout contexte criminel, renferme également une incohérence. Le policier qui acte la déclaration de disparition inquiétante est tout autant confronté à cette situation d'urgence. Rien ne justifie qu'il doive faire appel à un magistrat de parquet afin de pouvoir adresser une réquisition de téléphonie à l'opérateur et qu'il ne puisse pas interroger cet opérateur directement. Plus encore, étant donné que la réquisition est prise en dehors de tout contexte criminel, elle ne fait pas partie des missions de police judiciaire et ne relève donc en fait pas des compétences du magistrat de parquet. Autrement dit, le policier (qui est compétent tant en matière de police administrative qu'en matière de police judiciaire) n'a aucune raison de passer par l'intermédiaire d'un magistrat de parquet. Il le fait uniquement parce que cette procédure est la voie habituelle et connue dans le contexte criminel.

- **Point de vue du ministère public**

De lege ferenda, le mieux serait donc d'élaborer une réglementation légale qui octroie au service de police même la compétence de requérir directement et par écrit auprès de l'opérateur la localisation d'un téléphone portable dans les dossiers de disparition susmentionnés et ce, dans des circonstances bien déterminées.

- **P.S. : quid de la découverte d'une nouvelle infraction ?**

Une dernière question importante qui se pose est de déterminer la situation juridique lorsque la police, à la suite de la réquisition en matière de télécommunications (soit par le biais du juge d'instruction en vertu de l'article 88*bis* CIC, soit par le biais du magistrat de parquet sur la base d'une situation d'urgence) et des actes d'instruction subséquents, est finalement confrontée à une infraction, flagrante ou non. L'exemple type est celui de la personne suicidaire majeure retrouvée criblée de balles dans le dos.

Quelle que soit la procédure suivie, dans ce cas, un nouveau procès-verbal initial doit être établi. Dans les deux cas, la police est confrontée, dans le cadre d'une enquête en cours (respectivement une enquête pénale sur une « séquestration » (bien que fictive) et une recherche non criminelle d'une personne en détresse disparue effectuée par la police), à un nouveau fait criminel qui ne faisait pas partie du dossier initial. Le nouveau procès-verbal initial mentionne alors également les circonstances de l'enquête de départ (et renvoie aux procès-verbaux y afférents) qui ont mené à la découverte de la nouvelle infraction. Cette dernière est signalée sans délai au procureur du Roi qui donne en outre toutes les instructions utiles et prend toutes les réquisitions nécessaires.

La validité de la constatation de la nouvelle infraction est étroitement liée à celle de la procédure préalable de recherche de la personne disparue. Compte tenu de ce qui a été exposé ci-dessus, cette problématique souligne à nouveau l'importance de mener une réflexion approfondie sur une réglementation légale appropriée concernant les réquisitions en matière de télécommunications dans le cas de disparitions inquiétantes.

14) Art. 88bis CIC – enquête auprès des télécoms – difficultés d'interprétation en raison d'une formulation imprécise (repris depuis la publication du rapport 2009-2010)

En cas de flagrant crime ou délit, le procureur du Roi peut ordonner le repérage de télécommunications ou la localisation de l'origine ou de la destination de télécommunications pour les infractions qui peuvent donner lieu à une écoute (telles qu'énumérées à l'article 90ter, §§ 2, 3 et 4 du Code d'instruction criminelle).

Dans ce cas, la mesure doit être confirmée dans les 24h par le juge d'instruction

Toutefois, la terminologie utilisée (« confirmée ») est ambiguë:

- certains l'interprètent en estimant que la mesure ordonnée par le procureur du Roi est valable pour une durée maximale de 24h et que si ce dernier estime nécessaire de faire prolonger la mesure, il est tenu de faire ouvrir une instruction dans ce délai;
- d'autres estiment pour leur part qu'il faut effectuer une lecture littérale du texte et que le juge d'instruction est tenu de confirmer la décision du procureur du Roi dans les 24h, indépendamment de la durée de la mesure et même si celle-ci a déjà pris fin.

Il serait utile de clarifier ce problème, cette mesure étant très souvent utilisée dans le cadre de la recherche de personnes disparues. Il est tout à fait clair que si la mesure a été levée dans les 24 heures et que si une instruction judiciaire n'est pas nécessaire, plus aucune intervention d'un juge d'instruction ne s'impose. Celui-ci ne doit être requis que si la mesure doit être prolongée.

Dans ce cadre, il convient de souligner que le projet de loi contenant des dispositions diverses en matière de justice, approuvé par le conseil des ministres le 22 juin 2012, prévoit que le ministère public puisse ordonner une mesure d'écoute (article 90ter CIC) ou une analyse des communications téléphoniques (article 88bis CIC) « tant que dure la situation de flagrant délit ».

15) Article 112ter du Code d'instruction criminelle relatif à l'enregistrement audiovisuel de l'audition (repris depuis la publication du rapport 2007-2008)

L'article 112ter CIC dispose que le procureur du Roi ou le juge d'instruction peut ordonner l'enregistrement audiovisuel de l'audition. L'audition enregistrée est le plus souvent effectuée par un fonctionnaire de police nominativement désigné, conformément à l'article 112, § 2, CIC.

L'article 112ter, § 4, CIC disposait qu'il est procédé à la retranscription intégrale et littérale de l'audition à la demande du juge d'instruction, du procureur du Roi, de la personne entendue ou des parties au procès. Cette disposition n'était plus adaptée à l'évolution technologique, puisqu'il est possible de montrer un enregistrement de l'audition. Une retranscription intégrale et littérale de pareille audition nécessite, en outre, un investissement disproportionné en moyens matériels et en personnel et ceci ne se justifie plus à l'heure actuelle, d'autant que l'audition proprement dite peut être mise à disposition.

Cette matière a fait l'objet de discussions au sein du réseau d'expertise « Procédure pénale » du Collège des procureurs généraux dans le cadre de l'étude d'un avant-projet concernant le droit de consultation et de lever copie du dossier. Le SPF Justice et la cellule stratégique du ministre de la Justice ont participé à ces travaux.

La loi du 30 décembre 2009 portant des dispositions diverses en matière de Justice (II)¹⁹ a repris une réglementation à ce sujet, qui ne remédie toutefois pas entièrement au problème posé. En effet, l'actuel article 112ter, § 4, CIC prévoit qu'il est procédé, à la demande du juge d'instruction, du procureur du Roi, de la personne entendue ou des parties au procès, à la retranscription intégrale et littérale des parties additionnelles de l'audition qu'ils désignent.

La limitation de la retranscription aux « parties additionnelles » ne semble pas de nature à remédier au problème signalé. Il convient tout au moins de partir du postulat que le magistrat décide de demander la retranscription littérale, intégrale ou même partielle et qu'il devrait, par conséquent, également pouvoir décider que la mise à disposition de l'enregistrement sur un support adéquat suffit en soi et offre une garantie suffisante.

Il convient de faire remarquer que la circulaire COL 8/2011 du Collège des procureurs généraux relative à l'organisation de l'assistance d'un avocat dès la première audition recommande l'enregistrement audiovisuel comme moyen de contrôle.²⁰

Étant donné que cette matière n'est pas régie par la loi du 13 août 2011 et que l'article 112ter CIC ne vise pas cette nouvelle situation, elle fera l'objet de directives ultérieures et sera reprise dans le rapport de suivi législatif. En effet, l'application des dispositions concernant la retranscription intégrale et littérale de l'audition causerait une surcharge de travail intenable sans fournir de plus-value.

16) Loi du 12 février 2003 relative au défaut et à l'opposition en matière pénale (repris depuis la publication du rapport 2007-2008)

La loi du 12 février 2003 a engendré diverses interprétations contraires. Il est donc nécessaire de redéfinir la notion de défaut.

Il faut à tout le moins modifier la loi pour que naisse à nouveau la sécurité juridique au sujet de cet aspect fondamental de la procédure pénale.

Avant, les dispositions du Code d'instruction criminelle engendraient des difficultés dans le cadre de la procédure d'extradition. Dans ce contexte, il peut être renvoyé à l'arrêt que la Cour européenne des droits de l'homme du 24 mai 2007 a rendu dans le cadre de l'affaire DA LUZ DOMINGUES FERREIRA c/la Belgique. La CEDH a constaté la contradiction avec l'article 6, § 1^{er}, du TEDH. La Cour d'appel de Liège avait refusé d'accepter l'opposition du requérant en se basant sur le fait que le premier défaut invoqué ne correspondait pas aux prescriptions légales et que le deuxième défaut avait été introduit en dehors du délai, nonobstant le fait que le requérant avait signalé qu'il souhaitait se défendre devant le juge du fond.

À la suite de cet arrêt, il convenait de réexaminer la procédure réglant le défaut et les droits du condamné – séjournant en détention ou non, en Belgique ou à l'étranger – lors de la signification d'une décision judiciaire. En outre, le droit de connaître les formes et délais à respecter afin d'invoquer un moyen de recours, devait être formalisé.

¹⁹ M.B. 15 janvier 2010.

²⁰ COL 8/2011, p 62.

Le Collège des procureurs généraux a formulé un avis concernant la protection des droits des condamnés par défaut à l'attention du ministre de la Justice. Cet avis traite également du projet de décision-cadre du Conseil de l'Europe relative à l'exécution des jugements par défaut.

Cet avis contient également un avant-projet de modification de l'article 187, deuxième alinéa, du Code d'instruction criminelle. Cet avant-projet a été élaboré au sein du réseau d'expertise « Procédure pénale » du Collège des procureurs généraux en collaboration avec le SPF Justice et a été transmis à la cellule stratégique du ministre de la Justice. Le Collège des procureurs généraux a également diffusé une directive relative à la notification de ses droits à une personne condamnée par défaut détenue ou non au sein du Royaume ou à l'étranger. L'avis précité a donné lieu à une modification de la loi (à cet égard, il peut être fait référence à la solution insérée à l'article 7 de la loi du 30.12.2009 portant des mesures diverses en matière de Justice 52 K 2161 (II)).

La redéfinition de la notion de défaut et du jugement réputé avoir été rendu contradictoirement s'avère à présent nécessaire.

17) Vidéoconférence dans le cadre de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, aux procédures d'extradition et à l'exécution des peines (repris depuis la publication du rapport 2008-2009)

Comme indiqué dans le précédent rapport annuel, les vidéoconférences pourraient avoir une plus-value considérable dans le fonctionnement du ministère public.

L'utilisation effective exige cependant, comme condition préalable, qu'à cette fin, le cadre législatif nécessaire soit constitué.

Ce cadre devra prévoir des règles sur le plan de l'information, de l'examen au fond et de l'exécution des peines.

Le ministère public a collaboré activement dans la préparation de ces travaux. C'est ainsi que le substitut Bart de Smet (parquet d'Anvers) a formulé une proposition de projet de loi détaillée, proposant des adaptations législatives concrètes.

Ce projet a été transmis au ministre de la Justice le 14 septembre 2010.

18) L'article 8 du décret des 19-22 juillet 1791 relatif à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle – Privation de liberté et possibilités de pénétrer dans le domicile privé en vue d'arrêter l'inculpé ou la personne condamnée (repris depuis la publication du rapport 2009-2010)

Le Comité permanent P s'est informé auprès du Collège des procureurs généraux « *sur les compétences et les possibilités des services de police en matière d'exécution d'une ordonnance de capture, d'une ordonnance de prise de corps, d'un mandat d'amener ou d'un mandat d'arrêt* »²¹.

Plus précisément, il a été demandé si, sur la base de ces titres de privation de liberté, il est possible de pénétrer dans un domicile ou un autre lieu en vue d'arrêter le suspect ou la personne condamnée. À cet égard, la question s'est en l'occurrence posée de savoir s'il convenait d'opérer une distinction entre la pénétration du domicile de l'intéressé et celle de l'habitation d'un tiers (où l'intéressé se cache ou a trouvé refuge).

²¹ Référence du Collège : A.I.O/1678/2007/fb.

Le réseau d'expertise « Procédure pénale » a rédigé une note au sujet de cette problématique (« point de vue du Collège des procureurs généraux » – diffusé par le biais de la COL 11/2011²²).

Deux principes constitutionnels sont à cet égard pertinents : le principe d'inviolabilité du domicile (article 15 de la constitution et ses exceptions légales autorisant notamment la perquisition) et le principe d'exécution des décisions judiciaires par le pouvoir exécutif (article 40 de la constitution).

Le principe d'exécution des décisions judiciaires constitue certainement une dérogation au principe d'inviolabilité du domicile dans la mesure où il serait incohérent d'articuler ces deux principes dans un sens permettant à quiconque, par le recours à la protection du domicile, de faire obstacle à l'exécution des décisions judiciaires. La formule exécutoire déterminée par l'arrêté royal du 17 mai 1971, tel que modifié par l'arrêté royal du 9 août 1993, ne laisse aucun doute sur le fait que l'exécution des décisions judiciaires, pénales ou civiles, doit être mise en œuvre avec le concours des huissiers de justice, mais aussi du ministère public et de la force publique.

Il n'en reste pas moins que les limites précises de ces deux principes, dans leur articulation, ne sont pas suffisamment définies.

À cet égard, l'article 8 du décret des 19-22 juillet 1791 relatif à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle, qui serait encore en vigueur^{23 24}, dispose ce qui suit :

« Nul officier municipal, commissaire ou officier de police municipale, ne pourra entrer dans les maisons des citoyens, si ce n'est pour ... la vérification des registres des logeurs ; pour l'exécution des lois sur les contributions directes, ou en vertu des ordonnances, contraintes et jugements dont ils seront porteurs, ou enfin sur le cri des citoyens invoquant de l'intérieur d'une maison le secours de la force publique. »

Cette disposition est vétuste, et ne permet pas de rencontrer toutes les difficultés inhérentes à la mise en œuvre conjuguée des principes constitutionnels évoqués ci-avant.

Des dispositions législatives actualisées, spécifiquement axées sur la pénétration du domicile aux fins d'exécution de certaines formes de privation de liberté font défaut.

Le fait que d'éventuelles possibilités de pénétrer dans le domicile sur la base de certains titres de privation de liberté ne sont pas suffisamment précisées dans la réglementation cause une insécurité juridique. La constatation selon laquelle les services de police doutent de leurs possibilités et de leurs compétences dans ce cadre fait apparaître clairement cette insécurité.

Il semble indiqué de prévoir dans la loi quels titres de privation de liberté permettent de pénétrer dans le domicile privé (de la personne concernée ou d'un tiers), d'une part, et de fixer les conditions légales à cet effet, d'autre part.

²² Cf. www.om-mp.be.

²³ *Doc. parl.*, Sénat, session 2001-2002, n° 2-1096/1 ; *Doc. parl.*, Chambre, session 2001-2002, n° 1638/001 ; R. VERSTRAETE, *Handboek strafvordering*, Anvers, Maklu, 2007, p. 290 ; concernant les articles 9 et 10, voyez H.-D. BOSLY et D. VERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Bruges, Die Keure, 2003, p. 396.

²⁴ Ce principe est également abordé dans la circulaire R. n° 21/65 du parquet général de Gand du 22 mars 1965.

19) Modification de l'article 210 CIC : suppression de l'exigence formelle du rapport en degré d'appel (loi du 28 décembre 1990, M.B. du 29 décembre 1990) (repris depuis la publication du rapport 2009-2010)

▪ **Difficultés**

À la suite de la modification législative susmentionnée, le rapport par un conseiller des chambres correctionnelles des cours d'appel a été supprimé.

Ce rapport concerne, bien entendu, un aperçu objectif succinct des faits encore pendants et des points posant problème sur le plan juridique.

Cette procédure permettait d'entrer directement dans le vif du sujet et permettait à la cour de poser des questions ciblées aux parties et partant, de circonscrire les débats et de les limiter dans le temps.

En effet, au moins un conseiller avait pris préalablement connaissance du dossier et des points de vue des parties en première instance.

Dans la pratique, cette suppression a toutefois une incidence négative sur le règlement d'affaires pénales en degré d'appel.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Le ministère public constate que dans de nombreux cas, l'assertivité de la cour a disparu.

Certaines chambres ne prennent plus préalablement connaissance du dossier, ce qui entraîne logiquement les conséquences suivantes :

- une hausse des débats ;
- une hausse des arrêts interlocutoires avec réouverture des débats.

Dans certains cas, le manque de connaissance du dossier va tellement loin que la cour ne sait plus qu'elle a elle-même ordonné l'audition d'un témoin.

Lorsque le témoin comparaît alors à l'audience, la cour doit se retirer pour examiner le dossier puisque les magistrats ne savent manifestement pas quelles questions ils doivent poser au témoin qu'ils ont eux-mêmes fait convoquer.

Des situations de ce genre ternissent l'image de la Justice. Elles ont également pour conséquence que plus de la moitié de l'audience est perdue, parce qu'il est nécessaire de se retirer longuement en chambre du conseil pour effectuer ce qui devait l'être avant, à savoir prendre connaissance du dossier.

Un autre exemple navrant est le fait de constater à l'audience qu'il n'est pas possible de siéger dans le cadre d'une affaire en raison d'incompatibilités, alors qu'une simple lecture ou un contrôle du dossier auraient pu révéler ce problème.

En résumé, le ministère public demande la réintroduction du rapport (ce qui suppose une lecture préalable obligatoire), afin de mettre un terme à l'arriéré non fondé croissant dans le traitement d'affaires pénales et de respecter les délais de traitement.

20) Article 596 du Code d'instruction criminelle (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ **Difficultés**

Auparavant, la délivrance d'extraits de casier judiciaire se faisait sur la base de circulaires du ministre de la Justice. La circulaire n°95 du 2 février 2007 a toutefois été annulée par l'arrêt du Conseil d'État n°189.761 du 26 janvier 2009. Les circulaires précédentes du 1^{er} juillet 2002 et du 3 avril 2003 ont également été annulées par l'arrêt n°166.331 du 22 décembre 2006 du Conseil d'État qui a effectivement estimé que le ministre de la Justice ne jouissait d'aucune habilitation constitutionnelle ou légale en vue d'organiser, par le biais d'une circulaire, un régime réglementaire permettant la délivrance d'extraits de casier judiciaire.

La loi du 31 juillet 2009 portant diverses dispositions concernant le Casier judiciaire central, entrée en vigueur avec effet rétroactif le 30 juin 2009, a fixé l'entrée en vigueur des articles 595 et 596 CIC, insérés par la loi du 8 août 1997 relative au Casier judiciaire central, et ces derniers ont également été modifiés.

Par son arrêt n°1/2011 du 13 janvier 2011 (*M.B.* du 15 mars 2011, première édition), la Cour constitutionnelle a annulé, en partie, le texte de l'article 596, alinéa 2. Par conséquent, l'interdiction de contact avec des mineurs, imposée en tant que mesure LSC par le juge d'instruction ou par une juridiction d'instruction en vertu de l'article 36 de la loi relative à la détention préventive, peut encore uniquement figurer sur les extraits de casier judiciaire délivrés à des particuliers qui souhaitent exercer une activité impliquant un contact avec des mineurs (l'ancien modèle 2), aussi longtemps que cette mesure LSC est encore effectivement en vigueur.

Les nouvelles instructions, transmises par le directeur du Casier judiciaire central aux administrations communales, concernant la délivrance d'extraits de casier judiciaire à des particuliers, permettent d'appliquer ces nouvelles règles à la lettre.

L'ancien modèle 2 a fait place au modèle 3 et les administrations communales ne peuvent encore uniquement y mentionner les décisions judiciaires prévues à l'article 596 CIC. Un avis du chef de corps de la police locale fourni au bourgmestre quant à l'opportunité de la délivrance du modèle 3 au particulier concerné n'est également plus prévu. La police ne doit plus être contactée que pour vérifier s'il n'existe pas de mesure LSC en cours prévoyant une interdiction de contact avec des mineurs. Les autres informations dont dispose la police (e.a. sur la base de la consultation de la BNG) ne peuvent plus être utilisées. Le bourgmestre semble également dépourvu de tout pouvoir d'appréciation en ce qui concerne la délivrance ou non d'un modèle 3 au particulier qui en a fait la demande.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Il convient de créer une base légale permettant au ministère public de s'opposer à la délivrance d'un extrait « favorable » de casier judiciaire « modèle 3 », chaque fois qu'il dispose d'informations au sujet d'enquêtes criminelles clôturées ou en cours desquelles ressortent de sérieuses objections à ce que le requérant exerce l'activité souhaitée. En effet, l'on ne peut partir du principe que le casier judiciaire central donne une image complète du passé judiciaire d'une personne.

Ainsi, un individu qui, par exemple, s'est rendu coupable de faits de mœurs (graves) avec ou à l'égard de mineurs, peut encore avoir un casier judiciaire vierge parce que, par exemple :

- l'enquête criminelle a été clôturée par une EAPS, une médiation pénale ou une probation prétorienne ;
- l'enquête criminelle est encore en cours sans qu'aucune mesure LSC ne soit

- (déjà) d'application ;
- l'enquête criminelle a été clôturée, mais n'a pas encore conduit à une décision judiciaire coulée en force de chose jugée.

Particulièrement lorsque aucun doute n'existe sur les faits commis ou lorsqu'il se trouve en présence d'indices au moins très sérieux de culpabilité, le ministère public devrait pouvoir avoir recours à ces informations, soit pour s'opposer à la délivrance d'un extrait modèle 3 par l'administration communale, soit pour rendre un avis négatif à l'administration communale sur la délivrance d'un extrait modèle 3.

Il est vrai qu'en droit pénal, toute personne inculpée est présumée innocente jusqu'à preuve du contraire. Cependant, d'un point de vue préventif, organisationnel et administratif, l'on ne peut tolérer que l'autorité qui a connaissance de charges, prenne (ou doive prendre) le risque (injustifié) de délivrer un extrait « favorable » de casier judiciaire modèle 3, sachant que cette décision pourrait mettre en danger des mineurs. Si l'intéressé venait toutefois à faire de nouvelles victimes dans l'exercice de sa nouvelle activité, absolument aucune autorité ne pourrait se justifier en aucune manière à l'égard de l'opinion publique.

Certes, il peut être admis que la simple présence d'informations négatives dans la BNG ne constitue pas de critère décisif pour que l'autorité administrative refuse la délivrance d'un extrait « favorable » de casier judiciaire modèle 3. L'exactitude des informations de la BNG doit être examinée à la lumière des données de l'ensemble du dossier pénal, par au moins une instance judiciaire.

Il me semble que le ministère public est l'instance la plus qualifiée à cet effet. Une possibilité de recours devant le tribunal de première instance peut éventuellement être prévue par la loi, à l'instar de la procédure actuelle, lorsque l'officier de l'état civil refuse, sur avis du ministère public, de célébrer un mariage au motif qu'il existe des présomptions sérieuses de mariage de complaisance.

Cf. :

- une copie des nouvelles instructions du directeur du Casier judiciaire central concernant la délivrance d'extraits de casier judiciaire à des particuliers par les administrations communales (jointe en annexe au présent rapport de suivi législatif 2010-2011).

21) Article 216ter, § 1^{er}, 2^o, CIC : médiation pénale (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ **Difficultés**

a) L'auteur doit invoquer lui-même une assuétude aux stupéfiants

L'actuel article 216ter, § 1^{er}, 2^o, CIC dispose que lorsque l'auteur de l'infraction invoque la circonstance d'une maladie ou d'une assuétude à l'alcool ou aux stupéfiants, le procureur du Roi peut l'inviter à suivre un traitement médical ou tout autre thérapie adéquate.

Toutefois, un auteur n'a pas toujours une compréhension suffisante de son problème ou ne le reconnaît pas, alors qu'il ressort souvent des données du dossier qu'il existe une assuétude aux stupéfiants sous-jacente.

Parfois, un auteur invoque également un problème de drogue fictif dans l'espoir de se soustraire à la sanction.

En cas de doute sur l'éventuelle existence d'une assuétude aux stupéfiants et sur les possibilités de traitement ou d'accompagnement, un diagnostic devrait pouvoir être établi. Actuellement, la loi ne prévoit aucun système à cet effet.

b) Un délai de traitement ne pouvant excéder six mois a été prévu

L'article 216^{ter}, § 1^{er}, 2^o, CIC stipule que le procureur du Roi peut inviter l'auteur à suivre un traitement médical ou tout autre thérapie adéquate et à en fournir périodiquement la preuve durant un délai qui ne peut excéder six mois. En ce qui concerne certaines formes d'assuétude, le délai du traitement de six mois est trop court. En outre, un traitement ne peut souvent être entamé immédiatement après la conclusion de l'accord dans le cadre d'une médiation pénale, ce qui, en réalité, réduit encore davantage la durée du traitement (restante).

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

- a) La condition selon laquelle l'auteur doit invoquer lui-même son assuétude aux stupéfiants doit être supprimée et il conviendrait de prévoir la possibilité de faire poser un diagnostic dans les cas douteux.
- b) Le délai de six mois doit être porté à un an.

22) Article 3bis du Titre préliminaire du Code de procédure pénale (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ **Difficultés**

Au cours de ses travaux consacrés à la rédaction d'une nouvelle circulaire COL relative à l'accueil des victimes au sein des parquets et des tribunaux, le réseau d'expertise « Politique en faveur des victimes » a examiné la question de savoir si l'assistant de justice chargé de l'accueil des victimes visé à l'article 3bis du Titre préliminaire du Code de procédure pénale peut être présent aux côtés de la victime lors des audiences tenues à huis clos.

Il apparaissait en effet que les pratiques divergeaient sensiblement d'un arrondissement à l'autre.

Les cas de figure suivants ont été relevés.

- a) Certains présidents considèrent que la présence de l'assistant de justice n'étant pas explicitement prévue dans un texte légal, la procédure serait irrégulière si un assistant de justice assistait aux audiences tenues à huis clos.
- b) D'autres estiment que pour autant que l'accord des parties soit acté, rien ne s'opposerait à la présence de l'assistant de justice.
- c) D'autres encore établissent une différence entre l'hypothèse du huis clos qualifié de « légal » car prévu par une disposition légale – c'est le cas pour les audiences des juridictions d'instruction – et le huis clos ordonné par le président de la juridiction de jugement. Selon eux, en cas de huis clos « légal », la présence de l'assistant de justice serait illégale, ce qui ne serait pas le cas lorsqu'il s'agit d'un huis clos ordonné par le président. Certains formulent également des réserves dans l'hypothèse où le huis clos serait décidé à la demande de la défense du prévenu.
- d) Pour les autres enfin, que le huis clos soit « légal » ou qu'il soit ordonné par le président, rien ne s'oppose à la présence de l'assistant de justice car son existence et sa mission sont prévus à l'article 3bis du Titre préliminaire du Code de procédure pénale.

Celui-ci dispose en effet que « les victimes d'infractions et leurs proches doivent être traitées de façon correcte et consciencieuse, en particulier en leur fournissant l'information nécessaire, et en les mettant, s'il échet, en contact avec les services spécialisés et, notamment, avec les assistants de justice ». L'alinéa 3 du même article précise en outre que « sont assistants de justice les membres du personnel du Service des maisons de justice du ministère de la Justice qui prêtent assistance aux magistrats compétents dans la guidance des personnes engagées dans des procédures judiciaires ».

Au terme d'une analyse juridique de la question, le réseau d'expertise a considéré que rien ne s'oppose à la présence d'un assistant de justice, si la victime souhaite bénéficier de sa présence à ses côtés, qu'il s'agisse d'un huis clos ordonné par le président de la juridiction ou d'un huis clos imposé par la loi.

L'assistant de justice remplit une mission explicitement prévue par la loi, en l'espèce dans l'article 3*bis* du Titre préliminaire du Code de procédure pénale (voir ci-dessus). Cette disposition constitue le fondement des différentes interventions des assistants de justice (soutien lors du dernier hommage au défunt, assistance lors de la consultation du dossier répressif ou de la restitution de pièces à conviction, etc.).

Le soutien de la victime lors de l'audience constitue également une des missions essentielles des assistants de justice.

Considérer que l'assistant de justice ne pourrait assister aux audiences tenues à huis clos reviendrait à les empêcher de contribuer au traitement correct et consciencieux auquel peut prétendre la victime d'infraction, à un moment souvent très lourd émotionnellement - c'est souvent le premier contact direct de la victime avec l'auteur présumé de l'infraction - et alors que la victime ne peut être accompagnée d'un proche ou d'une autre personne de confiance, hormis son avocat.

C'est la raison pour laquelle le réseau d'expertise a inscrit le texte suivant dans le projet de circulaire commune du ministre de la Justice et du Collège des procureurs généraux relative à l'accueil des victimes au sein des parquets et des tribunaux :

« En sa qualité de collaborateur de justice, l'assistant de justice, peut également assister la victime lors des audiences se tenant à huis clos, qu'il s'agisse des audiences de la chambre du conseil ou de la chambre des mises en accusation lors du règlement de la procédure ou des audiences à huis clos devant la juridiction de jugement. »

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Le point de vue développé par le réseau d'expertise « Accueil des victimes » n'étant manifestement pas encore suivi dans tous les arrondissements et une circulaire de politique criminelle ne s'imposant pas aux magistrats du siège, il apparaît opportun, afin d'assurer la sécurité juridique et un traitement uniforme de toutes les victimes d'infractions, de prévoir explicitement dans la loi que les assistants de justice assistent les victimes lors des audiences publiques ou à huis clos.

C'est dans l'article 3*bis* du Titre préliminaire qu'il y aurait lieu d'apporter cette précision.

Le texte suivant est proposé (texte nouveau en italique) :

Article 3*bis* du Titre préliminaire du Code de procédure pénale

« Les victimes d'infractions et leurs proches doivent être traitées de façon correcte et consciencieuse, en particulier en leur fournissant l'information nécessaire, et en les mettant, s'il échet, en contact avec les services spécialisés et notamment avec les assistants de justice.

Les victimes reçoivent notamment les informations utiles sur les modalités de constitution de partie civile et de déclaration de personne lésée.

Sont assistants de justice, les membres du personnel des maisons de justice du ministère de la justice qui prêtent assistance aux magistrats compétents dans la guidance des personnes engagées dans des procédures judiciaires.

Les assistants de justice peuvent assister les victimes et leurs proches notamment lors des audiences publiques et à huis clos, des juridictions de jugement et des juridictions d'instruction.

... ».

23) Loi du 25 juillet 1893 relative aux déclarations d'appel ou de recours en cassation des personnes détenues ou internées et arrêté royal n° 236 du 20 janvier 1936 simplifiant certaines formes de la procédure pénale à l'égard des détenus (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ **La loi**

La loi du 25 juillet 1893 relative aux déclarations d'appel ou de recours en cassation des personnes détenues ou internées et l'arrêté royal n° 236 du 20 janvier 1936 simplifiant certaines formes de la procédure pénale à l'égard des détenus prévoient uniquement les possibilités de former opposition aux condamnations pénales prononcées par les cours d'appel, les tribunaux correctionnels et les tribunaux de police, d'une part, et de faire des déclarations d'appel ou de recours en cassation aux directeurs des établissements pénitentiaires ou à leurs délégués, d'autre part.

▪ **Difficultés**

Ces restrictions avaient déjà été mises en exergue à la suite de l'entrée en vigueur des articles 28sexies, 61ter, 61quater et 61quinquies du Code d'instruction criminelle le 2 octobre 1998. Les ordonnances du juge d'instruction et les décisions du procureur du Roi ne constituent pas de véritables condamnations. La même observation vaut également pour les articles 28octies et 61sexies relatifs à l'aliénation des avoirs, insérés ultérieurement.

▪ **Point de vue du ministère public**

Dans le cadre des discussions visant à abroger l'article 31 de la loi du 7 février 2003 et à insérer un article 65bis dans la loi sur la police de la circulation routière, il a été envisagé de prévoir une disposition de ce genre également dans cet article 65bis, afin de permettre au contrevenant présumé de former aussi opposition lorsqu'il est en détention (toutefois en raison d'autres infractions) et qu'il n'est pas détenteur de la somme nécessaire pour couvrir les frais d'un acte d'huissier.

Étant donné que peuvent encore se produire d'autres circonstances dans lesquelles une personne détenue (en raison d'autres infractions ou non) souhaite introduire un recours quelconque et ne possède pas la somme nécessaire pour couvrir les frais d'un acte d'huissier, il semble plus indiqué de modifier cette loi et cet arrêté royal numéroté.

A.1.3. Exécution des peines

1) **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** (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ **Difficultés**

- a) La libération conditionnelle est accordée sur avis du directeur (article 50). L'article 59 dispose qu'à titre exceptionnel, une modalité d'exécution de la peine autre que celle demandée peut être accordée. À l'audience, il s'avère régulièrement que, dans un esprit de progressivité, la surveillance électronique et la détention limitée, par exemple, sont plus indiquées, mais la loi limite ces deux mesures à un délai deux mois qui ne peut être prolongé qu'une seule fois.
- b) L'article 37 (repris à l'article 53) stipule que le juge de l'application des peines peut remettre une seule fois l'examen de l'affaire à une audience ultérieure, sans que cette audience puisse avoir lieu plus de deux mois après la remise.
- c) L'article 70 limite la faculté d'ordonner l'arrestation provisoire au procureur du Roi près le tribunal dans le ressort duquel le condamné se trouve.

Or, c'est le ministère public près le tribunal de l'application des peines qui est le mieux placé, compte tenu des principes de proportionnalité et de subsidiarité, pour estimer si un mandat d'arrêt provisoire est opportun.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

- a) Il appartient au tribunal de l'application des peines de déterminer la durée de l'autre modalité. Toutefois, la loi pourrait imposer une évaluation du déroulement de l'autre modalité tous les deux mois, mais le tribunal ne doit pas être contraint de prendre une décision dans ce délai.
- b) Dans la pratique, il s'avère souvent difficile de limiter le sursis à deux mois au maximum. Différents facteurs expliquent la nécessité de prolonger un sursis ou de requérir un sursis plus d'une fois.
- c) L'article 70 devrait être modifié comme suit :

« Dans les cas pouvant donner lieu à la révocation conformément à l'article 64, **le ministère public près le tribunal de l'application des peines** ou le procureur du Roi près le tribunal dans le ressort duquel le condamné se trouve, peut ordonner l'arrestation provisoire de celui-ci, ... ».

Il convient de prévoir tant le ministère public que le procureur du Roi, de sorte qu'en l'absence du ministère public près le tribunal de l'application des peines, une décision peut être prise également durant le week-end ou les jours fériés.

2) Forum national de concertation « Tribunaux de l'application des peines » (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ *Dispositions légales*

Arrêté royal portant mise en vigueur et exécution des articles 98/1 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 et 120, alinéa 1^{er}, de la loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental

▪ *Difficultés*

L'article 2 de l'arrêté royal susmentionné prévoit les mandataires suivants au sein de la structure de concertation fédérale :

La structure de concertation fédérale est présidée par un magistrat, effectif, émérite ou honoraire, désigné par le ministre de la Justice, en alternance parmi la magistrature assise et la magistrature debout, pour une période de deux ans.

La structure de concertation se compose en outre :

- des premiers présidents des cours d'appel ou de leur représentant respectif ;
- des présidents des tribunaux de l'application des peines ou de leurs représentant respectif ;
- du procureur général qui s'est vu confier les tâches spécifiques liées au suivi de l'exécution de la peine ou de son représentant ;
- du directeur général de la direction générale des Maisons de justice ou de son représentant ;
- du directeur général de la direction générale des Établissements pénitentiaires ou de son représentant ;
- du directeur général de la direction générale de l'Organisation judiciaire ou de son représentant;
- des collaborateurs suivants de la direction générale des Maisons de Justice :
- des directeurs de la direction régionale "Nord" et de la direction régionale "Sud" ou de leur représentant respectif ;
- du conseiller de la cellule Conception et Soutien à la politique ou de son représentant ;
- des collaborateurs suivants de la direction générale des Établissements pénitentiaires :
- des directeurs de la direction régionale "Nord" et de la direction régionale "Sud" ou de leur représentant respectif ;
- du conseiller de la cellule Conception et Soutien à la politique ou de son représentant.

Le ministère public n'a pas été prévu au sein de la structure de concertation fédérale, alors que les présidents des tribunaux de l'application des peines y siègent.

Cette opinion est en tout cas également partagée par les présidents des tribunaux de l'application des peines à Anvers.

Toutefois, bien qu'il ne siège pas dans la structure de concertation fédérale, le ministère public près le tribunal de l'application des peines a tout de même été invité à la présider (cf. lettre du 28 mars 2011 adressée par le ministre de la Justice au président du Collège des procureurs généraux – réf. ROJ 211/DS/Com. 249 A).

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Le ministère public près le tribunal de l'application des peines doit également siéger dans la structure de concertation fédérale.

A.1.4. Loi sur la fonction de police – législation spéciale en matière de police

1) Loi sur la fonction de police du 5 août 1992 – Zone d'exclusion judiciaire
(repris depuis la publication du rapport 2008-2009)

▪ **Difficultés**

En cas de descente sur les lieux de faits significatifs, tant les juges d'instruction et les magistrats de parquet que les services de police et les autorités administratives devraient intervenir de manière uniforme.

▪ **Résumé du point de vue du ministère public**

Diverses zones d'exclusion peuvent être nécessaires.

La **zone de dissuasion** se définit comme l'espace contrôlé par les services de police dans le but de dissuader à bonne distance toute pénétration inopportune vers les lieux du délit (tourisme de la scène du crime, journalistes, population locale, circulation, etc.).

Cette zone ne sera créée qu'exceptionnellement, en fonction des nécessités : configuration et nature des lieux (ouverts, etc.), affluence, nécessité d'un plan de circulation, etc.

Elle sera délimitée par un périmètre de dissuasion matérialisé notamment par des postes de contrôles à hauteur des accès, des barrières NADAR, etc.

La **zone d'isolation** s'entend comme l'espace contenu dans la zone de dissuasion (si celle-ci est créée), contrôlé par les services de police et dont la pénétration, accordée sur décision du responsable de la descente sur les lieux, n'est autorisée qu'aux personnes indispensables à l'accomplissement des diverses activités judiciaires ou connexes.

Cette zone d'isolation est délimitée par un périmètre d'isolation, matérialisé si nécessaire par un ruban de police. Il est occupé par un ou plusieurs fonctionnaires de police qui en contrôlent les accès conformément aux directives du responsable de la descente sur les lieux. Ces fonctionnaires consignent le nom des personnes autorisées à pénétrer dans cette zone.

En cas de descente sur les lieux de faits significatifs, il est impératif que les fonctionnaires de police, les magistrats, les magistrats d'instruction et les autorités administratives s'en tiennent à un **périmètre d'exclusion judiciaire**.

Le périmètre d'exclusion judiciaire se définit comme l'espace, inclus dans la zone d'isolation, nécessaire pour assurer la gestion de la descente sur les lieux et principalement l'exécution des tâches de police technique et scientifique.

Elle est matérialisée par un périmètre d'exclusion judiciaire.

L'accès au périmètre d'exclusion judiciaire est autorisé ou non par le responsable de la descente sur les lieux en concertation avec le responsable de la police scientifique et technique en fonction de l'évolution de l'enquête. En fait, seules les personnes habilitées à en connaître peuvent accéder, au moment jugé opportun par le responsable de la

descente sur les lieux, au périmètre d'exclusion judiciaire. Le but de cette régulation est d'éviter toute contamination du lieu du délit.

En cas de doute quant à la configuration du périmètre d'exclusion judiciaire, il convient de la définir trop largement plutôt que trop exigüe.

Le périmètre d'exclusion judiciaire doit être inséré dans le Code d'instruction criminelle, aux articles se rapportant à la descente sur les lieux. Le franchissement du périmètre d'exclusion judiciaire sans autorisation doit être sanctionné pénalement. La délimitation ultérieure du périmètre d'exclusion judiciaire peut être confiée au Roi (il peut être renvoyé au projet d'arrêté royal en exécution de la loi du 7 novembre 2011 modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale – cf. également en annexe l'exposé du procureur général d'Anvers en matière de criminalistique, donné à l'occasion du colloque organisé par le Sénat le 22 juin 2012 intitulé « Expertise Judiciaire : quelle réalité pour la preuve scientifique en Belgique ? »).

2) Perception immédiate – police fluviale (repris depuis la publication du rapport 2008-2009)

▪ **Dispositions légales**

Article 22bis, § 2 – Loi organisant la répartition des compétences à la suite de l'intégration de la police maritime, de la police aéronautique et de la police des chemins de fer dans la police fédérale.

▪ **Difficultés**

- Absence d'une politique criminelle uniforme ; ceci se traduit dans certains arrondissements par un haut taux de classements sans suite et un sentiment d'impunité pour les contrevenants ;
- Absence d'un système de perception immédiate, comparable à ce qui existe dans le domaine du roulage.

▪ **Résumé du point de vue du ministère public**

Le réseau d'expertise « Police » s'est livré à une analyse en droit de la situation et en a conclu que des directives uniformes de politique criminelle en matière de navigation intérieure seraient opportunes, d'une part, et que l'introduction d'un système de perception immédiate en matière de navigation intérieure serait très souhaitable d'autre part; une base juridique plus solide que l'article 22bis, § 2, de la loi du 3 mai 1999 devrait être recherchée.

A.1.5. Autre législation spéciale relative au droit pénal et au droit de la procédure pénale

1) Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (repris depuis la publication du rapport 2007-2008)

Renvoyant à l'avis du Collège des procureurs généraux du 27 février 2007 en matière du projet de directive-cadre du 4 octobre 2005 de la Commission européenne concernant la protection à l'égard des traitements de données à caractère personnel dans le cadre de

l'aide judiciaire ou policière en matière pénale²⁵ et à la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, il s'impose de modifier considérablement cette dernière loi et son arrêté d'exécution du 13 février 2001, afin de rétablir la cohérence avec le droit de procédure pénale.

Les deux législations ne sont en effet pas compatibles. L'application de la législation relative à la protection de la vie privée telle qu'actuellement conçue, entraîne en effet la violation d'autres droits fondamentaux. Dans ce contexte, il peut également être renvoyé à la mercuriale du procureur général d'Anvers du 3 septembre 2007.

La mise en conformité de la législation relative à la protection de la vie privée avec le traitement des données à caractère personnel et le droit de procédure pénale demeure indispensable et requiert une initiative législative.

2) Divergences entre les dispositions légales fédérales en matière de perquisition et de flagrant délit, d'une part, et les dispositions du décret du 15 juillet 1997 contenant le Code flamand du Logement et le décret du 4 février 1997 portant les normes de qualité et de sécurité pour chambres et chambres d'étudiants, d'autre part (repris depuis la publication du rapport 2008 - 2009)

▪ **Article 20, § 3, 1°, du décret du 15 juillet 1997 contenant le Code flamand du Logement**

Il peut être procédé à une perquisition dans les cas suivants :

1° il existe suffisamment d'indices que l'habitation ne satisfait plus aux normes visées à l'article 5 ;

2° l'habitation est à nouveau mise en location ou louée sans nouvelle demande d'attestation de conformité, après avoir été déclarée inadéquate, inhabitable ou suroccupée ;

3° après les travaux de réfection visés à l'article 10, l'habitation est à nouveau mise en location ou louée sans demande de nouvelle attestation de conformité.

▪ **Article 21, 4°, du décret du 4 février 1997 portant les normes de qualité et de sécurité pour chambres et chambres d'étudiants**

Il peut être procédé à une perquisition dans les cas suivants :

1° le bailleur est dans l'incapacité de produire une attestation de conformité ;

2° la maison à chambres ou les chambres, la maison d'étudiants ou de communauté d'étudiants ou les chambres d'étudiants sont à nouveau mises en location ou louées sans une nouvelle demande après une déclaration d'inadaptation ou d'inhabitabilité ;

3° des travaux de transformation, tels que visés à l'article 14, § 2, ont été exécutés sans qu'il ait été demandé une nouvelle attestation de conformité à cet effet ;

4° il y a suffisamment d'indications que la maison à chambres ou la chambre ne répond plus aux normes visées aux articles 4, 6 et 7, 7^{quater}, 7^{quinquies} et 7^{sexies} ou que la maison d'étudiants ou de communauté d'étudiants ou la chambre d'étudiant ne répond plus aux normes visées aux articles 4 et 8 ;

5° il y a suffisamment d'indications que la chambre est habitée par un nombre de personnes supérieur à celui autorisé par l'attestation de conformité.

²⁵ Proposition de décision-cadre relative à la protection des données à caractère personnel dans le cadre de la coopération judiciaire et policière en matière pénale; doc. 11547/3/06 REV 3 CRIMORG 124 DROIPEN 44 ENFOPOL 146 DATAPROTECT 26 COMIX 642.

- **Difficultés**

Le législateur décrétoal a omis de déterminer la forme de la perquisition. Dès lors se pose la question de l'application procédurale des compétences de recherche des inspecteurs du logement. Plus particulièrement, l'application de l'article 20, § 3, 1°, du Code flamand du Logement et de l'article 21, 4°, du décret sur les chambres peut engendrer des problèmes juridiques à la lumière de l'article 15 de la Constitution, qui garantit l'inviolabilité du domicile, et de l'article 8 CEDH, qui garantit le respect de la vie privée. Le terme « perquisition » ne semble pas tout à fait correct. Il s'agit plutôt d'un « droit de visite ». Ce problème de terminologie a sans aucun doute des répercussions sur l'aspect procédural.

- **Résumé du point de vue du ministère public**

Le législateur décrétoal n'est aucunement compétent pour déterminer la forme des poursuites pénales. L'article 1er de la loi du 7 juin 1969 fixant le temps pendant lequel il ne peut être procédé à des perquisitions ou visites domiciliaires contient les garanties procédurales en matière de perquisitions. Sans ordre judiciaire, aucune perquisition ne peut être effectuée avant cinq heures du matin et après neuf heures du soir, sauf si une disposition légale particulière l'autorise ou si une autorisation écrite préalable est obtenue de l'occupant. En cas de flagrant délit, une perquisition peut également être effectuée en dehors de ces heures, sans mandat ou sans consentement. La plupart des cas dans lesquels une perquisition peut avoir lieu comme prévu par les décrets concernent des cas de flagrant délit pour lesquels aucun mandat de perquisition ou aucun consentement de l'occupant n'est nécessaire. Cependant, les cas suivants ne relèvent pas du flagrant délit.

L'article 20, § 3, 1°, du décret du 15 juillet 1997 contenant le Code flamand du Logement dispose qu'il peut être procédé à une perquisition s'il existe suffisamment d'indices que l'habitation ne satisfait plus aux normes visées à l'article 5.

L'article 21, 4°, du décret du 4 février 1997 portant les normes de qualité et de sécurité pour chambres et chambres d'étudiants stipule qu'il peut être procédé à une perquisition s'il y a suffisamment d'indications que la maison à chambres ou la chambre ne répond plus aux normes visées aux articles 4, 6 et 7, *7quater*, *7quinquies* et *7sexies* ou que la maison d'étudiants ou de communauté d'étudiants ou la chambre d'étudiant ne répond plus aux normes visées aux articles 4 et 8.

Ces deux situations peuvent difficilement être considérées comme un cas de flagrant délit. En effet, les inspecteurs du logement doivent se rendre dans l'habitation pour pouvoir procéder aux constatations précitées. Faute de cadre procédural, leur application peut causer des problèmes juridiques. Dans ce cas, il conviendrait de revenir aux procédures de droit commun en matière de perquisition (mandat de perquisition, consentement). En outre, la terminologie adoptée par le législateur décrétoal prête à confusion. L'on est en droit de se demander si ce dernier ne voulait pas plutôt parler d'un « droit de visite » au lieu d'une « perquisition ».

Les inspecteurs du logement ne doivent pas procéder à une véritable fouille ou à des saisies pour pouvoir effectuer leurs constatations. Il suffit qu'ils puissent examiner l'immeuble de l'intérieur.

Par conséquent, le ministère public est d'avis qu'il ne s'agit pas d'une perquisition, mais plutôt d'un droit de visite. Le choix du mot juste pourrait signifier qu'il ne faille pas appliquer la procédure de droit commun. Il appartient dès lors au législateur décrétoal d'évaluer ces dispositions et de préciser le terme « perquisition ».

Bien qu'il s'agisse ici principalement d'un problème d'exécution de décrets, cette problématique est tout de même signalée dans le cadre du suivi législatif fédéral.

En effet, il est aussi essentiellement question de l'application des notions de perquisition et de flagrant délit et de la compétence de fonctionnaires revêtus de la qualité d'officier de police judiciaire.

Dans le contexte du droit de procédure pénale (qui est une compétence entièrement fédérale), la perquisition relève de la compétence exclusive du juge d'instruction dans le cadre d'une instruction judiciaire, en particulier en référence aux articles 28^{septies} et 89 CIC. Le cas de flagrant délit constitue pour ainsi dire l'une des exceptions à cette règle, mais est également extrêmement limité dans le temps.

Il ne semble pas indiqué de revenir à la procédure et aux règles de droit commun ni d'un point de vue purement juridique, ni du point de vue de la politique criminelle.

Cependant, l'adaptation des décrets requiert une mise en balance des règles strictes du droit de procédure pénale et le besoin de pouvoir exercer un « droit de visite » limité en toute souplesse, le cas échéant après intervention d'un juge désigné à cet effet s'il s'agit d'un des cas qui ne peuvent pas être assimilés au flagrant délit et pour lesquels aucun consentement n'a été donné.

3) Interdiction professionnelle – A.R. du 24 octobre 1934 – Publication – Banque de données (repris depuis la publication du rapport 2008-2009)

Il serait opportun de créer une banque de données nationale, qui peut être consultée aisément par la police, le fisc, les notaires et la Justice.

La Banque-Carrefour des Entreprises est l'instrument le plus approprié pour constituer et mettre à jour ce genre de banque de données. Un simple arrêté d'exécution suffit. En effet, l'article 23, § 1^{er}, 10°, de la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des Entreprises dispose que les greffes sont obligés de communiquer à la BCE le contenu des jugements et arrêts interdisant d'exercer une activité ou une fonction. Les greffes exécutent cette prescription, mais les jugements et arrêts s'accumulent au sein de la BCE sans être traités. La consultation est extrêmement difficile en l'absence de banque de données nationale.

Les notaires devraient être obligés de consulter cette banque de données nationale avant de passer un acte de société.

Une deuxième solution efficace consiste à inscrire dans la loi que les décisions judiciaires interdisant d'exercer une activité ou une fonction sont publiées au Moniteur belge (tels que les jugements déclaratifs de faillite). Des institutions telles que GRAYDON reprendront ensuite cette interdiction.

Entre-temps, il peut également être renvoyé au projet « JustX », une banque-carrefour où toutes les données seront regroupées et interconnectées électroniquement.

A.2. Nouveaux points d'attention – droit pénal et droit de procédure pénale

A.2.1. Code pénal et droit pénal spécial

1) Récidive et concours

Les diverses modifications du Code pénal et de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes semblent avoir entraîné une contradiction, notamment en matière de récidive et de concours.

a) Récidive : articles 54 et suivants du Code pénal

▪ Difficultés

L'alourdissement de la peine pour récidive est abordé aux articles 54 à 57 CP. Ces dispositions légales prévoient une aggravation de la peine dans les cas suivants :

- quiconque, ayant été condamné à une peine criminelle, aura commis un crime emportant la réclusion de cinq ans à dix ans, pourra être condamné à la réclusion de dix ans à quinze ans ou de quinze à vingt ans ;
- quiconque, après une condamnation à une peine criminelle, aura commis un délit. Dans ce cas, l'auteur pourra être condamné à une peine double du maximum porté par la loi contre le délit. La même peine pourra être prononcée en cas de condamnation antérieure à un emprisonnement d'un an au moins, si le condamné a commis le nouveau délit avant l'expiration de cinq ans depuis qu'il a subi ou prescrit sa peine.

Aucune aggravation de la peine n'est prévue dans le cas d'une condamnation pour un crime après une condamnation à une peine correctionnelle.

Toutefois, à la suite de la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises, un nombre significativement plus important de crimes peuvent être correctionnalisés que par le passé. Généralement, une peine d'emprisonnement de trois ans suffit, même pour les crimes les plus graves, moyennant l'admission de circonstances atténuantes.

Toujours à la suite de cette même loi, l'article 25 CP a été modifié, de sorte que la durée de la « peine d'emprisonnement » correctionnelle s'élève à vingt ans au maximum.

Lorsque le prévenu se trouve en état de récidive légale, le tribunal correctionnel peut prononcer une peine d'emprisonnement de quarante ans, tandis que pour une infraction similaire, la cour d'assises peut condamner l'intéressé à une réclusion de trente ans « uniquement », même en état de récidive.

La Cour constitutionnelle a considéré, dans son arrêt n° 193/2011 du 15 décembre 2011 que :

« Il appartient au législateur de remédier à cette discrimination. »

Dans l'attente de l'intervention du législateur, le juge correctionnel doit, lorsqu'il détermine la peine, veiller à ne pas condamner en pareil cas à une peine privative de liberté dont la durée excède le délai maximum de la peine privative de liberté qui pourrait être imposée par la cour d'assises. »

Et a dit pour droit que :

- L'article 2, alinéas 1^{er} et 3, 2^o, de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, remplacé par l'article 230 de la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

- L'article 56, alinéa 2, du Code pénal, lu en combinaison avec l'article 25 du même Code et avec l'article 2, alinéas 1^{er} et 3, de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, viole les articles 10 et 11 de la Constitution, mais uniquement dans la mesure où il autorise la condamnation de l'inculpé renvoyé au tribunal correctionnel du chef d'un crime correctionnalisé commis moins de cinq ans après qu'il a subi ou prescrit une peine d'emprisonnement d'au moins un an, à une peine supérieure à celle qui peut être prononcée à l'égard de l'inculpé renvoyé à la cour d'assises du chef du même crime commis dans cette même circonstance.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Les mêmes alourdissements de peine devraient s'appliquer tant aux personnes ayant été condamnées pour un crime devenu délit après correctionnalisation que pour les personnes condamnées à une peine de même durée pour un crime. Le législateur peut éventuellement s'inspirer de l'article 54 CP pour ce qui est des condamnations antérieures de plus de cinq ans. À cet égard, l'on peut faire remarquer qu'aucun alourdissement de peine n'est prévu en cas de crime punissable d'une réclusion de vingt à trente ans.

Une autre solution consisterait à permettre de relever la peine maximale de cinq ans en cas de récidive (tant après un crime qu'après un crime transformé en délit après correctionnalisation).

b) Concours

▪ **Difficultés**

Le concours de plusieurs infractions et l'incidence le taux de la peine sont régis par les articles 58 à 65 CP.

L'article 60 CP dispose qu'en cas de concours de plusieurs délits, les peines seront cumulées sans qu'elles puissent néanmoins excéder le double du maximum de la peine la plus forte. En aucun cas, cette peine ne peut excéder vingt années d'emprisonnement.

L'article 61 CP stipule que lorsqu'un crime concourt, soit avec un ou plusieurs délits, soit avec une ou plusieurs contraventions, la peine du crime sera seule prononcée.

L'article 62 CP régit le concours de plusieurs crimes, auquel cas la peine la plus forte sera seule prononcée. Cette peine pourra même être élevée de cinq ans au-dessus du maximum, si elle consiste dans la réclusion à temps ou la détention de quinze ans à vingt ans ou un terme inférieur.

La jurisprudence²⁶ précise que la règle de l'article 61 CP n'est plus applicable lorsqu'un crime a été transformé en délit, que ce soit par l'admission de circonstances atténuantes, soit en raison d'une cause d'excuse.

Une autre jurisprudence²⁷ considère également qu'il y a concours lorsque le prévenu a commis des infractions à des époques distinctes sans qu'il ait été définitivement condamné du chef de l'une d'elles au moment où il a commis les autres. Il ne peut dès lors être prononcé de peines du chef des délits commis, si le prévenu a déjà été

²⁶ Cass., 1^{er} juillet 1940, *Pas.*, 1940, I, p. 184. ; *Arr.Cass.*, 1940, p. 71.

²⁷ Cass., R.G. n° 95.266.N du 9 mai 1995.

condamné à une peine criminelle du chef de l'une de ces infractions qui est constitutive de crime.

Il semble que les articles 10 et 11 de la Constitution sont violés par le fait que :

- plus aucune peine ne peut être prononcée contre une personne qui a commis des infractions à des époques distinctes sans qu'elle ait été définitivement condamnée du chef de l'une d'elles au moment où elle a commis les autres et qui a déjà été condamnée à une peine criminelle (par la cour d'assises) du chef de l'une de ces infractions qui est constitutive de crime ;
- alors qu'une personne qui, pour des faits similaires, définis comme crimes dans la loi, serait condamnée (par le tribunal correctionnel) à une peine correctionnelle de même durée, peut encore être condamnée à une peine.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Tant en ce qui concerne les crimes que les délits, le concours pourrait, à l'avenir, s'inspirer du régime existant pour les délits conformément à l'article 60 CP, ou de celui prévu pour les crimes conformément à l'article 62, ou être assorti d'un autre alourdissement de peine.

Les dispositions actuelles conformes à l'article 61 CP sont trop favorables à l'auteur d'infractions graves récidiviste.

2) Violation du secret professionnel par des personnes prêtant leur concours professionnel à l'instruction

▪ **Difficultés**

Cette problématique a été abordée en détail dans la mercuriale intitulée « *De vierde macht* » (cf. annexe), que le procureur général d'Anvers a prononcée le 3 septembre 2012.

La Justice est de plus en plus confrontée à des fuites dans la presse, ce qui porte préjudice au secret de l'information et viole la présomption d'innocence.

Dans la pratique, il est très difficile de poursuivre les violations du secret de l'instruction par des collaborateurs de la police et de la justice.

La difficulté réside dans le fait que les instructions judiciaires menées sur ces fuites dans la presse ne produisent pratiquement pas de résultats, voire aucun. En effet, la loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistes a eu pour conséquence que les collaborateurs de la police ou de la justice ayant divulgué ces informations à la presse ne peuvent pas être identifiés.

Le faible taux de la peine fixé à l'article 458 CP et l'absence de possibilités de recherche créent une situation d'impunité.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Le faible taux de la peine de l'article 458 CP, qui prévoit une peine d'emprisonnement de 8 jours à six mois et une amende de cent euros à cinq cents euros, ne produit pas l'effet dissuasif nécessaire.

Plus grave encore que le faible taux de la peine (pour autant que celle-ci soit prononcée à charge d'un auteur effectivement identifié) est l'absence de possibilités permettant d'appliquer certaines méthodes de recherche. En effet, l'article 458 CP ne figure pas sur la liste des infractions pour lesquelles une écoute téléphonique peut, par exemple, être mise en place. Étant donné qu'il est systématiquement renvoyé à cette liste d'infractions dans d'autres dispositions relatives aux méthodes particulières de recherche, les possibilités d'investigation sont dès lors sérieusement réduites. Par ailleurs, d'autres méthodes particulières de recherche ne peuvent pas être mises en œuvre car le taux de la peine prévu à l'article 458 CP est trop bas.

Le Collège ne souhaite pas remettre en cause le principe de la protection des sources.

3) Article 405quater CP – Avant-projet de loi relevant les peines maximales pour les actes de violence commis avec un motif discriminatoire

Le 20 juillet 2012, le conseil des ministres s'est penché sur une proposition visant à relever les peines maximales pour les actes de violence commis avec un motif discriminatoire.

Or, l'article 405quater prévoit déjà un alourdissement de peine :

« Dans les cas prévus par les articles 393 à 405bis, le minimum des peines portées par ces articles peut être doublé s'il s'agit des peines correctionnelles, et augmenté de deux ans s'il s'agit de la réclusion, lorsqu'un des mobiles du crime ou du délit est la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison de sa prétendue race, de sa couleur de peau, de son ascendance, de son origine nationale ou ethnique, de sa nationalité, de son sexe, de son orientation sexuelle, de son état civil, de sa naissance, de son âge, de sa fortune, de sa conviction religieuse ou philosophique, de son état de santé actuel ou futur, d'un handicap, de sa langue, de sa conviction politique, de sa conviction syndicale, d'une caractéristique physique ou génétique ou de son origine sociale. »

C'est la raison pour laquelle la législation pénale actuelle prévoit que la peine minimale peut soit être doublée, soit être relevée de deux ans, lorsque les actes intentionnels de violence sont commis avec un motif discriminatoire.

Les possibilités actuelles d'aggravation de la peine sont suffisamment larges. Il paraît inutile d'alourdir davantage la législation en instaurant une réglementation extrêmement poussée dans les détails.

A.2.2. Code d'instruction criminelle

1) Article 5bis du Titre préliminaire du Code de procédure pénale

▪ Difficultés

Par la loi du 30 novembre 2011 (M.B. du 20 janvier 2012), le législateur a modifié sensiblement la procédure prévue à l'article 5 bis du Titre préliminaire du Code de procédure pénale concernant la déclaration de personne lésée. Cet article, qui entrera en vigueur au 1er janvier 2013, dispose que :

§ 1er. Acquiert la qualité de personne lésée celui qui déclare avoir subi un dommage découlant d'une infraction.

§ 1er/1 La personne qui dépose une plainte auprès des services de police sera informée systématiquement de la possibilité de se constituer personne lésée et des droits qui y sont attachés. Un formulaire ad hoc lui sera remis lors de son dépôt de plainte.]

§ 2. La déclaration est faite en personne ou par un avocat.

La déclaration indique :

- a) les nom, prénom, lieu et date de naissance, profession et domicile du déclarant;
- b) le fait générateur du dommage subi par le déclarant;
- c) la nature de ce dommage;
- d) l'intérêt personnel que le déclarant fait valoir.

[La déclaration à joindre au dossier, et dont il est dressé acte, est reçue par le secrétariat du ministère public, par le secrétariat de police, le fonctionnaire de police qui établit le procès verbal ou envoyée par lettre recommandée au secrétariat du ministère public.

Si la déclaration est reçue par le secrétariat de police ou le fonctionnaire de police qui établit le procès-verbal, elle est transmise sans délai au secrétariat du ministère public.]

§ 3. La personne lésée a le droit d'être assistée ou représentée par un avocat.

Elle peut faire joindre au dossier tout document qu'elle estime utile.

Elle est informée du classement sans suite et de son motif, de la mise à l'instruction ainsi que des actes de fixation devant les juridictions d'instruction et de jugement.

Trois nouvelles possibilités de se déclarer personne lésée ont donc été ajoutées. Outre la déclaration faite au secrétariat du parquet, les modes suivants sont désormais possibles : l'envoi de la déclaration par lettre recommandée au secrétariat du parquet, la réception de la déclaration par le secrétariat de police et la réception de la déclaration par le fonctionnaire de police qui établit le procès-verbal.

Le réseau d'expertise « *politique en faveur des victimes* » s'est penché sur les mesures à prendre dans le cadre de la mise en œuvre de ce nouvel article. Une application correcte de la loi nécessite en effet une série d'adaptations d'ordre technique ainsi que des adaptations des instructions données aux services de police (circulaire COL 5/2009).

Dans ce cadre, il est apparu que cet article présentait, entre autres, les deux difficultés suivantes :

- l'article évoque « *la possibilité de se constituer personne lésée* ». Or, il s'agit d'une « déclaration » de personne lésée et non d'une « constitution » de personne lésée. L'usage du terme « constitution » pour la déclaration de personne lésée est donc impropre et risque, en outre, de prêter à confusion avec la constitution de partie civile ;
- le concept de « *secrétariat de police* » auquel il est fait référence n'existe pas dans l'architecture policière. Le terme « secrétariat » est donc inapproprié et est source d'incertitude quant au lieu où la déclaration de personne lésée pourra être remise. Le terme « bureau de police » est en revanche bien connu. Toutefois les bureaux de police qui ont chacun leurs spécificités, disposent, pour la plupart d'entre eux, d'un service administratif, mais celui-ci est rarement accessible au public. Là où il est accessible, ce service ne sera pas nécessairement en mesure de recevoir et de gérer une déclaration de personne lésée relative à une plainte reçue par un autre service appartenant éventuellement à un autre arrondissement judiciaire. Il existe donc un risque de victimisation secondaire. Vu que l'article 5bis modifié facilite déjà la déclaration de personne lésée en permettant qu'elle soit reçue par le fonctionnaire de police qui établit le procès-verbal ou qu'elle soit envoyée par lettre recommandée au secrétariat du ministère public, il apparaît superflu de prévoir qu'elle puisse être reçue par le bureau de police.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

À l'article 5bis TPCPP, il est suggéré de remplacer l'expression « *se constituer personne lésée* » par « *se déclarer personne lésée* » pour maintenir une distinction claire avec la constitution de partie civile et éviter toute confusion.

Par ailleurs, il est suggéré de supprimer la possibilité de déposer une déclaration de personne lésée au secrétariat de police.

2) Loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, plus particulièrement les articles 28, § 2, et 38, § 2

▪ *Difficultés*

Après que le tribunal correctionnel a été saisi de l'affaire pénale par renvoi de la juridiction d'instruction, l'inculpé arrêté peut demander la mise en liberté provisoire, moyennant l'introduction d'une requête conformément à l'article 27 de la loi relative à la détention préventive (LDP).

Cette mise en liberté peut être subordonnée à des conditions conformément aux articles 35 et 36 LDP.

Selon l'article 38, § 2, LDP, lorsque ces conditions ne sont pas observées, le juge du fond (tribunal ou cour d'appel) peut décerner un (nouveau) mandat d'arrêt, « dans les conditions prévues à l'article 28 ».

Cependant, l'article 28, § 2, LDP, qui est applicable au juge du fond, dispose qu'un mandat d'arrêt peut être décerné (uniquement) dans le cas visé au § 1^{er}, 1^o, à savoir lorsque l'inculpé reste en défaut de se présenter à un acte de la procédure !

Non seulement le défaut de comparution n'est pas punissable, mais, dans l'état actuel des choses, l'inculpé n'a pas le droit de se faire représenter. L'article 28, § 2, constitue dès lors un article « vide », qui est devenu totalement dépourvu de sens. L'on pourrait éventuellement songer à insérer un éventuel lien entre un nouveau mandat d'arrêt et l'ordonnance de comparution personnelle (cf. article 185, § 2).

Plus grave, l'inculpé qui a été libéré sous conditions ne peut pas être sanctionné, alors que cela est toutefois le cas au cours d'une instruction judiciaire. Néanmoins, bien que l'article 38, § 2, LDP le prévoit expressément, il n'est pas applicable en raison du libellé de l'article 28, § 2.

▪ *Point de vue résumé du ministère public*

L'article 28, § 2, LDP doit être énoncé comme suit :

« *Le tribunal ou la cour, selon le cas, peut décerner un mandat d'arrêt dans le cas visé au § 1^{er}, 2^o.* »

Ainsi, le juge du fond pourra évaluer si le non-respect des conditions constitue « des circonstances nouvelles et graves », qui justifient un nouveau mandat d'arrêt.

Il conviendra de réfléchir à l'opportunité de saisir un juge du fond autre que celui qui statue sur le fond de l'affaire, afin d'éviter de susciter une quelconque impression de partialité.

Avant de décerner le nouveau mandat d'arrêt, l'inculpé doit être entendu en présence de son avocat.

En outre, il semble logique, si un inculpé ne se présente pas à un acte de la procédure, que le juge du fond doive pouvoir délivrer non seulement une ordonnance de comparution personnelle, mais aussi, au besoin, un nouveau mandat d'arrêt, conformément aux critères de la loi relative à la détention préventive.

Actuellement, les articles 185, § 2, et 152, § 2, prévoient, il est vrai, que le tribunal peut délivrer un mandat d'amener.

Si les critères de la loi relative à la détention préventive sont réunis et que le juge du fond souhaite un examen approfondi, un nouveau mandat d'arrêt pourrait éventuellement constituer une mesure complémentaire utile.

A.2.3. Procédure pénale – Législation spéciale (y compris l'exécution des peines)

1) Loi du 26 avril 2007 relative à la mise à disposition du tribunal de l'application des peines, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012

▪ **Difficultés**

La problématique concerne le Titre XIbis, Sous-section 3 (De la détention limitée et de la surveillance électronique) de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées.

L'article 95/20 dispose que :

« Les articles 62 et 63 sont d'application pour le suivi et le contrôle de la détention limitée et de la surveillance électronique. Le TITRE VIII est d'application. » (en ce qui concerne la révocation, la suspension et la révision).

Cependant, l'article 70, qui instaure la possibilité pour le procureur du Roi d'ordonner l'arrestation provisoire, n'est pas mentionné dans l'article 95/20. L'article 70 est lié à l'article 64, qui traite des possibilités de révocation, de suspension et de révision. L'article 64 relève du TITRE VIII, mais pas l'article 70 (qui relève du TITRE IX). La possibilité d'appliquer l'ordre d'arrestation provisoire sous surveillance électronique ou en détention limitée n'est donc pas prévue par la loi.

Une comparaison peut être établie avec l'article 95/17, § 1^{er}, de la loi sur le statut juridique externe (permission de sortie et congé pénitentiaire).

« Dans les cas pouvant donner lieu à révocation du congé pénitentiaire ou de la permission de sortie, visés à l'article 95/16, le procureur du Roi près le tribunal dans le ressort duquel le condamné mis à disposition se trouve, peut ordonner l'arrestation provisoire de celui-ci, à charge d'en donner immédiatement avis au tribunal de l'application des peines compétent. »

Il peut également être renvoyé à l'article 95/27, § 3, relatif à la libération sous surveillance :

« L'article 70 est d'application. »

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Au Titre XIbis, Sous-section 3 (De la détention limitée et de la surveillance électronique), il convient d'ajouter que le TITRE IX est également d'application.

L'avant-projet de loi portant des dispositions diverses en matière de justice (2012) prévoit de modifier les articles 70 et 95/20 de la loi du 17 mai 2006, afin que les dispositions relatives à l'arrestation provisoire de personnes puissent sortir pleinement leurs effets.

Si cette loi est approuvée au moment de la publication du présent rapport et si elle contient une solution allant en ce sens, les remarques qui précèdent ne doivent plus être prises en considération.

2) Méthodes particulières de renseignement – article 2, § 3, de la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité

La loi du 30 novembre 1998 a été profondément modifiée par la loi du 4 février 2010 relative aux méthodes de recueil des données par les services de renseignement et de sécurité. La Sûreté de l'État (SE) et le Service général du renseignement et de la sécurité (SGRS) peuvent recourir à des méthodes ordinaires, spécifiques et exceptionnelles, auxquelles un certain nombre de garanties et de contrôles ont été attachés.

Ainsi, une obligation de notification a, entre autres, été prévue (article 2, § 3, de la loi du 30 novembre 1998) : la personne qui a fait l'objet d'une méthode spécifique ou exceptionnelle doit en être avisée. Toutefois, cette obligation est plutôt restrictive :

- elle ne s'applique pas à la méthode ordinaire ;
- les données qui ont été classifiées ne relèvent pas de cette obligation ;
- un délai de plus de cinq ans doit s'être écoulé depuis qu'il a été mis fin à la méthode et aucune nouvelle donnée ne doit avoir été recueillie depuis ce moment ;
- la personne physique doit introduire elle-même une requête à cet effet et justifier d'un « intérêt légitime ».

La loi du 4 février 2010 a été attaquée et la Cour constitutionnelle a prononcé l'arrêt n° 145/2011 le 22 septembre 2011, rejetant la majeure partie des recours (cf. en annexe l'extrait de la circulaire strictement confidentielle COL 9/2012, plus précisément, le chapitre IX – Arrêt de la Cour constitutionnelle).

En fait, uniquement deux griefs ont été déclarés fondés concernant l'obligation de notification. Par ailleurs, l'annulation de l'article 2, § 3, de la loi du 30 novembre 1998 a été prononcée, car seule une notification sur requête a été prévue et parce que cette notification ne s'applique qu'aux personnes physiques et non aux personnes morales.

Par conséquent, la loi du 30 novembre 1998 doit être modifiée (de façon limitée) en instaurant une obligation de notification :

1. non seulement à la requête d'une personne justifiant d'un intérêt légitime, mais aussi sur l'initiative des services intéressés dès que la commission administrative estime que cette notification peut avoir lieu sans mettre en péril la finalité ;
2. non seulement à l'égard des personnes physiques, mais aussi à l'égard des personnes morales.

B. Droit de procédure pénale – aspects transfrontaliers

B.1. Points déjà repris dans de précédents rapports de suivi législatif, éventuellement actualisés

1) Loi du 15 mars 1874 sur les extraditions (repris depuis la publication du rapport 2007-2008)

▪ *Application de l'article 11*

Les difficultés entraînées par l'application de l'article 11 de la loi du 15 mars 1874 sur les extraditions doivent être soulignées. Le procureur général de Gand avait déjà mis l'accent sur celles-ci dans les circulaires de ressort R.nr.46/02 et R.nr.45/04. Des commissions rogatoires tendant à faire opérer une visite à domicile ou une saisie, qui doivent être exécutées dans différents arrondissements judiciaires, doivent être rendues exécutoires par toutes les chambres du conseil territorialement compétentes. En outre, l'article 11 ne s'applique pas à des commissions rogatoires étrangères visant à opérer des écoutes téléphoniques. Dans la circulaire COL 5/2005, le Collège des procureurs généraux a consacré un chapitre spécifique II.3 à la condition d'exécution prévue à l'article 11 de la loi sur les extraditions.

Dans la pratique, il faut absolument adapter l'article 11 de la loi du 15 mars 1874 sur les extraditions en vue de centraliser l'exécution des demandes étrangères de perquisition/saisie. Le procureur fédéral a également attiré l'attention sur ce point et le Collège des procureurs généraux rappelle la comparaison déjà établie dans un précédent rapport d'évaluation du parquet fédéral avec la saisie basée sur une demande s'appuyant sur le principe de la reconnaissance mutuelle au sein de l'Union européenne, où une centralisation est effectivement possible si l'exécution s'étend à divers arrondissements.

▪ *Article 334 du Code pénal*

L'article 334 du Code pénal a trait à l'évasion des détenus et à l'aide proposée dans ce cadre par des personnes préposées à leur conduite ou à leur garde. Cet article renvoie également au cas d'un évadé qui avait été arrêté en vertu de la loi sur les extraditions. Compte tenu de la nouvelle réglementation en matière de mandat d'arrêt européen, le renvoi à la loi sur les extraditions devrait idéalement être complété par les mots « ou en vertu de la loi relative au mandat d'arrêt européen ».

2) Loi relative au mandat d'arrêt européen du 19 décembre 2003 (repris depuis la publication du rapport 2009-2010)

▪ *Difficultés*

La loi du 19 décembre 2003 a transposé la décision-cadre de l'UE relative au mandat d'arrêt européen en droit belge. Après plus de six ans d'expérience dans la pratique, il est possible de signaler certaines difficultés.

▪ *Point de vue résumé du ministère public*

– **Article 13, § 4, de la loi**

L'article 13 organise la procédure en cas de consentement de la personne concernée. L'article 13, § 4, prévoit que le consentement intervenu peut être révoqué jusqu'au moment de la remise effective.

L'article 13.4 de la décision-cadre de l'UE prévoit cependant que le consentement est en principe irrévocable (étant entendu que les États membres peuvent en disposer autrement).

Étant donné les difficultés sur le terrain si par ex. la personne concernée ne révoque son consentement que juste avant la remise effective à la frontière et que l'article 13 prévoit déjà de larges garanties (consentement est donné en présence de son avocat – la personne doit être informée des conséquences de son consentement – le procès-verbal à dresser doit attester que la personne concernée a consenti librement et en étant pleinement consciente des conséquences qui en résultent), il est proposé de supprimer dans la loi la possibilité de révoquer le consentement.

– **Articles 17, § 1^{er}, et 18, § 1^{er}, de la loi**

En ce qui concerne le début des délais de recours, l'article 17, § 1^{er}, et l'article 18, § 1^{er}, prévoient respectivement que le délai de l'appel ou du pourvoi en cassation ne court, pour la personne concernée, qu'à compter du jour auquel la décision lui est signifiée.

Étant donné que la personne concernée peut être laissée en liberté ou peut être en fuite, le délai devrait également pouvoir prendre cours si la signification ne peut être faite à personne. La proposition consiste dès lors à compléter les articles susdits *in fine* par les mots « ou est signifiée à son domicile ou son domicile élu », et ce, par analogie avec les dispositions de l'article 203, § 1^{er}, CIC relatif à l'appel en matière répressive, dont il ressort qu'il n'existe aucun délai extraordinaire d'appel et que la signification au domicile suffit pour faire courir le délai.

– **Article 19, § 3, de la loi**

Les délais dans lesquels la chambre du conseil (article 16, § 1^{er}), la chambre des mises en accusation (article 17, § 4) et la Cour de cassation (article 18, § 3) doivent statuer, ne sont suspendus, conformément à l'article 19, § 3, que pendant la durée du délai accordé à la demande de la personne concernée.

Il est proposé de rendre cette suspension également possible, moyennant un ajout à l'article 19, § 3, pendant le temps du délai accordé à la demande du ministère public, qui peut par exemple être amené à demander des renseignements complémentaires à l'État requérant.

– **Article 20, § 4, de la loi**

L'article 20, § 4, alinéa 1^{er}, prévoit que la décision définitive d'exécuter le mandat d'arrêt européen constitue le titre de détention jusqu'à la remise effective.

L'article 20, § 4, alinéa 2, dispose toutefois que cette décision définitive peut prévoir la mise en liberté sous conditions de la personne concernée jusqu'à la remise effective.

Cet alinéa 2 soulève des difficultés dans la pratique, étant donné que la personne concernée ne pourra alors être enfermée que peu de temps avant la remise et que, dans la plupart des cas, il aura pris la fuite, et irrite, à juste titre, les fonctionnaires de police étrangers, qui sont venus en Belgique pour rien, est critiqué par l'Union européenne et ne trouve pas de parallèle dans la procédure d'extradition classique où, à ce stade, la détention en vue d'extradition est toujours définitive.

L'article 21, § 4, alinéa 2, devrait donc être supprimé, de manière à ce que la décision d'exécution définitive vaille toujours titre de détention.

En ordre subsidiaire, si l'alinéa 2 subsiste malgré tout, il y a au moins lieu d'y ajouter comment les conditions de libération sont contrôlées et comment celles-ci peuvent être sanctionnées en cas de non-respect : on ne peut demander l'arrestation au juge d'instruction, de sorte qu'il devrait être possible d'avoir accès à la chambre des mises en accusation.

– **Article 22 de la loi**

Cet article prévoit un délai contraignant de dix jours pour la remise effective après la décision d'exécuter le mandat d'arrêt européen (si, après expiration du délai, l'intéressé se trouve toujours en détention, il est remis en liberté).

Étant donné que dans la pratique, il arrive que la personne à remettre introduise encore un recours manifestement tardif ou une procédure en référé que le ministère public ne peut pas ignorer, il devrait être mentionné explicitement dans cet article que, dans cette hypothèse, le délai de remise est suspendu.

3) Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 8 novembre 2001 – Réserves belges (repris depuis la publication du rapport 2009-2010)

▪ **Difficultés**

La Belgique a émis des réserves au sujet desquelles le procureur fédéral et le procureur général de Gand ont formulé quelques considérations.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

On préconise le retrait de ces réserves – cf. la lettre jointe en annexe au rapport de suivi législatif 2009-2010, adressée au directeur général de la direction générale de la Législation et des Libertés et Droits fondamentaux, du 5 octobre 2009.

4) Loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale (repris depuis la publication du rapport 2009-2010)

▪ **Difficultés**

La loi précitée est essentiellement limitée à ce que l'on appelle « l'entraide mineure », en particulier les commissions rogatoires internationales.

Il nous manque une législation cohérente globale relative à la coopération internationale en matière pénale, intégrant les diverses formes de collaboration judiciaire et policière (transfert et reprise des poursuites, transfert et reprise de l'exécution de la peine, extradition, échange de données policières).

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

L'exposé des motifs de la loi précitée sur l'aide judiciaire du 9 décembre 2004 indique qu'elle ne constitue qu'une première étape et qu'à plus long terme, un travail global sur la coopération judiciaire en matière pénale devra aboutir (*Doc. parl.*, Chambre, session 2003-2004, DOC 51-1278/01, page 5) et que devant la commission de la Justice, le ministre de la Justice a également précisé qu'un travail d'étude a été entrepris, afin

d'examiner l'ensemble de la problématique de la coopération judiciaire, en y intégrant d'autres thèmes que ceux traités dans le projet de loi, comme l'extradition (*Doc. parl.*, Chambre, session 2004-2005, DOC 51-1278/04, page 10).

Il est dès lors plaidé pour son lancement effectif. Pour le moment, seul un projet de loi a été élaboré qui vise à créer une base légale pour la transmission policière internationale de données avec une finalité judiciaire, moyennant un ajout à la loi précitée sur l'aide judiciaire du 9 décembre 2004. Il conviendrait d'accorder la priorité à ce projet, puisque la pratique actuelle, basée sur la circulaire COL 2/2000, est totalement dépassée à la lumière d'un ensemble d'instruments internationaux, parmi lesquels la décision cadre de l'UE 2006/960/JAI du 18 décembre 2006, dont le délai pour la transposition en droit national est largement dépassé.

5) Décision-cadre du Conseil de l'UE – Eurojust (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

La décision-cadre du Conseil de l'UE 2002/187/JAI instituant Eurojust a été transposée en droit belge par la loi du 21 juin 2004. Celle-ci a été modifiée par la décision-cadre 2009/426/JAI qui prévoit principalement un renforcement des délégations nationales, une extension des pouvoirs d'Eurojust et des représentants nationaux, la mise sur pied d'un dispositif de coordination pour les cas d'urgence et d'un système national de coordination.

La dernière décision-cadre aurait dû être mise en œuvre au plus tard le 4 juillet 2011. Par le biais du réseau d'expertise « Coopération internationale », le Collège des procureurs généraux a été impliqué dans l'élaboration d'un projet de loi. Étant donné le dépassement de l'échéance et la charge de travail actuelle du membre belge auprès d'Eurojust, le Collège des procureurs généraux insiste pour qu'une modification législative ait lieu rapidement, préconisant en particulier :

- l'attribution d'un rôle spécifique au procureur fédéral afin de prévenir les conflits entre les compétences plus opérationnelles d'Eurojust et celles du ministère public belge ;
- l'attribution de la qualité de magistrat fédéral aux représentants belges auprès d'Eurojust ;
- une extension de la représentation belge (membre national, ainsi qu'un adjoint et un assistant), allant de pair avec une extension indispensable du cadre du parquet fédéral.

6) Décision-cadre du Conseil de l'UE 2008/675/JAI « relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre les États membres de l'Union européenne » (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

La décision-cadre du Conseil de l'UE 2008/675/JAI du 24 juillet 2008 relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre les États membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale doit encore être transposée en droit belge.

Cette décision-cadre tend essentiellement à ce qu'un État membre prenne également en compte les décisions pénales définitives rendues dans les autres États membres, en y attachant les effets juridiques équivalents à ceux du droit national, comme en matière de détention provisoire, de retenue de récidive et de détermination de la nature des peines et des modalités d'exécution.

Cette décision-cadre aurait dû être mise en œuvre au plus tard le 15 août 2010. Par le biais des réseaux d'expertise « Coopération internationale » et « Procédure pénale »,

le Collège des procureurs généraux a été impliqué dans l'élaboration d'un projet de loi qui reprend les dispositions modifiant le Code pénal, la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, la loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude, 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, ainsi que la loi du 26 avril 2007 relative à la mise à disposition du tribunal de l'application des peines.

À ce jour, le Code pénal ne prévoit, sur la base d'une décision-cadre de l'UE du 26 décembre 2001 relative à la protection de l'euro contre le faux-monnayage, qu'une seule disposition spécifique concernant ladite récidive européenne dans le domaine de faux-monnayage (cf. article 192^{ter} du Code pénal). Étant donné le dépassement de l'échéance pour la transposition de la décision-cadre et le caractère toujours plus transfrontalier de certains phénomènes de criminalité, le Collège des procureurs généraux insiste pour qu'une modification législative ait lieu rapidement.

B.2. Nouveaux points d'attention – Droit de la procédure pénale – aspects transfrontaliers

1) La loi du 15 mai 2012 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux peines ou mesures privatives de liberté prononcées dans un État membre de l'Union européenne

▪ L'arrestation provisoire

L'article 16, § 3, dispose que lorsque la personne condamnée se trouve sur le territoire belge, le procureur du Roi de Bruxelles (cf. article 14) peut, dès la réception du jugement et du certificat et à la demande de l'État d'émission mais avant que ne soit rendue la décision de reconnaissance et d'exécution du jugement, procéder à l'arrestation provisoire de cette personne dans l'attente de la décision d'exécution du jugement.

L'article 17 régit la procédure en cas d'arrestation provisoire et, selon l'exposé des motifs, il s'inspire en majeure partie de l'article 11 de la loi relative au mandat d'arrêt européen. Toutefois, la loi sur le MAE ne prévoit PAS la désignation d'un seul procureur du Roi compétent (cette loi précise que c'est au procureur du Roi du lieu où la personne recherchée a été trouvée d'entamer la procédure d'exécution du mandat d'arrêt européen). Cet article ne peut donc pas être transposé directement.

L'article 17 ne précise pas quel juge d'instruction est compétent. L'article 62^{bis} CIC détermine la compétence du juge d'instruction (concrètement dans cette matière, le juge d'instruction du lieu de résidence du prévenu et celui du lieu où le prévenu peut être trouvé sont à la fois compétents).

À cet égard, il convient également de renvoyer à un arrêt de la Cour de cassation du 26 novembre 2008 (P.08.1616.F), qui précise que : « La compétence territoriale de la chambre du conseil en matière de détention préventive est alignée sur celle du juge d'instruction et du procureur du Roi ; lorsque cette compétence est déterminée par la résidence de l'inculpé, celle-ci s'entend du lieu de son habitation effective au moment où la poursuite est exercée et non du lieu où se trouve la maison d'arrêt qui le reçoit ensuite de sa privation de liberté. »

En d'autres termes, ce n'est pas parce que le procureur du Roi de Bruxelles peut ordonner directement à tous les services de police du pays de procéder à l'arrestation de la personne condamnée qu'il serait compétent pour décerner un mandat d'arrêt et ce, même dans l'hypothèse où le transfèrement de cette personne vers Bruxelles se déroule de manière régulière sans l'exécution d'un mandat d'amener.

Dès lors, si la personne recherchée habite, par exemple, à Anvers et y est trouvée, c'est le juge d'instruction d'Anvers qui sera compétent pour délivrer un mandat d'arrêt. La loi ne précise pas la manière dont le procureur du Roi de Bruxelles requerra le juge d'instruction d'Anvers (comment saura-t-il d'ailleurs à qui il doit s'adresser ? Autrement dit, quel est le juge d'instruction de garde ?) et reste muette quant à une possibilité de délégation du procureur du Roi de Bruxelles à son homologue de l'arrondissement où la personne recherchée a été trouvée.

Il est évident que la compétence du juge d'instruction est également déterminante en ce qui concerne le lieu où l'intéressé, du moins au début, sera incarcéré en exécution de ce mandat d'arrêt provisoire, à moins que la circulaire ne prévoit un transfert automatique vers les prisons bruxelloises (ce qui ne semble pas opportun compte tenu du problème de surpopulation carcérale).

Si l'intention du législateur était de rendre le juge d'instruction de Bruxelles compétent, une modification législative s'impose. Il conviendrait d'insérer à l'article 62*bis* CIC une disposition désignant le juge d'instruction de Bruxelles comme juge d'instruction compétent pour la délivrance d'un mandat d'arrêt provisoire en exécution de l'article 17 de la loi du 15 mai 2012.

Toutefois, a-t-on réellement souhaité que le juge d'instruction de Bruxelles soit compétent ? Ou se peut-il que l'on ait voulu que ce soit le juge d'instruction du lieu où l'intéressé est trouvé qui soit compétent pour décider de l'arrestation de celui-ci (et, éventuellement, de la libération sous conditions ultérieure) ?

L'on est, en effet, en droit de se demander pourquoi le jugement ou des extraits de celui-ci doivent être traduits vers l'allemand (article 16, § 4) s'il n'est pas prévu de soumettre la traduction allemande au juge d'instruction germanophone, qui, en vertu de l'article 17, § 3, doit prendre connaissance des circonstances de fait mentionnées dans le jugement. Il est un fait que la traduction en langue allemande n'est d'aucune nécessité pour les juges d'instruction de Bruxelles.

Si tel devait être le cas, la désignation du procureur du Roi de Bruxelles comme autorité compétente doit être profondément remise en cause. Le recours à un système complexe, prévoyant un seul procureur du Roi compétent et plusieurs juges d'instruction par arrondissement, entraînera une charge administrative monumentale pour le procureur du Roi de Bruxelles et générera une charge de travail qui n'a pas été correctement évaluée à ce jour.

En outre, des problèmes se posent au regard de la loi concernant l'emploi des langues en matière judiciaire (du 20 juin 1935) :

- le procureur du Roi de Bruxelles n'est pas compétent pour accomplir des actes juridiques en allemand ;
- quels critères seront-ils appliqués en vue de déterminer la langue de la procédure et à quel moment le choix d'une autre langue est-il opéré ?

Faut-il se baser sur le système selon lequel le lieu de domicile (ou la dernière résidence connue en cas d'incarcération) de l'intéressé est déterminant pour la langue de la procédure et selon lequel le procureur du Roi choisit lui-même la langue de la procédure dans le cas spécifique de Bruxelles ? Sauf lorsqu'il est question d'arrestation provisoire, l'intéressé choisit la langue de la procédure lors de son audition par le juge d'instruction (la problématique de la compétence du juge d'instruction et de la langue allemande ressortit alors).

- Si la langue de la procédure est l'allemand, l'affaire ne peut être portée ni devant la chambre du conseil de Bruxelles, ni devant le tribunal de l'application des peines de Bruxelles.

- En ce qui concerne le tribunal de l'application des peines, il semble utile de compléter l'article 23*bis* et de prévoir une dérogation à l'article 23*ter* de la loi relative à l'emploi des langues en matière judiciaire. Bien que le tribunal de l'application des peines de Bruxelles

ait été déclaré compétent pour connaître de l'appel de la décision du procureur du Roi visant à adapter la peine, la langue de la procédure pose à nouveau question. En effet, l'article 23bis, alinéa 3, stipule que dans le ressort de la cour d'appel de Bruxelles, devant le tribunal de l'application des peines, la procédure est faite en français ou en néerlandais, selon la langue dans laquelle a été prononcé le jugement ou l'arrêt infligeant la peine la plus lourde. L'article 23ter, alinéa 2, énonce quant à lui que les dossiers de condamnés qui connaissent uniquement l'allemand ou qui s'expriment plus aisément dans cette langue sont transférés au tribunal de l'application des peines du ressort de la cour d'appel de Liège (la loi serait donc en l'état contraire à la loi sur l'emploi des langues).

La solution de rechange consiste à revoir la compétence unique du procureur du Roi de Bruxelles et de rendre compétent le procureur du Roi de l'arrondissement où l'intéressé réside ou est trouvé (comme dans le cadre du mandat d'arrêt européen) ou de désigner le procureur fédéral et de supprimer la désignation du tribunal de l'application des peines de Bruxelles (parler simplement du tribunal de l'application des peines).

L'article 17, § 2, dispose que le juge d'instruction entend la personne concernée. Si l'on souhaite rester conforme au régime d'application dans le cadre du mandat d'arrêt européen, il convient dans ce cas de prévoir l'assistance d'un avocat. Le régime de l'arrestation provisoire aux fins de l'extradition est différent (pas d'audition de l'intéressé), car le juge d'instruction ne doit PAS procéder conformément à la loi relative à la détention préventive.

Une remarque complémentaire doit être formulée concernant la durée du mandat d'arrestation provisoire. L'article 20, § 1^{er}, de la loi relative au mandat d'arrêt européen spécifie explicitement que l'ordonnance du juge d'instruction prise en vertu de l'article 11 garde son effet jusqu'à ce que la décision sur l'exécution du mandat d'arrêt européen soit devenue définitive. La loi du 15 mai 2012 ne contient pas explicitement une disposition similaire, mais il peut être déduit de l'article 17, § 4, alinéa 1^{er}, que la décision du juge d'instruction continue de produire ses effets jusqu'au moment où une décision définitive est rendue concernant la reconnaissance et l'exécution du jugement. Cependant, il est recommandé de la mentionner explicitement dans la loi.

▪ ***L'adaptation de la peine***

La Convention sur le transfèrement des personnes condamnées du 21 mars 1983 prévoit, en ses articles 10 et 11, deux possibilités : soit l'on opte pour une poursuite de l'exécution, soit pour la conversion de la condamnation. La Belgique a penché pour le système de la poursuite de l'exécution, moyennant une éventuelle adaptation de la peine par le tribunal correctionnel, sur réquisition du procureur du Roi compétent. La compétence discrétionnaire du procureur du Roi (qui peut donc également décider de ne pas adapter la peine, décision qui n'est susceptible d'aucun recours) a donné lieu à de nombreuses procédures en référé, qui ont elles-mêmes donné naissance à la circulaire COL 08/2010.

Les articles 37 et suivants de la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs (CEVIJR) du 28 mai 1970 prévoient un exequatur de la décision étrangère par un organe judiciaire de l'État requis. Étant donné que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 mai 1990 sur le transfèrement, l'exécution de peines privatives de liberté repose sur le principe de la poursuite de l'exécution, il n'a pas non plus été opté pour l'instauration d'un exequatur en vue de l'application de la CEVIJR (la loi nationale est plus souple que la Convention).

La décision-cadre actuelle combine les deux éléments qui précèdent : l'exécution est poursuivie à condition que le procureur du Roi de Bruxelles reconnaisse préalablement le jugement rendu à l'étranger.

Lors de la transposition de la décision-cadre, le législateur a choisi de désigner le procureur du Roi de Bruxelles comme unique autorité compétente en vue d'une éventuelle adaptation de la peine. Si le procureur du Roi décide de ne pas adapter la peine, il n'existe aucun recours contre cette décision. Dans le cas où celle-ci donnerait lieu à des procédures en référé, il peut être renvoyé à l'article 8, 3°, de la décision-cadre, qui dispose que : « *Si la nature de la condamnation est incompatible avec le droit de l'État d'exécution, l'autorité compétente de l'État d'exécution peut adapter cette condamnation (...)* ». Par conséquent, il peut être parti du principe que la solution belge est conforme à cette décision-cadre.

La différence avec le système classique de la loi sur le transfèrement et la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées réside dans le fait qu'actuellement, il n'existe plus aucune possibilité permettant d'obliger le procureur du Roi de soumettre encore la question de l'éventuelle adaptation à un juge. Il convient d'attendre la décision que la Cour constitutionnelle rendra éventuellement à ce sujet (il aurait pu être opté pour le tribunal de l'application des peines).

En ce qui concerne l'adaptation de la peine, il n'y a aucune raison de déroger à la jurisprudence qui a été dégagée dans le cadre de la loi sur le transfèrement (l'évaluation de l'adaptation requiert donc effectivement un nouvel examen de l'existence de circonstances aggravantes. À cet égard, il peut être fait référence à la problématique des jugements britanniques [trop limités sur le plan du contenu]).

▪ ***La notification de la décision de (non-)reconnaissance, d'exécution et d'une éventuelle adaptation***

Si le procureur du Roi décide de reconnaître et d'exécuter la décision, il décide de l'arrestation de l'intéressé. Il semble qu'il délivrera alors une ordonnance de prise de corps (pour autant que l'intéressé n'ait pas été, entre-temps, arrêté provisoirement). Le délai de 15 jours pour interjeter appel auprès de la chambre du conseil semble, en pareil cas, commencer à courir le jour de l'exécution de l'ordonnance de prise de corps.

Toutefois, si le juge d'instruction remet l'intéressé en liberté sous conditions, l'ordonnance de ce dernier produit ses effets (solution implicite – cf. *supra*) jusqu'au moment où une décision définitive a été rendue concernant la reconnaissance et l'exécution du jugement rendu à l'étranger (donc éventuellement après l'arrêt de la Cour de cassation). En tel cas, la loi ne précise pas la date de début du délai dans lequel l'on peut saisir la chambre du conseil de l'affaire. La loi reste également muette quant à la manière dont la notification (par la police, par un huissier de justice, par lettre recommandée à la poste, etc. Une signification à personne est-elle nécessaire ou une signification au domicile (élu) suffit-elle ? – cf. la problématique existant dans le cadre d'un mandat d'arrêt européen, pour laquelle une modification législative a été proposée). Il conviendra donc de désigner le mode de signification et de déterminer quelle est la date de début du délai précité de 15 jours pour interjeter appel de la décision du procureur du Roi auprès de la chambre du conseil de Bruxelles.

▪ ***L'exécution d'un jugement rendu en Belgique***

La loi ne prévoit pas qu'il est tenu compte des contre-indications classiques découlant de la gravité de la condamnation, du risque d'une adaptation inappropriée de la peine prononcée en Belgique, du caractère sensible des faits ayant donné lieu à la condamnation, de l'indemnisation des victimes ou de l'intérêt des victimes en général.

▪ ***Le lien avec un mandat d'arrêt européen***

a) La Belgique décide du mandat d'arrêt européen

La garantie du retour

L'article 39, § 2, de la loi stipule que la décision de la juridiction d'instruction (qui a imposé la garantie du retour) emporte l'accord préalable qui serait exigé pour la reconnaissance et l'exécution du jugement. La loi énonce également que le procureur du Roi territorialement compétent (il semble que ce soit dans tous les cas le procureur du Roi de Bruxelles. Donc, même lorsqu'il s'agit d'une décision rendue par la chambre du conseil de Furnes, par exemple, un devoir d'information devra donc être mis en place à l'égard du procureur du Roi de Bruxelles et il devra être prévu d'envoyer la décision de la juridiction d'instruction qui a prononcé la garantie du retour ainsi qu'une copie du MAE étranger avec sa traduction, de sorte que le procureur du Roi sache qui était l'autorité d'émission étrangère) exige le jugement et le certificat de l'autorité étrangère, afin de procéder ensuite à l'examen des motifs de refus et à l'éventuelle adaptation de la peine.

L'examen des motifs de refus semble poser des difficultés. Une garantie du retour ne peut être imposée que si les faits sont également punissables en droit belge et uniquement en ce qui concerne les faits pour lesquels la remise est autorisée (cf. à cet égard la problématique d'une peine qui est également infligée pour des faits pour lesquels la remise n'a pas été autorisée). Cette garantie requiert donc un contrôle de la double incrimination ou, si le fait relève de l'une des 32 catégories d'infractions, un contrôle marginal destiné à vérifier si les comportements décrits paraissent correspondre aux formes de criminalité définies de manière générique et énumérées à l'article 5, § 2, de la loi sur le mandat d'arrêt européen. Les infractions « fiscales » (article 5, § 3, de la loi sur le mandat d'arrêt européen) ne posent aucun problème au regard de l'article 11, § 3, de la loi du 15 mai 2012. Si une peine (accessoire) a été infligée pour des faits pour lesquels la remise n'a pas été autorisée, le procureur du Roi de Bruxelles ne doit pas procéder à un contrôle des motifs de refus pour ceux-ci, mais doit appliquer l'article 5 de la loi du 15 mai 2012.

Si plusieurs peines ont été prononcées et qu'une distinction peut donc clairement être opérée entre la peine infligée pour les faits pour lesquels la garantie du retour a été imposée et

- la peine infligée pour des faits pour lesquels la remise n'a pas été autorisée
- ou les faits pour lesquels la remise n'a pas été demandée,

le procureur du Roi peut décider de procéder à une exécution partielle (ce qui est à nouveau en contradiction avec les motifs de refus).

Si la remise complémentaire a été accordée (avec imposition ou non de l'obligation du retour), aucun problème ne se pose.

L'imposition de la garantie du retour implique l'obligation d'exécuter la peine prononcée à l'étranger. La décision de justice belge est donc contraignante pour le procureur du Roi de Bruxelles. Si ce dernier décide de ne pas reconnaître ou d'exécuter le jugement étranger, sur la base d'un motif de refus ou non, il méconnaît la décision judiciaire belge.

Hormis un principe « *ne bis in idem* » (qui devrait, en principe, être purement théorique), sur quels motifs de refus le procureur du Roi de Bruxelles peut-il justifier sa décision d'ignorer une décision judiciaire belge ?

b) La Belgique émet un mandat d'arrêt européen

- application de l'article 4, 6°, de la décision-cadre : quid si le mandat d'arrêt européen regroupe différentes décisions ou si plusieurs mandats d'arrêt ont été délivrés : qui rédige le certificat ou plusieurs certificats doivent-ils être établis (un par jugement) ?

- application de l'article 5, 3°, de la décision-cadre : même remarque : quid si plusieurs mandats d'arrêt européens ont été délivrés ? Précédemment, il avait été affirmé que le

procureur du Roi du dernier lieu de condamnation devait veiller à l'exécution de la garantie du retour (un point de vue qui est acceptable), mais il paraît difficilement réalisable que ce procureur du Roi doive également regrouper tous les jugements et rédiger un ou plusieurs certificats pour l'ensemble des affaires. Le cas échéant, le point de vue du Conseil des procureurs du Roi doit être sollicité à ce propos.

C. Droit pénal social, économique et fiscal

C.1. Points déjà repris dans de précédents rapports de suivi législatif, éventuellement actualisés

1) Article 22bis de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, inséré par l'article 179, de la loi portant des dispositions diverses du 27 décembre 2006 (repris depuis la publication du rapport 2008-2009)

La loi portant des dispositions diverses du 27 décembre 2006 (M.B. du 28 décembre 2006) a inséré, par l'article 179, dans la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, un article 22bis relatif à la clause d'écolage.

Les dispositions de cet article sont entrées en vigueur le 7 janvier 2007. De ce fait, il y avait un cadre légal relatif à la validité juridique de la clause d'écolage. Il reste néanmoins un certain nombre de points à éclaircir.

▪ **Date de début de la clause d'écolage en cas de départ du travailleur pendant la formation**

L'article 22bis, § 3, contient les mentions obligatoires pour qu'une clause d'écolage soit valable :

L'écrit doit mentionner :

- 1° une description de la formation convenue, la durée de la formation et le lieu où sera dispensée la formation ;
- 2° le coût de cette formation ou dans le cas où ce coût ne peut être déterminé dans sa totalité, les éléments de coûts susceptibles de permettre une estimation de la valeur de la formation ; la rémunération due au travailleur concerné dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail ainsi que les frais de transport ou de résidence ne peuvent être inclus dans le coût de la formation ;
- 3° la date de début et la durée de validité de la clause d'écolage établie conformément au paragraphe 5. Lorsque la formation donne lieu à la délivrance d'une attestation, la date de début de la validité de la clause d'écolage coïncide avec la délivrance de ladite attestation ;
- 4° le montant du remboursement d'une partie des frais d'écolage, pris en charge par l'employeur, que le travailleur s'engage à payer à l'issue de la formation, montant exprimé de manière dégressive par rapport à la durée de validité de la clause d'écolage; ce montant ne pourra pas dépasser les limites fixées par le paragraphe 5.

Lorsque la formation donne lieu à la délivrance d'une attestation, la date de début de la validité de la clause d'écolage coïncide avec la délivrance de ladite attestation. Cela implique que toute la période de formation est exclue du champ d'application de la clause d'écolage en cas de formations donnant lieu à la délivrance d'une attestation. En effet, la clause d'écolage n'entre en vigueur qu'à la date de délivrance d'une attestation ou d'un certificat. Dans l'hypothèse où une clause d'écolage est conclue pour une formation donnant lieu à la délivrance d'une attestation, cela a pour conséquence que la clause d'écolage ne peut pas être invoquée si le travailleur quitte l'entreprise pendant la formation (et donc avant la date de délivrance de l'attestation), étant donné que la clause d'écolage n'est pas encore entrée en vigueur.

Solution possible :

L'on ne voit pas clairement pourquoi une distinction est faite entre la formation avec et sans délivrance d'une attestation. Le passage « **Lorsque la formation donne lieu à la délivrance d'une attestation, la date de début de la validité de la clause d'écolage coïncide avec la délivrance de ladite attestation ;** » pourrait éventuellement être supprimé.

▪ **Appréciation de la limite de rémunération annuelle**

L'article 22bis, § 4, de la loi relative aux contrats de travail requiert que la rémunération annuelle du travailleur avec lequel une clause d'écolage est convenue ne dépasse pas 16.100 euros (montant 2009 indexé à partir du 1^{er} janvier 2009 : 29.729 euros brut). L'on ne voit cependant pas clairement quand cette limite de rémunération annuelle doit être respectée. Est-ce au moment où la clause d'écolage est conclue ou au moment où la clause d'écolage produit ses effets ?

Dans la version néerlandaise du texte, le passage « zoals vastgesteld voor de werknemers van 21 jaar of meer » est erronément mentionné à deux reprises, ce qui ne facilite pas la lisibilité.

L'article 22bis, § 4, de la loi relative aux contrats de travail requiert que la rémunération annuelle du travailleur avec lequel une clause d'écolage est convenue ne dépasse pas 16.100 euros (montant 2009 indexé à partir du 1^{er} janvier 2009 : 29.729 euros brut). L'on ne voit cependant pas clairement quand cette limite de rémunération annuelle doit être respectée. Est-ce au moment où la clause d'écolage est conclue ou au moment où la clause d'écolage produit ses effets ?

Article 22bis, § 4 :

La clause d'écolage est réputée inexistante :

- lorsque la rémunération annuelle ne dépasse pas 16.100 euros ;
- lorsqu'il ne s'agit pas d'une formation spécifique permettant d'acquérir de nouvelles compétences professionnelles pouvant, le cas échéant, être valorisées également en dehors de l'entreprise ;
- lorsque la formation dispensée au travailleur se situe dans le cadre réglementaire ou légal requis pour l'exercice de la profession pour laquelle le travailleur a été engagé ou lorsque la formation n'atteint pas une durée de 80 heures ou une valeur égale au double du revenu minimum mensuel moyen garanti, tel que fixé pour les travailleurs de 21 ans ou plus par convention collective de travail conclue au sein du Conseil national du Travail.

Solution possible :

Sur le plan textuel, il semble que la condition de rémunération annuelle doit être remplie au moment où la clause d'écolage est conclue. En effet, ce passage a été repris dans les conditions d'existence de la clause d'écolage (art. 22, § 4) et non dans les conditions d'effet (art. 22bis, § 6). Il me semble également que cette interprétation correspond à l'esprit de ces dispositions qui protègent principalement les intérêts des travailleurs.

« La clause d'écolage est réputée inexistante lorsque la rémunération annuelle ne dépasse pas 16.100 euros **au moment de la conclusion de la clause d'écolage** ».

▪ **Problème linguistique**

Article 22bis, § 4 :

La clause d'écolage est réputée inexistante :

- lorsque la rémunération annuelle ne dépasse pas 16.100 euros ;

- lorsqu'il ne s'agit pas d'une formation spécifique permettant d'acquérir de nouvelles compétences professionnelles pouvant, le cas échéant, être valorisées également en dehors de l'entreprise ;
- lorsque la formation dispensée au travailleur se situe dans le cadre réglementaire ou légal requis pour l'exercice de la profession pour laquelle le travailleur a été engagé ou lorsque la formation n'atteint pas une durée de 80 heures ou une valeur égale au double du revenu minimum mensuel moyen garanti, tel que fixé pour les travailleurs de 21 ans ou plus par convention collective de travail conclue au sein du Conseil national du Travail. Dans la version néerlandaise du texte, le passage « zoals vastgesteld voor de werknemers van 21 jaar of meer » est erronément mentionné à deux reprises, ce qui ne facilite pas la lisibilité. Solution possible : supprimer une fois « zoals vastgesteld voor de werknemers van 21 jaar of meer ».

Il convient de faire remarquer qu'une proposition de loi a été déposée concernant les clauses d'écolage, dans laquelle les éléments précités n'ont toutefois pas été abordés²⁸.

2) Le secret professionnel des CPAS en matière pénale (repris depuis la publication du rapport 2008-2009)

▪ Dispositions légales

- Art. 138ter du Code judiciaire :

« Dans toutes les contestations qui relèvent de la compétence des juridictions du travail, le ministère public auprès des juridictions du travail peut requérir du ministre ou des institutions ou services publics compétents les renseignements administratifs nécessaires. Il peut à cet effet requérir le concours des fonctionnaires chargés par l'autorité administrative compétente de contrôler l'application des dispositions légales et réglementaires visées aux articles 578 à 583. »

- Art. 46quater, §§ 1^{er} et 3, du Code d'instruction criminelle :

« § 1^{er}. En recherchant les crimes et les délits, le procureur du Roi peut requérir, s'il existe des indices sérieux que les infractions peuvent donner lieu à une peine d'emprisonnement correctionnel principal d'un an ou à une peine plus lourde, les renseignements suivants :

- a) la liste des comptes bancaires, des coffres bancaires ou des instruments financiers tels que définis à l'article 2, 1^o, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, dont le suspect est le titulaire, le mandataire ou le véritable bénéficiaire et, le cas échéant, toutes les données à ce sujet;*
- b) les transactions bancaires qui ont été réalisées pendant une période déterminée sur un ou plusieurs de ces comptes bancaires ou instruments financiers, y inclus les renseignements concernant tout compte émetteur ou récepteur;*
- c) les données concernant les titulaires ou mandataires qui, pendant une période déterminée, ont ou avaient accès à ces coffres bancaires.*

§ 2. (...)

§ 3. Le procureur du Roi peut, par une décision écrite et motivée, requérir le concours de la banque ou de l'établissement de crédit afin de permettre les mesures visées aux §§ 1^{er} et 2. La banque ou l'établissement de crédit est tenu de prêter sans délai son concours. Dans la demande, le procureur du Roi spécifie la forme sous laquelle les données visées au § 1^{er} lui seront communiquées.

²⁸ Doc. Parl., Chambre, session 2010-2011, DOC 53 0358/001.

Toute personne qui, du chef de sa fonction, a connaissance de la mesure ou y prête son concours est tenue de garder le secret. Toute violation du secret est punie conformément à l'article 458 du Code pénal.

Toute personne qui refuse de prêter son concours aux réquisitions visées au présent article est punie d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de vingt-six euros à dix mille euros ou d'une de ces peines seulement. »

▪ **Difficultés**

Certains CPAS opposent leur secret professionnel pour refuser toute forme de collaboration lorsque l'auditorat du travail fait une information pénale, par exemple sur une dissimulation de ressources ou sur l'usage de faux documents sociaux, ce alors même que le CPAS n'a fait aucune difficulté pour communiquer, conformément à l'article 138ter du Code judiciaire, son dossier civil dans une affaire pendant devant le tribunal du travail, et que, le plus souvent, le dossier pénal a été ouvert sur la base de ce dossier civil déposé par le même CPAS (ou par un autre) devant le tribunal du travail.

Une adaptation de la législation indiquant que le secret professionnel n'est pas opposable à l'auditeur du travail qui agit dans l'exercice de ses missions légales, mais en matière pénale, apparaît nécessaire.

Cette adaptation pourrait également prévoir la consultation de la Banque-Carrefour des Entreprises et de la Banque-Carrefour de la sécurité sociale.

▪ **Modifications proposées**

- Soit supprimer à l'article 138ter du Code judiciaire la proposition : « Dans toutes les contestations qui relèvent de la compétence des juridictions du travail », et modifier la disposition comme suit :

« Le ministère public auprès des juridictions du travail peut, pour l'exercice de ses missions légales, requérir du ministre ou des institutions ou services publics compétents les renseignements administratifs nécessaires. Il peut à cet effet requérir le concours des fonctionnaires chargés par l'autorité administrative compétente de contrôler l'application des dispositions légales et réglementaires visées aux articles 578 à 583 ».

- Soit ajouter un d) à l'article 46quater, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle :

« § 1^{er}. En recherchant les crimes et les délits, le procureur du Roi peut requérir, s'il existe des indices sérieux que les infractions peuvent donner lieu à une peine d'emprisonnement correctionnel principal d'un an ou à une peine plus lourde, les renseignements suivants (...):

d) les renseignements administratifs nécessaires auprès de l'administration fiscale, auprès de la Banque-Carrefour des entreprises, auprès de la Banque-Carrefour de la sécurité sociale instituée par la loi du 15 janvier 1990, et auprès des institutions de sécurité sociale visées à l'article 2, 2°, de la loi du 11 avril 1995 visant à la Charte de l'assuré social. »

Enfin, il peut être souligné que la proposition de loi (*Doc. parl.*, Chambre, session 2010-2011, DOC 53 1291/001) doit être considérée comme un complément aux mesures susmentionnées. En effet, dans ses propositions, le ministère public part du principe que le CPAS fournit des informations à sa demande, alors que le texte de la proposition de loi prend pour point de départ une obligation d'information active de la part du CPAS. Quelques améliorations devraient éventuellement être apportées au texte de la proposition de loi.

Le texte pourrait être modifié comme suit :

« Article 458ter. Par dérogation à l'article 458, les membres du personnel d'un centre public d'action sociale qui, du chef de leur profession, acquièrent connaissance d'un délit tel que prévu aux articles 232, 233 et 235 du Chapitre 2 : Le Code pénal social » de la loi du 6 juin 2010 introduisant le Code pénal social, sont tenus d'agir conformément aux dispositions de l'article 29 du Code d'instruction criminelle ».

La proposition de fait aucunement mention des articles 232, 233 et 235 du Code pénal social, parce que les dispositions doivent encore être coordonnées, ce qui aura pour conséquence que la numérotation du Code pénal social final différera de celle du texte proposé.

3) Prescription de l'action en recouvrement d'allocations sociales indues (repris depuis la publication du rapport 2008-2009)

▪ Dispositions légales

- Article 2244 du Code civil : « une citation en justice (...) signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire, forment l'interruption civile » ;
- Absence de disposition similaire à l'article 443ter du Code des impôts sur les revenus, inséré par la loi-programme du 22 décembre 2003, selon lequel toute action en justice par toute personne tenue au paiement de la dette suspend le cours de la prescription.

▪ Difficultés

Dans un arrêt rendu par la cour du travail de Mons le 10 avril 2008 (*J.T.T.*, 2009, 206), se pose une question de prescription (à l'égard d'allocations aux personnes handicapées, ancien régime). La requérante avait contesté une décision d'indu, mais l'institution de sécurité sociale n'avait pas, depuis l'introduction du recours, notifié un nouvel acte interruptif de prescription. La question est de savoir si le recours formé par l'assuré social contre la décision d'indu a un effet sur le délai de prescription.

La Cour se réfère à l'article 2244 du Code civil pour décider que le recours introduit par l'assuré social ne peut être considéré comme un acte interruptif de prescription en faveur de l'institution de sécurité sociale. La cour de Mons se réfère également un arrêt de la cour du travail d'Anvers du 28 mars 2000 (*Chr.D.S.*, 2002, p. 189).

Il est étonnant qu'un délai de prescription continue à courir à l'égard d'un indu contesté (et donc incertain). En effet, vu du côté du créancier, il ne semble pas spécialement logique d'attendre de lui qu'il continue de notifier des actes interruptifs de prescription à l'égard d'une dette dont le montant est incertain tant que le tribunal n'a pas statué.

Par ailleurs, il y a un risque évident qu'une action soit introduite aux seules fins de pouvoir bénéficier de la prescription (dans l'espoir d'une méprise du créancier quant aux conséquences). Elle est d'ailleurs fréquente, les demandes reconventionnelles étant plutôt rares et dans le meilleur des cas déposées avec les conclusions dans les semaines qui précèdent la fixation de l'affaire, à une époque où la dette est déjà très souvent prescrite en raison de l'arriéré judiciaire, sauf pour les longs délais de 5 à 10 ans qui sont loin d'être généralisés en sécurité sociale.

Par analogie avec la disposition fiscale introduite pour lutter contre la fraude fiscale, la modification suggérée serait utile comme moyen (civil) en vue de lutter contre la fraude sociale.

D'ailleurs, le plan d'action 2012/2013 du Collège visant à lutter contre la fraude fiscale et sociale reprend cette proposition.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Prévoir en sécurité sociale et en aide sociale une disposition générale semblable à l'article 443^{ter} du Code des impôts sur les revenus, inséré par la loi-programme du 22 décembre 2003, selon lequel toute action en justice par toute personne tenue au paiement de la dette suspend le cours de la prescription.

4) Code des sociétés – Mandats au sein des sociétés (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

Il n'est pas rare qu'en matière de sécurité sociale, des systèmes de fraude sont mis en place qui tirent avantage du fait que, pour exercer des mandats au sein de sociétés, il ne faut remplir quasi aucune condition. La seule limite est celle qui est prévue dans l'A.R. n° 22 du 24 octobre 1934 relatif à l'interdiction judiciaire à certains condamnés et aux faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités.

En outre, il y a la loi du 10 février 1998, loi-programme pour la promotion de l'entreprise indépendante. Cette réglementation prévoit que, pour l'exercice d'une activité exigeant une inscription au registre du commerce ou de l'artisanat, un des mandataires de société dispose d'une connaissance de base en gestion d'entreprises.

La combinaison des règles ci-dessus mentionnées crée la possibilité de mettre en place un système de fraude où l'on inscrit, par exemple, comme chefs d'entreprise des personnes qui doivent en fait être considérées comme travailleurs, ce qui facilite le phénomène des faux indépendants.

Une entrave à ce système de fraude serait d'enjoindre à chaque mandataire d'une personne morale qu'il doive satisfaire aux dispositions de la loi de 1998 sur l'entreprise indépendante. Cette exigence pourra déjà écarter un grand nombre d'abus.

Cela pourrait aussi restreindre un autre type de fraude. Il a été observé par le passé que certaines personnes exercent, durant des périodes de temps limitées, un mandat dans une personne morale, pour ensuite demander de l'aide du CPAS. La différence avec le premier type de fraude est qu'il n'est même pas question de prestations effectuées (fût-ce sous le statut incorrect – indépendant au lieu de travailleur). L'inscription a uniquement pour but d'ouvrir certains droits.

5) Code des sociétés – Sociétés dormantes (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

Les mécanismes de fraude, sociale ou autre, utilisent souvent ce que l'on nomme communément « des sociétés dormantes ». L'avantage présenté par ces sociétés est évident. Ainsi, il n'est plus question, entre autres, de la responsabilité du fondateur, prévue à l'article 456 du Code des sociétés. Ces sociétés ont déjà un passé honorable derrière elles et, dès lors, elles n'éveillent pas immédiatement les soupçons des services publics, en tout cas pas avant qu'il ne soit trop tard.

L'article 182 de la loi des sociétés règle la question de « la dissolution judiciaire des sociétés qui ne sont plus actives », mais il est évident que cette réglementation est insuffisante. La mesure prévue à l'article 182 concerne la situation d'une société restée en défaut de déposer les comptes annuels pour trois exercices consécutifs. Toutefois, si l'on s'acquiesce de cette obligation formelle, il n'y a aucun problème, même si cette société

ne déploie, depuis plusieurs années, plus aucune activité économique et peut littéralement être achetée en solde.

Outre la condition déjà réglée à l'article 182 de la loi des sociétés, il convient en plus de prévoir que la dissolution peut être prononcée lorsque la société n'a plus déployé aucune activité économique pendant trois années consécutives. Des critères comptables pourraient être définis qui peuvent servir de paramètres pour cette (in)activité.

6) La loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

La loi de 1987 prévoit le principe que la mise à disposition de travailleurs est interdite. On se trouve en présence de mise à disposition dès lors que l'utilisateur exerce une quelconque parcelle de l'autorité patronale.

C'est à ce titre que l'on s'est attaqué à la traite de la main-d'œuvre au cours des années nonante. Cependant, la loi du 12 août 2000 a apporté une modification de fond à l'article 31. Un deuxième alinéa a été inséré au § 1^{er} de cet article.

Il stipulait que :

« Ne constitue toutefois pas l'exercice d'une autorité au sens du présent article, le respect par le tiers des obligations qui lui reviennent en matière de bien-être au travail ainsi que des instructions données par le tiers, en vertu du contrat qui le lie à l'employeur, quant aux temps de travail et aux temps de repos et quant à l'exécution du travail convenu ».

Cette modification a, *de facto*, vidé cette loi de sa substance, puisque la mise à disposition interdite est devenue quasi invérifiable. Cependant, la loi de 1987 pourrait s'avérer une arme redoutable pour contrer le développement de la mise à disposition que l'on rencontre actuellement, même ceux à dimension internationale.

La proposition consiste à abrégier de nouveau le deuxième alinéa inséré à l'article 31, § 1^{er}, de la loi de 1987 par la loi du 12 août 2000.

7) Loi du 14 février 1961 d'expansion économique, de progrès social et de redressement financier (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

L'arrêté royal du 25 novembre 1991 prévoit que le montant des allocations est partiellement déterminé par le fait d'être cohabitant ou non.

Avant 2000, il était procédé à un contrôle s'il existait des indices que la déclaration de la situation familiale n'était pas correcte et ce, en vertu des dispositions de la loi concernant l'inspection du travail du 16 novembre 1972. Une autorisation de visite domiciliaire était demandée au juge de police et l'enquête était poursuivie.

La loi du 6 décembre 2000 a modifié la loi de 1961, mettant en place un système de contrôle que l'on peut à tout le moins qualifier d'inefficace. La procédure est très complexe et prive les services d'inspection de l'ONE de la possibilité d'agir efficacement. Le texte de l'article 23 de la loi de 1961 est désormais libellé comme suit :

“§ 1^{er}. Par dérogation au Code pénal social, les inspecteurs sociaux peuvent, lorsqu'ils interviennent dans le cadre du contrôle de la situation familiale de l'assuré social, pénétrer, entre 6 et 20 heures, dans les locaux habités, moyennant le respect des dispositions du présent article.

§ 2. Le bureau de chômage compétent de l'Office national de l'emploi convoque l'assuré social pour une audition en vue de la vérification de sa situation familiale. Cette audience

a lieu au bureau de chômage ou dans un autre local dont l'Office peut disposer. La convocation est faite par écrit. À peine de nullité, cet écrit doit :

1° être envoyé au moins dix jours avant l'audition ;
2° préciser le motif de la convocation et la possibilité de produire des documents qui confirment la déclaration de situation familiale ; la convocation mentionne une liste non limitative de ces documents.

Si, à l'issue de l'audition, l'Office a encore des doutes quant à l'exactitude de la déclaration de la situation familiale et considère qu'une visite des locaux habités est nécessaire, il en informe immédiatement l'assuré social et demande son consentement à cette fin. Cette demande est faite de façon explicite et non équivoque.

Cette demande contient l'énoncé des règles prévues par l'article 8 de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction.

L'assuré social est informé de la possibilité de refuser une visite domiciliaire, visée à l'alinéa 3. En outre, il est informé de ce que, s'il accepte la visite, il peut se faire assister par un avocat ou par un représentant d'une organisation de travailleurs agréée.

La visite des locaux se fera par au moins deux inspecteurs sociaux désignés en vertu du Code pénal social.

Un procès-verbal sera dressé ; il rendra compte du déroulement de la visite des locaux ou de l'immeuble, il sera signé par les fonctionnaires et proposé à la signature du chômeur.

Si l'assuré social donne son consentement, il est invité à signer un document par lequel il autorise la visite du domicile. Ce consentement ne porte pas préjudice à l'obligation de respecter la disposition du paragraphe 3, alinéa 2, si une autre personne qui a la jouissance effective du lieu, est présente lors de la visite du domicile.

Si le chômeur ne se présente pas à l'audition, refuse la visite domiciliaire ou retire ultérieurement le consentement qu'il a donné, le directeur du bureau statue sur la base des éléments dont il dispose.

§ 3. Conformément à la loi du 7 juin 1969 fixant le temps pendant lequel il ne peut être procédé à des perquisitions ou visites domiciliaires, et au paragraphe 1^{er}, les fonctionnaires peuvent pénétrer dans les locaux habités moyennant le consentement de la personne qui a la jouissance effective du lieu. Ce consentement doit être donné par écrit, préalablement à la visite du domicile.

§ 4. L'assuré social est informé de la possibilité d'introduire une réclamation écrite ou orale, auprès du médiateur fédéral compétent, au sujet de l'intervention de l'Office national de l'emploi en matière de contrôle de la situation familiale, conformément à l'article 8 de la loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux.

La proposition du ministère public consiste à supprimer à nouveau la réglementation instaurée en 2000. Les contrôles en matière de déclaration inexacte de la composition du ménage se dérouleraient, à ce moment-là, suivant les dispositions du Code pénal social, étant entendu que les autorisations de visite domiciliaire seraient délivrées par le juge d'instruction. Il importe également de préciser que la procédure en vue de l'obtention d'une telle autorisation est mieux réglementée par rapport au régime prévu dans la loi concernant l'inspection du travail.

8) Arrêté de chômage du 25 novembre 1991 – Régime d'allocations en cas de chômage temporaire – Article 106 (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ Difficultés

L'article 106 de l'A.R. du 25 novembre 1991, tel que modifié par l'article 10 de l'A.R. du 25 mai 1993 (M.B. du 28 mai 1993), donne la possibilité d'accéder au régime de chômage temporaire, au travailleur à temps plein et au travailleur à temps partiel avec maintien des droits visé à l'article 29, § 2, de l'A.R. du 25 novembre 1991.

Cet accès au chômage temporaire est possible après une seule journée de travail.

Par ailleurs les journées de chômage temporaire sont considérées comme des journées assimilées pour l'admission au chômage complet.

Il en découle un risque important de fraude.

La preuve de l'utilisation de faux documents est toutefois extrêmement difficile à rapporter.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Le ministère public se demande si ce système actuel du chômage temporaire correspond bien à la *ratio legis* du législateur.

Il invite ce dernier (le Roi en l'occurrence) à prendre des initiatives permettant de réduire au maximum le risque d'abus.

9) Article 37, § 2, de l'arrêté royal portant réglementation du chômage du 25 novembre 1991 (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ **Difficultés**

En application de l'article 37, § 2, de l'arrêté royal portant réglementation du chômage, un ressortissant étranger peut être admis au bénéfice des allocations de chômage belges, sur la base du travail effectué à l'étranger, si en Belgique, ce travail engendrerait des retenues pour la sécurité sociale.

La main-d'œuvre étrangère sans travail ne peut être admise au chômage en Belgique que si elle a accompli, après le travail effectué à l'étranger, des périodes de travail en tant salarié en vertu de la réglementation belge.

Ceci implique qu'un ressortissant étranger a droit aux allocations de chômage belges dès qu'il a travaillé une journée dans un lien de subordination en Belgique et qu'au cours de la période précédant cette occupation il a, à l'étranger, ou bien travaillé dans un lien de subordination et a payé des cotisations de sécurité sociale, ou bien travaillé sans que les cotisations de sécurité sociale n'aient été payées, tandis que si ce travail avait été presté en Belgique, il aurait payé des cotisations de sécurité sociale – secteur chômage.

Le fait que le travail presté dans le pays d'origine puisse compter intégralement pour le calcul des journées de travail au cours de la période de référence, ouvre la porte à des abus difficiles à rechercher et presque incontrôlables (vu le know-how plus développé, l'utilisation de structures de sociétés étrangères dont l'activité est difficile de vérifier, et l'usage de l'informatique et des multimédia).

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Ici aussi, le ministère public se demande si l'objectif de la réglementation est toujours bien rencontré de manière crédible.

Une solution pourrait consister à revoir les conditions à réunir pour être admis aux allocations de chômage belges en tant que main-d'œuvre étrangère.

10) Déclaration et contrôle des périodes de chômage (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ *Difficultés*

En application des articles 71, 1, 3, 4 et 5 de l'arrêté royal portant réglementation du chômage, le chômeur doit, pour bénéficier d'allocations, être en possession d'une carte de contrôle (le plus souvent C.3.2.) qu'il doit compléter correctement.

À cet effet, le chômeur doit, avant le début de l'activité, visée à l'article 45, en faire mention sur la carte de contrôle.

Dans la pratique, le travailleur au chômage peut aller chercher une carte de contrôle auprès de son syndicat. Cette carte doit être complétée le premier jour-calendrier du mois et le chômeur doit la conserver par-devers lui s'il veut exercer une activité intégrée dans le courant des échanges économiques de biens et de services.

Lorsque le travailleur au chômage n'exerce aucune activité, il ne doit rien faire.

Lorsque le travailleur au chômage veut exercer une activité pour un employeur ou pour lui-même, comme déterminé à l'article 45 de l'Arrêté portant réglementation du chômage, il doit préalablement biffer la case correspondante au jour de travail sur sa carte de contrôle.

Si le travailleur au chômage est contrôlé durant l'exercice de l'activité, il doit pouvoir produire sa carte de chômage à la demande du contrôleur compétent.

Si la carte de contrôle est correctement complétée, (s'il a biffé la case correspondant à la journée de travail en question), le travailleur au chômage a satisfait à son obligation. Si la carte de contrôle n'a pas été complétée ou si la case n'a pas été biffée, le chômeur peut être sanctionné en application de l'article 175 de l'arrêté royal portant réglementation du chômage et il peut tant se voir poursuivi sur le plan correctionnel que se voir infliger une sanction administrative avec une exclusion du droit à des indemnités de chômage allant normalement de 4 à 26 semaines.

La carte de contrôle est rentrée à la fin du mois et le chômeur ne reçoit pas d'allocations de chômage pour les jours – renseignés sur la carte de contrôle – où il a travaillé.

Pour le chômeur qui effectue un travail pour lui-même ou pour le chômeur qui exerce une activité accessoire d'indépendant déclarée et acceptée, le contrôle exercé via la carte de contrôle n'est pas suffisamment efficace.

Il arrive en effet qu'un tel chômeur ayant complété et biffé correctement les jours de travail sur la carte de contrôle, mais néanmoins non contrôlé pendant le mois, détruit la carte et introduit à la fin du mois une autre carte de contrôle qui ne comprend pas, ou moins, de cases biffées. De cette manière, ce chômeur perçoit des allocations de chômage pour les jours où il a travaillé.

▪ *Point de vue résumé du ministère public*

Afin d'éviter la fraude commise à l'aide des fausses cartes de contrôle de remplacement, il suffirait de numéroter les cartes de contrôle et de veiller à ce que le chômeur ne puisse utiliser qu'une carte par mois.

11) Articles 128 et suivants de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 sur l'assurance maladie – Article 883-2004 du règlement de coordination du 29 avril 2004 (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ **Difficultés**

La main-d'œuvre étrangère qui vient en Belgique, malade ou en incapacité de travail, et le travailleur indépendant belge en incapacité de travail, sont admis au bénéfice des indemnités d'incapacité de travail du système des salariés s'ils ont travaillé comme salarié en Belgique pendant une période de six mois précédant la constatation de l'incapacité de travail.

La pratique démontre que le contrôle est très difficile, ce qui ouvre la porte à la fraude. Il s'agit le plus souvent de personnes qui sont effectivement en incapacité de travail au moment où elles postulent les indemnités d'incapacité de travail et qui, à ce moment, réunissent les conditions de base pour y avoir droit. L'abus est donc difficile à démontrer et ne peut le souvent être démontré que sur bases médicales.

Il est en outre extrêmement difficile de contrôler et d'apporter la preuve du statut de salarié « fictif » adopté par l'indépendant pour bénéficier d'indemnités d'incapacité de travail.

Le contrôle du bénéfice frauduleux d'indemnités d'incapacité de travail, par exemple en raison de l'exercice d'un travail illégal durant l'incapacité de travail, fait au demeurant généralement défaut par manque de personnel et de moyens.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Pour le ministère public, la seule possibilité d'agir contre les risques de fraude consisterait à modifier des critères d'octroi tels que le délai d'attente de six mois ou l'acceptation des prestations qui ont été effectuées dans le pays d'origine, voire d'agir sur le montant des indemnités.

12) L'abrogation, en 2001, de l'article 50 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ **Difficultés**

La suppression de l'article 50 de l'A.R. du 25 novembre 1991 par la l'A.R. du 27 avril 2001 (*M.B.* du 28 avril 2001) a entraîné la disparition d'un des mécanismes de contrôle importants, ce qui a diminué l'efficacité et l'effectivité du contrôle dans le secteur du chômage. La possibilité d'exercer une activité accessoire au sens de l'article 45 de l'arrêté royal portant réglementation du chômage, échappe donc au contrôle de l'ONEM. L'article 48 de l'arrêté royal portant réglementation du chômage offre insuffisamment de garanties pour combler le vide de ce fait engendré dans le contrôle des agissements illégaux. Le contrôle perd ici clairement en efficacité et en crédibilité.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

L'article 50 de l'arrêté royal portant réglementation du chômage stipulait que le chômeur qui cohabite avec un indépendant ne pouvait bénéficier d'allocations que s'il en faisait la déclaration au moment de la demande d'indemnité ou au début de la cohabitation. Cette déclaration n'était pas requise lorsque le chômeur n'était pas en mesure d'aider considérablement l'indépendant avec lequel il cohabitait.

L'article 50 stipulait aussi au deuxième alinéa que l'article 48 s'appliquait au chômeur qui prêtait une aide quelconque à l'indépendant avec lequel il cohabitait.

L'interdiction de travail dans l'assurance sur le chômage est sévère. C'est dans cette optique que se pose la question de savoir pourquoi on a affaibli le contrôle à l'égard des situations sensibles à la fraude, telles la situation d'un chômeur qui cohabite avec un indépendant et qui peut ainsi facilement se laisser tenter par l'accomplissement de petits travaux dans cette activité d'indépendant.

▪ **Conclusion**

Le ministère public constate que l'on a supprimé un mécanisme de contrôle qui peut contribuer à lutter contre la fraude sociale et fiscale.

Il invite le législateur (le Roi en l'occurrence) à revoir cette situation.

13) Loi du 28 avril 1999 complétant, en ce qui concerne la lutte contre la fraude fiscale, l'arrêté royal n° 185 du 9 juillet 1935 sur le contrôle des banques et le régime des émissions de titres et valeurs et la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances (repris depuis la publication du rapport 2009-2010)

▪ **Difficultés**

Le problème réside dans une différence fondamentale entre le texte néerlandais et le texte français concernant le stade de la procédure auquel se trouve l'affaire pénale et auquel le ministère public procède à la signification au fisc :

Art. 2. Les officiers du ministère public près les cours et tribunaux qui sont saisis d'une information, dont l'examen fait apparaître des indices de fraude en matière d'impôts directs ou indirects, en informeront immédiatement le ministre des Finances.

Le texte français mentionne : « qui sont saisis d'une information » : donc (déjà) au stade d'une information (ou d'une enquête préliminaire) (qui peut être classée sans suite ultérieurement).

Art. 2. De ambtenaren van het openbaar ministerie bij de hoven en rechtbanken waarbij een strafzaak aanhangig is, waarvan het onderzoek indiciën van ontduiking inzake directe of indirecte belastingen aan het licht brengt, zullen onmiddellijk de Minister van Financiën inlichten.

Le texte néerlandais mentionne : « waarbij een strafonderzoek aanhangig is » : donc uniquement soit au stade d'une instruction judiciaire, soit d'une citation au fond.

La cour d'appel d'Anvers a dans son arrêt du 5 mai 2009 (cf. copie jointe en annexe au présent rapport de suivi législatif 2010-2011) fait une application stricte de la version néerlandaise de cette disposition. Cet arrêt est analysé notamment dans le « Fiscoloog » du 3 juin 2009 (également joint en annexe au présent rapport de suivi législatif 2010-2011).

Le SPF Finances a introduit un pourvoi en cassation contre cet arrêt. La Cour de cassation s'est prononcée par son arrêt rendu le 15 octobre 2010 en considérant que : « *En décidant que l'article 2 précité ne s'applique que lorsque l'action publique est exercée, soit par l'ouverture d'une instruction judiciaire sur réquisitions du procureur du Roi ou à la suite d'une plainte avec constitution de partie civile, soit par l'effet d'une citation directe devant le juge pénal par le procureur du Roi ou la partie civile, les juges d'appel ont violé cette disposition* ». L'arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 5 mai 2009 a été cassé et renvoyé devant la cour d'appel de Bruxelles ».

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Il est essentiel pour assurer la sécurité juridique de donner la même portée aux textes français et néerlandais d'une même disposition (voir également COL 5/2000 du 15 mai 2000).

Les travaux parlementaires révèlent clairement la volonté du législateur de l'époque. L'arrêt de la Cour de cassation du 15 octobre 2010 confirme l'interprétation à donner à cette disposition.

Il conviendrait de rédiger une loi (et de préférence une loi interprétative afin d'éviter que les dénonciations effectuées au ministre des Finances par les magistrats du ministère public ne soient encore attaquées) afin de donner exactement la même portée à cette disposition.

Cette problématique a été discutée lors d'une réunion du team de coordination du réseau d'expertise « Ecofin » du Collège des procureurs généraux.

Un projet d'avant-projet de loi a été rédigé au niveau de la cellule stratégique du secrétaire d'État à la coordination de la lutte contre la fraude (dans le cadre des projets du plan d'action du Collège pour la lutte contre la fraude fiscale et sociale) et transmise à la cellule stratégique du ministre de la Justice.

L'avant-projet de loi portant des dispositions diverses en matière de justice (2012) a inclus une disposition afin de gommer cette différence.

Si cette loi est approuvée au moment de la publication du présent rapport et si elle contient une solution allant en ce sens, les remarques qui précèdent ne doivent plus être prises en considération.

14) Problèmes soulevés par l'article 44, § 3, de la loi du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence coordonnée le 15 septembre 2006 (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

L'article 44 de la loi du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence coordonnée le 15 septembre 2006, prévoit en son paragraphe premier que l'instruction des affaires en matière de protection de la concurrence économique se fait par l'auditorat (institué auprès du Conseil de la concurrence).

Le paragraphe 3 de l'article 44 de cette loi pose cependant problème lorsqu'il prévoit que :

(le texte ci-après est mis en caractère gras pour indiquer où les problèmes se posent)

« § 3. **Sans préjudice des pouvoirs des officiers de police judiciaire, les auditeurs et les fonctionnaires de la Direction générale de la concurrence** commissionnés par le ministre sont compétents pour rechercher les infractions à la présente loi et pour constater ces infractions par des procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve du contraire. Ils sont aussi compétents pour rechercher toute information utile et pour faire toute constatation nécessaire en vue de l'application des articles 6 à 10. **Dans l'exercice des missions qui leur sont confiées, ils sont soumis à la surveillance du procureur général.**

Ils recueillent tous renseignements, reçoivent toutes dépositions ou tous témoignages écrits ou oraux, se font communiquer, quel qu'en soit le détenteur, tous documents ou éléments d'information qu'ils estiment nécessaires à l'accomplissement de leur mission et dont ils peuvent prendre copie et procèdent sur place aux constatations nécessaires.

Ils peuvent procéder à des perquisitions :

1° au domicile des chefs d'entreprise, administrateurs, gérants, directeurs, et autres membres du personnel ainsi qu'au domicile et dans les locaux professionnels des personnes physiques ou morales, internes ou externes, chargées de la gestion commerciale, comptable, administrative, fiscale et financière, entre 8 et 18 heures, avec l'autorisation préalable d'un juge d'instruction ;

2° dans les locaux, moyens de transport et autres lieux des entreprises où ils ont des raisons de croire qu'ils trouveront des documents ou éléments d'information qu'ils estiment nécessaires à l'accomplissement de leur mission et dont ils peuvent prendre copie, entre 8 et 18 heures, avec l'autorisation préalable du président du Conseil de la concurrence ou par un membre de l'assemblée générale du Conseil qui y est mandaté par le président.

Dans l'accomplissement de leur mission, ils peuvent saisir sur place et apposer des scellés pour la durée de leur mission et dans la mesure où cela est nécessaire aux fins de celle-ci, sans pouvoir excéder 72 heures, dans des locaux autres que ceux des entreprises ou d'associations d'entreprises. Ces mesures sont constatées dans un procès-verbal. Une copie de ce procès-verbal est remise à la personne qui a fait l'objet de ces mesures.

Dans l'accomplissement de leur mission, ils peuvent requérir la force publique.

Pour procéder à une perquisition, une saisie ou une apposition de scellés, les fonctionnaires visés à l'alinéa 1^{er} doivent en outre être porteurs d'un ordre de mission spécifique délivré par l'auditeur. Cet ordre de mission précise l'objet et le but de leur mission.

Les auditeurs peuvent commettre des experts dont ils déterminent la mission consultative. Les auditeurs peuvent aussi avoir recours aux fonctionnaires de la Direction générale du Contrôle et de la Médiation du Service public fédéral Économie, PME, Classes moyennes et Énergie. »

Il y a lieu tout d'abord d'indiquer que la loi sur la protection de la concurrence économique ne prévoit aucune sanction pénale en cas d'atteinte aux règles de la concurrence économique.

Les auditeurs et les fonctionnaires de la direction générale de la concurrence n'ont pas la qualité d'officier de police judiciaire auxiliaire du procureur du Roi.

Par conséquent, on peut s'interroger sur la pertinence de l'article 44, § 3 alinéa 1^{er}, de la loi du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence coordonnée le 15 septembre 2006 qui prévoit que « *Dans l'exercice des missions qui leur sont confiées, ils sont soumis à la surveillance du procureur général.* »

L'article 44, § 3, de la loi du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence coordonnée le 15 septembre 2006 pose un problème majeur lorsqu'il prévoit que les auditeurs et les fonctionnaires de la direction générale de la concurrence peuvent procéder à des perquisitions notamment au domicile des chefs d'entreprise, administrateurs, gérants, directeurs, et autres membres du personnel ainsi qu'au domicile et dans les locaux professionnels des personnes physiques ou morales, internes ou externes, chargées de la gestion commerciale, comptable, administrative, fiscale et financière, entre 8 et 18 heures, avec l'autorisation préalable d'un juge d'instruction.

En effet, la Constitution prévoit en son article 15 que « Le domicile est inviolable; aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. ».

Or, cette loi du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence, ni aucune autre loi, ne précise les modalités, les formes et la procédure à mettre en œuvre pour l'obtention d'une telle autorisation du juge d'instruction.

Les juges d'instruction et les procureurs du Roi auxquels les juges d'instruction s'adressent en cas de réception d'une telle demande, ne savent comment réagir.

Quels documents faut-il soumettre au juge d'instruction lors d'une telle demande d'autorisation d'effectuer une telle perquisition ?

Quel contrôle le juge d'instruction peut-il exercer lors de l'exécution de cette perquisition ?

En cas d'incident lors de la demande d'autorisation de perquisition ou lors de la perquisition, quelle juridiction devrait être saisie ?

Aucune réponse n'est donnée par la loi à ces questions fondamentales.

Dans le cas d'espèce, il est demandé au juge d'instruction d'accomplir un acte juridictionnel qui n'est pas prévu dans le Code d'instruction criminelle mais dans la loi du 15 septembre 2006 qui au demeurant n'incrimine pas les atteintes à la concurrence économique.

Il est à noter que l'article 28septies CIC indique expressément que le procureur du Roi ne peut pas solliciter, dans le cadre d'une mini-instruction, un mandat de perquisition à effectuer par des OPJAPR, sans qu'une instruction ne soit ouverte, alors que la loi du 15 septembre 2006 permet aux auditeurs et aux fonctionnaires de la direction générale de la concurrence de demander au juge d'instruction en dehors de toute instruction judiciaire, et sans qu'aucune infraction pénale ne soit commise, l'autorisation d'effectuer des perquisitions au domicile des chefs d'entreprise, administrateurs, gérants, directeurs, et autres membres du personnel ainsi qu'au domicile et dans les locaux professionnels des personnes physiques ou morales, internes ou externes, chargées de la gestion commerciale, comptable, administrative, fiscale et financière, entre 8 et 18 heures, à exécuter par des fonctionnaires qui n'ont pas la qualité d'OPJAPR et qui n'ont pas l'habitude d'effectuer des perquisitions.

Même le Conseil de la concurrence a attiré l'attention du législateur sur ce problème (cf. DOC 51 2180/001, p. 262). Le Conseil d'État s'est également interrogé à ce propos (cf. DOC 51 2180/001, pp. 146 à 148).

On risque néanmoins d'être confronté à très brève échéance à des sérieux problèmes.

C.2. Nouveaux points d'attention – Droit pénal social et fiscal

1) Arrêté royal du 20 septembre 2002 modifiant l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage en ce qui concerne la dispense des conditions mentionnées aux articles 60 et 66 de cet arrêté en faveur des chômeurs âgés et des prépensionnés

▪ Difficultés

Le contrôle du travail non autorisé de chômeurs âgés et de prépensionnés s'est sérieusement compliqué, car, depuis le 1^{er} octobre 2002, cette catégorie de chômeurs âgés de 60 ans et plus est dispensée de l'obligation de résider effectivement en Belgique de manière permanente.

Étant donné que cette dispense n'est pas liée à des conditions déterminées, ces chômeurs peuvent se rendre à l'étranger sans demande préalable. Aucune limite n'est posée à la durée du séjour à l'étranger tant que l'intéressé garde sa résidence principale en Belgique.

(D'ailleurs, depuis la suppression du contrôle communal le 15 décembre 2005 par l'arrêté ministériel modifiant l'arrêté ministériel du 26 novembre 1991 portant les modalités d'application de la réglementation du chômage dans le cadre du contrôle du pointage, il est devenu beaucoup plus facile pour le chômeur de se rendre à l'étranger et d'y travailler au noir).

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Étant donné que grâce à cette dispense, les chômeurs âgés ont pour ainsi dire « carte blanche » pour exercer un travail illégal à l'étranger, il serait souhaitable de supprimer cette dispense ou, du moins, de lancer des mesures afin de renforcer le contrôle du travail non autorisé à l'étranger. Ainsi, le chômeur âgé qui part à l'étranger pourrait être obligé de signaler son départ à l'ONEM (où, quand et durée du séjour). De cette manière, l'ONEM peut, par l'intermédiaire des services communaux du lieu de résidence du chômeur à l'étranger, contrôler si aucune fraude n'est commise.

De même, la durée du séjour à l'étranger pourrait être limitée et le chômeur pourrait être obligé de se présenter régulièrement aux fins du contrôle en Belgique.

2) Arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs²⁹

▪ **Difficultés**

La réglementation régissant les prestations occasionnelles dans un certain nombre de secteurs d'activité laisse la porte ouverte au recours abusif de la réglementation ONSS qui, de par sa nature favorable (en particulier pour l'employeur), est propice à ce genre d'excès.

La limitation initiale du nombre de jours d'intense activité durant lesquels un employeur peut engager du personnel occasionnel pendant les saisons spécifiques, a été supprimée par l'arrêté royal du 22 décembre 2004. Depuis, les employeurs des secteurs agricole et horticole (CP 144 et 145) peuvent faire appel (recours limité dans le temps) à du personnel occasionnel tout au long de l'année, ce qui a rendu la réglementation plus flexible et plus attractive.

À titre d'exemple, le travail occasionnel dans l'horticulture (CP 145) se distingue par l'usage de contrats journaliers, une série limitée de formalités et une réduction sensible du coût salarial³⁰. Ces avantages permettent d'engager rapidement et à un coût relativement bas³¹ de la main-d'œuvre supplémentaire aux périodes d'intense activité dans l'exploitation.

²⁹ Ci-après abrégé « arrêté d'exécution de la loi ONSS ».

³⁰ Toutes les sous-commissions paritaires de la CP 145 pour les entreprises horticoles, à l'exception de la SCP 145.07 pour la culture de champignons et truffes, se caractérisent par une différence de barème de plus de 10 % du salaire brut.

³¹ Les principaux éléments dans ce cadre sont, entre autres, les faibles salaires bruts déjà mentionnés, une cotisation de sécurité sociale forfaitaire modique pour l'employeur par jour de travail (17,81 euros par jour ouvrable) et ce, quelque que soit le nombre d'heures effectuées (ce qui peut s'élever à 11 euros par jour au maximum), une prime de fin d'année forfaitaire minimale (190 euros) et l'absence de réglementation en matière de salaire garanti en cas de maladie/d'accident.

En outre, ce secteur n'est soumis qu'à certaines branches de la sécurité sociale. Les cotisations de sécurité sociale demeurent limitées au régime de l'assurance obligatoire contre la maladie et l'invalidité, au régime du chômage, au régime de pensions de retraite et de survie des travailleurs salariés et au régime des allocations familiales pour travailleurs salariés. Aucune cotisation n'est due pour les vacances annuelles.

L'article 8bis, § 4, de l'arrêté d'exécution de la loi ONSS dispose que : « *N'est pour un trimestre pas considéré comme travailleur occasionnel au sens du présent article, le travailleur qui, dans le courant du trimestre et des deux trimestres précédant celui-ci, a travaillé dans le secteur agricole ou horticole en étant soumis à l'application de la loi dans une qualité autre que celle de travailleur occasionnel telle que décrite ici.* »

La règle dite « des deux trimestres » contenue dans cet article donne lieu à l'engagement de travailleurs successifs sous la réglementation ONSS avantageuse pour le travail occasionnel et permet, sans le vouloir, de faire un usage impropre continu de cette réglementation.

Dans la pratique, l'enchaînement annuel des activités courantes (par exemple, le taillage, le bouturage, le rempotage, etc.) effectué par des travailleurs successifs a lieu sous le statut occasionnel temporaire, tel qu'il est possible de le constater au moyen des déclarations immédiates de l'emploi auprès de l'ONSS (DIMONA).

Relevé des différences entre le statut ordinaire et les prestations occasionnelles

| | Engagement ordinaire | Statut occasionnel |
|---|---|---|
| Déclaration DIMONA | Au début de l'engagement | Tous les jours |
| Durée du travail par semaine | 38 heures | 50 heures (avec un maximum de 11 heures/jour) |
| Salaire brut | 10,75 €/heure (catégorie salariale la plus basse : travail non qualifié) | 9,56 €/heure |
| Salaire mensuel garanti en cas de maladie/d'accident du travail | Régime ouvrier | - |
| Cotisation ONSS employeur | 24,77 % du salaire brut | Forfait de 17,81 €/jour |
| Cotisation ONSS employé | 13,07 % du salaire brut à 108 % | Forfait de 2,33 €/jour |
| Prime de fin d'année | 8,33 % du salaire annuel brut pour la période de référence (1 ^{er} juillet-30juin) | Forfait de 190 € (CCT 13/11/2009) |
| Salaire normal en cas d'intempérie | Salaire de la journée de travail complète (CCT 08/05/2001) | - |
| Entretien des vêtements de travail | 3,46 €/semaine | - |
| Écochèques | 250 €/an (ou pro rata) (CCT 13/11/2009) | - |
| Congés payés | Régime ouvrier | - |

- **Point de vue résumé du ministère public**

Le programme annuel d'une entreprise horticole (CP 145)³² qui tourne, en principe, en continu, est divisé artificiellement par l'employeur en périodes légalement définies de 65 jours ouvrables, de sorte que des pics de travail sont créés en quasi-permanence.

De manière générale, le nombre global de travailleurs reste plus ou moins stable sur l'ensemble de l'année, de sorte qu'il peut encore difficilement être question de prestations occasionnelles légales à moindre coût.

Ainsi, l'employeur applique le « travail occasionnel permanent » dans le but de pouvoir profiter continuellement des avantages précités en matière de sécurité sociale, alors que ces avantages sont uniquement prévus pour l'engagement de personnel supplémentaire pour des périodes d'intense activité spécifiques.

Une formulation plus claire de l'actuelle règle des deux trimestres permettra de prévenir les éventuels abus.

3) Loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale (loi CPAS, M.B. du 5 août 1976) - Loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale (loi DIS, M.B. du 31 juin 2002)

- **Difficultés**

En vertu des lois précitées, une allocation est versée à des bénéficiaires sur la base d'une enquête sociale réalisée par des travailleurs sociaux assermentés.

Art. 47, § 1^{er}, de la loi CPAS de 1976 : « *Le travailleur social a pour mission, en vue de la réalisation des objectifs définis à l'article 1^{er} et en exécution des tâches qui lui sont confiées par le secrétaire au nom du conseil, du bureau permanent ou du comité spécial du service social d'aider les personnes et les familles à surmonter ou à améliorer les situations critiques dans lesquelles elles se trouvent. À cette fin il procède, notamment, aux enquêtes préparatoires aux décisions à prendre, fournit la documentation et les conseils et assure la guidance sociale des intéressés.* »

Art. 19, § 1^{er}, de la loi DIS : « *Le centre procède à une enquête sociale en vue de l'octroi de l'intégration sociale sous la forme d'un revenu d'intégration ou d'un emploi, en vue de la révision ou du retrait d'une décision y afférente ou en vue d'une décision de suspension de paiement du revenu d'intégration.* »
Le centre doit recourir pour l'enquête sociale à des travailleurs sociaux, selon les conditions de qualification fixées par le Roi.

En outre, le CPAS n'a pas la possibilité légale de vérifier si les allocataires ont perçu cette allocation légitimement pour la durée exacte dans la catégorie correspondante, puisque les lois ne prévoient pas la création d'un service d'inspection propre, chargé de contrôler le bien-fondé de l'octroi et de la perception de ces allocations. Tel est par exemple le cas des allocations de chômage et des indemnités de maladie et d'invalidité.

Quelques CPAS exercent eux-mêmes la fonction de contrôle et de surveillance. Cette procédure, aussi bien intentionnée et aussi bien élaborée soit-elle dans la pratique, tant en vue du contrôle de la légitimité des allocations perçues que de la prévention

³² À l'exception de la culture de chicons.

d'éventuels abus, n'offre pas les mêmes garanties aux contrôleurs sociaux que les dispositions des articles 18 à 52 du Code pénal social actuel³³.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Conformément à la mission du CPAS d'allouer le montant exact du revenu d'intégration sociale et de l'aide sociale à un plus grand nombre possible d'ayants droit, il y a lieu de prévoir d'urgence un service d'inspection spécifique chargé du contrôle et de la surveillance et il convient également d'attribuer des compétences ancrées légalement aux contrôleurs et d'offrir des garanties aux allocataires contrôlés.

4) loi du 22 avril 2012 visant à lutter contre l'écart salarial entre hommes et femmes

La loi du 22 avril 2012 visant à lutter contre l'écart salarial entre hommes et femmes a été publiée au *Moniteur belge* du 28 août 2012.

L'article 12 de cette loi insère un article 13/3 dans la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes.

En vertu de cet article, sera sanctionné conformément à l'article 15, 2°, de la loi du 16 novembre 1972 quiconque empêche le médiateur d'accéder aux données sociales dont il a besoin pour exercer sa mission.

Toutefois, la loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection du travail a été abrogée par l'article 109, 28°, de la loi du 6 juin 2010 introduisant le Code pénal social, qui est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2011.

D. Circulation routière

D.1. Points déjà repris dans de précédents rapports de suivi législatif, éventuellement actualisés

1) Article 5, § 2, la loi du 6 décembre 2005 relative à l'établissement et au financement de plans d'action en matière de sécurité routière (repris depuis la publication du rapport 2007-2008)

▪ **Disposition légale**

La version néerlandaise est formulée comme suit: « *Het aan de Federale Overheidsdienst Justitie toegekende bedrag wordt in het veiligheidsfonds gestort ter aanvulling van het budget gereserveerd voor gerechtelijke alternatieve maatregelen met als doel de uitvoering van de alternatieve maatregelen of alternatieve straffen die met name betrekking hebben op de verbetering van de verkeersveiligheid te financieren.*

De Minister van Justitie stelt jaarlijks een verslag op aan de Minister van Mobiliteit betreffende de uitvoering van de projecten inzake verkeersveiligheid die gefinancierd worden via dit bedrag ».

³³ Cf., entre autres, le principe de finalité, le principe de proportionnalité, le titre de légitimation, l'accès aux lieux de travail et aux espaces habités, la collecte d'informations, l'identification et l'audition de personnes, ainsi que les garanties formelles à l'égard des mesures prises, tel que prescrit par la loi du 6 juin 2010 introduisant le Code pénal social (*M.B.* du 1^{er} juillet 2010).

Dans la version française « *met name* » a été traduit par « *notamment* », ce qui pourrait également permettre d'utiliser ces fonds pour des objectifs autres que celui visant à améliorer la sécurité routière.

▪ **Difficultés et point de vue résumé du ministère public**

Puisqu'un rapport relatif aux projets dans le cadre de la sécurité routière doit être transmis dans les deux langues nationales, il ne fait pas de doute que seuls des projets se rapportant à la sécurité routière peuvent être financés avec ces fonds.

La loi du 8 juin 2008 portant des dispositions diverses a certes modifié l'article 5, § 1^{er}, 2°, mais le législateur n'a pas saisi cette occasion pour mettre en concordance les versions néerlandaise et française du texte du deuxième paragraphe.

En outre, il est souhaitable d'impliquer directement le ministre de la Justice dans l'approbation des plans d'action en matière de sécurité routière. En effet, celui-ci est responsable de la politique criminelle qui doit également être respectée par les services de police. Uniquement si elle peut participer à la politique en ayant la possibilité d'imposer des sanctions et au cas où un budget supplémentaire serait dégagé, la police pourra être amenée à respecter les directives de politique criminelle contraignantes.

2) Examen de la loi relative à la police de la circulation routière (repris depuis la publication du rapport 2008-2009)

Il y a lieu d'examiner la concordance et la cohérence de la loi relative à la police de la circulation routière tant du point de vue interne qu'en relation avec d'autres lois.

1. La loi du 20 juillet 2005 a modifié un nombre important de dispositions de la loi relative à la police de la circulation routière et a remplacé, dans le texte néerlandais, les mots « *opleggen* » et « *oplegging* » par « *immobiliseren* » et « *immobilisering* », alors que ces mêmes mots n'ont pas été modifiés dans la loi du 21 juin 1985 relative aux conditions techniques auxquelles doivent répondre tout véhicule de transport par terre, ses éléments ainsi que les accessoires de sécurité, bien que le sens de ces mots soit identique dans cette loi.

2. La procédure de la perception immédiate doit être appliquée en cas d'imprégnation alcoolique, conformément à l'article 34, § 1^{er}, de la loi relative à la police de la circulation routière.

Le Collège des procureurs généraux avait déjà signalé, notamment dans la circulaire COL 10/1999 du 20 mai 1999 (page 3), que la pratique avait démontré que l'absence de concordance dans la loi relative à la police de la circulation routière ainsi que dans l'arrêté royal d'exécution du 10 juin 1985, avait entraîné des difficultés importantes pour lesquelles aucune solution adéquate n'avait été trouvée. Au cas où le taux d'alcool devrait en effet être déterminé sur la base d'une analyse sanguine, la police ne peut pas, d'une part, encore être au courant du résultat de cette analyse au moment du contact avec le contrevenant soupçonné et le procureur du Roi ne peut pas, d'autre part, proposer une perception immédiate.

La méthode de travail, préconisée par la circulaire COL 10/1999, reste toujours d'application. Si la contravention visée à l'article 34, § 1^{er}, de la loi relative à la police de la circulation routière a été constatée à la suite d'une analyse sanguine, le procureur du Roi invitera, conformément à l'article 216bis du Code d'instruction criminelle, mais contrairement à l'article 65 de la loi relative à la police de la circulation routière, l'auteur de l'infraction à verser une somme à l'Administration de l'enregistrement et des domaines. Cette somme est égale à l'amende minimale prévue pour cette contravention, majorée des décimes additionnels (à partir du 1^{er} mars 2004 : 137,5 euros).

Il convient que le législateur adapte lui-même la loi de sorte que la perception immédiate ne soit plus obligatoire (ce qui serait l'option préférable) ou qu'elle ne soit obligatoire qu'au cas où la concentration d'alcool serait constatée par une analyse de l'haleine (au moins 0,22 milligramme et inférieure à 0,35 milligramme par litre d'air alvéolaire expiré) et non si elle est révélée par une analyse sanguine (au moins 0,5 gramme et inférieure à 0,8 gramme par litre de sang).

Le secrétaire d'État à la Mobilité souhaitait remédier à cette problématique en déposant un avant-projet de loi, qui a été préparé au sein d'un groupe de travail dirigé par la cellule stratégique. Cet avant-projet est annexé au présent rapport de suivi législatif 2010-2011.

3. Les travaux parlementaires précités relatifs à l'avant-projet se sont également attardés sur d'autres dispositions contenues dans la loi relative à la circulation routière et même dans d'autres législations.

Les projets de cette modification législative peuvent servir de base à la poursuite des discussions.

4. L'article 9 de la loi du 31 juillet 2009 relative à l'introduction des tests salivaires en matière de drogues dans la circulation insère un article 62ter dans ladite loi.

Dans les mêmes lois coordonnées, il est inséré un article 62ter, rédigé comme suit :

Art. 9 : « Art. 62ter. § 1^{er}. Les agents de l'autorité visés à l'article 59, § 1^{er}, imposent une analyse de salive pour la détection de substances qui influencent la capacité de conduite lorsque le test salivaire visé à l'article 61bis, § 2, 2^o détecte au moins une des substances visées à l'article 37bis, § 1^{er}, 1^o.

En dessous du taux correspondant, le résultat du test salivaire n'est pas pris en considération :

| Substance | Taux (ng/ml) |
|--|--------------|
| Delta-9-tétrahydrocannabinol (THC) | 10 |
| Amphétamine | 25 |
| Méthylènedioxyméthylamphétamine (MDMA) | 25 |
| Morphine (libre) ou 6-acétylmorphine | 5 |
| Cocaïne ou benzoylecgonine | 10 |

§ 2. Les frais de l'analyse de salive sont à charge de la personne examinée si l'infraction visée à l'article 37bis, § 1^{er}, 1^o, est établie.

§ 3. Le § 1^{er} de cet article n'est pas d'application lorsque le test salivaire visé à l'article 61bis, § 2, 2^o a été imposé dans les cas visés à l'article 61bis, § 1^{er}, 3^o.

§ 4. L'analyse de l'échantillon de salive est faite dans un des laboratoires agréés à cet effet par le Roi.

La personne qui a subi le prélèvement de salive peut faire procéder, à ses frais, à une seconde analyse de salive, soit dans le laboratoire ayant procédé à la première, soit dans un autre laboratoire agréé par le Roi. Dans le premier cas, elle peut faire contrôler la deuxième analyse par un conseiller technique de son choix.

Le Roi prend les mesures complémentaires pour organiser l'analyse de salive. Il règle

notamment le mode de prélèvement et de conservation de la salive, les modalités des analyses et l'agrément des laboratoires. »

- **Difficultés**

Contrairement aux dispositions des articles 61*bis*, § 3, et 63, § 5, cet article ne stipule pas que la collecte des données doit se limiter à celles strictement nécessaires à la constatation des infractions à la loi relative à la police de la circulation routière, qui ont été commises dans un lieu public et il ne précise pas non plus que ces données ne peuvent être utilisées qu'aux fins judiciaires relatives à la répression de ces infractions.

- **Point de vue du ministère public**

Il convient de compléter l'article 62*ter* par un paragraphe 5, rédigé comme suit :

« § 5. La collecte des données de l'analyse salivaire visée à cet article se limite à celles qui sont strictement nécessaires à la constatation des infractions à cette loi, qui ont été commises dans un lieu public. Ces données ne peuvent être utilisées qu'aux fins judiciaires relatives à la répression de ces infractions. »

5. Nombre croissant de constatations d'infractions de roulage

- **Difficultés**

En raison des difficultés rencontrées lors du traitement des perceptions immédiates et du nombre réduit de transactions payées, il semble que les tribunaux de police ne sont plus en mesure de traiter toutes les infractions de roulage, auxquelles aucune suite n'a encore été donnée par le contrevenant présumé.

- **Point de vue du ministère public**

Il semble souhaitable de permettre au ministère public d'imposer le paiement d'une somme d'argent. Ce paiement peut éventuellement être imposé provisoirement en modifiant l'article 65*bis* de la loi relative à la police de la circulation routière qui n'est pas encore entré en vigueur et/ou en introduisant une législation similaire à la législation française ou néerlandaise en matière de non-respect des prescriptions relatives à la circulation routière. À ce sujet, le ministre de la Justice a remis une « letter of parliament » aux présidents de la Chambre des représentants et du Sénat. Entre-temps, une loi du 22 avril 2012 modifiant la loi relative à la police de la circulation routière, insérant un article 65/1 dans ladite loi, a été publiée au *Moniteur belge* du 25 juin 2012. Un avant-projet de loi portant des dispositions diverses en matière de justice a déjà été déposé. Celui-ci permettra de remédier à certaines imperfections contenues dans la modification législative.

Il peut également être renvoyé aux explications relatives à la transaction proposée par le ministère public.

L'on peut songer à une législation conforme à la loi néerlandaise du 7 juillet 2006 « tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten (Wet OM-afdoening) ».

6. Confiscation du véhicule

- **Disposition légale**

L'article 52 de la loi relative à la police de la circulation routière dispose ce qui suit :

« Par dérogation à l'article 43, premier alinéa, du Code pénal, la confiscation du véhicule n'est prononcée pour infraction aux présentes lois coordonnées que dans les cas déterminés par le présent chapitre »

▪ **Difficultés**

En vertu des dispositions légales actuelles, les confiscations (parallèlement à l'article 43, alinéa 1^{er}, du Code pénal) liées aux infractions de roulage constituent une exception à l'exception générale (dans la loi relative à la police de la circulation routière). Cette disposition a-t-elle encore du sens et doit-elle être maintenue (compte tenu des nombreuses exceptions contenues dans cette loi, d'une part, et des restrictions dans des cas parfois utiles, d'autre part) ?

▪ **Point de vue du ministère public**

Ne convient-il pas de faire appliquer les règles de droit commun de la confiscation en supprimant l'article 52 de la loi sur la circulation routière ?

7. De manière générale, il convient de veiller à ce qu'en imposant trop de règlements, le législateur n'obtienne pas l'effet inverse.

▪ **Disposition légale**

Ainsi, la loi du 21 avril 2007 modifiant les lois coordonnées du 16 mars 1968 relatives à la police de la circulation routière (M.B. du 26 juillet 2007) insère un paragraphe 5 à l'article 38 de ladite loi. En vertu de ce paragraphe, le juge doit prononcer la déchéance du droit de conduire un véhicule à moteur et subordonner la réintégration du droit de conduire au moins à la réussite de l'examen théorique ou de l'examen pratique s'il condamne le chef d'une infraction commise avec un véhicule à moteur pouvant entraîner une déchéance du droit de conduire et que le coupable est titulaire du permis de conduire B depuis moins de deux ans.

▪ **Difficultés**

Maintenant que le juge ne bénéficie plus d'aucune marge de manœuvre, le ministère public pourrait toutefois, dans les cas où une telle sanction est jugée trop sévère, décider de ne pas poursuivre le contrevenant présumé devant le tribunal, de sorte que la volonté d'une répression plus stricte n'est pas du tout concrétisée.

▪ **Point de vue du ministère public**

Le mieux semble toujours de permettre une dérogation, de la nature de celle prévue à l'article 29, § 1^{er}, alinéa premier, LPC : « Lorsque le juge ne prononce pas la déchéance de conduire, il motive cette décision. »

8. Article 58bis de la loi du 16 mars 1968 de la loi relative à la police de la circulation routière (M.B. du 27 mars 1968)

▪ **Disposition légale**

Chapitre VIIIbis : L'immobilisation du véhicule comme mesure de sûreté.

Article 58bis, § 1^{er}. *L'immobilisation du véhicule comme mesure de sûreté peut être ordonnée dans les cas visés (à l'article 30, §§ 1^{er} à 3), et à l'article 48, alinéa 1^{er}. L'immobilisation comme mesure de sûreté est ordonnée par les personnes visées à l'article 55, troisième alinéa.*

§ 2. *Le véhicule est (immobilisé) aux frais et aux risques du contrevenant.*

Si le propriétaire du véhicule n'est pas le contrevenant, il peut le récupérer sans frais. Les frais et risques sont mis à la charge du contrevenant.

§ 3. *Il est mis fin à l'immobilisation comme mesure de sûreté par les personnes qui ont ordonné l'immobilisation, soit d'office soit à la demande du contrevenant. L'immobilisation ne peut pas durer au-delà du délai de remise du permis ou du titre qui en tient lieu dans les cas visés au § 1er ou si un juge a prononcé la fin de la déchéance du droit à la conduite.*

§ 4. *Quiconque utilise ou autorise un tiers à utiliser un véhicule dont il sait que l'immobilisation comme mesure de sûreté a été ordonnée est puni d'une peine d'emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 100 euros à 1 000 euros ou d'une de ces peines seulement.*

▪ **Difficultés**

L'article 58bis dispose que le ministère public peut immobiliser un véhicule dans les cas visés à l'article 30, §§ 1^{er} à 3 (conduire sans être titulaire d'un permis de conduire ou sans certificat de sélection médicale) et à l'article 48, alinéa premier.

L'article 48 de la loi du 16 mars 1968 dispose ce qui suit :

*« Est puni d'un emprisonnement de quinze jours à un an et d'une amende de **500 euros à 2.000 euros** ou d'une de ces peines seulement et d'une déchéance du droit de conduire un véhicule à moteur d'une durée de trois mois au moins et cinq ans au plus ou à titre définitif, quiconque :*

1° conduit un véhicule, un aéronef ou une monture ou accompagne un conducteur en vue de l'apprentissage, en dépit de la déchéance prononcée contre lui ;

2° conduit un véhicule automoteur de la catégorie visée dans la décision de déchéance ou accompagne un conducteur en vue de l'apprentissage sans avoir réussi l'examen imposé. »

Lorsqu'un conducteur est surpris à conduire un véhicule durant l'interdiction de conduire (art. 48, alinéa unique 1°), le ministère public peut immobiliser le véhicule pour la durée de l'interdiction de conduire en cours.

Cependant, un conducteur surpris à conduire, dont l'interdiction de conduire a déjà été exécutée, mais qui n'a pas réussi les examens prescrits par le juge, peut effectivement être sanctionné en vertu de l'article 48, alinéa unique 2°, mais son véhicule ne peut pas être immobilisé.

Exemple : en raison d'une conduite en état d'intoxication et d'ivresse, un conducteur est condamné à une interdiction de conduire de deux mois, assortie des tests médicaux et psychologiques.

Son interdiction de rouler court du 1^{er} mars 2010 au 1^{er} mai 2010. Durant ces deux mois, le conducteur est supposé subir ses tests médicaux et psychologiques. S'il ne procède pas de la sorte (ou si les résultats s'avèrent négatifs), le conducteur concerné ne peut toujours pas conduire au 1^{er} mai 2010.

S'il est surpris au volant le 20 avril 2010, le ministère public peut immobiliser son véhicule jusqu'au 1^{er} mai 2010 (fin de l'interdiction de conduire).

Si le conducteur concerné omet de subir ses tests, il ne peut pas récupérer son permis auprès du greffe après le 1^{er} mars 2010 et il ne peut toujours pas conduire. Il peut cependant récupérer son véhicule.

Dans notre exemple, s'il est tout de même surpris à conduire après le 1^{er} mai 2010 (après l'expiration de l'interdiction de rouler), le ministère public ne peut pas immobiliser son véhicule. Le seul risque qu'il encourt est de se voir dresser un procès-verbal avant d'être poursuivi. Cependant, il n'est pas possible d'immobiliser le véhicule en guise de mesure de sûreté afin d'empêcher que l'intéressé ne reprenne le volant sans avoir subi les tests. Il continue donc de disposer de son véhicule !

Pis encore, la législation peut entraîner une inégalité injustifiée entre les conducteurs condamnés qui ont effectivement subi les tests et les conducteurs condamnés qui ne se donnent pas du tout la peine de les effectuer.

Exemple : un conducteur condamné se voit imposer une interdiction de conduire, passe avec fruit les tests médicaux et psychologiques pendant la période d'interdiction, mais est déclaré apte à la conduite par l'organisme agréé pour une durée d'un an.

En d'autres termes, ce conducteur doit aller chercher un permis de conduire valable durant un an. Au terme de cette année, le permis de conduire expire et l'intéressé ne peut plus conduire avant d'avoir à nouveau subi les tests auprès du même organisme agréé. S'il conduit malgré tout, il commet une infraction à l'article 30, § 1^{er} (conduire sans être titulaire d'un permis de conduire) et son véhicule peut être immobilisé.

Un conducteur qui n'a pas subi une seule fois les tests et est peut-être manifestement inapte à la conduite, peut continuer à conduire après expiration du délai d'interdiction sans devoir craindre de ne plus pouvoir disposer de son véhicule. Ce conducteur représente néanmoins un danger potentiellement bien plus important sur la route que le conducteur qui a été déclaré apte à la conduite, mais dont l'organisme agréé juge qu'il doit encore évaluer l'intéressé après un an avant de le déclarer définitivement apte à la conduite.

L'immobilisation est une mesure de sûreté très efficace pour écarter temporairement de tels conducteurs de la circulation dans le cadre de la sécurité routière, mais actuellement, le ministère public ne peut pas intervenir immédiatement de manière ferme à l'encontre de conducteurs qui sont manifestement de mauvaise volonté et ne subissent pas les tests.

▪ **Point de vue résumé du ministère public et proposition :**

La proposition consiste à compléter l'article 58 comme suit (en souligné et en gras) :

§ 1^{er}. *L'immobilisation du véhicule comme mesure de sûreté peut être ordonnée dans les cas visés à l'article 30, §§ 1^{er} à 3, et à l'article 48.*

§ 2 ...

§ 3. *Il est mis fin à l'immobilisation comme mesure de sûreté par les personnes qui ont ordonné l'immobilisation, soit d'office soit à la demande du contrevenant.*

*L'immobilisation ne peut pas durer au-delà du délai de remise du permis ou du titre qui en tient lieu dans les cas visés au § 1^{er} **ou lorsque les examens et les tests prescrits ont été réussis avec fruit** ou si un juge a prononcé la fin de la déchéance du droit à la conduite.*

Cet ajout permet au ministère public d'écarter aussi immédiatement de la circulation les conducteurs condamnés dont on peut supposer qu'ils sont *inaptes* à la conduite (des tests ont effectivement été imposés), mais qui refusent de passer les tests, en immobilisant leur véhicule jusqu'à ce qu'ils aient réussi les examens avec fruit et prouvé qu'ils peuvent réintégrer la circulation de manière sûre.

Il est incontestable que cette modification sera profitable à la sécurité routière.

3) Transaction proposée par le ministère public (repris depuis la publication du rapport 2008-2009)

Comme déjà mentionné ci-avant, il semble qu'il soit difficile pour les tribunaux de police de traiter toutes les infractions de roulage.

Il ressort de la « Justice en chiffres 2010 » qu'en 2009, le nombre de citations a augmenté de 77 % par rapport à l'année 2000.

Néanmoins, un programme informatique uniforme a déjà été mis en place dans les parquets de police depuis le 1^{er} mars 2004 et des directives ont été communiquées aux services de police afin qu'ils traitent les infractions de roulage de manière analogue. Ce mode de règlement a été recommandé pour pratiquement toutes les infractions de roulage pour lesquelles une perception immédiate peut être demandée conformément à l'article 65 LPC. La hausse du nombre de constatations d'excès de vitesse notamment à l'aide de radars automatiques avait entraîné un afflux de perceptions immédiates. La procédure qui consiste, depuis le 31 mars 2006, à devoir payer la somme par virement, avait effectivement simplifié la tâche de la police et du suspect, mais pas celle des parquets de police, qui doivent traiter toutes les perceptions immédiates impayées, les perceptions immédiates pour lesquelles l'on a payé trop ou trop peu ou les paiements non allouables.

Pour toutes ces infractions, le procureur du Roi propose une extinction de l'action publique moyennant le paiement d'une somme d'argent supérieure à celle proposée initialement par la police dans le cadre d'une perception immédiate.

Bien qu'au cours des dernières années, plus de 3.000.000 de perceptions immédiates aient été prélevées (3.800.000 en 2011), dont près de 83 % ont été payées correctement, et bien qu'environ 2/3 des EAPS proposées conformément à l'article 216bis du Code d'instruction criminelle aient également été payées, il reste encore de nombreuses affaires dont les tribunaux de police doivent être saisis afin d'obtenir un titre exécutoire en vue de pouvoir percevoir une somme d'argent.

Globalement, en 2000, les tribunaux de police ont traité 165.058 affaires et 290.870 en 2009, soit une augmentation de 76 % qui suit l'évolution du nombre de citations (156.806 en 2000 contre 278.221 en 2009, soit une hausse de 77 %).

De nombreuses personnes citées qui n'ont pas payé leur perception immédiate ou leur EAPS ont fait défaut.

Il convient donc de chercher de nouvelles procédures plus performantes.

Spécifiquement en matière de circulation routière, l'on peut envisager (provisoirement) de modifier l'article 65bis LPC qui n'est pas entré en vigueur et/ou d'adopter une législation comparable à celle de la France ou des Pays-Bas en matière de non-respect des prescriptions relatives à la circulation routière.

Un groupe de travail auquel participent des représentants des réseaux d'expertise « Circulation routière » et « Politique criminelle et procédure pénale » du Collège des procureurs généraux, a élaboré une proposition. À ce sujet, le ministre de la Justice a remis une « letter of parliament » aux présidents de la Chambre des représentants et du Sénat.

La loi du 22 avril 2012 « modifiant la loi relative à la police de la circulation routière, coordonnée le 16 mars 1968 », insère un article 65/1, accordant au ministère public la possibilité de donner un « ordre de paiement » au contrevenant présumé d'infractions de roulage, pour lesquelles une perception immédiate peut être prélevée.

Cet ordre est exécutable, sauf si le prévenu introduit lui-même une réclamation. Seules les affaires dans lesquelles des réclamations sont introduites, sont soumises au tribunal, qui dispose de la compétence de pleine juridiction et peut prononcer une peine autre qu'une amende.

En ce qui concerne les infractions de roulage plus graves et les infractions relevant de la compétence du tribunal correctionnel (où plus de 2/3 des EAPS proposées ont été payées), il semble que l'on pourrait s'inspirer d'une législation conforme à la loi néerlandaise du 7 juillet 2006 « tot wijziging van het Wetboek van strafvordering en enige andere wetten in verband met de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten » (loi sur le règlement par le ministère public).

En résumé, une ordonnance pénale du ministère public équivaut à ce qui suit :

- le ministère public peut lui-même procéder au règlement extrajudiciaire d'une affaire ;
- en ce qui concerne les contraventions et les infractions punies, aux termes de la définition légale, d'une peine d'emprisonnement de six ans au maximum (limite identique à celle des transactions) ;
- peines éventuelles (notamment) :
 - une peine de travail allant jusqu'à 180 heures (60 heures pour les mineurs) ;
 - déchéance du droit de conduire pendant six mois tout au plus ;
 - amendes ;
- rendre une ordonnance pénale est un acte de poursuite et ne constitue pas un moyen d'éviter des poursuites pénales dans le cadre d'une transaction (concernant cette dernière, voyez « l'extinction de l'action publique » dans le cadre d'une EAPS). En ce qui concerne l'imposition d'une peine de travail (cf. en Belgique, le « travail d'intérêt général »), d'une déchéance du droit de conduire des véhicules à moteur ou une indication relative au comportement du suspect, celui-ci doit être entendu par l'« officier van justitie ». S'agissant de certaines peines, le consentement du suspect est requis.
- La personne sanctionnée (« de bestrafte ») peut s'opposer à l'ordonnance pénale dans les deux semaines à compter du moment où celle-ci lui a été rendue en personne, après quoi l'affaire est examinée par le juge sous tous ses aspects : « le suspect a-t-il commis une infraction et quelle peine doit-il se voir infliger ? ». Les recours habituels peuvent être exercés à l'encontre de la décision du juge.
- En cas de paiement incomplet, un emprisonnement d'une semaine au maximum (« gijzeling ») est possible moyennant l'autorisation du « kantonrechter ».
- Des critères et des contre-indications en matière de politique à suivre ont été élaborés dans une recommandation (« aanwijzing ») du Collège des procureurs généraux.

De cette manière, une suite pourrait peut-être être donnée à un nombre plus important d'affaires et de manière plus efficace.

En effet, dans la pratique, il n'est pas possible de traiter effectivement toutes les perceptions immédiates impayées, ni toutes les propositions d'extinction de l'action publique moyennant le paiement d'une somme d'argent (EAPS).

E. Droit judiciaire

E.1. Points déjà repris dans de précédents rapports de suivi législatif, éventuellement actualisés

1) **Article 143, § 3, du Code judiciaire** (repris depuis la publication du rapport 2007-2008)

Le procureur fédéral exerce toutes les missions du ministère public, mais seulement en matière pénale. Il n'a pas les compétences civiles du ministère public. Il apparaît important que le parquet fédéral, qui poursuit certaines personnes, notamment pour des faits de terrorisme, puisse aussi exercer l'action en déchéance de nationalité lorsqu'il l'estime nécessaire. Il pourra ainsi se baser sur la connaissance approfondie du dossier répressif qu'il a géré, et ainsi défendre, avec la plus grande chance de succès, l'action en déchéance à l'encontre des personnes qui ont fait l'objet d'un dossier fédéral.

L'article 143, § 3, du Code judiciaire doit donc être modifié afin de permettre au procureur fédéral d'engager l'action en déchéance de nationalité à l'égard des personnes visées à l'article 23 du Code de la Nationalité du 28 juin 1984, lorsqu'il exerce l'action publique à leur égard.

2) **Loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire** (repris depuis la publication du rapport 2007-2008)

En application de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues, un magistrat fédéral ne peut siéger comme ministère public dans un arrondissement d'un régime linguistique différent de celui de son diplôme, même s'il est titulaire du certificat de connaissance de l'autre langue.

Cela porte évidemment préjudice à l'efficacité du parquet fédéral.

La loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire doit donc être modifiée afin de permettre aux magistrats fédéraux, qui ont justifié de la connaissance de l'autre langue, de siéger dans des arrondissements judiciaires d'un régime linguistique différent de celui de leur diplôme.

En 2007, l'on a réfléchi à la meilleure manière de concrétiser cette initiative législative et les premiers contacts informels ont été établis avec la cellule stratégique du ministre de la Justice et le SPF Justice.

Ensuite, l'initiative législative a été discutée en détail lors de la réunion du Collège des procureurs généraux du 9 mai 2008. D'ailleurs, cette initiative n'est pas neuve. En effet, elle a déjà été mentionnée dans divers rapports annuels du procureur fédéral et dans plusieurs rapports d'évaluation du Collège des procureurs généraux. Elle a également été reprise dans les rapports du Collège des procureurs généraux sur les lois ayant posé des difficultés d'application ou d'interprétation pour les cours et tribunaux au cours des années judiciaires 2006-2007, 2007-2008 et 2008-2009.

En 2008, il a été décidé, provisoirement, de ne plus poursuivre cette initiative législative et de ne pas reprendre la proposition dans l'avant-projet de loi portant des dispositions diverses en matière de Justice (I) et ce, pour trois raisons :

- le climat politique défavorable à une telle modification des lois linguistiques ;
- l'interprétation du SPF Justice selon laquelle les magistrats fédéraux peuvent siéger uniquement dans les arrondissements judiciaires d'un régime linguistique différent de celui de leur diplôme, s'ils ont apporté la preuve d'une connaissance active et passive

de l'autre langue nationale (le « grand » examen linguistique – article 6 de l'arrêté royal du 19 décembre 2002 organisant les examens permettant aux docteurs et licenciés en droit de satisfaire au prescrit de l'article 43^{quinquies} de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire) et pas uniquement de la connaissance passive de l'autre langue nationale (le « petit » examen linguistique – article 5 de l'arrêté royal du 19 décembre 2002). Cependant, la plupart des magistrats fédéraux n'ont passé que le « petit » examen linguistique, car celui-ci suffit aux yeux de la loi pour être magistrat fédéral bilingue légal ;

- les répercussions d'une législation linguistique de ce genre sur le fonctionnement du parquet de Bruxelles, qui est également en majeure partie bilingue, n'étaient pas suffisamment claires.

Un autre problème engendré par la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire se rapporte au choix de la langue. Dans sa conception actuelle, la loi ne tient pas compte de la voix de la partie civile, de la personne préjudiciée, ni du ministère public lors du renvoi devant un autre tribunal d'un rôle linguistique différent. Ainsi, il peut être obligatoire, dans la phase pendant laquelle la chambre des mises en accusation doit renvoyer une affaire devant la cour d'assises, de renvoyer celle-ci devant une cour francophone, parce que ceci est demandé par les inculpés, bien que le même nombre de parties civiles ainsi que le ministère public s'y opposent.

Inexplicablement, la loi contient également une lacune suite à laquelle il semble impossible dans un tel cas de figure – à savoir des inculpés francophones qui demandent le renvoi – de renvoyer devant la cour d'assises de Liège une affaire se rapportant à des faits commis à Tongres, de sorte que les personnes lésées et les parties civiles habitant à Tongres seraient par exemple obligées de se rendre quotidiennement à Bruxelles afin de participer à leur procès ! Bien que la Cour de Cassation ait interprété cette loi autrement dans son arrêt du 22 janvier 2008³⁴, le texte de ladite loi demeure incomplet et imprécis.

Enfin, l'on souligne la nécessité d'intégrer dans cette loi des dispositions concernant le statut des interprètes et des traducteurs. Dans ce cadre, il s'agit de régir non seulement les compétences linguistiques, mais aussi la fiabilité (notamment à la lumière de la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations), ainsi que la prestation de serment (lorsqu'ils sont convoqués en vue de fournir leurs services dans le cadre d'une enquête de police, préalablement à une information ou dans le cadre de celle-ci).

Le 23 décembre 2004, le Conseil des ministres a approuvé un avant-projet de loi « insérant un chapitre VI^{bis} portant statut des traducteurs, interprètes et traducteurs-interprètes jurés dans la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire et modifiant le Code d'instruction criminelle ».

À ce sujet, le Conseil d'État a émis l'avis n° 38035/2 le 2 février 2005 et un avant-projet a été transmis par la suite au Collège des procureurs généraux, qui a remis un avis le 7 juin 2006 à la ministre de la Justice de l'époque.

Cependant, depuis lors, plus aucune évolution n'a été notée concernant cette affaire.

Dans l'intervalle, il convient de renvoyer à la directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, qui doit encore être transposée en droit belge (entrée en vigueur le 15 novembre 2010 – la date de transposition a été fixée au 27 octobre 2013).

³⁴ Cass., 22 janvier 2008, P.07.1760.N/6.

3) Loi du 7 juillet 2002 modifiant la deuxième partie, livre II, titre V du Code judiciaire relatif à la discipline et rapportant la loi du 7 mai 1999 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne le régime disciplinaire applicable aux membres de l'Ordre judiciaire (repris depuis la publication du rapport 2007 – 2008)

1. L'article 410, § 4, du Code judiciaire prévoit que le ministère public peut saisir toute autorité disciplinaire visée à cet article d'une procédure disciplinaire.

Cependant, le législateur n'a pas précisé si cette saisine incombe au procureur général, au procureur du Roi ou à l'auditeur du travail.

2. Des difficultés dans le cadre de l'application de l'article 411, § 1^{er}, du Code judiciaire.

Cet article détermine l'autorité disciplinaire compétente pour mener une instruction disciplinaire : l'autorité disciplinaire visée à l'article 410, § 1^{er}, ou une personne de rang au moins égal qu'elle désigne au sein du même corps ou le chef de corps du degré supérieur.

Quelle est l'interprétation à donner à la « personne de rang au moins égal » ? À l'égard du chef de corps ou à l'égard de la personne concernée contre laquelle l'instruction disciplinaire doit être menée ?

Si l'affaire est renvoyée par l'autorité disciplinaire devant le chef de corps du degré supérieur, le premier président doit-il lui-même mener l'instruction ou peut-il désigner une autre instance ou une autre personne (ce qui se passe actuellement dans la pratique) ?

Qui est le chef de corps du degré supérieur pour les membres du personnel des greffes et parquets lorsque le greffier en chef de la cour d'appel ou le secrétaire en chef du parquet général applique, en tant qu'autorité disciplinaire, l'article 411, § 1^{er}, du Code judiciaire ? S'agit-il du greffier en chef de la cour d'appel ou du secrétaire en chef du parquet général ?

3. Les paragraphes 12 et 13 de l'article 415 du Code judiciaire attribuent au ministère public un droit d'appel à l'encontre de chaque sanction disciplinaire ou de toute mesure d'ordre visées à l'article 406 du Code judiciaire.

Pour cet article également, le législateur n'a pas précisé si cette saisine incombait au procureur général, au procureur du Roi ou à l'auditeur du travail.

Par ailleurs, la question se pose de savoir quelle instance est compétente pour statuer d'une sanction disciplinaire mineure (rendue par la première chambre de la cour d'appel) après que le Conseil national de discipline a avisé d'infliger une peine disciplinaire majeure du premier degré et qu'il a transmis le dossier à cette autorité disciplinaire en vertu de l'article 412, § 2, 1^o, du Code judiciaire.

Conformément à l'article 415 du Code judiciaire, l'instance d'appel contre une peine mineure constitue également la première chambre de la cour d'appel.

4. Le législateur n'a pas fixé non plus le délai et la forme à respecter par le ministère public lorsque celui-ci souhaite interjeter appel (l'article 425 du Code judiciaire ne mentionne que l'appel interjeté par l'intéressé).

Nulle part, le législateur n'a prévu que le ministère public reçoit une signification/notification de chaque sanction disciplinaire/mesure d'ordre prononcée.

5. L'article 409, al. 2, du Code judiciaire dispose que l'article 828 du même Code (récusation) s'applique également aux membres du Conseil national de discipline.

La procédure à suivre dans ce contexte n'est cependant pas définie non plus.

6. Les articles 409 et 419 actuels ne règlent que partiellement la procédure à suivre afin de demander l'avis du Conseil national de discipline. Un système devrait être prévu afin de permettre au président (sans les autres membres de la chambre) de statuer en cas d'irrecevabilité manifeste de la demande d'avis.

Le président devrait également disposer de la possibilité de désigner un magistrat/membre du Conseil national de discipline afin de réaliser un examen préparatoire au lieu de charger l'ensemble de la chambre compétente de cet examen.

7. Il conviendrait d'envisager une modification de l'article 419, 2°, du Code judiciaire en ce sens que l'autorité chargée d'une instruction (disciplinaire) puisse requérir l'appui des autorités judiciaires et des services de police.

8. La loi ne prévoit pas de délai spécifique pour interjeter appel contre une mesure d'ordre, qui doit être renouvelée tous les mois.

9. L'article 420 dispose que la première chambre de la Cour de Cassation et les premières chambres des cours d'appel et du travail ne peuvent sanctionner la personne concernée de la démission d'office, de la destitution ou de la révocation qu'à la majorité des deux tiers des voix.

La démission d'office ne se rapporte pas aux magistrats du siège ; la première chambre visée par cet article ne dispose d'aucune compétence sur le plan de la démission d'office.

10. L'article 424 prévoit une notification des décisions disciplinaires à la personne concernée et à l'autorité disciplinaire. La loi ne prévoit pas de procédure de notification des décisions disciplinaires au ministère public. Cette lacune doit être réparée.

11. En vertu de l'article 425, lequel renvoie à l'article 415, le recours est exercé dans le mois de la notification de la décision par la personne concernée auprès de l'autorité de recours compétente par une lettre recommandée qui contient à peine de nullité l'exposé des griefs. On doit présumer que cette disposition n'est pas applicable à l'appel du ministère public. S'il est envisageable qu'un procureur général près la cour d'appel adresse une requête motivée aux organes disciplinaires compétents pour statuer à l'égard des membres du siège, on conçoit difficilement qu'un procureur général s'adresse à lui-même une requête d'appel dans laquelle il exposerait ses griefs à l'égard d'une décision d'un procureur du Roi ou d'un auditeur du travail ou qu'un procureur du Roi adresse une requête au procureur général dans laquelle il interjetterait appel de sa propre décision.

Il pourrait être envisagé que le ministère public notifie son recours à la personne concernée par une lettre recommandée dans laquelle les motifs seraient exposés. Ce recours serait également notifié aux organes disciplinaires compétents, sauf dans le cas où le ministère public connaît de l'appel.

12. Application de l'article 427*bis* (réhabilitation automatique) : cet automatisme est-il également applicable à des peines infligées sous l'empire de l'ancienne loi, peines qui peuvent être comparées avec une peine mineure (actuelle) ?

13. Problématique du traitement inégal des magistrats du siège et du ministère public : à l'égard de ces derniers, les peines disciplinaires mineures sont infligées par un supérieur hiérarchique (à savoir le procureur général) sans qu'un quelconque contrôle judiciaire ait été prévu, tandis que les peines disciplinaires majeures à l'égard des membres du siège (à l'exception des magistrats de la Cour de Cassation) sont infligées par la première chambre de la cour d'appel.

En ce qui concerne la réforme du droit disciplinaire, il convient de rappeler que le ministre de la Justice a déposé une note de synthèse à ce sujet fin décembre 2009 et que, fin

mars 2010, le cabinet restreint est parvenu à un accord sur les lignes de force de la réforme.

Le Conseil supérieur de la Justice a également créé un groupe de travail « Discipline », qui a rédigé un avis le 28 janvier 2009 et un autre le 19 janvier 2010 à propos de la modification du droit disciplinaire de l'ordre judiciaire. Il peut également être renvoyé à l'avis du 18 mars 2010 du Conseil consultatif de la magistrature concernant la discipline pour les magistrats de l'ordre judiciaire.

Le ministre de la Justice a également envoyé une « letter of parliament » à la Chambre et au Sénat concernant cette problématique. Enfin, une proposition de loi modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à la discipline a été déposée³⁵.

4) Modification de l'article 259sexies, § 2, troisième alinéa, du Code judiciaire : offrir aux magistrats fédéraux une stabilité de mandat et éviter des pertes d'expertise (repris depuis la publication du rapport 2007-2008)

Chaque magistrat fédéral est désigné pour une période de cinq ans, renouvelable deux fois, après une évaluation qui intervient au plus tard quatre mois avant la fin d'un mandat.

À l'issue de trois mandats, le magistrat fédéral rejoint donc le cadre de son parquet d'origine au grade qu'il avait quitté quinze années auparavant avec rétrogradation du traitement, à moins qu'il n'ait été nommé ailleurs.

Le départ simultané (à l'issue du troisième mandat) ou prématuré (par souci pour leur avenir) d'un grand nombre de magistrats fédéraux expérimentés serait évidemment hautement préjudiciable au bon fonctionnement du parquet fédéral.

La modification de la loi doit permettre de renouveler, sans limitation de temps, le mandat des magistrats fédéraux pour des délais renouvelables de cinq ans, après une évaluation positive.

En 2007, l'on a réfléchi à la meilleure manière de concrétiser cette initiative législative et les premiers contacts informels ont été établis avec la cellule stratégique du ministre de la Justice et le SPF Justice.

Ensuite, l'initiative législative a été discutée en détail lors de la réunion du Collège des procureurs généraux du 9 mai 2008. D'ailleurs, cette initiative n'est pas neuve. En effet, elle a déjà été mentionnée dans divers rapports annuels du procureur fédéral et dans plusieurs rapports d'évaluation du Collège des procureurs généraux. Elle a également été reprise dans les rapports du Collège des procureurs généraux sur les lois ayant posé des difficultés d'application ou d'interprétation pour les cours et tribunaux au cours des années judiciaires 2006-2007 et 2007-2008, 2008-2009 et 2009-2010.

Au départ, une initiative législative avait été reprise dans l'avant-projet de loi portant des dispositions diverses en matière de Justice (I). Il peut en particulier être fait référence à l'article 12 qui stipulait que : « Les magistrats de liaison en matière de jeunesse et les magistrats d'assistance sont désignés pour une période de cinq ans, laquelle peut, après évaluation, être renouvelée deux fois. Les magistrats fédéraux sont désignés pour une période de cinq ans qui, après évaluation, peut être renouvelée chaque fois pour une période de cinq ans ».

Toutefois, cette disposition n'a pas été reprise dans la loi du 30 décembre 2009 portant des dispositions diverses en matière de Justice (I). Il est nécessaire de rappeler qu'une

³⁵ Doc. Parl., Sénat, session 2010-2011, n° 5-1067/1.

modification législative s'impose si l'on veut garantir le bon fonctionnement du parquet fédéral à l'avenir.

Un projet de loi a été élaboré et transmis par le procureur fédéral au ministre de la Justice et ensuite aux présidents de la Commission de la Justice de la Chambre des représentants et du Sénat.

La modification proposée est la suivante :

« L'article 259sexies, § 2, alinéa 4, du Code judiciaire, modifié en dernier lieu par la loi du 13 juin 2006, est remplacé comme suit : « Les magistrats de liaison en matière de jeunesse et les magistrats d'assistance sont désignés pour une période de cinq ans, laquelle peut, après évaluation, être renouvelée deux fois. Les magistrats fédéraux sont désignés pour une période de cinq ans, laquelle peut, après une évaluation, être renouvelée chaque fois pour cinq ans. Après deux prolongations, le mandat de magistrat fédéral ne peut être renouvelé qu'après une évaluation complémentaire positive du collègue des procureurs généraux »

Une disposition allant dans ce sens a été insérée dans l'avant-projet de loi portant des dispositions diverses en matière de justice (2012), mais n'a finalement pas été retenue. Pourtant une modification s'impose. Une autre option législative serait d'ériger un corps spécialisé où la notion de mandat serait supprimée.

5) Article 4 de la loi du 13 décembre 2005 portant des dispositions diverses relatives aux délais, à la requête contradictoire et à la procédure en règlement collectif de dette (repris depuis la publication du rapport 2008 – 2009)

En vertu de l'article 4 de la loi du 13 décembre 2005 portant des dispositions diverses relatives aux délais, à la requête contradictoire et à la procédure en règlement collectif de dette (M.B. 21 décembre 2005), il existe encore d'autres manières de faire opposition à un jugement par défaut que celles énumérées à l'article 1047 du Code judiciaire (Livre III, Des voies de recours, Titre II, De l'opposition).

L'article 1047 du Code judiciaire règle les modalités selon lesquelles il peut être fait opposition à un jugement par défaut. Selon cet article, il peut être fait opposition de deux manières :

- soit l'opposition est signifiée par exploit d'huissier de justice contenant citation à comparaître devant le juge qui a rendu le jugement par défaut (art. 1047, alinéa 2, du Code judiciaire) ;
- soit de l'accord des parties, leur comparution volontaire peut tenir lieu de l'accomplissement de ces formalités (art. 1047, alinéa 3, du Code judiciaire).

En vertu de l'article 4 de la loi du 13 décembre 2005, il existe encore d'autres manières de faire opposition. À partir du 1^{er} septembre 2007, il peut être fait opposition, selon le cas, dans les formes visées au § 1^{er} (art. 704, § 1^{er}, requête contradictoire) ou au § 2 (simple requête pour les demandes énumérées à l'article 704, § 2, C. jud.) de l'article 704 du Code judiciaire.

Solution possible : compléter l'article 1047 du Code judiciaire par ces possibilités supplémentaires.

6) Surveillance des greffes, articles 164, 403, 410, § 1^{er}, 7^o, du Code judiciaire (repris depuis la publication du rapport 2008 – 2009)

À la suite de l'adoption de l'article 21 de la loi du 25 avril 2007 (loi modifiant le Code judiciaire, notamment les dispositions relatives au personnel judiciaire de niveau A, aux greffiers et aux secrétaires ainsi que les dispositions relatives à l'organisation judiciaire),

l'article 164 du Code judiciaire place le greffier en chef, chargé de diriger le greffe, sous l'autorité et la surveillance du chef de corps du siège. L'article 403 du même Code dispose depuis longtemps que le ministère public (référence faite aux divers échelons) exerce sa surveillance sur les greffes (une nouvelle fois, référence aux divers échelons).

Le ministre de la Justice de l'époque était d'avis qu'il n'existait aucune incompatibilité entre l'article 403 et l'article 164. La surveillance exercée par le procureur général, le procureur du Roi et l'auditeur du travail conformément à l'article 403 du Code judiciaire devrait être axée sur la régularité des tâches du greffe, tandis que la compétence du magistrat-chef de corps à l'égard du greffier en chef consisterait à définir la politique à suivre et le fonctionnement « pratique » de la juridiction concernée. Une copie de la lettre adressée au ministre de la Justice le 16 décembre 2008 a été jointe au rapport de suivi législatif 2008-2009.

Cette distinction est difficile à concilier avec le fait que le procureur général, le procureur du Roi et l'auditeur du travail demeurent l'autorité disciplinaire à l'égard des greffiers en chef, conformément à l'article 410, § 1^{er}, 7^o, du Code judiciaire. En outre, le ministère public ne dispose nullement des moyens adéquats lui permettant de contrôler la gestion financière du greffe. En effet, ce contrôle requiert la création d'un service d'inspection spécialisé.

En d'autres termes, il est nécessaire de préciser davantage la signification des dispositions légales et leur relation. Par ailleurs, les notions d'autorité et de surveillance utilisées doivent également être clarifiées, les compétences d'ordre disciplinaires doivent s'inscrire dans la lignée de l'exercice de l'autorité réelle et, par conséquent, relever de la compétence du chef de corps du siège (pour autant que la réforme du droit disciplinaire ne surcharge pas une autre instance externe) et des moyens adéquats doivent être développés afin de conférer un véritable contenu au contrôle exercé par le ministère public sur la régularité des tâches du greffe et sa gestion financière. Le ministère public doit, sans aucun doute, veiller au bon fonctionnement du service, à l'exécution des lois et des règlements et doit, bien entendu, pouvoir intenter une action disciplinaire.

7) **Articles 35 et 38 du Code judiciaire** (repris depuis la publication du rapport 2009 – 2010)

▪ **Dispositions légales**

Art. 35. Si la signification ne peut être faite à personne, elle a lieu au domicile, ou à défaut de domicile à la résidence du destinataire et, s'il s'agit d'une personne morale, à son siège social ou administratif. La copie de l'acte est remise à un parent, allié, préposé ou serviteur du destinataire. Elle ne peut être remise à un enfant qui n'a pas atteint l'âge de seize ans accomplis. Le commissaire de police lorsqu'il en est instruit doit donner à l'huissier de justice instrumentant l'indication du lieu de résidence de la partie qui n'a pas de domicile.

Art. 38

§ 1^{er}. Dans le cas où l'exploit n'a pu être signifié comme il est dit à l'article 35, la signification consiste dans le dépôt par l'huissier de justice au domicile ou, à défaut de domicile, à la résidence du destinataire, d'une copie de l'exploit sous enveloppe fermée portant les indications prévues par l'article 44, alinéa 1^{er}. L'huissier de justice indique sur l'original de l'exploit et sur la copie signifiée, la date, l'heure et le lieu du dépôt de cette copie. Au plus tard le premier jour ouvrable qui suit la signification de l'exploit, l'huissier de justice adresse soit au domicile, soit, à défaut de domicile, à la résidence du destinataire, sous pli recommandé à la poste, une lettre signée par lui. Cette lettre mentionne la date et l'heure de la présentation ainsi que la possibilité pour le destinataire en personne ou le porteur d'une procuration écrite de retirer une copie de cet exploit en l'étude de l'huissier de justice, pendant un délai maximum de trois mois à partir de la

signification. Lorsque le destinataire de l'exploit a demandé le transfert de son domicile, la lettre prévue à l'alinéa 3 est adressée au lieu où il est inscrit sur les registres de la population et à l'adresse à laquelle il a annoncé vouloir établir son nouveau domicile. Lorsque les formalités prévues aux alinéas 3 et 4 ont été omises ou irrégulièrement accomplies, le juge peut ordonner qu'une nouvelle lettre soit adressée au destinataire de l'exploit.

§ 2. S'il résulte des circonstances de fait constatées sur place qu'il est matériellement impossible de procéder à la signification par le dépôt d'une copie de l'exploit, au domicile ou, à défaut de domicile, à la résidence du destinataire, elle consiste dans la remise de la copie au procureur du Roi du ressort dans lequel cette situation de fait se présente; il est fait mention sur l'original et sur la copie des circonstances de fait qui nécessitent la signification au procureur du Roi. Il en va de même lorsque les lieux dans lesquels le signifié est domicilié sont manifestement abandonnés sans que le signifié ait demandé le transfert de son domicile. Les mesures utiles sont prises, à la diligence du procureur du Roi, pour que la copie parvienne à l'intéressé dans le plus bref délai. La signification au procureur du Roi est non avenue si la partie à la requête de laquelle elle a été accomplie connaissait le domicile élu ou, le cas échéant, la résidence du signifié.

a) A.R. du 28 décembre 1950 portant règlement général sur les frais de justice en matière répressive – signification en matière pénale – enveloppe en franchise de port

▪ **Difficultés**

La date de prise de connaissance de la signification d'un jugement ou arrêt par défaut est essentielle pour juger de la recevabilité de l'opposition, également et surtout lorsque la signification a lieu conformément aux articles 35 et 38 du Code judiciaire. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 avril 2010, le procureur du Roi demandait, par le biais de la police, si et dans l'affirmative, quand, le destinataire avait pris connaissance de la signification du jugement ou de l'arrêt. L'intention du législateur, au 6 avril 2010, était de décharger la police de nombreuses tâches en introduisant de nouveaux modes de signification (*Doc. parl.*, Chambre, DOC 52 1211/008, pp. 4, 5, 12 et 14, rapport fait au nom de la Commission de la Justice).

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Compte tenu de cet objectif du législateur, le Collège des procureurs généraux a, dans sa circulaire 14/2010 du 12 juillet 2010, limité cette demande par la police aux significations des jugements et arrêts par défaut condamnant le destinataire à une peine d'emprisonnement effective d'un an ou à une peine plus lourde.

Bien entendu, il demeure toujours utile de savoir, en ce qui concerne les autres significations, si le destinataire en a pris connaissance. Pour ces cas, les directives contenues dans la circulaire prévoient que soit joint un accusé de réception, que le destinataire pourrait renvoyer au ministère public mandant. Les directives adressées au ministère public mentionnent ce qui suit : « S'il s'agit d'une signification d'un jugement ou d'un arrêt par défaut ou bien d'un jugement ou d'un arrêt réputé contradictoire, un formulaire sera joint à l'ordre de signification sur lequel le destinataire peut signaler directement au ministère public mandant qu'il a pris connaissance en personne de la signification si celle-ci n'a pas été faite à personne. »

Un formulaire type a été joint en annexe 1 de cette circulaire. Contact a été pris avec les services du CTI en vue de créer automatiquement ce formulaire lors de l'établissement d'un ordre de signification d'un tel jugement ou arrêt.

Les directives destinées aux huissiers de justice stipulent que : « Rien ne semble empêcher que l'huissier de justice joigne à la copie de l'acte signifié déposée sous

enveloppe fermée le (une copie du) formulaire (annexe 1) que le ministère public avait joint à l'ordre de signification. Il y a ainsi plus de chances que le destinataire réagisse par le renvoi tandis – comme indiqué ci-après – qu'il y a peu de chances que le destinataire se tourne spécifiquement vers l'huissier de justice pour retirer une copie de l'acte dont il a déjà une copie dans sa boîte. »

Cependant, le Collège craint également que peu de condamnés renverront cet « accusé de réception ». Le Collège espère qu'un nombre plus important de destinataires recourront à cette possibilité si une enveloppe en franchise de port pouvait être jointe. Cet « accusé de réception » et une enveloppe avec franchise de port pourraient être joints à toutes les significations (tant de citations que de jugements ou arrêts). Pour ce faire, une disposition particulière doit toutefois être reprise quant aux frais de justice en matière pénale (dotée d'une base légale).

Enfin, en ce qui concerne la signification en matière pénale, il convient de faire référence à l'avis circonstancié motivé du Collège des procureurs généraux, préparé par le réseau d'expertise « Procédure pénale » et transmis au ministre de la Justice le 25 mars 2009 (réf. A.I.25/2009/mm). Cet avis est joint en annexe.

b) Nouveau point d'attention : signification en matière pénale – envoi par lettre recommandée

▪ Difficultés

Les formalités de la lettre recommandée obligatoire, décrites dans les dispositions du premier alinéa de l'article 38 du Code judiciaire, ont manifestement une ratio legis double:

Primo : informative

Surabondamment, le justiciable est informé du fait qu'un certain nombre d'actes d'huissier de justice lui ont été signifiés.

L'acte est tellement bien défini qu'aucune ambiguïté n'est possible quant à l'identification de l'exploit; à cet effet, on mentionne même l'heure de la signification.

Cet envoi surabondant est, dans la plupart des cas, apprécié en tant que tel mais est tout de même, occasionnellement, précieux en tant que garantie supplémentaire pour l'appréhension d'un acte.

Ainsi, la pratique démontre que pour beaucoup de personnes physiques et morales, avoir une boîte aux lettres – qui est tout de même une nécessité élémentaire – est une notion extensible.

En outre, la méthode de l'envoi postal informatif démontre, dans de pareilles circonstances, son utilité ; a fortiori lorsque le destinataire, par le biais d'applications adéquates dans la distribution du courrier, fait réacheminer son courrier à une autre adresse que son domicile, sa résidence ou son siège ou qu'il reçoit son courrier dans une boîte postale.

Secundo : en tant que preuve supplémentaire

La loi dicte le caractère recommandé de la lettre en question. La seule intention possible est la nécessité supposée de la preuve du fait qu'il a été satisfait à cette formalité de l'envoi.

Cette thèse ne peut être suivie en raison des objections d'ordre théorique, d'économie de procédure et « perceptrices ».

L'utilité du caractère recommandé de la lettre est nul; en effet, ce caractère n'apporte aucune plus-value en tant que preuve vis-à-vis de la simple signification sensu stricto d'un acte authentique qui en tout cas, en raison de cette authenticité, fournit une preuve complète et la plus haute qui soit de la signification.

L'attestation par l'huissier de justice qu'il a envoyé une certaine lettre à un justiciable dans le cadre de la signification d'un acte spécifique en y annexant une copie est par contre bien nécessaire: la lettre fait en effet partie de l'acte et doit donc aussi pouvoir être appréciée par une éventuelle juridiction.

Contrairement au caractère recommandé de la lettre, l'ajout obligatoire d'une copie de la lettre en question en tant qu'élément constitutif de l'exploit est utile et même indispensable; elle fait, en effet, par définition partie intégrante de l'acte et n'est nullement une notification en soi (dans ce cas, le caractère recommandé aurait bien un sens, quod non).

Dans un souci d'économie de procédure, le coût de la lettre recommandée n'est pas défendable: le surcoût d'un envoi recommandé est d'approximativement cinq euro. Il faut souligner ici que ce seul surcoût spécifique constitue un cinquième de l'honoraire global d'un acte en matière pénale. À une période où exposer des frais de justice est justement évalué sur le plan de l'économie de procédure, cette considération n'est pas dénuée d'une réflexion marginale.

L'huissier de justice est bien placé pour confirmer que le justiciable témoigne très peu de sympathie à l'égard du caractère recommandé de la lettre en question. En effet, après avoir reçu l'exploit lui destiné – dans la plupart des cas sous enveloppe fermée – il doit très souvent se rendre à la poste pour – une fois arrivé là bas – apprendre qu'il a reçu un exploit dont il avait déjà connaissance.

La plupart des lettres recommandées sont d'ailleurs retournées à l'huissier de justice comme étant non réclamées. Cette seule constatation se passe déjà de commentaire: le caractère recommandé entraîne donc une forte moins-value au caractère informatif de la lettre en question.

▪ ***Point de vue résumé du ministère public (et de la Chambre nationale des Huissiers de Justice)***

La lettre décrite dans les dispositions du premier alinéa de l'article 38 du Code judiciaire, ainsi que la possibilité de remettre au justiciable ou à une personne qu'il a mandaté par écrit, durant une période de trois mois, une copie de l'acte signifié, doivent être conservées.

Il est plus que recommandable d'envoyer cette lettre par simple envoi postal non recommandé. Il suffit d'inscrire dans la loi l'obligation pour l'huissier de justice d'annexer une copie certifiée de cette lettre à son acte original.

8) Article 53 de la loi du 28 décembre 2011 portant des dispositions diverses – La perception d'une TVA (21 %) sur les prestations que les huissiers de justice effectuent sur réquisition du ministère public

▪ ***Difficultés***

Le tribunal du travail de Courtrai a posé la question préjudicielle suivante à la Cour constitutionnelle :

« L'article 53 de la loi du 28 décembre 2011 portant des dispositions diverses, qui a abrogé, entre autres, le mot "huissiers de justice" dans l'article 44, § 1er, 1^o, du Code de la taxe sur la valeur ajoutée et qui a assujéti à la TVA les huissiers de justice à partir du 1er janvier 2012, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que les huissiers de justice qui, par application des articles 1675/2 et suivants du Code judiciaire, sont chargés par les juridictions du travail d'une mission de médiateur collectif de dettes sont assujéti à la TVA pour les services qu'ils effectuent dans le cadre de leur mission de médiateur collectif de dettes, pour laquelle le montant de leurs honoraires et frais est fixé par l'arrêté royal du 18 décembre 1998 établissant les règles et tarifs relatifs à la fixation des honoraires, des émoluments et des frais du médiateur de dettes, alors que les avocats et les CPAS ne sont pas assujéti à la TVA pour les mêmes actes qu'ils accomplissent comme médiateur collectif de dettes ? »

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

La Chambre nationale des Huissiers de justice a consulté le Collège des procureurs généraux concernant la suppression de l'exonération de TVA pour les huissiers de justice, qui est entre-temps devenue réalité eu égard à l'article 53 de la loi du 28 décembre 2011 précitée.

Toutefois, une question plus fondamentale se pose actuellement. En effet, le principe même selon lequel la TVA doit être perçue sur les prestations effectuées sur réquisition du ministère public soulève de sérieuses interrogations. En outre, il convient de se pencher sur la manière dont ce principe doit être appliqué dans la pratique.

En annexe est jointe la lettre attirant l'attention de la ministre de la Justice (9 janvier 2012) sur cette problématique.

9) Article 288, § 2, Code judiciaire : prestation de serment relative au mandat de juge et de conseiller social (repris depuis la publication du rapport 2009-2010)

▪ **Difficultés**

En vertu de l'article 288 du Code judiciaire, dans sa version actuelle, la prestation de serment (réception) a lieu lors de chaque nomination, lors de chaque désignation comme chef de corps et lors de la première désignation à un mandat adjoint. Les conseillers et juges sociaux (et consulaires) dont le mandat est renouvelé devraient à nouveau prêter serment car leur situation n'est pas assimilable à celle des titulaires de mandats adjoints.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Afin de clarifier la situation, il est suggéré de compléter l'alinéa 1^{er} de l'article 288 comme suit : la réception a lieu.....lors de la première désignation à un mandat adjoint ainsi qu'à un mandat de juge social, de conseiller social et de juge consulaire.

10) Remises par défaut non permises (repris depuis la publication du rapport 2009-2010)

L'article 747, § 2, du Code judiciaire prévoit que les parties peuvent, de commun accord, solliciter le renvoi de la cause au rôle, ainsi qu'une remise à date fixe.

A contrario, cela implique que les remises par défaut ne sont pas possibles et qu'un calendrier judiciaire par défaut est alors établi par le tribunal.

Or, dans de nombreux cas, cela reporte alors l'affaire à une audience très éloignée, alors que des dates sont parfois libres avant.

Par conséquent, le tribunal à Namur a pris pour habitude de demander à l'avocat ou à la partie présent(e) de faire fictivement défaut, ce qui permet de faire renvoyer l'affaire au rôle et de pouvoir solliciter ensuite une nouvelle fixation rapide de l'affaire.

11) Divorce – acquiescement – signification (repris depuis la publication du rapport 2009-2010)

▪ **Difficultés**

Le ministère public n'intervient ni dans la signification des jugements de divorce, ni dans leur transcription.

Le seul élément concernant le ministère public est prévu à l'article 1275, dernier alinéa, du Code judiciaire, qui stipule que l'officier de l'état civil procède à la notification au ministère public après la transcription.

La transcription peut avoir lieu uniquement après que le jugement/l'arrêt a acquis force de chose jugée.

En principe, il convient effectivement de procéder à la signification afin de faire courir les délais d'appel qui, une fois écoulés, font que la décision du juge acquiert force de chose jugée.

Par ailleurs, il existe la possibilité de l'acquiescement (art. 1044-1045 Code jud.). L'acquiescement signifie que l'on respecte totalement l'autorité de chose jugée de la décision du premier juge. La jurisprudence et la doctrine admettent de plus en plus la possibilité de l'acquiescement dans un jugement de divorce. L'unique chose que les parties ont à faire est d'accepter expressément la décision au lieu d'attendre que le délai d'appel ne soit écoulé.

Le fait de prévoir expressément dans la loi que le jugement peut être transcrit si l'acquiescement par les deux parties est porté à la connaissance du greffier, semble dès lors être une simplification de la procédure à encourager et contribue à la sécurité juridique.

En ce qui concerne le divorce par consentement mutuel, l'article 1299 du Code judiciaire dispose que seul le ministère public peut interjeter appel du jugement qui a prononcé le divorce par consentement mutuel dans le mois du prononcé. En d'autres termes, dans ce cas, aucune signification n'est de toute façon nécessaire. Le jugement est coulé en force de chose jugée un mois après le prononcé.

Par conséquent, la modification proposée n'a aucune influence sur la transcription des jugements de divorce par consentement mutuel.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Ne pourrait-on pas prévoir que lorsque les parties acquiescent au jugement, il n'est pas nécessaire de procéder à la signification pour pouvoir transcrire la décision ?

12) Article 259sexies du Code judiciaire et article 19, 3°, de la loi du 17 mai 2006 instaurant des tribunaux de l'application des peines (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ **Dispositions légales**

L'article 19, 3°, de la loi du 17 mai 2006 et l'article 259sexies du Code d'instruction judiciaire stipulent que les juges et les substituts sont désignés pour une période d'un an, renouvelable la première fois pour trois ans, puis une seule fois pour quatre ans, après évaluation.

▪ **Difficultés**

L'article 259sexies, § 2, du Code Judiciaire prévoit que :

§ 2. Les juges d'instruction, les juges des saisies et les juges de la jeunesse sont désignés pour une période d'un an renouvelable après évaluation, la première fois pour une période de deux ans, puis chaque fois pour une période de cinq ans. (Les juges de l'application des peines et les substituts du procureur du Roi spécialisés en application des peines sont désignés pour une période d'un an, renouvelable la première fois pour trois ans, puis une seule fois pour quatre ans, après évaluation.)

Pourquoi opère-t-on une distinction entre le prolongement des mandats des juges d'instruction, des juges des saisies, des juges de la jeunesse et des magistrats liés au tribunal de l'application des peines ?

Le nouveau projet de loi relative à l'internement prévoit désormais qu'un assesseur psychiatre fera partie du tribunal. Il est stipulé que ce mandat peut être renouvelé tous les cinq ans sans restriction.

Les autres assesseurs relèvent alors à nouveau de l'article 196ter, § 2, du Code judiciaire, ce qui constitue clairement une inégalité.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Tant pour les magistrats que pour les assesseurs, une possibilité de prolongation identique à celle des juges d'instruction et des autres magistrats telle que stipulée à l'article 259, § 2, sexies, premier alinéa devrait être prévue.

13) Problématique de l'indexation de l'indemnité imposée par le juge à chaque condamné (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ **Difficultés – double problématique :**

1. Base légale du règlement général des frais de justice en matière répressive du 28 décembre 1950
2. Indexation de l'indemnité imposée par le juge à chaque condamné

1. Base légale précaire pour l'arrêté royal du 9 mars 1983 et les autres arrêtés royaux : les lois du 1^{er} juin 1849 et du 16 juin 1919

L'arrêté royal du 9 mars 1983 instaurant l'indexation des tarifs, en reprenant l'article 148 de l'arrêté royal portant règlement général sur les frais de justice en matière répressive de 1950, renvoie à la loi du 16 juin 1919 « autorisant le gouvernement à modifier les dispositions relatives aux frais de justice en matière répressive et aux frais et dépens en matière civile et commerciale » et disposant qu'« il est indiqué de prendre des mesures sans délai afin de mettre le système d'indexation en conformité avec le règlement général du gouvernement en la matière ».

Cependant, il est mentionné dans l'exposé des motifs de la loi du 16 juin 1919 que l'autorisation accordée au gouvernement (telle que visée dans les lois du 1^{er} juin 1849 et du 27 mars 1853) de modifier les dispositions des règlements sur les frais de justice est limitée au temps strictement nécessaire et que ces modifications doivent être faites dans un délai de deux ans et, à l'expiration de ce délai, le règlement nouveau sera définitif et ne pourra plus être modifié dans ses parties essentielles que par une loi. Il est également stipulé qu'« *il est indispensable et urgent de mettre le tarif des frais de justice en rapport avec l'augmentation du taux des salaires et du prix des choses de première nécessité* ».

Ce principe est repris dans le projet de loi de la loi du 16 juin 1919, à savoir que les arrêtés royaux de révision prévus doivent être pris avant l'expiration de la seconde année de la publication de la présente loi et qu'à partir de cette époque, les dispositions qui n'ont pas un caractère exclusivement réglementaire, seront considérées comme définitives et ne pourront plus être modifiées que par une loi.

Conclusion :

La légalité des arrêtés d'exécution pris (bien plus de deux ans plus tard) en vertu de la loi du 16 juin 1919 est dès lors mise en doute, dans la mesure où les modifications apportées ultérieurement, par le biais d'arrêtés royaux et non par une loi, semblent aller plus loin, remanient les « *parties essentielles* » et « *ne présentent pas un caractère exclusivement réglementaire* », étant donné que les modifications à effectuer dans les deux ans concernaient justement la mise en rapport avec l'augmentation du taux des salaires et du prix des choses de première nécessité. Peut-être convient-il donc de revenir à la loi du 1^{er} juin 1849, même si celle-ci, tout comme la loi du 16 juin 1919 d'ailleurs, a été abrogée par la loi-programme II du 27 décembre 2006, sans tenir compte des conséquences sur l'arrêté royal du 9 mars 1983 instaurant l'indexation des tarifs.

Point de vue :

Une nouvelle base légale univoque doit être prévue en vue d'un nouvel arrêté royal portant règlement général sur les frais de justice en matière répressive.

2. Indexation de l'indemnité imposée par le juge à chaque condamné

Sous réserve des considérations émises *supra* concernant la légalité des arrêtés d'exécution pris en vertu de la loi de 1919 et dans la mesure où il serait (pourrait être) parti du principe que les arrêtés royaux pris par la suite n'ont en rien modifié les « *parties essentielles* » et n'ont pas davantage apporté de modifications « *ne présentant pas un caractère exclusivement réglementaire* », il peut être conclu ce qui suit en ce qui concerne (notamment) l'indexation de l'indemnité imposée par le juge à chaque condamné.

L'article 71 de la loi du 28 juillet 1992 portant des dispositions fiscales et financières a introduit l'imposition par le juge à chaque condamné d'une indemnité fixe, dont le montant sera établi par le Roi dans le tarif en matière criminelle, pour chaque affaire criminelle, correctionnelle et de police.

L'arrêté royal du 29 juillet 1992 a mis à exécution la disposition légale susmentionnée du 28 juillet 1992, moyennant l'ajout de l'article 91, § 2, à l'arrêté royal portant règlement général sur les frais de justice en matière répressive de 1950, imposant une indemnité de 500 francs, au motif : « *...que cette modification est absolument nécessaire afin de rétablir l'équilibre budgétaire relatif aux frais de correspondance et aux autres frais de gestion et d'uniformiser les tarifs en matière de correspondance ; ...* ».

Ce montant de 500 francs a été porté à 1.000 francs par arrêté royal du 23 décembre 1993 et a été remplacé par 25 euros à la suite de l'arrêté royal du 11 décembre 2001.

L'arrêté royal du 9 mars 1983 a inséré l'article 148 dans le règlement général sur les frais de justice en matière répressive du 28 décembre 1950, qui prévoit une indexation annuelle « *des sommes fixées au présent règlement général et des sommes fixées par le ministre de la Justice en vertu du présent règlement général...* ».

Conclusion – point de vue :

Par arrêté royal du 29 juillet 1992, le Roi a établi l'indemnité susmentionnée dans le tarif en matière criminelle.

Auparavant, il avait déjà, par arrêté royal du 9 mars 1983, prévu une indexation de tous les montants fixés dans le règlement général. Ainsi, l'on peut supposer que le législateur était parti du principe que cette « *indemnité fixe ... dont le montant sera établi par le Roi dans le tarif en matière criminelle* », après avoir été intégrée dans le règlement général en vertu de l'arrêté royal du 29 juillet 1993, serait également indexée chaque année, d'autant plus que l'intention du législateur était de contrôler « *l'augmentation des frais de gestion* ». Idéalement, les éléments paraissant évidents devrait toutefois être repris explicitement dans la loi.

E.2. Nouveaux points d'attention – Droit judiciaire

1) Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises

Sur pied de l'article 17, § 3, de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises (ci-après : la « LCE »), le greffier avise le procureur du Roi du dépôt de la requête, lequel pourra assister à toutes les opérations de la procédure. Comme il ressort des travaux parlementaires et tel que l'interprète la doctrine, le ministère public ne devait plus être entendu sur les demandes de réorganisation judiciaire³⁶.

▪ **Difficultés**

Toutefois, la LCE modifie également l'article 764, 8°, du Code judiciaire (article 74 LCE) et fait de toutes les demandes en réorganisation judiciaire et de toutes les demandes de révocation d'un plan de réorganisation des matières communicables. Dans un arrêt du 2 décembre 2011 (2011/AR/2965), la cour d'appel d'Anvers a estimé que l'absence de communication de la demande d'homologation d'un plan de réorganisation au ministère public entraînait la nullité du jugement. À la suite de cet arrêt, le tribunal de commerce sollicite désormais l'avis du ministère public sur toutes les demandes s'inscrivant dans le cadre de la LCE.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

L'intention du législateur n'était pas d'obtenir l'avis du ministère public sur toutes les demandes s'inscrivant dans le cadre de la LCE (cf. article 17 LCE). Dans la pratique, cette sollicitation n'a de sens que si le ministère public peut apporter une plus-value, par exemple parce qu'il existe des indices de fraude. En outre, le ministère public n'a pas la capacité lui permettant d'assister aux audiences et de rendre des avis dans le cadre de toutes ces affaires. Auparavant déjà, il avait été estimé que le ministère public devait se concentrer en premier lieu sur les infractions et, par conséquent, le nombre de matières

³⁶ Cf., entre autres, VANMEENEN M., « De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen », *R.W.*, 2008-09, n° 31.

communicables a chuté. En fait, la modification de l'article 764 du Code judiciaire est superflue et la disposition de l'article 17 LCE était suffisante.

2) Article 259octies, § 1^{er}, du Code judiciaire – nomination et désignation des stagiaires judiciaires

▪ Difficultés

L'article 259octies, § 1^{er}, du Code judiciaire relatif à la nomination et à la désignation des stagiaires judiciaires pose certaines difficultés d'interprétation ainsi que des difficultés concrètes qu'entraîne l'interprétation qui est habituellement donnée de ce texte par la pratique administrative.

La principale difficulté réside dans la pénurie de candidats jointe à la faculté laissée à ceux-ci de postposer leur entrée en stage d'un ou de deux ans en fonction de leurs convenances personnelles. À ce constat, extrêmement préoccupant en lui-même quant au manque de candidats, se joint un autre qui tient au déséquilibre géographique dans leur répartition, ce qui ne manque pas de poser de sérieux problèmes surtout si l'on considère, comme on le fait jusqu'à présent, que leur choix personnel fait la loi.

Cette difficulté est inhérente au texte de l'article 259octies, § 1^{er}, du Code judiciaire ou, à tout le moins, à l'interprétation que l'on en donne.

Le deuxième alinéa de ce paragraphe dispose que : « *Le ministre de la Justice nomme les candidats lauréats du concours d'admission au stage judiciaire et désigne l'arrondissement dans lequel le stage est accompli, comte tenu de la priorité attachée à son classement* ».

Cette règle est actuellement interprétée comme accordant une priorité de choix aux lauréats ayant renoncé à entreprendre leur stage les années précédentes, cette règle a un effet inique et contre productif revenant à privilégier les lauréats qui postposent leur entrée en stage. Si l'on suit – comme on a tendance à le faire – l'interprétation selon laquelle le « *classement* » confère une priorité dans le choix du lieu du stage on arrive au paradoxe suivant : un lauréat, dernier classé en 2010, renonce à entreprendre son stage cette année là ; en 2011, il figure dans le premier tiers du tableau ; s'il renonce encore à commencer son stage, il figurera en 2012 en tête du tableau et bénéficiera d'un choix quasi-illimité pour effectuer son stage.

Interprétée de cette façon, cette règle revient à pénaliser les lauréats les plus brillants et les plus disponibles qui souhaitent entreprendre leur stage dès qu'ils ont réussi le concours.

Il y a par ailleurs lieu de relever que la version française du texte prête à confusion (le pronom « *son* » qui précède le mot « *classement* » ne peut renvoyer qu'à un sujet au masculin singulier et donc à « *arrondissement* » mais certainement pas « *aux candidats* ») et qu'elle ne correspond pas – du moins littéralement – au texte néerlandais qui utilise l'expression « *met voorang volgens de rangschikking* ».

Cette situation n'est pas neuve et le Collège des procureurs généraux et le Conseil des procureurs du Roi ont déjà appelé de leurs vœux la modification de l'article 259octies du Code judiciaire. Il a été répondu, l'an dernier, à cette revendication que la situation politique des affaires courantes ne permettait pas d'envisager une réforme législative.

Confronté à la même difficulté cette année, le Collège a finalement résolu de ne pas s'écarter de l'interprétation qui en est habituellement faite par l'administration, essentiellement (1^o) pour ne pas tromper la confiance des stagiaires qui tablaient sur l'interprétation de l'administration pour obtenir les affectations convoitées (surtout tous

ceux qui avaient déjà postposé une ou deux fois leur entrée en stage) et (2°) pour éviter tout recours au Conseil d'État.

La conséquence de ceci est que de nombreuses places n'ont pu être pourvues et que la clef de répartition convenue entre les membres du Collège des procureurs généraux n'a pas pu être respectée (même en tenant compte d'une adaptation proportionnelle en fonction du relèvement du nombre – hélas purement théorique – de stagiaires).

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Le texte de l'article 259octies, § 1^{er}, est peu clair – d'autant que les versions néerlandaises et françaises ne concordent pas parfaitement – et son application soulève des difficultés dans la pratique.

Le ministère public considère que la référence qui est faite à « *la priorité attachée {au} classement* » ne devrait pas avoir pour effet d'accorder aux lauréats le choix de l'arrondissement où ils effectueront leur stage, mais simplement de garantir, dans le cas où le nombre de lauréats excède celui des places disponibles, que les lauréats les mieux classés soient nommés et que les moins bien classés soient ajournés.

Cette interprétation est la seule qui donne du sens à la règle fixée à la fin de l'alinéa 4 du même article 259octies, § 1^{er}, en vertu de laquelle « *Entre lauréats de deux ou plusieurs concours d'admission au stage judiciaire, la priorité est donnée aux lauréats du concours dont le procès-verbal a été clôturé à la date la plus ancienne.* ».

Cette règle se comprend aisément si l'on sait que « les lauréats du concours d'admission au stage (...) peuvent être nommés (...) au plus tard trois ans après la clôture du concours ». Il est logique que les candidats qui n'ont pas pu entreprendre leur stage l'année (ou les années) précédentes reçoivent priorité sous peine de perdre le bénéfice du concours, celui-ci ayant une durée de validité de trois ans.

Pour remédier à ces difficultés liées à l'interprétation de cette disposition, le ministère public appelle dès lors le législateur à en modifier la formulation.

F. Protection de la jeunesse

F.1. Points déjà repris dans de précédents rapports de suivi législatif, éventuellement actualisés

1) Article 130 du Code d'instruction criminelle (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ Difficultés

L'article 130 du Code d'instruction criminelle dispose que « *si la chambre du conseil constate que l'infraction relève de la compétence du tribunal correctionnel, l'inculpé est renvoyé devant ce tribunal* ».

En revanche, si l'inculpé était mineur au moment des faits, il est renvoyé devant la chambre spécifique du tribunal de la jeunesse en application de l'article 57*bis* de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse.

Le procureur du Roi peut citer directement le mineur devant la chambre spécifique, en utilisant de préférence, selon le prescrit de l'article 216*quater*, § 4, *in fine* du Code d'instruction criminelle, la procédure de convocation par procès-verbal.

Une instruction judiciaire peut néanmoins être menée après dessaisissement, notamment en vue de décerner un mandat d'arrêt à l'égard du mineur.

Des problèmes sont survenus dans certaines procédures lorsque la chambre du conseil a renvoyé devant le tribunal correctionnel un mineur ayant fait l'objet d'un dessaisissement, alors qu'il aurait dû être renvoyé devant la chambre spécifique du tribunal de la jeunesse. La Cour de cassation a considéré qu'il s'agissait d'un problème d'organisation et non de compétence si bien qu'il est permis qu'après un renvoi de l'inculpé mineur devant le tribunal correctionnel par la chambre du conseil, le ministère public saisisse tout de même directement la chambre spécifique du tribunal de la jeunesse de l'action publique (Cass. 16 février 2010, www.cass.be).

▪ Point de vue résumé du ministère public

À l'article 130 CIC, il est suggéré d'ajouter après les mots « devant le tribunal correctionnel », les mots « ou, en cas d'application de l'article 57*bis*, § 1^{er}, ou § 5, de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait, devant une chambre spécifique au sein du tribunal de la jeunesse ».

2) Article 3 de la loi du 1^{er} mars 2002 relative au placement provisoire de mineurs ayant commis un fait qualifié infraction (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ Difficultés

Une des conditions liées au placement dans un centre fédéral fermé est « l'existence de suffisamment d'indices sérieux de culpabilité » (art. 3, paragraphe premier, *in fine*). La Cour constitutionnelle a annulé la condition de l'existence de « suffisamment d'indices sérieux de culpabilité » en cas de placement de jeunes dans une institution communautaire fermée, car des discussions concernant la culpabilité au cours de la phase préparatoire du procès peuvent remettre en cause l'impartialité du juge de la jeunesse, qui intervient également par la suite comme juridiction de jugement (Cour. const., 13 mars 2008, arrêt 49/2008, B26).

- **Point de vue résumé du ministère public**

Il est recommandé de supprimer la condition de « l'existence de suffisamment d'indices sérieux de culpabilité » prévue à l'article 3 de la loi dite Everberg. Cette suppression permettrait de créer une égalité entre les jeunes confiés à une institution communautaire fermée en raison d'un fait qualifié infraction et les jeunes qui, pour la même raison, sont placés dans un centre fédéral fermé et d'éviter, à l'avenir, que l'impartialité du juge qui a pris la mesure de placement provisoire soit mise en cause lorsqu'il sera appelé à examiner la situation du mineur au fond.

3) Article 8 de la loi du 1^{er} mars 2002 relative au placement provisoire de mineurs ayant commis un fait qualifié infraction (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

- **Difficultés**

La question de savoir si l'appel du ministère public formé contre l'ordonnance par laquelle le juge de la jeunesse met fin à la mesure de placement du jeune au centre fédéral fermé est suspensif a donné lieu à des positions et des pratiques divergentes. Cette situation ayant été soumise au Collège des procureurs généraux par le directeur général des établissements pénitentiaires, le Collège a chargé le team de coordination du réseau d'expertise « Protection de la jeunesse » d'examiner cette question.

L'analyse juridique réalisée au sein du réseau d'expertise fut la suivante :

« L'article 8 de la loi du 1^{er} mars 2002 dispose que "*l'appel contre les ordonnances du tribunal de la jeunesse doit être interjeté dans un délai de quarante-huit heures qui court, à l'égard du ministère public, à compter de la communication de l'ordonnance et, à l'égard des autres parties au litige, à compter de l'accomplissement des formalités prévues à l'article 52ter, alinéa 4, de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait.*

La mesure prise est maintenue tant qu'elle n'a pas été modifiée par la juridiction d'appel. [...] La chambre de la jeunesse de la cour d'appel instruit la cause et se prononce dans les quinze jours ouvrables à compter de l'acte d'appel. Passé ce délai, la mesure cesse d'être d'application. Le délai est suspendu pendant la durée de la remise accordée à la demande de la défense. Le délai de citation devant la cour est de trois jours".

Plusieurs arguments conduisent à soutenir que l'appel du ministère public n'est pas suspensif.

1° La loi ne prévoit pas que l'appel du ministère public est suspensif si bien qu'il paraît logique de considérer que la décision du juge de la jeunesse mettant fin à la mesure de placement provisoire doit être immédiatement exécutée si le juge a ordonné l'exécution provisoire de sa décision en application de l'article 58, in fine, de la loi du 8 avril 1965.

En revanche, si l'exécution provisoire n'a pas été ordonnée, il y a lieu de considérer que la mesure de placement provisoire au centre fédéral fermé subsiste jusqu'à l'expiration du délai d'appel et, en cas d'appel, jusqu'à la décision de la cour d'appel ou l'expiration du délai de quinze jours ouvrables à compter de l'acte d'appel, augmenté éventuellement des remises accordées à la demande de la défense, dans lequel la cour doit rendre son arrêt.

2° Un second argument paraît pouvoir être tiré de la comparaison avec le régime prévu pour les majeurs par la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive. D'une part l'article 30, § 3, al.2 de la loi précitée prévoit explicitement que "*l'inculpé reste en détention jusqu'à la décision sur l'appel...*", cette règle valant tant en cas d'appel de

l'inculpé que d'appel du ministère public. Or on ne retrouve pas une telle formulation dans la loi du 1^{er} mars 2002.

Par ailleurs, l'article 25, § 1^{er} et § 2, de la loi du 20 juillet 1990 permet au juge d'instruction de remettre l'inculpé en liberté sans appel possible du ministère public. S'il est compréhensible que le législateur ait accordé un droit d'appel au ministère public en cas de levée de la mesure de placement au centre fédéral eu égard à la nature protectionnelle de l'intervention des autorités judiciaires que la loi du 1^{er} mars 2002 n'a pas entendu totalement écarter, il ne serait pas raisonnable, en l'absence d'un texte le prévoyant explicitement d'attribuer un effet suspensif à cet appel.

3° Enfin, il peut être déduit de l'insertion des termes « *Par contre, l'appel contre une autorisation de sortie du centre est suspensif durant les quinze jours qui suivent l'acte d'appel* » dans l'article 8, alinéa 2, de la loi du 1^{er} mars 2002 par l'article 105 de la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses II (annulé par l'arrêt 49/2008 de la Cour constitutionnelle rendu le 13 mars 2008) que le législateur a lui-même considéré que l'appel du ministère public contre les autres décisions prises par le juge de la jeunesse en application de la loi du 1^{er} mars 2002 n'était pas suspensif. Si tel avait été le cas, il n'aurait pas été nécessaire de faire débiter la phrase par les mots « *Par contre* ».

Le seul argument allant dans le sens d'un effet suspensif de l'appel du ministère public résulte des termes « *La mesure prise est maintenue tant qu'elle n'a pas été modifiée par la juridiction d'appel* » mentionnés dans l'article 8, alinéa 2, de la loi du 1^{er} mars 2002.

La circulaire du Collège des procureurs généraux COL 14/2002 du 19 novembre 2002 précise à propos des effets de l'appel ce qui suit:

10.4. Le sort de la mesure

10.4.1. Appel d'une décision initiale de refus de placement

Une telle décision est susceptible d'appel, aucune disposition légale ne l'interdisant. Ce recours n'a pas pour effet de suspendre une décision de mise en liberté prise par le premier juge, l'expression « le maintien de la mesure prise » que contient l'alinéa 2 de l'article 8, ne visant que la mesure de placement qui fait l'objet de la loi.

Dans ce cas, la cour est tenue par les mêmes délais de procédure que s'il y a appel d'une décision de placement.

10.4.2. Appel d'une décision initiale de placement [...]

10.4.3. Appel des autres décisions statuant sur le maintien de la mesure

Les règles générales déjà exposées sont d'application : La mesure est maintenue tant qu'elle n'a pas été modifiée par la juridiction d'appel. Elle prend fin de plein droit passé un délai de quinze jours ouvrables augmenté éventuellement des remises accordées à la demande de la défense, à compter de l'acte d'appel, si elle n'a pas été confirmée entre-temps par la cour".

La circulaire COL 14/2002 n'envisage toutefois pas de manière explicite l'hypothèse de la levée de la mesure de placement provisoire au centre fédéral.

De plus, il n'est pas permis d'affirmer avec certitude que le terme « *mesure* » mentionné à l'article 8, alinéa 2 de la loi du 1^{er} mars 2002 vise la mesure de placement et non la décision de levée du placement provisoire ou la mesure que le juge a voulu substituer à la mesure de placement provisoire ».

Au terme de l'analyse des différents arguments évoqués ci-dessus, le team de coordination du réseau d'expertise 'Protection de la jeunesse' a proposé que, dans

l'attente d'une clarification que pourrait apporter le législateur, les parquets et l'administration pénitentiaire adoptent la position la plus favorable au jeune, c'est-à-dire l'effet non suspensif de l'appel du ministère public.

C'est cette position qui a été adoptée par le Collège et reprise dans la circulaire COL 14/2002 ayant pour objet loi du 1^{er} mars 2002 relative au placement provisoire de mineurs ayant commis un fait qualifié infraction, révisée le 25 mai 2011.

Sur la base de cette circulaire, les règles suivantes sont donc désormais appliquées :

- a) en cas de levée du placement provisoire décidée par le juge de la jeunesse en cours de placement, la décision est exécutée immédiatement si la décision est assortie de l'exécution provisoire ;
- b) en l'absence d'exécution provisoire de l'ordonnance, le placement est maintenu :
 - jusqu'à l'expiration du délai d'appel du ministère public, soit 48 heures prenant cours à compter de la communication de la décision au ministère public. Le ministère public veillera à communiquer au centre fédéral soit qu'il renonce à interjeter appel, soit qu'il n'a pas fait appel dans le délai légal;
 - ou, en cas d'appel du ministère public, jusqu'à la décision de la cour d'appel confirmant la levée du placement provisoire.

Si la décision de la cour n'intervient pas dans le délai de quinze jours ouvrables à compter de l'acte d'appel (augmenté de la durée de la remise accordée à la demande de la défense), le placement prend fin.

Le Collège des procureurs généraux estime néanmoins que, s'agissant d'une mesure de protection sociétale, il conviendrait, *de lege ferenda*, de reconnaître un caractère totalement suspensif au recours formé par le ministère public.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Il est proposé de mentionner dans l'article 8 de la loi du 1^{er} mars 2002 relative au placement provisoire de mineurs ayant commis un fait qualifié infraction qu'en cas d'appel du ministère public formé contre l'ordonnance par laquelle le juge de la jeunesse met fin à la mesure de placement du jeune au centre fédéral fermé, la mesure de placement provisoire est maintenue jusqu'à la décision de la juridiction d'appel.

- 4) **Loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait (généralités)** (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ **Difficultés**

De multiples modifications successives de la loi relative à la protection de la jeunesse ont mis à mal sa cohérence et sa lisibilité. Cette situation perturbe le travail des magistrats chargés de l'appliquer et entraîne, à certains égards, une insécurité juridique.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Une réécriture complète de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait est nécessaire afin d'en améliorer la lisibilité et l'applicabilité. Les résultats du groupe de travail mandaté à cette fin par le ministre de la

Justice, coordonnés par le Service de la politique criminelle, doivent servir de base à une adaptation du texte de la loi.

Il est essentiel que cette réécriture de la loi du 8 avril 1965 intervienne avant le prochain transfert aux Communautés des compétences en matière de mesures à l'égard des mineurs auteurs de faits qualifiés infractions. Si les Communautés étaient amenées à modifier par décrets les parties de cette loi pour lesquelles elles seront compétentes, sans qu'elle ait préalablement fait l'objet d'une refonte formelle, les praticiens seraient confrontés à un véritable imbroglio juridique. Les dispositions de la loi du 8 avril 1965 qui resteront de la compétence du législateur fédéral et celles qui seront de la compétence des législateurs communautaires sont, en effet, actuellement imbriquées les unes dans les autres. Il est également hautement souhaitable que les modifications qui interviendront à l'initiative des Communautés puissent se greffer sur une loi préalablement restructurée d'une manière logique et clarifiée.

Les propositions formulées ci-après ne sont donc pas exhaustives. Elles ne reprennent que les adaptations jugées les plus indispensables.

5) Loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait (base légale de l'intervention des criminologues) (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ **Difficultés**

En date du 1^{er} septembre 2006, des criminologues sont entrés en fonction au sein des différents parquets de Belgique, sur une base contractuelle. Ils exercent une mission d'assistance aux magistrats des sections famille-jeunesse des parquets pour les matières relatives à la délinquance juvénile, à l'absentéisme scolaire et à la maltraitance d'enfants.

Leurs tâches consistent, sur le plan structurel, en l'établissement de contacts avec les intervenants judiciaires et extrajudiciaires, ainsi que, dans le cadre des dossiers individuels qui leur sont soumis, en la formulation d'avis à l'attention des magistrats du parquet, le cas échéant après avoir eu un entretien avec le jeune concerné et ses parents.

Ces criminologues sont coordonnés sur le plan national par deux criminologues coordinateurs rattachés à l'office du procureur général de Bruxelles, qui est chargé de tâches spécifiques en matière de protection de la jeunesse au sein du Collège des procureurs généraux. Ces criminologues coordinateurs veillent à la cohérence des interventions des criminologues dans l'ensemble du pays.

Les missions des criminologues et des criminologues coordinateurs ont été définies dans des circulaires du Collège des procureurs généraux, mais leurs interventions ne reposent actuellement sur aucune base légale. Compte tenu de la nature de leurs missions, qui impliquent notamment la prise de connaissance de pièces confidentielles et des contacts avec des justiciables, il paraît nécessaire qu'une base légale légitime leurs interventions.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Il est proposé d'introduire les dispositions suivantes dans la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait.

À l'article 8, qui dispose que les fonctions du ministère public près le tribunal de la jeunesse sont exercées par un ou plusieurs magistrats du parquet désignés par le

procureur du Roi, ajouter un alinéa 2 rédigé comme suit : « Ces magistrats sont assistés par des criminologues. »

À l'article 11, qui dispose qu'à la cour d'appel, les fonctions du ministère public près les chambres de la jeunesse sont exercées par un ou plusieurs magistrats du parquet général, désignés par le procureur général, ajouter un alinéa 2 rédigé comme suit : « L'équipe formée par les criminologues, visés à l'article 8, alinéa 2, est coordonnée par des criminologues-coordonateurs placés sous l'autorité du procureur général qui, au sein du Collège des procureurs généraux, est chargé des tâches spécifiques en matière de protection de la jeunesse en application de l'article 143bis, alinéa 5, § 4, du Code judiciaire » .

À l'article 45, relatif à la saisine du tribunal de la jeunesse, ajouter un alinéa 2 rédigé comme suit : « Le cas échéant, le procureur du Roi demande un avis aux criminologues visés à l'article 8, alinéa 2. ».

À l'article 45bis, relatif au stage parental, ajouter alinéa 2, rédigé comme suit : « Le cas échéant, le procureur du Roi demande un avis aux criminologues visés à l'article 8, alinéa 2, sur l'opportunité d'envisager un stage parental dans le cas où les conditions légales sont réunies.

Ils peuvent en outre, à la demande du procureur du Roi, recevoir les parents pour présenter la proposition du procureur du Roi en vue de leur expliquer la finalité du stage parental. »

À l'article 45ter, relatif à l'envoi d'une lettre d'avertissement et au rappel à la loi par le procureur du Roi, ajouter un alinéa 4 rédigé comme suit : « Le cas échéant, le procureur du Roi demande un avis aux criminologues visés à l'article 8, alinéa 2, sur l'opportunité d'envisager une lettre d'avertissement ou un rappel à la loi » .

À l'article 45quater, § 1^{er}, relatif à l'information, par le procureur du Roi, de la possibilité de participer à une médiation, ajouter un alinéa 3 rédigé comme suit : « Le cas échéant, le procureur du Roi demande un avis aux criminologues visés à l'article 8, alinéa 2, sur la possibilité et l'opportunité d'envisager une médiation dans les cas où les conditions légales sont réunies ».

À l'article 45quater, § 3, relatif au rapport du service de médiation, ajouter un alinéa 2 rédigé comme suit : « Le cas échéant, à la demande du procureur du Roi, les criminologues visés à l'article 8, alinéa 2, prennent connaissance des rapports établis par les services de médiation et donnent leur avis au procureur du Roi sur les suites qu'il y a lieu d'y réserver ».

À l'article 45quater, § 4, contenant diverses dispositions relatives à la médiation, ajouter un alinéa 3 rédigé comme suit : « Le cas échéant, à la demande du procureur du Roi, si des justiciables dépendant de différents arrondissements sont concernés, les criminologues visés à l'article 8, alinéa 2, veillent à la coordination entre les différents parquets ».

6) Article 57bis, §5, de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ **Difficultés**

L'article 57bis, § 5, de la loi du 8 avril 1965 dispose que « toute personne qui a fait l'objet d'une décision de dessaisissement prononcée en application du présent article devient, à compter du jour où cette décision est devenue définitive, justiciable de la juridiction

ordinaire pour les poursuites relatives aux faits commis après le jour de la citation de dessaisissement ».

Cette disposition pose des problèmes en ce qui concerne la détermination de la juridiction compétente. Le texte attribue en effet la compétence à « *la juridiction ordinaire* » et non pas « *à la chambre spécifique au sein du tribunal de la jeunesse* ».

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Il s'agit assurément d'une erreur du législateur dont la volonté fut manifestement de dispenser de recommencer une procédure de dessaisissement lorsqu'une première décision de dessaisissement est devenue définitive mais certainement pas de rendre compétente la juridiction compétente pour juger les majeurs.

Le titre préliminaire de la loi du 8 avril 1965 dispose en effet que :

Les principes suivants sont reconnus et applicables à l'administration de la justice des mineurs :

...2° tout acte d'administration de la justice des mineurs est, dans la mesure du possible, assuré par des intervenants, fonctionnaires et magistrats qui ont reçu une formation spécifique et continue en matière de droit de la jeunesse.

Seule la chambre spécifique du tribunal de la jeunesse garantit le respect de ce principe. Il paraît donc raisonnable de considérer qu'en cas d'application de l'article 57bis, §5, la juridiction ordinaire visée par le législateur n'est pas le tribunal correctionnel mais la chambre spécifique du tribunal de la jeunesse.

Cette disposition a déjà donné lieu à des décisions contraires si bien qu'il paraît urgent, comme le Collège des procureurs généraux l'a déjà suggéré au ministre de la Justice, de remplacer dans l'article 57bis, § 5, de la loi du 8 avril 1965 les mots « *la juridiction ordinaire* » par les mots « *la juridiction visée au paragraphe 1^{er}* », ce qui englobe la chambre spécifique au sein du tribunal de la jeunesse et la cour d'assises composée conformément aux dispositions de l'article 119, alinéa 2, du Code judiciaire.

F.2. Nouveaux points d'attention – Protection de la jeunesse

- 1) **Article 37, § 3, alinéa 2, 2°, de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait et article 7, 7°, d) de la loi du 13 juin 2006 modifiant la législation relative à la protection de la jeunesse et à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction**

▪ **Difficultés**

1. À la suite d'une question préjudicielle posée par le tribunal de la jeunesse de Mons, la Cour constitutionnelle a rendu le 3 mai 2012 un arrêt n° 60/2012 concernant la possibilité de prendre à l'égard d'un jeune âgé de plus de 16 ans mais de moins de 17 ans au moment des faits l'intégralité des mesures protectionnelles visées à l'article 37, § 2, de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait.

Le recours portait sur la différence de traitement existant entre les mineurs âgés de seize ans au moment des faits et les mineurs âgés de dix-sept ans au moment des faits.

2. Cette différence de traitement peut être décrite comme suit.

2.1. S'agissant du mineur âgé de seize ans au moment des faits, il résulte de l'article 37, § 3, alinéa 2, 1° et 2°, que le tribunal de la jeunesse ne peut pas prendre à son égard, par jugement, l'intégralité des mesures protectionnelles visées à l'article 37, § 2, de la loi si l'intéressé n'a pas fait l'objet d'un jugement prononcé sur requête du jeune ou sur réquisition du ministère public formulée dans les trois mois précédant le jour de la majorité de l'intéressé.

En d'autres termes, la seule possibilité offerte au tribunal de la jeunesse à l'égard d'un mineur âgé de seize ans au moment des faits qui comparaît au fond devant le tribunal de la jeunesse après l'âge de dix-huit ans sans qu'un jugement de prolongation des mesures au-delà de dix-huit ans n'ait été rendu sur la base de l'article 37, § 3, alinéa 2, 1°, de la loi, est, soit de prononcer une réprimande, soit de se dessaisir sur la base de l'article 57*bis* de la loi.

2.2. En revanche, le tribunal peut imposer à l'égard de la personne âgée de dix-sept ans au moment des faits, l'intégralité des mesures visées à l'article 37, § 2, de la loi quel que soit le moment de sa comparution devant le tribunal de la jeunesse, avant ou après son dix-huitième anniversaire.

(N.B. : après l'âge de vingt ans, la situation du jeune est identique quel que soit son âge au moment des faits. Aucune autre mesure que la réprimande ne peut plus être prononcée à son égard.)

3. La Cour constitutionnelle a considéré que la discrimination fondée uniquement sur le critère de l'âge au moment des faits violait les articles 10 et 11 de la Constitution.

3.1. La Cour a fondé sa décision sur une analyse minutieuse des travaux parlementaires des lois des 19 janvier 1990, 24 décembre 1992, 2 février 1994 et 13 juin 2006 qui ont réformé successivement l'article 37 de la loi du 8 avril 1965. Ces travaux parlementaires révèlent clairement que lors de chaque évolution législative, la volonté du législateur a été de permettre de prendre des mesures protectionnelles au-delà de l'âge de dix-huit ans afin d'éviter le recours trop systématique au dessaisissement qui serait fondé sur l'impossibilité de prendre à l'égard du jeune concerné une mesure de garde, de préservation ou d'éducation autre que la réprimande, celle-ci étant la seule mesure pouvant être prononcée quel que soit l'âge du jeune au moment du jugement.

3.2. La Cour (point B.6. de l'arrêt) a estimé que la différence de traitement entre deux catégories de jeunes poursuivis était uniquement « fondée sur le critère de l'âge qu'ils avaient au moment de commettre un fait qualifié infraction » et que « ce critère est dépourvu de pertinence et de cohérence au regard des pouvoirs dont dispose le tribunal de la jeunesse à l'égard des jeunes tant de 16 ans que de 17 ans ». La Cour ajoute que ce critère « n'est pas non plus adéquat au regard du but de protection de la jeunesse poursuivi de manière constante depuis 1990 par le législateur, tel qu'il a été rappelé en B.3 et B.4. La disposition en cause a, en outre, pour effet de traiter, sans justification raisonnable, de manière plus défavorable le mineur délinquant qui était le plus jeune au moment où les faits ont été commis, alors que cette catégorie de jeunes doit en principe faire davantage l'objet de mesures protectionnelles que d'une mesure de dessaisissement ».

3.3. La Cour constitutionnelle précise (point B.8. de l'arrêt) que « dès lors que le constat de cette lacune, qui est située dans le texte soumis à la Cour, est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la disposition en cause soit appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution, il appartient au juge *quo* de mettre fin à cette inconstitutionnalité ».

3.4. Il en résulte que le tribunal de la jeunesse de Mons pourra prendre, par jugement, à l'égard du jeune concerné une ou plusieurs mesures visées à l'article 37, § 2, de la loi du 8 avril 1965, pour une durée déterminée ne dépassant pas le jour où l'intéressé atteindra l'âge de vingt ans.

3.5. Il en résulte dès lors aussi que tout autre jeune comparissant devant un tribunal de la jeunesse suite à un fait commis à l'âge de seize ans pourra faire l'objet d'une mesure visée à l'article 37, § 2, précité prononcée par jugement, pour une durée déterminée ne dépassant pas le jour où l'intéressé atteindra l'âge de vingt ans.

4. Il convient de noter que cette discrimination a été levée par l'adoption de la loi du 13 juin 2006 modifiant la législation relative à la protection de la jeunesse et à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction.

4.1. L'article 37, § 3, alinéas 1er et 2, de la loi du 8 avril 1965, tel qu'il a été modifié pour partie par l'article 7, 7°, de la loi du 13 juin 2006, dispose que :

«les mesures prévues au § 2, 2° à 11°, sont suspendues lorsque l'intéressé se trouve sous les armes. Elles prennent fin lorsque l'intéressé atteint dix-huit ans.

Toutefois, à l'égard des personnes visées à l'article 36, 4°, et sans préjudice du § 2, alinéa 4, et de l'article 60 :

1° à la requête de l'intéressé ou, en cas de mauvaise conduite persistante ou de comportement dangereux de l'intéressé, sur réquisition du ministère public, une prolongation de ces mesures peut être ordonnée, par jugement, pour une durée déterminée ne dépassant pas le jour où l'intéressé atteindra l'âge de vingt ans. Le tribunal est saisi de la requête ou de la réquisition dans les trois mois précédant le jour de la majorité de l'intéressé;

2° ces mesures pourront être ordonnées par jugement pour une durée déterminée ne dépassant pas le jour où l'intéressé atteindra vingt ans, lorsqu'il s'agit de personnes qui ont commis un fait qualifié infraction après l'âge de dix-sept ans ».

4.2. L'alinéa 2, 2°, de cet article 37, § 3, a aussi été modifié par l'article 7, 7°, d) de la loi du 13 juin 2006 précitée en ce sens qu'à l'alinéa 2, 2°, les mots « vingt ans » sont remplacés par les mots « vingt-trois ans » et les mots « dix-sept ans » sont remplacés par les mots « seize ans ».

Toutefois, cette modification n'entrera en vigueur qu'au plus tôt le 1er janvier 2013, compte tenu de l'article 3 de la loi du 24 juillet 2008 portant des dispositions diverses (II) et de l'article 13 de la loi du 29 décembre 2010 portant des dispositions diverses (II).

4.3. Si le législateur devait à nouveau reporter l'entrée en vigueur de l'article 7, 7°, d) de la loi du 13 juin 2006, il conviendrait qu'il limite le report de l'entrée en vigueur au remplacement de l'âge de vingt ans par l'âge de vingt-trois ans de telle sorte que l'âge de dix-sept ans soit définitivement remplacé par l'âge de seize ans dans l'article 37, §3, alinéa 2, 2°, de la loi du 8 avril 1965 et que les mineurs âgés de seize ans au moment du fait qualifié infraction soient mis sur le même pied que les jeunes âgés de dix-sept ans.

Il convient d'ailleurs de relever que ce report de l'entrée en vigueur de la loi a été principalement dicté par le souci des communautés de ne pas devoir prendre en charge dans les institutions publiques et les services privés agréés par elles des jeunes adultes âgés de plus de vingt ans.

La Cour constitutionnelle a décidé que s'il pouvait être considéré comme pertinent de reporter l'entrée en vigueur de la possibilité de prolonger les mesures protectionnelles jusqu'à l'âge de vingt-trois ans afin de permettre aux communautés de prendre les mesures nécessaires pour « l'organisation et le fonctionnement des services qui relèvent des communautés » en raison des conséquences notamment financières de cette modification législative, « il n'était en revanche pas pertinent de reporter l'entrée en vigueur de la disposition qui remplace l'âge de 17 ans par l'âge de 16 ans, permettant de

la sorte au tribunal de la jeunesse d'ordonner par jugement des mesures protectionnelles pour une durée déterminée ne dépassant pas le jour où l'intéressé atteindra vingt ans, lorsqu'il s'agit de personnes qui ont commis un fait qualifié infraction à l'âge de seize ans » (point B.7. de l'arrêt).

▪ **Résumé du point de vue du ministère public**

Le réseau d'expertise « protection de la jeunesse » propose :

1° de modifier l'article 13 de la loi du 29 décembre 2010 portant des dispositions diverses (II) en ce qu'il reporte l'entrée en vigueur de l'article 7, 7°, d) de la loi du 13 juin 2006, de manière à anticiper l'entrée en vigueur de cette dernière disposition en ce qu'elle remplace les termes « l'âge de dix-sept ans » par « l'âge de seize ans » dans l'article 37, §3, alinéa 2, 2°, de la loi du 8 avril 1965 ;

2° à défaut de mettre en œuvre la proposition formulée sous 1° ci-dessus, et dans l'hypothèse où un nouveau report de l'entrée en vigueur de l'article 7, 7°, d) de la loi du 13 juin 2006 serait envisagé avant la fin de l'année 2012, de limiter ce report au remplacement des termes « l'âge de vingt ans » par « l'âge de vingt-trois ans ».

G. Droit civil

G.1. Points déjà repris dans de précédents rapports de suivi législatif, éventuellement actualisés

1) Cohabitation légale – Article 1475 du Code civil – Loi du 25 avril 2007 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (repris depuis la publication du rapport 2008-2009)

▪ **Dispositions légales**

Un lien a été établi entre l'article 1475 du Code civil (cohabitation légale) et la loi sur les étrangers telle que modifiée par la loi du 26 mai 2011 publiée au *Moniteur belge* du 12 septembre 2011.

Depuis l'entrée en vigueur des lois du 15 septembre 2006 et du 25 avril 2007, la loi sur les étrangers prévoit un droit de séjour aussi étendu pour les cohabitants légaux que pour les époux (nouvel article 10, § 1^{er}, 5°, et article 40bis).

- Afin de pouvoir cohabiter légalement, il suffit de prouver son célibat et qu'aucune cohabitation légale n'a encore été contractée avec un tiers.
- En vue d'obtenir un droit de séjour sur la base d'une cohabitation légale enregistrée, des conditions supplémentaires doivent être remplies :

1. L'étranger admis au séjour doit disposer d'un titre de séjour d'au moins douze mois (sauf si le mariage ou la cohabitation légale préexistait à l'arrivée du regroupant en Belgique ou s'il y a un enfant mineur en commun).
2. La relation doit être durable et stable.
3. Les deux personnes concernées doivent être âgées de vingt et un ans (sauf si le mariage ou la cohabitation légale préexistait à l'arrivée du regroupant en Belgique ou si elles ont un enfant mineur en commun, cet âge minimum est alors ramené à dix-huit ans).
4. S'il n'existe aucun empêchement à mariage conformément aux articles 161 à 163 du Code civil.

5. Ni l'un, ni l'autre ne doivent avoir fait l'objet d'une décision (coulée en force de chose jugée) sur la base de l'article 167 du Code civil.
6. Les deux partenaires doivent avoir cohabité de manière légale, en Belgique ou dans un autre pays, et ininterrompue pendant au moins un an avant la demande.
7. Ils doivent tous deux prouver qu'ils disposent de moyens de subsistance.
8. Ils doivent tous deux disposer d'un logement suffisant
9. Ils doivent tous deux prouver qu'ils disposent d'une assurance maladie.

La loi donne désormais une définition de ce qu'est une cohabitation durable et stable :

si les partenaires peuvent prouver

- 1° soit qu'ils cohabitent depuis au moins un an ;
- 2° soit qu'ils se connaissent depuis au moins deux ans et qu'ils fournissent la preuve qu'ils ont entretenu des contacts réguliers par téléphone, par courrier ordinaire ou électronique, et qu'ils se sont rencontrés au moins trois fois durant les deux années précédant la demande et que ces rencontres comportent au total 45 jours ou davantage ;
- 3° soit qu'ils ont un enfant en commun.

Délais stricts dans lesquels la demande de séjour doit être traitée

Délai de six mois pouvant être prolongé deux fois de trois mois, pour autant que la demande soit motivée.

Possibilité de retrait prolongée de trois ans

Depuis sa modification dont question *supra*, la loi sur les étrangers prévoit toutefois la possibilité de retirer le droit de séjour obtenu s'il s'avère au cours des trois premières années déjà que les partenaires ne forment plus aucune cellule familiale (c'est-à-dire qu'il appert qu'ils ne sont plus inscrits à la même adresse ou qu'ils ne cohabitent plus de fait) ou que le mariage ou la cohabitation légale a été dissous. Le titre de séjour peut également encore être retiré si, outre les circonstances susmentionnées, des éléments clairs indiquent une situation de complaisance. Par ailleurs, le séjour peut être retiré si une fraude a été prouvée (par ex. en annulant le mariage de complaisance).

▪ Difficultés

Contrairement à la législation relative à la lutte contre les mariages de complaisance (qui permet à l'officier de l'état civil et au procureur du Roi d'examiner les intentions des partenaires au préalable), il n'existe aucun mécanisme de contrôle préventif permettant d'évaluer les intentions des candidats cohabitants légaux.

Il n'existe aucune définition de la « cohabitation de complaisance », ni aucune circulaire énumérant des éléments susceptibles d'indiquer un abus de la cohabitation légale, dont le seul objectif est d'obtenir un avantage en matière de séjour.

Le procureur du Roi n'a aucune possibilité légale formelle d'ouvrir une enquête de police sur la véracité de la cohabitation légale, de sorte qu'il n'est pas possible de procéder systématiquement à un contrôle d'identité de l'étranger illégal, ni à un contrôle de cohabitation, ni à une audition des cohabitants.

- Après une année de cohabitation ou une relation de deux ans, le partenaire ayant un statut de séjour précaire peut introduire une demande de séjour.
 - o La relation de deux ans doit être prouvée à l'aide de documents formels, par exemple des e-mails, des rencontres, des photos, des factures de GSM.
 - o L'année de cohabitation ininterrompue en Belgique ou à l'étranger doit être vérifiée dans le registre national. Par conséquent, une cohabitation de fait n'est pas requise.

- Un enfant en commun : reconnu ou biologique (hélas, dans la pratique, nous constatons que la fin (le séjour) justifie les moyens (procréation).
- Conséquence : le mariage devient superflu puisque le droit de séjour peut également être accordé au partenaire grâce à la cohabitation légale (après un an de cohabitation avec un (nouveau) ressortissant belge ou un (nouveau) ressortissant de l'UE, le partenaire peut obtenir une carte F pour une durée de cinq ans).
- Une fois ce droit de séjour acquis, un mariage ultérieur ne peut plus être empêché au motif de mariage de complaisance, car il n'est plus question « de la recherche d'un avantage en matière de séjour », puisque ce séjour a déjà été obtenu. La lutte contre les mariages de complaisance est ainsi rendue impossible.
- Soit la déclaration de cohabitation est faite pendant que la procédure d'opposition au refus de célébrer le mariage est toujours en cours. L'affaire est reportée jusqu'à l'obtention de la carte de séjour et il est renoncé à la procédure devant le tribunal, soit il est décidé qu'il n'existe plus d'avantage en matière de séjour, de sorte qu'il n'est plus question de mariage de complaisance.
- Quelle que soit la décision du tribunal, le séjour est acquis et pour le ministère public, il est peu judicieux d'encore entreprendre des démarches.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

La réglementation actuelle en matière de cohabitation légale nuit sérieusement aux possibilités pratiques permettant aux parquets de lutter contre les mariages de complaisance.

Les candidats au mariage ayant essuyé un refus recourent à la méthode la plus simple pour obtenir le séjour, à savoir la cohabitation légale. L'inverse se produit également. Les candidats au mariage contractent tout d'abord une cohabitation légale grâce à laquelle ils peuvent obtenir une carte F pour ensuite se marier, de sorte qu'il devient impossible de prouver que le mariage a été contracté uniquement en vue de se procurer un avantage en matière de séjour, lié au statut d'époux. En effet, dans ce cas, ils ont déjà décroché leur séjour par le biais de la cohabitation légale et non sur la base du mariage, de sorte que les conditions ne permettent plus de parler d'un mariage de complaisance.

▪ **Solutions**

- La nouvelle loi sur le regroupement familial répond certainement à plusieurs griefs du ministère public, en ouvrant la cohabitation légale uniquement à des personnes ayant déjà acquis un séjour légal dans le Royaume ou à des personnes pouvant prouver un lien familial antérieur.
- Une autre solution consisterait à établir une réglementation dans le cadre de laquelle la cohabitation légale ne générerait plus de droit au séjour. De cette manière, la lutte contre les mariages de complaisance conserverait son efficacité et son utilité.
- L'acquisition d'un droit de séjour par le biais de la cohabitation légale doit, à tout le moins, être rendue moins attrayante. Étant donné qu'il peut être facilement mis fin à la cohabitation légale, il n'est pas logique d'y lier au début un droit de séjour permanent. En effet, il est antinomique d'associer immédiatement et de façon définitive un droit de séjour à une forme de cohabitation relativement précaire.
- Un contrôle préventif des cohabitations de complaisance à l'instar des mariages de complaisance semble difficile, car aucune communauté de vie durable ne doit être projetée par les partenaires cohabitants (contrairement au mariage) et il est *de facto*

pratiquement impossible de prouver la complaisance (telle est pourtant la teneur d'un avant-projet de loi qui a été déposé).

- La nouvelle loi n'octroie pas (plus) ce séjour aux candidats si une décision ayant force de chose jugée a été rendue concernant le refus de célébrer le mariage sur la base de l'article 167 du Code civil (avec les mêmes partenaires ?). Hélas, dans la pratique, le droit de séjour aura probablement déjà été accordé avant qu'une décision de justice ne soit intervenue. Les tendances de la jurisprudence du Conseil du Contentieux des Étrangers témoignent souvent d'une grande méfiance à l'égard des décisions de l'Office des Étrangers (sur avis ou non du parquet). Ainsi, l'OE (qui devait, par le passé, prendre une décision quant à une demande de séjour basée sur une cohabitation légale) a tenté de refuser la demande de séjour notamment sur la base de l'avis du ministère public concernant le projet de mariage de complaisance, partant du raisonnement selon lequel les éléments indiquant un projet de mariage de complaisance démontrent tout autant que la cohabitation légale est une cohabitation de complaisance, qui ne peut donc pas ouvrir le droit au séjour. Cette motivation n'a pas trouvé grâce aux yeux du Conseil du Contentieux des Étrangers, qui a, en effet, relevé que le droit des étrangers prévoit des critères propres en vue d'évaluer la relation stable et durable des cohabitants légaux, de sorte que les indications suffisantes d'un mariage de complaisance ne peuvent être utilisées pour refuser une demande de droit de séjour basée sur la cohabitation légale.

Il est fort probable que l'introduction d'actions et le fait de faire traîner en longueur la procédure seront monnaie courante, puisque la décision doit intervenir dans les six mois suivant la demande.

Lorsqu'une enquête concernant un mariage de complaisance est en cours (146bis), ce délai peut être prolongé de deux fois trois mois, ce qui alourdit l'ensemble de la procédure. Prévoir un délai de six mois (et même d'un an) est utopique pour une enquête dans le cadre d'un mariage de complaisance. En effet, les mariés donneront, en apparence, l'image d'un mariage sincère pendant un certain temps. Dans ce contexte, l'article 167 du Code civil (refus de célébrer le mariage) ne pourra pas être appliqué.

▪ **Résumé des propositions d'amélioration – Point de vue du ministère public**

Tout d'abord se pose la question de savoir si la cohabitation légale doit effectivement donner droit au séjour. Au départ, cette forme juridique était destinée à apporter une solution aux homosexuels qui n'avaient pas encore le droit de se marier à l'époque. Depuis, ce problème est dépassé.

- La procédure de la cohabitation légale comme forme de relation stable et durable n'offre pas les mêmes garanties, surtout en comparaison avec le mariage. La déclaration de cohabitation légale ouvre déjà le droit de séjour lorsque les partenaires cohabitent effectivement et répondent aux critères de la loi sur les étrangers (un an de cohabitation, deux ans de relation pendant laquelle les contacts sont suffisants ou les partenaires ont un enfant en commun). En outre, aucune exigence n'est posée quant à la nature de la relation ou des intentions des partenaires. Les critères indiquant un mariage de complaisance (tels qu'une importante différence d'âge, une absence de langue commune, de la prostitution, un manque de connaissances suffisantes des détails concernant la situation personnelle ou du passé de chacun) n'entrent pas en ligne de compte. Il n'est même précisé nulle part que les cohabitants doivent entretenir des relations affectives et sexuelles (comme c'est notamment le cas de la circonstance aggravante qui s'applique aux coups et blessures infligés par le « partenaire », visée à l'article 410 du Code pénal). Cette absence de précision a pour conséquence qu'il est difficile d'examiner la véracité de la cohabitation et qu'il est en même temps facile d'obtenir le séjour par ce biais.

- Il n'existe aucun cadre légal permettant d'effectuer un quelconque contrôle préalable lorsqu'un étranger a l'intention de faire une déclaration de cohabitation légale. L'officier de l'état civil n'a pas la compétence de vérifier, de manière préventive, si une cohabitation est éventuellement frauduleuse. De même, il ne peut pas, en théorie, être fait appel au parquet pour que celui-ci fasse procéder à une enquête de police.
- Le droit de séjour lié à la cohabitation légale doit soit être supprimé, soit être moins définitif que le droit de séjour acquis sur la base du mariage, par exemple, en appliquant des titres de séjour temporaires, renouvelables chaque année. En effet, une cohabitation légale peut être résiliée à tout moment et unilatéralement. Il est illogique de lier un droit de séjour durable à une relation à laquelle il peut donc être mis fin facilement de cette manière.
- Malgré les possibilités de retirer le droit de séjour *a posteriori*, il convient tout de même également de tout mettre en œuvre, dans la mesure du possible, afin d'empêcher les fausses formes de cohabitation.

2) Absence de loi en matière de mères porteuses (repris depuis la publication du rapport 2009-2010)

▪ Difficultés

Une réglementation légale en matière de filiation découlant d'une maternité de substitution fait défaut.

Le tourisme procréatif pratiqué par des couples homosexuels en Ukraine et en Californie augmente en raison du fait que la législation dans ces pays permet la maternité de substitution rémunérée.

Il paraît que l'université de Gand lancera, elle aussi, en 2012, un projet relatif à la maternité de substitution non rémunérée.

À chaque fois, il convient de déterminer la manière dont la situation de fait existante à l'étranger peut être résolue de manière humaine et à la fois légale, avec le risque qu'un tribunal approuve la situation alors qu'un autre n'accepte pas une situation similaire.

▪ Point de vue résumé du ministère public

Une législation s'impose afin de parvenir à une sécurité juridique et une approche uniforme. Diverses propositions de loi ont déjà été déposées, visant à élaborer une réglementation en matière de maternité de substitution ou à incriminer la commercialisation de celle-ci en Belgique. Il est toutefois souhaitable de fixer également une disposition prenant en compte l'aspect du droit international privé et déterminant la mesure dans laquelle des maternités de substitution qui se sont déroulées à l'étranger peuvent être rémunérées en Belgique. En effet, dans la pratique, de nombreux problèmes se posent quant à l'éventuelle reconnaissance d'actes de naissance établis à l'étranger découlant de la maternité de substitution.

À cet effet, il est également indiqué de prévoir une clause de compétence territoriale précise et/ou de désigner un tribunal spécialisé afin d'éviter le « shopping juridictionnel ».

3) Absence de législation adéquate en vue de régler la problématique de l'identité/l'échange d'identité en cas de migration – Articles 99 et 100 du Code civil et articles 1383 et suivants du Code judiciaire – Article 196 du Code d'instruction criminelle (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ **Difficultés**

Les flux migratoires et les campagnes de régularisation successives ont engendré une vaste problématique d'identification liée aux nouveaux citoyens.

Lors de la demande d'asile, la véritable identité est passée sous silence pour diverses raisons :

- crainte d'être rapatrié ;
- intentions frauduleuses ;
- utilisation de documents d'autres personnes ;
- problèmes de translittération extrêmement fréquents (ainsi, dans l'arrondissement d'Anvers, le nombre de dossiers de rectification d'actes d'état civil est passé de 100 à 500 sur base annuelle).

Non seulement le nom, la nationalité et/ou la date de naissance sont indiqués de manière erronée, mais aussi le fait d'être marié ou non.

Il va de soi que l'utilisation d'alias comporte de nombreux risques. Une fausse identité peut avoir d'importantes répercussions sociales si les intéressés nourrissent de mauvaises intentions (terrorisme international, échapper à des problèmes dans le pays d'origine, en continuant à vivre sous une nouvelle identité et en abandonnant l'ancienne, s'attribuer une autre nationalité, afin de pouvoir être reconnu comme réfugié ou apatride, rendre impossible le contrôle des signalements internationaux existants sous le véritable nom, bigamie, etc.).

Cette problématique liée à l'identité occasionne une charge de travail importante pour les parquets :

Les fausses identités ou les identités erronées figurant sur les permis de séjour donnent, à leur tour, lieu à des actes d'état civil incorrects, qui doivent être rectifiés, quant à eux, au moyen d'une procédure judiciaire (articles 1383 et suivants du Code civil). Ce n'est qu'une fois que cet acte a été rectifié que l'inscription au registre national l'est également et, sur cette base, aussi les données auprès de l'ONSS, l'inscription scolaire, les données fiscales et de nombreux autres documents administratifs.

Ces actes d'état civil et les inscriptions au registre national revêtent une importance capitale pour l'ordre public, car ils constituent la base de l'identification des personnes. Ils forment la base sur laquelle les antécédents judiciaires sont enregistrés et sur laquelle des personnes sont recherchées et poursuivies.

De ces actes dépendent également l'éventuel octroi d'un certain nombre d'avantages sociaux (par exemple, âge auquel l'on peut bénéficier d'une pension de retraite).

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Une approche pénale stricte de ce phénomène est souhaitable, mais elle n'est pas suffisante en soi. La véritable identité n'est souvent révélée que des années plus tard et le mal est déjà fait.

Il convient de veiller à une identification aussi correcte que possible dès la première demande de séjour de l'étranger ou dès la première interpellation d'un étranger en situation de séjour illégal. Actuellement, les personnes étrangères sont enregistrées sur

la base de simples déclarations. Elles doivent uniquement soumettre un document d'identité à l'Office des Étrangers. Les autres éléments relatifs à l'état civil sont consignés sur la base de simples déclarations. Ainsi, il arrive que des étrangers ne doivent présenter leur acte de naissance ou de mariage étranger pour la première fois qu'après plusieurs années de séjour en Belgique (par exemple, dans le cadre d'une procédure visant à obtenir la nationalité belge) et qu'il s'avère alors à ce moment-là que les données enregistrées en Belgique étaient inexactes ou imprécises et les rectifications nécessaires doivent être apportées dans toutes sortes d'actes. Il serait opportun que les personnes étrangères ne doivent pas seulement produire une preuve de leur identité dès le premier enregistrement, mais qu'elles fournissent également d'emblée tous les actes pertinents se rapportant à elles. Une telle procédure suppose une nouvelle législation à l'attention de l'Office des Étrangers et de l'état civil.

4) Reconnaissance prénatale (art. 328 du Code civil) et reconnaissance moyennant le consentement du parent à l'égard duquel la filiation est établie (art. 329bis du Code civil) (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ **Difficultés**

Actuellement, l'on assiste à une hausse croissante de reconnaissances par des pères non biologiques et séjournant de manière illégale dans le pays.

Ainsi, des hommes nigériens recourent souvent à la possibilité de reconnaissance préalable. L'article 328 du Code civil dispose que la reconnaissance peut être faite avant même la naissance, au profit d'un enfant conçu. La seule condition pour ce faire est que la mère donne son consentement (art. 329bis, §2, alinéa 1^{er}, du Code civil). Étant donné que la reconnaissance d'un enfant belge ou d'un enfant de mère autorisée à séjourner en Belgique permet au prétendu père d'obtenir lui-même l'autorisation de séjour et puisque aucune analyse de la véritable filiation ne peut être effectuée avant la naissance, la véracité de ces reconnaissances préalables est mise en doute lorsque la situation de séjour du père est précaire ou illégale.

À l'inverse, il arrive également qu'un Belge ou un homme autorisé à séjourner de manière permanente sur le territoire du Royaume reconnaisse un enfant d'une femme séjournant illégalement dans le pays. C'est le cas, par exemple, de mères résidant dans un centre d'accueil pour demandeurs d'asile, dans l'attente d'être rapatriées. Lorsque la femme a obtenu ses papiers, il s'avère parfois que l'auteur de la reconnaissance ne porte plus d'intérêt à son enfant et ne contribue plus à son entretien. Toutefois, la mère a ainsi acquis le droit de séjourner de manière permanente.

Le ministère public peut, par la suite, pour des raisons d'ordre public, contester ces reconnaissances devant le tribunal. Il est inutile de préciser qu'elles sont particulièrement difficiles à détecter. Ce type de « services d'ami » est régi par une sorte de lien tribal et implique une vigilance accrue de la part de l'officier de l'état civil.

Puisque la reconnaissance fictive ne peut être refusée par l'officier de l'état civil et que le ministère public peut seulement intervenir a posteriori, à savoir lorsque l'acte a déjà été établi et que le séjour a déjà été acquis, l'article 329bis du Code civil forme un nouveau canal d'immigration.

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

L'article 329bis, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil, constitue aujourd'hui un nouveau canal d'immigration permettant aux illégaux d'obtenir un séjour permanent dans le Royaume.

Une autre solution consisterait, par analogie avec la législation relative aux mariages de complaisance, à élaborer une législation en matière de reconnaissances fictives, qui permettrait au ministère public d'intervenir tant au civil qu'au pénal.

Au niveau civil, il convient de définir clairement la reconnaissance fictive et de prévoir un droit d'action explicite pour le ministère public. Une reconnaissance fictive peut être définie comme une reconnaissance qui ne correspond pas à la réalité biologique et qui n'a manifestement pas pour but de créer un lien socio-affectif entre l'auteur de la reconnaissance et l'enfant, mais qui sert uniquement à fournir un avantage en matière de séjour à l'auteur de la reconnaissance ou à la mère de l'enfant. Le ministère public doit obtenir la possibilité d'annuler cette reconnaissance fictive. Éventuellement, l'officier de l'état civil peut se voir conférer la faculté de refuser une reconnaissance dont on suppose qu'elle est fictive, sur avis ou non du ministère public.

De même, l'on pourrait introduire une disposition pénale, qui, comme en matière de mariages de complaisance, serait greffée sur la définition civile et prévoirait des peines suffisamment sévères. Tel est déjà le cas en France, par exemple. À cet égard, il est également utile d'insérer dans le Code d'instruction criminelle une réglementation légale en matière d'analyse ADN (outre les dispositions actuelles relatives à l'analyse ADN de comparaison entre les traces et les suspects), permettant de réaliser une analyse ADN aux fins de la détermination du lien de filiation. Pour l'instant, il doit toujours être fait appel à un juge d'instruction en vue d'effectuer un prélèvement d'ADN sur un mineur dans un contexte pénal. La procédure serait beaucoup plus simple si, en cas de reconnaissance fictive, le prélèvement d'ADN sur l'enfant pouvait avoir lieu sans l'intervention du juge d'instruction.

5) Problématique des mariages de complaisance (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ **Dispositions légales**

Article 167 du Code civil (mariages de complaisance projetés et refus de célébrer le mariage).

Article 146*bis* du Code civil (annulation du mariage de complaisance).

Article 79*bis* de la loi sur les étrangers et article 391*sexies* du Code pénal (approche pénale des mariages de complaisance).

Articles 1475 du Code civil et suivants, en liaison avec les articles 10 – 40*bis* et *ter* de la loi sur les étrangers (nouvelle loi sur le regroupement familial).

▪ **Difficultés et propositions de solution**

a) Le problème n'est pas suffisamment connu et est, par conséquent, méconnu

Problématique

Il n'existe aucune donnée chiffrée exacte quant à la nature, l'ampleur et les répercussions de la méthode pseudolégale de migration. Les conséquences économiques, culturelles (retour aux racines versus intégration) et les conséquences morales (cf. rubrique consacrée aux victimes de mariages de complaisance) n'en ont jamais été analysées.

Solution proposée

Afin d'identifier le problème et d'en optimiser la détection et l'approche, il est nécessaire d'exposer le phénomène au moyen d'une étude scientifique.

Une seconde étape consisterait à élaborer les indicateurs de mesure ou les paramètres utiles permettant de mieux cibler la problématique, de définir les priorités et de suivre les résultats, de sorte à pouvoir mesurer le degré d'efficacité d'une approche.

b) Absence de suivi ou suivi insuffisant après une annulation

Problématique

Étant donné que les suites de l'annulation ne sont pas exécutées, l'annulation n'est pas ressentie comme une sanction.

L'annulation d'un mariage a pour effet que celui-ci est réputé ne jamais avoir existé et tous les effets qui en découlent sont annihilés.

- Après annulation, la personne étrangère, qui ne doit son séjour qu'au mariage, perd ce droit de séjour. Néanmoins, après l'annulation de leur mariage, les personnes étrangères parviennent à rester en Belgique de manière illégale (et tout de même encore tolérée) et à être régularisées ultérieurement ou, le cas échéant, à conclure un nouveau mariage de complaisance.
- En outre, la recherche d'illégaux demande beaucoup de temps aux services de police, de sorte que l'expulsion reste l'exception absolue.
- Le partenaire qui a, entre-temps, obtenu la nationalité belge, ne la perdra pas automatiquement à la suite de l'annulation.
- Les personnes qui ont émigré sur la base du regroupement familial ne seront pas non plus privées de leur droit de séjour.

Solution proposée

Il est nécessaire d'exécuter de façon cohérente les suites de l'annulation si l'on souhaite agir de manière dissuasive.

- Le jugement doit être transcrit. Le ministère public doit éventuellement pouvoir procéder lui-même à la signification d'un jugement d'annulation, si les parties n'entament pas elles-mêmes de démarches, de sorte que l'annulation devient définitive et peut être transcrite dans les registres.
- L'Office des Étrangers doit être informé (tel que cela est déjà proposé actuellement dans un certain nombre de propositions de loi qui ont déposées) et doit immédiatement faire le nécessaire afin de retirer le permis de séjour et de délivrer un ordre de quitter le territoire et, le cas échéant, de procéder à une exécution forcée.

Si les suites de l'annulation sont exécutées correctement, l'action au niveau pénal devient superflue et peut se limiter aux cas dans lesquels il est question de récidive, de violence, de contrainte, d'organisation ou d'un paiement (exploitation).

c) Maintien de la nationalité belge malgré l'annulation

Problématique

Sur la base de l'article 23 du Code de la nationalité belge, les personnes peuvent être déchues de leur nationalité si elles ont acquis la nationalité belge sur la base de faits qu'elles ont présentés de manière altérée ou qu'elles ont dissimulés, ou sur la base de fausses déclarations ou de documents faux ou falsifiés qui ont été déterminants dans la décision d'octroi de la nationalité ou si elles manquent gravement à leurs devoirs de citoyen belge.

Le problème est que, sauf si la nationalité a été acquise sur la base de l'article 16 du Code de la nationalité belge, il est généralement difficile de prouver que le mariage a été déterminant dans l'octroi de la nationalité belge. Le mariage a généralement conduit au droit de séjour et le droit de séjour aboutit lui-même à la nationalité belge au fil du temps.

En outre, une procédure plus simple que celle visée à l'article 23 du Code de la nationalité belge doit être prévue. Actuellement, le parquet général doit engager une procédure distincte devant la cour d'appel et la production de la preuve pose d'énormes difficultés.

Solution proposée

Il semble utile d'ajouter explicitement, aux motifs de déchéance de la nationalité énumérés à l'article 23 du Code de la nationalité belge, le cas dans lequel le droit de séjour et la nationalité belge ont été obtenus par le biais d'un mariage de complaisance annulé ou d'un mariage bigame.

Dans le même temps, il convient de vérifier si la déchéance de la nationalité belge d'une personne étrangère qui a obtenu cette dernière sur la base de son mariage de complaisance avec un citoyen belge, ne peut pas être assouplie.

Il est proposé que le juge qui a prononcé l'annulation du mariage de complaisance statue également sur le retrait de la nationalité belge, de sorte à faire l'économie d'une procédure et à réagir plus rapidement au problème.

Par ailleurs, il n'existe aucune justification au fait que la procédure de déchéance doit à présent être introduite immédiatement devant la cour d'appel. Dès lors, il est proposé que la procédure de déchéance soit engagée auprès du tribunal de première instance, qui est en effet généralement compétent en matière de nationalité.

d) Souplesse de la législation sur le divorce ou divorces de complaisance

Problématique

La nouvelle procédure de divorce a pour conséquence qu'un mariage peut être conclu très vite, en sachant que l'on peut se séparer de manière très rapide et très souple, ce qui peut inciter à contracter un mariage de complaisance (duquel découle également le phénomène de « carrousel » au mariage).

De plus, cette procédure peut avoir pour effet que l'auteur préfère une procédure de dissolution résultant du divorce plus simple, plus rapide et donc moins onéreuse à l'annulation du mariage.

Un mariage suivi d'un divorce peut dès lors constituer une manière très peu coûteuse de faire venir une personne (et ses ascendants) du pays d'origine, comme en témoignent les nombreux carrousels au mariage (dès que le droit d'établissement ou la nationalité belge a été acquis(e), l'auteur se remarie, après le divorce, avec le premier partenaire du pays d'origine).

Solution proposée

S'il s'avère durant la procédure de divorce qu'il s'agit d'un mariage de complaisance, le divorce pourrait, d'office ou à la demande de la partie de la plus diligente ou sur avis du ministère public, être commué en une annulation sans trop de formalités.

e) Victimes de mariages de complaisance

Problématique

Force est de constater encore trop souvent que les victimes de mariages de complaisance (partenaires de bonne foi, personnes vulnérables, expatriés, femmes répudiées par leur famille en raison d'un divorce, etc.) n'osent pas signaler les faits, ce qui a, bien entendu, des répercussions sur l'administration de la preuve dans ce genre de dossier.

Un autre phénomène très inquiétant est l'augmentation du nombre d'enfants conçus afin d'accréditer la sincérité de la vie conjugale ou l'intention de mariage.

Solution proposée

Il est dès lors primordial de créer un point de contact, auquel les victimes de mariages de complaisance peuvent adresser leurs questions, auprès duquel elles peuvent formuler leur plainte et qui leur donne le sentiment de ne pas être les seules dans ce cas. Dans ce cadre, il est essentiel de faire preuve de discrétion. En outre, il semble nécessaire de sensibiliser la population à cette problématique (par ex. juste avant la période de vacances).

À cet égard, la communauté allochtone constitue un partenaire précieux, qui doit être étroitement associé à la création d'un point de contact concernant ces mariages arrangés.

f) Approche divergente par les différentes communes et absence d'une base de données nationale

Problématique : l'approche locale est insuffisante

1. Toutes les communes ne disposent pas de l'expertise nécessaire ou ne collaborent pas avec une cellule d'enquête spécialisée en matière de mariages de complaisance (des cellules pour l'instant limitées à Anvers et Gand), ce qui facilite le « shopping matrimonial ». De plus, les candidats au mariage choisissent souvent une commune qui ne possède pas ce genre de cellule et où le mariage peut dès lors être célébré très rapidement.

Par ailleurs, les communes de plus petite taille redoutent des représailles.

2. Étant donné qu'il n'existe aucune inscription ou enregistrement obligatoire, un couple change vite (après qu'une autorité communale a refusé de reconnaître ou de célébrer le mariage) de commune afin d'y tenter sa chance.

Dans la pratique, il relève dès lors de la vigilance des fonctionnaires de l'état civil de remarquer si les candidats au mariage ont déménagé peu de temps avant la déclaration de mariage et de prendre contact avec le fonctionnaire de cette autre commune afin de demander si les intéressés ont tenté de se marier dans leur ancien lieu de domicile. Il est également possible qu'une personne en séjour illégal se soit présentée dans une autre commune peu de temps avant la déclaration de mariage afin de se marier avec une autre personne. Ce comportement peut également être une indication d'un mariage de complaisance. Toutefois, si le mariage n'a pas été célébré, il ne peut pas être retrouvé dans le registre national.

En d'autres termes, il n'est pas impensable, à l'heure actuelle, qu'une enquête approfondie sur le projet de mariage de complaisance ait été ouverte dans une commune X, dans le cadre de laquelle l'avis du parquet a été demandé et la police a mené des investigations ayant conduit au refus de célébrer le mariage et ayant peut-

être même entraîné une éventuelle procédure devant le tribunal, mais que les intéressés se marient ensuite sans difficulté dans la commune Y, sans que le fonctionnaire de cette commune ne soupçonne aucunement un mariage de complaisance. Par conséquent, tous les efforts entrepris dans la commune X (et par le parquet X) en vue d'empêcher le mariage ont été vains.

Solution proposée

La création d'une base de données nationale permettrait de limiter ce problème. Celle-ci pourrait contenir toutes les données relatives aux procédures liées à l'état de la personne et aux projets de mariage, aux tentatives de mariages de complaisance et aux mariages annulés. De cette manière, des données statistiques pourraient également être tenues à jour et certains (nouveaux) phénomènes pourraient être détectés.

Il est recommandé d'ajouter à cet effet un certain nombre de rubriques dans le **registre national**. Il s'agit en effet de LA base de données nationale par excellence, avec laquelle tous les services concernés sont déjà familiarisés. En ce qui concerne les mariages étrangers également, les données nécessaires doivent être enregistrées (cf. point g) *infra*).

g) Enregistrement d'actes et de jugements étrangers

L'article 31, § 3, du Code de droit international privé prévoit la possibilité de créer un registre reprenant les décisions qui ont été reconnues et celles qui ne l'ont pas été.

1. Qu'entend-on par « reconnaissance » ?

En effet, il est clair que certaines autorités (telles que l'Office des Étrangers en ce qui concerne les actes de mariage) doivent, occasionnellement, procéder à l'évaluation d'un acte étranger. Une reconnaissance d'une telle autorité implique-t-elle une reconnaissance absolue ? En effet, l'officier de l'état civil est exclusivement compétent pour établir des actes d'état civil et tenir les registres. Cette compétence signifie-t-elle qu'une reconnaissance par ce dernier est contraignante à l'égard de toutes les autres autorités ? Il n'est pas à exclure que, compte tenu de la quantité, un officier ne peut examiner en détail tous les actes. Actuellement, le Code de droit international privé dispose à juste titre que toute autorité confrontée à un acte étranger doit reconnaître ce principe *de plano*, mais qu'elle a également le droit de refuser cette reconnaissance.

La sécurité juridique est primordiale. Quelles sont les conséquences d'une reconnaissance/non-reconnaissance ? Quand devient-elle définitive ? Il n'a été fixé aucun délai légal dans lequel une personne doit présenter un acte étranger de l'état civil à l'officier belge de l'état civil en vue de son enregistrement et il n'existe pas non plus de délai légal pour introduire un recours devant le tribunal contre une décision de refus de reconnaître un acte d'état civil étranger. Cela peut donc prendre des années avant que les autorités belges n'aient connaissance d'un mariage à l'étranger.

L'on peut à tout le moins affirmer qu'une reconnaissance est définitive lorsqu'une autorité judiciaire a prononcé un jugement/arrêt qui a acquis force de chose jugée. Cependant, si la base de données reprend uniquement ces décisions judiciaires définitives, la base de données dont question *supra* ne constitue pas un instrument utile (données insuffisantes, n'empêche pas les problèmes cités tels que les rapports juridiques boiteux).

2. Quelles décisions doivent-elles être enregistrées ?

- En ce qui concerne les actes, des décisions telles qu'une non-reconnaissance provisoire sont prises, en raison d'une enquête en cours. Cette décision de non-reconnaissance provisoire/de poursuivre de l'enquête peut être prise au niveau de l'officier de l'état civil et par les ambassades/l'Office des Étrangers. Elles devraient

être enregistrées afin d'éviter que les auteurs ne s'exilent dans une autre commune ou qu'une instance soit chargée d'une enquête pendant qu'une autre a déjà accepté le mariage. En outre, la décision définitive et les éventuels jugements et arrêts et recours pendants doivent également être enregistrés.

- Enregistrement de mariages à l'étranger : les actes de mariage étrangers doivent être soumis tant à un officier de l'état civil (déclaration de changement d'état civil) qu'à l'Office des Étrangers (demande de visa de regroupement familial, demande d'établissement).
En vertu des articles 27 et 31 du Code de droit international privé, chaque autorité confrontée à un acte étranger peut en examiner la validité, la compatibilité avec notre ordre public et s'assurer que l'auteur n'a pas contourné la loi.

Solution proposée

- Les modifications du statut doivent obligatoirement être signalées dans les deux mois pour toutes les personnes ayant leur résidence principale en Belgique.
Les changements/modifications relatifs au statut de personnes doivent être signalés dans le mois. Le statut d'une personne, notamment sa situation matrimoniale, concerne l'ordre public. C'est la raison pour laquelle tout changement de statut doit être obligatoirement signalé dans un délai déterminé.
 - La base de données doit pouvoir être consultée par tous les partenaires de premier plan, à savoir l'Office des Étrangers, les parquets, les officiers de l'état civil et, enfin, aussi les postes diplomatiques et consulaires, lorsqu'ils pourront, à l'avenir, refuser de délivrer un certificat de non-empêchement à mariage, en cas de présomptions sérieuses de mariage de complaisance. Au lieu de créer une base de données distincte, l'idéal serait dès lors de pouvoir travailler dans le registre national.
 - Une procédure uniforme, usant de la discrétion nécessaire, en vue d'alimenter la base de données s'avère, bien entendu, indispensable.
 - La base de données doit contenir suffisamment de fonctions de recherche ne portant pas uniquement, par exemple, sur le nom, car une petite faute d'orthographe peut entraîner l'apparition d'un message d'erreur indiquant que le dossier est inexistant, avec toutes les conséquences qui en découlent.
 - Il n'est pas superflu de continuer à alimenter, à l'avenir, cette base de données au niveau international (par exemple, en ce qui concerne la filière belge).
3. Instauration d'une autorité/institution/instance centrale par analogie avec l'autorité centrale fédérale compétente en matière d'adoptions étrangères

À l'heure actuelle, l'insécurité juridique qui est apparue porte préjudice au système de l'état civil belge.

h) Demandes répétées

Problématique

L'officier peut reporter le mariage suspect de deux mois, avant de décider de refuser ou non de célébrer le mariage, afin de donner le temps au parquet et à la police de procéder à une enquête. Dans un certain sens, ces deux mois constituent un délai d'attente pour les candidats au mariage. Après que l'officier de l'état civil a refusé de célébrer le mariage, un couple possède aujourd'hui deux possibilités. Soit il introduit un recours contre la décision de refus devant le tribunal de première instance, siégeant en référé, soit il tente à nouveau sa chance auprès du même officier. Si les candidats au mariage n'invoquent pas de nouvelles circonstances réfutant la motivation de la décision de refus,

ils risquent évidemment à nouveau de se voir refuser la célébration du mariage par l'officier de l'état civil. Néanmoins, ces tentatives exaspérantes entraînent à chaque fois une nouvelle charge de travail pour l'officier et, le cas échéant, également pour le parquet, dont l'avis est sollicité, et pour les services de police, qui doivent, à chaque fois, mener une nouvelle enquête afin de vérifier si les motifs invoqués en vue du refus sont toujours d'actualité.

Solution proposée

En ce qui concerne le délai d'attente entre les tentatives successives de mariage, il est proposé, après un refus antérieur de célébrer le mariage, d'imposer un délai d'attente aux candidats au mariage, avant qu'ils ne puissent introduire une nouvelle demande devant l'officier, que ce soit dans la même commune ou non. Un délai d'attente aurait pour conséquence, en cas de nouvelle demande, qu'il faudrait quoi qu'il en soit tenir compte du nouvel élément selon lequel les candidats au mariage, malgré le fait de devoir attendre, veulent toujours se marier, de sorte qu'il sera opportun de prendre à nouveau en considération une nouvelle demande. Les illégaux sur le point d'être rapatriés ne peuvent généralement pas s'accorder de délai d'attente et devront, par conséquent, nécessairement renoncer à conclure un mariage de complaisance en Belgique. Toutefois, s'ils souhaitent introduire une nouvelle demande, les candidats peuvent se voir imposer comme condition d'invoquer réellement de nouveaux arguments, tels que, par exemple, avoir acheté ensemble un logement, afin qu'il puisse en être déduit que les partenaires souhaitent effectivement poursuivre leur relation.

i) Répression des mariages de complaisance

Problématique

La loi du 12 janvier 2006 a inséré un article 79bis dans la loi sur les étrangers, réprimant la conclusion de mariages de complaisance. Certaines circonstances aggravantes entraînent un alourdissement de la peine (notamment la réception d'argent pour la conclusion d'un mariage de complaisance et le recours à des violences ou menaces à l'égard d'une personne pour la contraindre à conclure un tel mariage). La tentative de conclusion d'un mariage de complaisance est également punissable à l'heure actuelle.

1. Degré de la peine

Les peines déterminées à l'article 79bis de la loi sur les étrangers sont particulièrement légères, voire purement symboliques. L'infraction de base est punie d'une peine d'emprisonnement de huit jours à trois mois ou d'une amende de vingt-six à cent euros et la tentative n'est punie que d'une amende de vingt-six à cinquante euros. La disposition pénale n'aura dès lors aucun effet dissuasif. Même en cas de violence ou de menaces, le prévenu ne risque qu'une peine d'emprisonnement de deux ans au maximum ou une amende de cinq cents euros tout au plus.

Ce degré de peine contraste fortement avec la peine infligée en cas de bigamie, qui est de cinq à dix ans de réclusion. En effet, le législateur a considéré la bigamie comme une combinaison de faux en écriture, d'une part, et d'adultère, d'autre part (qui était encore punissable à l'époque). Avant l'insertion de l'article 79bis dans la loi sur les étrangers, la conclusion d'un mariage de complaisance était d'ailleurs également qualifiée de faux en écriture³⁷. En effet, les époux commettent un faux intellectuel en déclarant vouloir créer une communauté de vie durable, alors qu'ils n'en ont nullement l'intention et se marient uniquement en vue d'obtenir un avantage en matière de séjour, lié au statut des époux. Le faux en écriture est puni de cinq à dix ans de réclusion et d'une amende obligatoire de vingt-six à deux mille euros. Même après correctionnalisation, l'auteur du faux en écriture

³⁷ Cf., par ex., Trib. corr. Hasselt, 14 juin 1985, *R.W.* 1987-88, note A. VANDEPLAS. La Cour de cassation a également confirmé une condamnation d'un mariage de complaisance sur la base de faux en écriture, cf. Cass., 8 novembre 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, p. 281.

risque encore une peine d'emprisonnement d'un mois à cinq ans et une amende obligatoire de vingt-six à deux mille euros.

2. Doubles procédures

La préoccupation principale demeure l'annulation du mariage de complaisance par le juge civil, étant donné que tous effets du mariage peuvent être annulés rétroactivement. La personne étrangère en situation illégale ayant acquis le droit de séjour sur la base d'un mariage de complaisance, perd dès lors ce droit et un ordre de quitter le territoire peut lui être signifié. L'action en annulation doit être intentée devant le tribunal civil, qui est, en effet, exclusivement compétent pour tout ce qui concerne le statut de la personne. En outre, la loi prévoit actuellement la possibilité de poursuivre l'auteur d'un mariage de complaisance au pénal. Il s'agit évidemment d'une procédure devant le juge pénal (tribunal correctionnel).

Afin d'obtenir à la fois l'annulation du mariage de complaisance et la condamnation pénale des intéressés, deux procédures doivent donc être suivies, avec toutes les conséquences qui en découlent. Non seulement une double charge de travail est créée, mais de nombreux problèmes juridiques se produisent également. Quelle procédure a-t-elle la priorité ? Quelle procédure doit-elle être engagée en premier lieu ? La décision du juge civil a-t-elle autorité de chose jugée par rapport au juge pénal ou est-ce l'inverse ? Le principe « le criminel tient le civil en état »³⁸ est-il d'application ? Les travaux parlementaires et le courant doctrinal majoritaire répondent par l'affirmative. Compte tenu des peines mineures, le parquet donne actuellement la priorité à la procédure civile d'annulation. Une procédure pénale peut, le cas échéant, encore être engagée par la suite dans des cas flagrants. Toutefois, le conjoint ayant été victime d'un mariage de complaisance peut également intenter une procédure lui-même, soit au pénal par le biais d'une citation directe devant le tribunal correctionnel, soit au moyen d'une plainte avec constitution de partie civile auprès du juge d'instruction, soit au civil en introduisant une action en annulation. Dès lors, les initiatives des intéressés mêmes peut porter atteinte à la politique du parquet.

Il est intéressant de signaler qu'il est possible que deux parquets différents soient compétents en raison des divers critères de compétence, applicables au traitement pénal et au traitement civil (article 23 CIC versus article 638 Code jud.).

Solution proposée – modification législative

Les critères de compétence du juge civil et du juge pénal doivent être harmonisés en ce qui concerne les mariages de complaisance, de manière à ce que le même parquet soit compétent tant en vue de l'engagement de poursuites pénales que de la demande d'annulation. Un nombre suffisant de points d'ancrage doivent être prévus, à savoir :

- le domicile actuel de chacun des époux ou le lieu où ils ont été trouvés ;
- le lieu de la célébration du mariage ou, en cas de mariages étrangers, le lieu du premier enregistrement ou le lieu où les époux se sont présentés pour la première fois en Belgique ;
- le dernier domicile conjugal (comme en cas de divorce).

3. Mariages de complaisance conclus à l'étranger

L'article 79bis de la loi sur les étrangers punit la conclusion d'un mariage de complaisance. En vertu de l'article 4 du Code pénal, une infraction commise hors du territoire du royaume n'est punie, en Belgique, que dans les cas déterminés par la loi³⁹. En principe, les mariages de complaisance conclus à l'étranger ne peuvent donc pas être

³⁸ Selon ce principe découlant de l'article 4 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, l'action civile résultant d'une infraction est suspendue jusqu'à ce que le juge pénal ait statué. Il s'ensuit également que le juge civil doit se conformer à ce que le juge pénal a décidé certainement et principalement.

³⁹ Ces cas sont décrits aux articles 6 à 14 du TPCPP, mais ne permettent pas de remédier aux mariages de complaisance, notamment en raison de l'exigence de la double incrimination.

poursuivis en Belgique. Or, ce sont ces mariages qui posent le plus de difficultés. De nos jours, soit il est à nouveau recouru à la qualification de faux en écriture et à l'usage du faux acte de mariage étranger en Belgique pour situer l'infraction dans notre pays, soit il est fait appel à la théorie de l'ubiquité⁴⁰. S'agissant de la première solution, l'article 79bis de la loi sur les étrangers a clairement manqué son but, puisque l'on s'est basé sur les anciennes qualifications. Pour autant que nous sachions, la seconde solution n'a pas encore été confirmée par la jurisprudence.

4. Prescription de l'infraction

L'infraction à l'article 79bis de la loi sur les étrangers est actuellement décrite comme une infraction instantanée. Elle est perpétrée dès que le mariage a été conclu, ce qui signifie que la prescription de l'action publique commence à courir également à partir de ce moment. Parfois, il ne s'avère toutefois que des années plus tard qu'il s'agissait d'un mariage de complaisance (par ex. lorsque la personne étrangère demande soudainement le divorce, dès qu'elle a acquis tous les avantages découlant du mariage, en ce compris la nationalité belge). Il se peut que l'infraction soit déjà prescrite au moment où elle est révélée.

Solution proposée

1. Degré de la peine

Le degré de la peine relatif à la conclusion d'un mariage de complaisance peut être mieux adapté aux peines infligées en cas de faux en écriture et de bigamie. À cet égard, le degré de la peine prévu à l'article 79bis de la loi sur les étrangers pourrait être porté au niveau des peines sanctionnant le faux en écriture et la bigamie après correctionnalisation, à savoir une peine d'emprisonnement d'un mois à cinq ans. En cas de circonstances aggravantes, le minimum et/ou le maximum peut être augmenté. En outre, il est souhaitable de rendre l'amende obligatoire (peine d'emprisonnement ET amende, au lieu de peine d'emprisonnement OU amende) ou, du moins, permettre de combiner peine d'emprisonnement et amende (peine d'emprisonnement ET/OU amende).

2. Éviter les doubles procédures

Il n'est pas requis d'engager également des poursuites pénales dans tous les cas. Les poursuites semblent surtout opportunes en cas de circonstances aggravantes ou lorsque la conclusion des mariages de complaisance présente un caractère organisé ou répété. Dans les cas où il est effectivement procédé à des poursuites pénales, le juge pénal devrait être compétent pour se prononcer sur toutes les conséquences induites par sa décision stipulant qu'il s'agit d'un mariage de complaisance. Il est proposé de rendre le juge pénal compétent pour prononcer la nullité du mariage de complaisance⁴¹ ainsi que, le cas échéant, aussi le retrait de la nationalité belge qui aurait été obtenue sur la base du mariage. Ainsi, l'on évite qu'une deuxième procédure doive être engagée au civil. Cette démarche permet de réaliser des économies de procédure et est plus efficace, mais n'est pas sans risque. En effet, au pénal, le principe « in dubio pro reo » prévaut, ce qui signifie que le doute bénéficie au prévenu. Bien que la définition du mariage de complaisance en matière civile soit identique à celle employée en matière pénale, le risque existe que le juge pénal soit tout de même un peu moins enclin à déclarer un mariage de complaisance établi, précisément en raison des conséquences pénales. En

⁴⁰ Selon la théorie de l'ubiquité, une infraction peut être localisée en Belgique, dès qu'un des éléments constitutifs peut être situé en Belgique. Étant donné que le but d'un mariage de complaisance est d'obtenir un droit de séjour en Belgique, cet élément peut servir de point d'ancrage pour tout de même situer en Belgique la conclusion d'un mariage de complaisance à l'étranger. Il en va de même lorsque les circonstances aggravantes (la réception d'une somme d'argent ou le recours à la violence ou aux menaces) se sont produites (également) en Belgique.

⁴¹ Cf. également, par ex., la proposition de loi modifiant la législation sur l'annulation du mariage dans le cadre de la répression pénale du mariage forcé ou du mariage de complaisance (déposée par Mme Carina Van Caeter, entre autres, le 17 avril 2008, *Doc. parl.*, Chambre des représentants, session 2007-2008, n° 52-1079/001).

outre, il convient de tenir compte du caractère indivisible de la procédure d'annulation d'un mariage. Ce principe suppose que chaque époux doit être impliqué dans la procédure, de sorte à éviter qu'un mariage soit annulé à l'égard d'un époux et pas à l'égard de l'autre. Par conséquent, il convient de veiller à ce que, si les deux conjoints ne sont pas impliqués dans la procédure pénale (soit les deux sont inculpés, soit l'un est inculpé et l'autre éventuellement partie civile), que l'autre conjoint soit impliqué dans la procédure comme une partie citée en intervention forcée et en déclaration de jugement commun prononçant l'annulation du mariage.

3. Répression de mariages conclus à l'étranger

Afin de pouvoir poursuivre en Belgique les mariages de complaisance conclus à l'étranger, l'infraction pourrait être insérée à l'article 10^{ter} du TPCPP, qui énumère un certain nombre d'infractions pour lesquelles toute personne les ayant commises hors du territoire du Royaume peut être poursuivie en Belgique (sans que ne soient requis la double incrimination, ni une plainte de la personne lésée ou une demande des autorités du pays dans lequel l'infraction a été commise). La seule restriction à ces cas de juridiction pénale quasi universelle est que la poursuite des infractions dans notre pays n'a lieu que si l'inculpé est trouvé en Belgique (article 12 TPCPP), ce qui, toutefois, sera souvent le cas, puisque l'intention de la personne étrangère est d'obtenir le séjour en Belgique. En effet, un mariage de complaisance est, par excellence, une infraction pour laquelle la Belgique doit prévoir une juridiction universelle, étant donné que des mariages de complaisance conclus à l'étranger peuvent générer un avantage en matière de séjour en Belgique.

Une autre solution consisterait à décrire l'infraction de l'article 79^{bis} de la loi sur les étrangers comme une infraction continue, c'est-à-dire pas la conclusion du mariage de complaisance, mais le fait d'être marié sur la base d'un mariage de complaisance. Lorsque les intéressés viennent en Belgique, l'infraction y est poursuivie et les tribunaux belges deviennent automatiquement compétents.

4. Rendre le mariage de complaisance imprescriptible

Afin de pouvoir également remédier au problème de la prescription de l'action publique, il pourrait être décidé de transformer l'infraction de mariage de complaisance en une infraction continue, ce qui donne au ministère public plus de temps pour exercer l'action publique. La prescription de l'action publique ne commencerait alors à courir qu'à partir de la dissolution du mariage de complaisance, par exemple, par le divorce, ce qui donne au ministère public plus de temps pour exercer l'action publique. La prescription de l'action publique ne commencerait alors à courir qu'à partir du moment où il est mis fin à la situation délictuelle. En fait, il n'est mis un terme à cette dernière que par l'annulation du mariage, qui entraîne en effet la suppression de tous ses effets. Un simple divorce continue de faire exister le mariage et ne peut donc pas être considéré comme une cessation de la situation délictuelle. Il pourrait aussi, sans devoir modifier la définition du délit, être directement stipulé dans la loi que la prescription de l'infraction ne commence à courir qu'à partir de l'annulation du mariage.

j) Très lourde charge de la preuve dans le chef du partenaire plaignant et/ou du ministère public

Problématique

Actuellement, il faut prouver que le partenaire avait pour seul objectif d'acquérir un avantage en matière de séjour, élément devant être apprécié au moment de la célébration du mariage. En d'autres termes, une preuve négative de l'intention doit être fournie, à savoir le fait de ne pas vouloir créer de communauté de vie durable. Ce n'est pas chose aisée et plusieurs cours et tribunaux rejettent la demande car la preuve n'est pas incontestable.

En fait, la première interview par l'officier de l'état civil constitue la base de l'administration de la preuve (au civil). Dès lors, les questions posées par ce dernier doivent être très détaillées et aller au fond des choses. De même, les différentes villes et communes doivent appliquer une procédure identique. Les questions posées par les services de police doivent également être suffisamment professionnelles et ceux-ci doivent réagir diligemment aux réponses déjà données.

Le contrôle de cohabitation constitue aussi un élément de preuve majeur, mais délicat (droit au respect de la vie privée). Toutefois, ces contrôles sont souvent effectués par les agents de quartier, qui ne sont pas toujours les personnes indiquées pour mener une enquête approfondie, eu égard aux contraintes de temps, etc. Dès lors, la préférence doit être donnée à des policiers correctement formés, ayant une connaissance suffisante de la problématique des mariages de complaisance. Les contrôles de cohabitation ne doivent pas être annoncés et doivent être effectués plusieurs fois à des moments divers, car souvent, il n'ont, pour l'instant, lieu qu'une seule fois. Une brève enquête de voisinage peut également renforcer les arguments en faveur ou en défaveur de la cohabitation des intéressés.

Inversion de la charge de la preuve : les demandeurs de séjour doivent apporter la preuve que leur communauté présente un caractère durable et stable.

La stabilité peut être prouvée uniquement si la communauté dure suffisamment longtemps (au moins cinq ans). Actuellement, il est souvent recommandé de se fier aux données du registre de la population, mais il est notoire qu'il ne s'agit que d'une légère indication.

La nouvelle loi sur le regroupement familial accepte la cohabitation légale à l'étranger comme base d'un regroupement plus souple (le regroupant ne doit pas avoir de titre de séjour d'un an ou plus).

Dans la pratique, il est impossible de contrôler ce qui s'est passé à l'étranger.

Le fait d'avoir un enfant en commun né à l'étranger n'est pas non plus vérifiable (faux documents).

Il n'est pas non plus possible de vérifier s'il n'existe pas d'empêchements à mariage entre les parties au sens de l'article 163 du Code civil (oncles et tantes mariés avec des cousins et cousines).

k) Facteur d'attraction – regroupement familial

Problématique

La loi sur les étrangers était, jusqu'il y a peu, trop souple en ce qui concerne le droit au regroupement familial sur la base du mariage. Ensuite, les époux étrangers peuvent demander assez facilement une autorisation de séjour ou une autorisation d'établissement pour une durée indéterminée. Ainsi, l'institution du mariage constitue, pour les partenaires (potentiels) de Belges ou d'étrangers possédant un droit de séjour en Belgique, l'instrument ultime et à la fois relativement simple permettant d'obtenir le droit de séjour en Belgique.

La directive n° 2003/86/CE du 22 septembre 2003 du Conseil de l'Union européenne sur le regroupement familial permet d'imposer des conditions plus strictes à des ressortissants non-membres de l'Union européenne en la matière. Divers États membres de l'UE y ont recours afin d'imposer des conditions supplémentaires en cas de regroupement familial.

La nouvelle loi sur le regroupement familial concorde avec ce renforcement, mais ne semble pas de nature à réduire l'effet d'entraînement de manière significative. Il est très difficile de prévoir d'ores et déjà l'effet de cette loi à plus long terme.

Solution proposée

La problématique des mariages de complaisance ne désenflera que lorsque l'octroi de l'avantage en matière de séjour découlant du mariage sera soumis à des conditions supplémentaires et ne sera donc plus automatique. Ainsi, l'octroi d'un droit de séjour de plus de trois mois à un ressortissant non-membre de l'UE devrait pouvoir être subordonné à des conditions d'intégration, de logement et de revenus.

La condition de revenus doit en tout cas avoir pour objectif que le regroupement familial en Belgique n'est possible que si la famille dispose de revenus stables et réguliers, qui suffisent à entretenir l'étranger admis au séjour et sa famille. Le permis de séjour définitif ne pourra alors être délivré que si toutes les conditions sont réunies.

Un délai d'attente de cinq ans, par exemple, peut également être instauré avant qu'un permis de séjour définitif ne puisse être accordé. Au terme de ces cinq années, il peut être vérifié s'il est toujours question d'une relation et d'une cohabitation durable.

Aujourd'hui, le délai a été porté de deux à trois ans, ce qui constitue donc un pas dans la bonne direction.

l) Regroupement familial sur la base de la cohabitation (cf. point distinct)

m) Absence de politique uniforme – éparpillement des compétences

Problématique

Plusieurs autorités sont compétentes (OEC – OE – PR), appliquent des procédures divergentes (administratives et judiciaires) simultanément ou non et interprètent les concepts de manière différente.

Les informations dont elles disposent ne sont pas échangées ou les responsables ignorent même qu'une procédure est en cours ailleurs, ce qui entraîne une prise de décisions contradictoires et un doublement du travail et des frais.

Tous les parquets en Belgique ne consacrent pas la même attention à la problématique des mariages de complaisance. Cette attitude est due à une connaissance insuffisante du phénomène et des possibilités juridiques permettant d'y réagir (souvent parce les cadres ne sont pas remplis), d'une part, et au fait que tous les parquets ne considèrent pas la lutte contre les mariages de complaisance comme prioritaire, d'autre part.

La position des différents parquets diverge également. Étant donné que l'annulation est plutôt une procédure exceptionnelle, le tribunal semble enclin à rejeter la demande parce qu'il n'est pas suffisamment prouvé qu'au moment du mariage, les parties ne visaient pas une communauté de vie durable, mais uniquement un avantage en matière de séjour.

Certaines villes investissent dans la lutte contre les mariages de complaisance en désignant des fonctionnaires spécialisés, procédant à des interviews en cas de projets de mariage (approche préventive). Hélas, cette initiative se limite à quelques communes (essentiellement les grandes villes) et a un coût, d'autant plus que l'assistance d'un avocat est également nécessaire afin de se défendre devant le tribunal en cas d'opposition.

Le morcellement considérable du paysage administratif et judiciaire a pour conséquence que l'approche politique et la jurisprudence divergent fortement, de sorte que le tourisme

matrimonial est avivé et que le mécontentement s'installe dans les villes luttant contre les mariages de complaisance.

Solution proposée

1. Prévoir un ministre compétent pour toutes les matières, de sorte à gérer dans leur ensemble les compétences actuellement éparpillées dans les divers départements.
2. Dans l'intervalle, la COL de 2010 contenant un vade-mecum national relatif aux mariages de complaisance (décrivant en détail la législation, la procédure, les points problématiques et les priorités en matière de politique à suivre concernant les mariages projetés et les mariages de complaisance célébrés) a été diffusée. Le SPF Justice, l'Office des Étrangers et le SPF Intérieur ont en discuté.

L'aspect relatif aux mariages conclus à l'étranger manque encore et le suivi de l'application sur le terrain est relativement difficile en l'absence de moyens informatiques adéquats.

Bien entendu, ces circulaires ne sont pas contraignantes pour les tribunaux, mais l'attention des juges devrait toutefois pouvoir être attirée et il conviendrait de les sensibiliser à ce phénomène.

3. Une seconde solution consiste à créer des sections spécialisées dans les parquets, les tribunaux et les services de police au niveau du ressort ou de l'arrondissement redéfini (après la réforme judiciaire), ce qui garantirait une meilleure sécurité juridique et permettrait de réaliser les économies de procédures nécessaires.

n) Problèmes en matière de droit international privé

1. Documents non fiables / corruption des administrations – fonctionnaires
2. Crédibilité de certaines ambassades ou certains consulats
3. Pays sans état civil ou dont l'état civil est restreint ou récent
4. Qualité de la traduction
5. Disponibilité de la législation la plus récente
6. Les magistrats et les fonctionnaires ne sont pas familiarisés avec la législation et la pratique judiciaire étrangères
7. Différences d'identité causées par les translittérations

Tant les officiers de l'état civil, l'Office des Étrangers que les parquets et les tribunaux, etc. sont confrontés à des documents d'origine étrangère. En raison de l'afflux croissant de personnes d'origine/de nationalité étrangère en Belgique, le droit international privé a gagné en importance.

Le droit international privé tente d'apporter une réponse aux questions se posant en matière de droit applicable, de compétence et d'homologation de documents étrangers (actes et décisions).

Lorsqu'un document étranger est présenté, sa validité juridique est remise en cause. Non seulement la validité juridique du document (c'est-à-dire si celui-ci a été rédigé conformément à la législation du pays d'origine et établi par acte authentique) peut être mise en doute, mais aussi l'authenticité du contenu du document.

Pratique en usage

Nos ambassades jouent un rôle crucial en la matière. En effet, tous les actes étrangers/toutes les décisions étrangères doivent être légalisé(e)s, pour autant qu'il n'existe pas de dispense de légalisation. Forts de leur expérience et de leur expertise, les

collaborateurs d'une ambassade remarqueront (pourront remarquer) les irrégularités affectant un acte/document.

En outre, les ambassades disposent d'autres moyens pour faire part de leurs constatations. Ainsi, elles peuvent mentionner si le document a été établi conformément à la législation locale.

En cas de doute sur le contenu du document, l'autorité locale/l'ambassade en Belgique peut être consultée. Cependant, lorsqu'un état civil est incorrect ou que des fonctionnaires corrompus sont en cause ou que des actes originaux (vendus au marché noir) sont utilisés, il ne peut pas être vérifié si le contenu correspond à la réalité.

Ce problème ne connaît pas de solution directe.

Il est possible de vérifier auprès des ambassades de pays étrangers en Belgique si l'acte est correct, mais cette piste n'offre pas non plus de solution, car les ambassades ne disposent pas toujours de ces informations (mais devraient renvoyer le document vers le pays d'origine) ou car les pratiques ne sont pas toujours aussi fiables.

Afin d'éviter que le personnel belge ne soit surchargé, il peut toujours être demandé, en cas de doute, de joindre une attestation de l'ambassade, confirmant le contenu de l'acte. Cependant, comme nous l'avons déjà mentionné, cette solution ne sera pas toujours possible/le document ne sera pas toujours fiable.

Solution proposée

L'on devrait créer un service national spécialisé dans le contrôle de documents étrangers, auquel il pourrait être fait directement appel par les moyens de communication les plus rapides (à l'instar du système néerlandais).

o) Rapports juridiques boiteux

Problématique

Étant donné que l'ordre public et la fraude à la loi sont des concepts soumis à l'évolution et à la culture, il peut arriver qu'un pays reconnaisse/accepte un acte/une décision et l'autre pas.

Un autre problème susceptible de se poser est l'impossibilité de fournir une preuve du célibat. Le statut juridique (international) n'est pas clair : la personne est effectivement mariée dans un pays, mais pas dans l'autre, ce qui peut engendrer un problème au niveau des documents mentionnant l'état civil. Si les personnes se marient ensuite tout de même en Belgique, les autorités sont confrontées à des dates de mariage différentes, ce qui peut, par ailleurs, avoir une incidence sur la filiation des enfants. Quel mariage sera présenté à l'étranger ?

Est-il souhaitable, notamment en cas de mariage annulé, d'attribuer tout de même, de manière limitée, des effets juridiques à un mariage conclu à l'étranger, par exemple, pour les enfants ou le partenaire de bonne foi ?

Solution proposée

Lorsqu'il est décidé de n'attribuer aucun effet juridique à un acte, il est crucial de signifier clairement cette décision et ses effets aux parties impliquées (possibilités d'introduire un recours, etc.). Cependant, il est tout aussi vital de donner la publicité nécessaire à cette décision, car, en cas de non-reconnaissance, l'état civil de la personne demeure inchangé et elle n'obtient pas de droit de séjour. Les deux affaires sont d'ordre public.

La conséquence de la non-reconnaissance ne peut pas être équivoque. La base de données permettrait d'éviter que l'on se présente simplement dans une autre commune où l'on serait reconnu. En effet, en retournant dans la première commune/ville ayant opposé le refus, le mariage pourrait à nouveau être refusé.

p) Coordination des législations européennes

La Belgique applique une législation souple. Si celle-ci est renforcée, le mieux est de l'harmoniser avec celle des pays voisins, afin, par exemple, de limiter la « filière belge » et ses conséquences. Les frontières sont fixées par le droit européen.

q) Frais exorbitants

Puisque les procédures en cours constituent un obstacle à l'éloignement par l'Office des Étrangers, il est inutile d'ajouter qu'un système extrêmement souple d'assistance juridique permet de mener une bataille procédurale acharnée.

Les frais liés à l'aide juridique gratuite (assistance d'un avocat, frais d'expertise, par exemple, en matière d'ADN, frais de traduction et d'interprétation) sont exorbitants.

6) Nécessité d'actualiser la législation en matière de filiation et d'adoption (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ Difficultés

Dans divers arrêts, la Cour constitutionnelle a constaté des violations des articles du Code civil relatifs à la filiation :

- Arrêt de la Cour constitutionnelle du 16 décembre 2010 :

« L'article 329bis, § 2, alinéa 3, du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne permet pas au juge saisi d'une demande de reconnaissance avant le premier anniversaire de l'enfant non émancipé à reconnaître, introduite par un homme qui est le père biologique, d'exercer un contrôle portant sur l'intérêt de l'enfant à voir établie cette filiation. »

- Arrêt de la Cour constitutionnelle du 3 février 2011 :

« L'article 318, § 1^{er}, du Code civil viole l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans la mesure où la demande en contestation de paternité n'est pas recevable si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari de la mère. »

- Arrêt de la Cour constitutionnelle du 6 avril 2011 :

« L'article 330, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que le délai de forclusion impartie par cette disposition à la personne qui revendique la filiation peut débiter avant la reconnaissance contestée. »

- Arrêt de la Cour constitutionnelle du 31 mai 2011 :

« L'article 318, § 2, du Code civil viole les articles 10, 11 et 22 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que la présomption de paternité du mari de la mère ne peut plus être contestée après l'expiration des délais de prescription prévus dans ce cadre, si la présomption de paternité ne correspond pas à la vérité biologique, ni à la vérité socio-affective. »

- Arrêt de la Cour constitutionnelle du 3 mai 2012 :

« L'article 332quinquies, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne permet pas au juge saisi d'une demande introduite sur la base

de l'article 318, § 5, du Code civil, avant le premier anniversaire d'un enfant, par un homme qui prétend être le père biologique de ce dernier, d'exercer un contrôle portant sur l'intérêt de l'enfant à voir cette filiation établie. »

- Arrêt de la Cour constitutionnelle du 12 juillet 2012 :

« Les articles 343, § 1^{er}, b), 356-1 et 356-2 du Code civil violent les articles 10, 11 et 22bis de la Constitution, combinés avec l'article 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant, en ce qu'ils ne prévoient pas, dans les circonstances définies en B.4, qu'un enfant mineur puisse être adopté plénièrement par l'ancien partenaire du parent légal de cet enfant, avec maintien des liens juridiques entre l'enfant et sa famille d'origine, conformément à l'article 356-1, alinéa 3, du Code civil, et application des dispositions relatives au nom de l'enfant, contenues dans l'article 356-2, § 2, alinéas 2 et 3, du même Code. »

- Arrêt de la Cour constitutionnelle du 12 juillet 2012 :

« Les articles 348-3 et 348-11 du Code civil violent les articles 10, 11, 22 et 22bis de la Constitution, combinés avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'ils ne permettent au juge chargé de prononcer une adoption, dans les circonstances décrites en B.1.2, d'écarter le refus de la mère à consentir à cette adoption que dans l'hypothèse où elle s'est désintéressée de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité. »

- Arrêt de la Cour constitutionnelle du 9 août 2012 :

« L'article 325 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il empêche le juge saisi d'une demande d'établissement judiciaire de paternité de faire droit à cette demande s'il constate que l'établissement de la filiation correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant. »

▪ **Point de vue résumé du ministère public**

Une actualisation et, donc, une modification des articles de loi spécifiques s'imposent conformément à la jurisprudence susmentionnée. Dans cette matière, il convient en outre de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

G.2. Nouveaux points d'attention – Droit civil

1) Imprécision de la réglementation quant aux effets de la transsexualité sur la filiation

L'article 62bis du Code civil renferme les dispositions légales relatives à la transsexualité. Un changement de sexe a d'importantes répercussions sur la filiation. Diverses questions se posent à ce propos. La paternité d'enfants éventuellement conçus alors que la personne était encore un homme, peut-elle encore être établie à l'égard d'un homme devenu femme ? Ou, l'homme devenu femme peut-il encore reconnaître des enfants (en tant que père) qui sont nés alors qu'il était encore un homme ? Une femme devenue homme est-elle considérée comme un homme à part entière en vue de l'application de la règle de la présomption de paternité ou, en d'autres termes, la présomption selon laquelle le conjoint de la mère est supposé être le père joue-t-elle à l'égard d'un conjoint qui était auparavant une femme ? Ou doit-on au contraire partir du principe qu'un homme devenu femme ou une femme devenue homme ne peut en aucun cas établir, après ce changement de sexe, son lien de parenté sous son nouveau sexe (puisque biologiquement, l'homme ne sera jamais à même de concevoir des enfants sous son nouveau sexe) et qu'il ne peut donc créer un lien de filiation fictif que par le biais de l'adoption ?

Toutes ces questions ne trouvent une réponse que dans une réglementation sommaire, contenue à l'article 62bis, § 8, du Code civil, qui est formulée d'une manière si nébuleuse

que la doctrine y donne des interprétations divergentes. La circulaire ministérielle du 1^{er} février 2008 concernant la loi relative à la transsexualité n'est pas non plus d'un grand secours.

Par conséquent, un texte de loi clair intégrant des concepts précis s'impose. Le texte actuel traite de « la personne de sexe masculin qui a fait une déclaration conformément à l'article 62*bis* et pour laquelle un acte portant mention du nouveau sexe a été établi ». Ce texte prête à confusion. En effet, « la personne de sexe masculin » renvoie-t-elle à son nouveau ou à son ancien sexe ? La personne faisant une déclaration conformément à l'article 62*bis* le fait effectivement encore sous son ancien sexe au moment de la déclaration, mais si l'acte portant mention de son nouveau sexe a été établi, cette personne possède bien entendu déjà son nouveau sexe.

De même, il convient de veiller, dans le cadre de cette réglementation, à ce que les enfants ne se retrouvent pas dans une situation discriminatoire, selon que le moment auquel leur filiation est établie se situe avant ou après le changement de sexe du parent transsexuel.

H. Points divers (Code électoral – Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe – Code de la nationalité belge)

H.1. Points déjà cités dans de précédents rapports de suivi législatif, éventuellement actualisés

1) Article 95, § 4, du Code électoral : participation de magistrats du ministère public et obligations liées à leur fonction (repris depuis la publication du rapport 2008-2009)

L'article 27 de la loi du 14 avril 2009 portant diverses modifications en matière électorale (*M.B.* du 15 avril 2009) a modifié l'article 95, § 4, du Code électoral. En vertu de ce nouvel article 95, § 4, le président du bureau principal de canton peut, lors de la désignation des présidents, des assesseurs et des assesseurs suppléants des bureaux de vote et de dépouillement, faire appel :

- 1° aux magistrats de l'ordre judiciaire ;
- 2° aux stagiaires judiciaires.

Autrefois, il était exclusivement question de juges, de juges de paix ou de juges de police, alors qu'aujourd'hui, tous les magistrats, en ce compris les membres du ministère public, pourraient être désignés. L'exposé des motifs de la loi est vague et ne fournit aucune précision.

Par conséquent, il semble que l'ancienne incompatibilité pour la magistrature debout d'être requise pour ce service public conformément à l'article 296 du Code judiciaire (cf. J. Matthijs, « Openbaar Ministerie », APR, n° 596), ne peut plus être invoquée. Néanmoins, il n'est pas opportun d'effectuer ce service public en qualité de magistrat de parquet.

En effet, il appartient au parquet d'engager d'éventuelles poursuites à l'encontre d'infractions commises dans le cadre des élections, pour lesquelles le magistrat de parquet, en cas de constatation d'une infraction au cours des opérations électorales, sera obligé d'intervenir immédiatement du chef de sa fonction qu'il continue bien entendu de remplir. L'exercice légal de ces obligations est de nature à compromettre le bon fonctionnement des opérations électorales et ces obligations ne sont pas cumulables avec la tâche imposée dans le cadre de la législation électorale.

Dès lors, une modification légale ou, à tout le moins, une clarification, s'impose.

2) **Assesseeurs défaillants – poursuite** (repris depuis la publication du rapport 2008-2009)

À chaque élection, la poursuite d'assesseurs défaillants engendre des problèmes qui, compte tenu de la législation actuelle, ne peuvent pas être résolus et placent toujours les parquets devant le fait accompli.

Ainsi, dans le cadre de la politique de poursuite du ministère public, il a été souligné que des excuses préalables pour des raisons médicales ou des absences le jour même pour des raisons médicales imprévues doivent être justifiées par un certificat médical clair. Il a été parti du principe qu'un certificat médical ne peut pas se limiter au simple fait que l'intéressé ne peut pas quitter son domicile et les certificats établis pour la forme uniquement ont été jugés insuffisants. Toutefois, le 30 septembre 2006, le Conseil national de l'Ordre des Médecins a estimé, à juste titre, que ces recommandations étaient contraires à la législation en vigueur, ainsi qu'à la déontologie du médecin et de sa dignité. Par conséquent, le Conseil national a conseillé que les certificats médicaux devaient continuer à se limiter à la déclaration de l'incapacité médicale de l'assesseur, sans mentionner de diagnostic.

À la lumière de ces remarques et compte tenu de l'esprit de l'article 458 du Code pénal relatif à la violation du secret professionnel, il semble nécessaire *de lege ferenda* que le législateur résolve ce problème récurrent en imposant un certificat médical plus détaillé dans le cadre de l'absentéisme au cours des élections, afin de permettre un contrôle plus efficace des absences interdites et d'introduire une dérogation légale nécessaire au secret professionnel sanctionné. Par analogie, il peut être fait référence au « rapport médical circonstancié » tel que mentionné dans la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux.

▪ **Délai de prescription**

En outre, *de lege ferenda* il conviendrait de réexaminer le très bref délai de prescription. Compte tenu d'une éventuelle date d'interruption, la limite maximale d'un an est, à l'heure actuelle, très facilement atteinte et dépassée.

3) **Code de la nationalité belge – difficultés diverses** (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ **Difficultés**

a) **Recours abusif à l'article 12bis, § 1^{er}, 2^o, du Code de la nationalité belge :**

Actuellement, l'on constate que de plus en plus d'étrangers tentent de contourner la législation en matière de séjour en faisant une déclaration de nationalité (sur la base de la filiation à l'égard d'un auteur belge) et ce, dès leur arrivée et en même temps que la demande d'autorisation de séjour, sans en attendre l'issue. Dans l'attente du traitement de cette demande, l'étranger reçoit, en effet, une attestation d'immatriculation d'une validité de six mois, par laquelle il semble autorisé, au moment de la déclaration de nationalité, à séjourner plus de trois mois dans le Royaume. Cependant, il s'agit, à ce moment-là, uniquement d'un séjour provisoirement toléré dans le pays en attendant le traitement de la demande de séjour et de l'évaluation définitive de la situation de séjour de l'intéressé. Il se peut qu'après enquête, l'attestation d'immatriculation vienne à échéance et que l'intéressé reçoive une décision de refus de séjour.

Par ailleurs, il existe, dans la pratique, le problème lié à l'impossibilité de contrôler la véracité des liens de filiation prétendus sans analyse ADN, comme il n'existe souvent pas

d'état civil organisé dans certains pays d'origine, où la corruption n'est pas une exception.

Solution proposée : la possession d'état avec l'auteur belge doit être continue (art. 331*nonies* du Code civil) et prouvée par le demandeur pendant les 10 années précédant immédiatement la demande.

b) Échange insuffisant d'informations entre les autorités belges, d'une part, et les autorités belges et étrangères, d'autre part :

L'on ignore souvent si l'intéressé a été condamné à l'étranger. Lorsqu'il est tout de même communiqué (par le biais de l'Office des Étrangers ou par la police) que l'intéressé aurait encouru une condamnation à l'étranger, il n'est pas évident de consulter le casier judiciaire du pays étranger. Il arrive donc que des personnes ayant un (lourd) passé judiciaire à l'étranger, passent tout de même entre les mailles du filet et obtiennent la nationalité belge.

L'état civil dans le pays étranger n'est pas toujours connu non plus. Il s'est ainsi déjà produit que l'enquête de police sur le lieu de résidence de l'intéressé révèle que la personne en question passe la majeure partie de son temps au Maroc avec sa femme marocaine, tandis que son épouse belge (!) reste en Belgique.

c) Les conditions de séjour ne sont actuellement pas suffisamment précisées dans le Code de la nationalité belge :

Une définition claire de la notion de « séjour légal », la prolongation du séjour pris en compte et la condition de séjour illimité au moment de la demande, ainsi que l'exclusion du court séjour et l'établissement de critères d'intégration, revaloriseront la nationalité belge et résoudront de nombreux problèmes d'application sur le terrain.

En ce qui concerne l'exclusion de titres de séjour de courte durée du calcul de la totalité du séjour, il convient de souligner qu'il est logique que les titres donnant lieu à un séjour uniquement toléré, qui sont attribués au cours de la procédure dans l'attente d'une décision au fond sur le droit de séjour, ne peuvent être en aucune manière pris en compte. En effet, l'on ne peut pas supposer qu'il existe déjà un lien avec la société belge, tant que l'étranger n'est pas certain qu'il pourra rester en Belgique. Aujourd'hui, il est tout à fait concevable qu'une personne engage des procédures pendant cinq ans dans le cadre de sa demande d'asile ou de plusieurs demandes d'asile successives et invoque ensuite des régularisations pour raisons médicales pendant trois ans (article 9*ter*), pour finalement être gratifiée d'une autorisation de séjour sur la base d'une régularisation humanitaire (article 9*bis*). Étant donné que cet étranger aura introduit des procédures durant huit ans et que ce séjour aura été couvert par des titres de séjour provisoires, il pourrait prendre en compte toutes ces années comme séjour légal et obtenir immédiatement la nationalité belge. Cette hypothèse est bien entendu absurde, surtout qu'il est tout à fait plausible que ses demandes d'asile et sa demande de régularisation médicale étaient totalement infondées, voire frauduleuses. Des demandes d'asile frauduleuses ou rejetées ne peuvent nullement être honorées.

Remarque :

L'insertion, dans un arrêté royal, d'une liste de documents ayant valeur de titre de séjour illimité est une condition indispensable permettant de rendre la loi applicable et d'en garantir une application uniforme.

d) Il convient de redéfinir la notion de « résidence principale » :

Le Code de la nationalité belge emploie, dans plusieurs articles, le terme « résidence principale ». Pourquoi ne pas le remplacer par les termes « lieu de l'inscription au registre

de la population ou au registre des étrangers » également de plus en plus usités dans les adaptations du Code civil.

L'inscription au registre national est une nécessité procédurale.

En effet, si une personne n'est pas inscrite :

- la compétence de l'officier de l'état civil ne peut pas être vérifiée ;
- cette personne peut introduire plusieurs demandes simultanément ;
- la police doit vérifier sur place que le séjour est effectif.

e) La compétence de l'officier de l'état civil doit être étendue :

La procédure serait certainement plus efficace si l'officier de l'état civil pouvait refuser les demandes indues :

- si elles ne satisfont manifestement pas à la durée de séjour requise ;
- si elles ne satisfont pas aux conditions de forme ;
- si l'identité mentionnée dans le Registre national diffère de celle qui figure sur les documents nécessaires ;
- en l'absence des documents nécessaires et/ou de documents suffisamment probants (entre autres la non-production d'un certificat de connaissance linguistique ou d'un acte de naissance).

Cela permet d'éviter que le parquet suive un grand nombre de dossiers superflus, ce qui retarde les autres dossiers.

L'on pourrait prévoir une procédure semblable à celle du refus de déclaration de mariage pour défaut de documents :

- envoi recommandé ou remise en mains propres contre accusé de réception d'une lettre de refus motivée par l'officier de l'état civil ;
- transmission simultanée du dossier au procureur ;
- possibilité de recours contre ce refus devant le tribunal.

f) Pour réduire l'attrait du mariage en tant que canal d'immigration, les modifications suivantes pourraient encore être utiles :

- briser la chaîne qui permet de devenir belge grâce au mariage (article 16 CNB) ;
- une personne qui a acquis la nationalité belge selon l'article 16 CNB, ne peut, à son tour, plus la transmettre en vertu de cet article, sauf conditions supplémentaires strictes concernant le délai entre les mariages successifs ;
- afin d'éviter toute discussion sur les interprétations de l'article 16, le nouvel article 16 CNB devrait être reformulé comme suit :

« §2. L'étranger qui contracte mariage avec un conjoint de nationalité belge ou dont le conjoint acquiert la nationalité belge au cours du mariage, peut, tant que dure la vie commune en Belgique, acquérir la nationalité belge par déclaration faite conformément à l'article 15, à condition qu'au moment de cette déclaration, il ait été autorisé ou admis à un séjour illimité, que sa résidence principale soit établie depuis cinq ans sur la base d'un séjour légal ininterrompu, que le mariage ait été contracté au moins cinq ans auparavant et que les conjoints aient depuis vécu comme mari et femme en Belgique de manière ininterrompue, et enfin qu'il satisfasse aux critères d'intégration.

La durée de cinq ans de vie commune précédant la déclaration est ramenée à un an si le conjoint étranger, avant la conclusion du mariage, a fixé sa résidence principale en Belgique sur la base d'un séjour légal ininterrompu depuis au moins cinq ans. »

g) Critères d'intégration pour toutes les procédures d'acquisition de la nationalité :

À ce jour, aucune condition d'intégration n'est prévue par le Code de la nationalité belge. Par conséquent, la nationalité belge peut être demandée par des étrangers qui ne maîtrisent aucune des trois langues nationales et manifestent une indifférence totale envers la société belge.

L'introduction d'un test de langue et d'un cours d'intégration permettrait que la nationalité belge ne puisse être obtenue que par des étrangers intégrés.

Il arrive aussi régulièrement que des étrangers qui n'ont jamais travaillé en Belgique et vivent d'une allocation acquièrent tout de même la nationalité belge. Cette situation pourrait être évitée en prévoyant un critère selon lequel le demandeur doit disposer de revenus propres suffisants, par analogie avec la nouvelle loi sur le regroupement familial.

h) Déchéance de la nationalité belge :

La lourde procédure actuelle devant la cour d'appel, sans que le tribunal de première instance ne statue, devrait être évitée. Il semble logique que toutes les procédures de déchéance de la nationalité belge soient traitées par le même juge que celui qui se prononce sur le bien-fondé de son octroi.

Il convient également de prévoir que le juge pénal puisse décider de la déchéance au moment du prononcé de la condamnation. Si un nouveau Belge est condamné à une peine d'emprisonnement de cinq ans, le juge peut, par la même occasion, décréter la déchéance de la nationalité belge.

La déchéance devrait aussi pouvoir être requise pour le nouveau Belge qui, au cours des 10 années suivant l'acquisition de la nationalité belge, a commis des faits qui, cumulés, ont entraîné une peine d'emprisonnement de cinq ans au moins.

Il arrive que le mariage avec un ressortissant belge, ayant entraîné l'obtention de la nationalité belge, soit un mariage de complaisance. En pareils cas, il devrait être possible de requérir la déchéance en même temps que l'annulation du mariage. Le juge civil qui annule le mariage de complaisance pourrait alors également prononcer la déchéance.

i) Documents destinés à justifier la demande :

L'article 5 du Code de la nationalité belge prévoit que dans des circonstances exceptionnelles, l'identité peut être prouvée sur la base de certificats consulaires, d'un acte de notoriété ou d'une déclaration sous serment dans le cas où l'intéressé se trouve « dans l'impossibilité » de se procurer un acte de naissance ou de faire une déclaration sous serment. La pratique montre que certains consulats ne sont pas assez équipés pour vérifier correctement l'identité et que des certificats sont délivrés sur la seule base de déclarations de l'intéressé même. Les certificats consulaires n'ont en effet aucune force probante authentique et risquent de contenir des imprécisions. À terme, cela entraîne davantage de demandes de notification des actes de l'état civil. Par le passé, l'utilisation de certificats consulaires a d'ailleurs été écartée pour cause de fraude lors de leur rédaction.

L'article 5 du Code de la nationalité belge est, effectivement, souvent appliqué de façon trop souple. Actuellement, l'éloignement et le coût sont des arguments admis. Les documents peuvent souvent être envoyés par la poste.

La véritable impossibilité devrait être prouvée sur la base d'un certificat de l'autorité étrangère en question qui exprime (en indiquant les motifs) la raison pour laquelle aucun acte de naissance ne peut être obtenu (exception faite pour les réfugiés politiques reconnus).

Le fait de demander que l'on produise l'acte de naissance (et éventuellement d'autres actes) est justement une occasion de contrôler les données d'identité, données qui, elles aussi, ont souvent été inscrites sur déclaration des intéressés.

Par ailleurs, il faut éviter que des étrangers ayant obtenu légitimement un acte de notoriété homologué ou une autorisation de faire une déclaration sous serment afin de remplacer leur acte de naissance ne puissent réutiliser chaque fois ce jugement tant que les circonstances ne changent pas. La portée de l'article 72^{ter} du Code civil peut être étendue à celle de l'article 5 du Code de la nationalité belge. Un acte de notoriété utilisé dans le cadre d'un mariage pourrait aussi servir dans un dossier de nationalité et inversement.

j) Faits graves :

Il pourrait être fait une application uniforme de la loi, si celle-ci précisait que non seulement des condamnations graves, mais également des condamnations plus légères fréquentes ou des faits répréhensibles, des enquêtes en cours et des faits récents peuvent, en raison d'infractions graves, constituer un empêchement à l'acquisition de la nationalité belge. Il en va de même pour des faits plus anciens, mais très graves, dont le caractère de gravité ne disparaît pas après un certain temps. Il convient qu'il en soit de veiller à laisser une marge d'appréciation suffisamment large dans le chef du parquet et du tribunal pour que ceux-ci puissent considérer tout fait inopportun comme « fait grave ».

k) Indemnité de procédure :

En raison d'un oubli dans la loi relative à la répétibilité des frais et honoraires d'avocat, l'État belge est maintenant condamné à un coût judiciaire supplémentaire variant entre 75 et 1 200 euros lorsque l'avis négatif du parquet est déclaré non fondé par le tribunal. Cette situation pourrait porter préjudice à l'indépendance du parquet, qui pourrait effectivement être dissuadé de rendre un avis négatif en raison des éventuelles conséquences budgétaires pour l'État belge. Des effets collatéraux de ce genre ne sont pas souhaitables car le ministère public manquerait alors à son devoir consistant à garantir la protection des intérêts sociaux, prescrite par la loi.

À l'heure actuelle, la loi existe, mais pas encore les arrêtés d'exécution.

l) Il est aujourd'hui possible d'introduire un nombre illimité de demandes :

- une seule et même personne peut introduire plusieurs demandes parallèles et successives ;
- il apparaît parfois, tandis qu'une procédure est en cours à l'audience, que l'intéressé a, dans l'intervalle, obtenu la nationalité belge par la voie de la naturalisation ou inversement.

Les solutions proposées sont :

- un système d'enregistrement centralisé des demandes ;
- la perception d'un droit d'enregistrement ;
- la fixation d'un délai d'attente minimal entre deux demandes, dans le cas où la première demande a été refusée en raison de faits graves commis dans le chef du demandeur. Dans ce cas, la déchéance automatique de la demande la plus récente peut être prévue.

m) Terminologie :

- « avis » : outre les avis de la Sûreté de l'État et de l'Office des Étrangers, un avis est effectivement rendu dans les dossiers de naturalisation. Le terme « avis » est également utilisé dans les déclarations de nationalité, alors qu'il s'agit d'une décision.

n) Problématique de l'orthographe correcte des noms :

L'on constate que le nom et le prénom ne sont pas toujours orthographiés de la même manière dans le registre de la population, sur le bulletin de renseignements ou dans le casier judiciaire, sur l'acte de naissance, le passeport, etc.

Il est dès lors difficile de vérifier le séjour et le passé judiciaire du demandeur. On pourrait éviter ce problème en prévoyant dans la loi que les mentions sur les documents d'identité et les inscriptions dans les registres doivent être uniformisées avant qu'une demande de nationalité puisse être introduite. Cela permet également d'éviter que les actes de l'état civil doivent ensuite être adaptés par le biais d'une procédure distincte ou qu'une personne ayant différentes identités évolue dans la société.

o) Nom / prénom après acquisition de la nationalité belge :

Il arrive de plus en plus souvent que des étrangers qui ne possèdent ni nom ni prénoms acquièrent la nationalité belge. Or, la loi prévoit l'obligation, pour les Belges, de porter un nom et des prénoms.

Pour ces personnes, une procédure pourrait être lancée automatiquement lorsqu'elles entament la procédure d'acquisition de la nationalité belge, dans le cadre de laquelle elles doivent choisir, selon le cas, un nom (par le biais d'un arrêté royal) ou des prénoms (par le biais d'un arrêté ministériel). De cette façon, l'étranger pourra mieux s'intégrer dans notre société et il sera, ainsi que ses enfants, confronté à bien moins de problèmes administratifs.

▪ **Point de vue résumé du ministère public (point de vue général)**

De manière générale, il peut être conclu que le Code de la nationalité belge nécessite, de toute urgence, une précision des différentes dispositions et un renforcement des conditions.

Il convient toutefois de souligner qu'une partie des remarques précitées ont été intégrées dans la proposition de loi de la Chambre belge des représentants (cf. *Doc.parl.*, Chambre, n° 53-476). Dans le cas où cette proposition de loi serait votée, bon nombre des points problématiques constatés actuellement seraient écartés.

4) L'article 274ter du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe dispose que les droits dus sur une même demande pour une même affaire ne peuvent excéder 1.250 euros (repris depuis la publication du rapport 2010-2011)

▪ **Difficultés**

- Les avocats ne prennent plus connaissance des dossiers financiers et fiscaux, qui sont considérablement volumineux. Une version électronique du dossier est simplement demandée, sous réserve d'en encore exiger une version papier. Dans une affaire bien précise, un inculpé a demandé et a reçu 4 fois une version papier complète du dossier (28 cartons, soit près de 1.000 pages par boîte !), ainsi qu'une version électronique de celui-ci, à chaque fois au tarif maximal, ce qui ne représente même pas une partie du coût réel.
- Étant donné que les pièces à conviction font partie du dossier pénal, un certain nombre d'avocats sont d'avis que, pour ce tarif maximal, ils ont encore droit à une copie de toutes les pièces à conviction déposées au greffe, sans devoir opérer une

sélection des pièces souhaitées (60 boîtes, notamment, l'ensemble de la comptabilité propre, plusieurs dizaines de milliers de pièces, etc.).

- Le fonctionnement des greffes est paralysé.
- Le coût est très élevé (frais de personnel, utilisation de la photocopieuse, papier, etc.).
- Les copies sont demandées de manière tactique (dilatoire), afin d'obtenir un report et d'empêcher que le juge puisse consulter le dossier.
- **Résumé du point de vue du ministère public**
 - Chaque partie devrait uniquement pouvoir avoir droit à une seule copie du dossier pénal.
 - Si une version papier est demandée, le tarif maximal doit être supprimé, de sorte à obliger les parties à opérer une sélection.
 - Lorsqu'une copie des pièces à conviction déposées est souhaitée, une sélection doit être effectuée au préalable et il convient de payer par pièce.

V. Liste des annexes

En ce qui concerne les annexes auxquelles le présent rapport fait référence, mais qui ont déjà été jointes aux rapports de suivi législatif précédents, veuillez vous reporter à ces derniers. Une liste des nouvelles annexes est dressée ci-dessous :

1. Avis concernant la proposition de directive européenne relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation
2. Avis concernant la portée de l'article 43/5, § 4, alinéa 2, de la loi organique du 30 novembre 1998 des services de renseignement et de sécurité
3. Extrait de la circulaire strictement confidentielle COL 9/2012, plus précisément, le chapitre IX – Arrêt de la Cour constitutionnelle
4. Mercuriale du procureur général d'Anvers du 3 septembre 2012
5. Exposé du procureur général d'Anvers en matière de criminalistique, donné à l'occasion du colloque organisé par le Sénat le 22 juin 2012 intitulé « Expertise Judiciaire : quelle réalité pour la preuve scientifique en Belgique ? »
6. Lettre au ministre de la Justice dd. 9 janvier 2012 concernant le prélèvement de la TVA (21 %) sur les prestations des huissiers de justice effectuées sur réquisition du ministère public.
7. Aperçu des lois ayant posé des difficultés d'application ou d'interprétation remis par le premier président de la cour du travail d'Anvers.



Collège des procureurs généraux
Rue Ernest Allard 42, 1000
Bruxelles
T 02 500 86 01
F 02 500 86 13
www.ministerepublic.be



Rapport wetsevaluatie 2011-2012



COLLEGE VAN PROCUREURS-GENERAAL



Rapport wetsevaluatie 2011-2012

**Verslag van het College van Procureurs-
generaal houdende overzicht van de wetten
die toepassings- of interpretatiemoeilijkheden
hebben gesteld voor de hoven en rechtbanken
in de loop van het gerechtelijk jaar 2011-2012**

Inhoud

| | | |
|--------|--|------------|
| I. | Toepassing van de wet van 25 april 2007 tot oprichting van een Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie | 4 |
| II. | Toelichting bij de opbouw van het rapport – gevolg gegeven aan de voorgaande rapporten wetsevaluatie | 5 |
| III. | Nieuwe initiatieven van het openbaar ministerie, adviezen en projecten ter verbetering van het strafprocesrecht | 6 |
| A. | Bijstand van de advocaat – omzendbrieven van het College en advies m.b.t. het voorstel van Europese richtlijn betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en het recht op communicatie bij aanhouding | 6 |
| B. | Advies betreffende de strekking van het artikel 43/5, §4, tweede lid, van de wet van 30 november 1998 houdende de regeling van de inlichtingen –en veiligheidsdienst | 7 |
| IV. | Punten van wetsevaluatie per materie | 8 |
| A. | Strafrecht en strafprocesrecht | 8 |
| A.1. | Punten reeds aangehaald in voorgaande rapporten wetsevaluatie, met eventuele actualisatie | 8 |
| A.1.1. | Strafwetboek (met inbegrip van complementaire wetgeving) en bijzonder strafrecht | 8 |
| A.1.2. | Wetboek van Strafvordering (met inbegrip van complementaire wetgeving) | 15 |
| A.1.3. | Strafuitvoering | 46 |
| A.1.4. | Wet op het politieambt - bijzondere wetgeving inzake politie | 48 |
| A.1.5. | Andere bijzondere wetgeving | 50 |
| A.2. | Nieuwe aandachtspunten - Strafrecht en strafprocesrecht | 53 |
| A.2.1. | Strafwetboek en bijzonder strafrecht | 53 |
| A.2.2. | Wetboek van Strafvordering (met inbegrip van complementaire wetgeving) | 56 |
| A.2.3. | Strafrechtspleging – bijzondere wetgeving (met inbegrip van strafuitvoering) | 59 |
| B. | Strafrechtspleging – grensoverschrijdende aspecten | 61 |
| B.1. | Punten reeds aangehaald in voorgaande rapporten wetsevaluatie, met eventuele actualisatie | 61 |
| B.2. | Nieuwe aandachtspunten – strafrechtspleging – grensoverschrijdende aspecten | 65 |
| C. | Sociaal, Economisch en Fiscaal Strafrecht | 70 |
| C.1. | Punten reeds aangehaald in voorgaande rapporten wetsevaluatie, mits eventuele actualisatie | 70 |
| C.2. | Nieuwe aandachtspunten – Sociaal en Fiscaal Strafrecht | 85 |
| D. | Wegverkeer | 89 |
| D.1. | Punten reeds aangehaald in voorgaande rapporten wetsevaluatie, met eventuele actualisatie | 89 |
| E. | Gerechtelijk recht | 97 |
| E.1. | Punten reeds aangehaald in voorgaande rapporten wetsevaluatie, met eventuele actualisatie | 97 |
| E.2. | Nieuwe aandachtspunten – Gerechtelijk recht | 111 |
| F. | Jeugdbescherming | 114 |
| F.1. | Punten reeds aangehaald in voorgaande rapporten wetsevaluatie, met eventuele actualisatie | 114 |
| F.2. | Nieuwe aandachtspunten - Jeugdbescherming | 121 |
| G. | Burgerlijk recht | 124 |
| G.1. | Punten reeds aangehaald in voorgaande rapporten wetsevaluatie, met eventuele actualisatie | 124 |
| G.2. | Nieuwe aandachtspunten – Burgerlijk recht | 146 |
| H. | Diverse punten (Kieswetboek - Wetboek Registratierechten – Wetboek Belgische Nationaliteit) | 147 |
| V. | Overzicht van bijlagen | 155 |

I. Toepassing van de wet van 25 april 2007 tot oprichting van een Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie

Artikel 11 van de wet van 25 april 2007 tot oprichting van een Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie stelt:

“De procureur-generaal bij het Hof van Cassatie en het College van Procureurs-generaal zenden aan het Comité in de loop van de maand oktober een verslag toe, dat een overzicht bevat van de wetten die voor de hoven en de rechtbanken tijdens het voorbije gerechtelijk jaar moeilijkheden bij de toepassing of de interpretatie ervan hebben opgeleverd.”

Het College van Procureurs-generaal verwijst naar de voorgaande rapporten waarbij telkens werd opgemerkt dat een optimale uitvoering van art. 11 van de wet van 25 april 2007 een voorafgaande bijeenkomst vereist van de leden van het Parlementair Comité, de Minister van Justitie, de Procureur-generaal van het Hof van Cassatie en het College zelf¹. In die rapporten werd tevens onderstreept dat bepaalde zeer omvangrijke wetgevende domeinen die aanleiding geven tot toepassingsmoeilijkheden of interpretatieproblemen immers niet zonder meer in een verslag kunnen worden opgenomen, omdat ze bijvoorbeeld vanuit beleidsvisie een andere voorbereiding vereisen.

Eén van de grootste actuele problemen bij de toepassing van wetten zijn de voortdurende wetwijzigingen. Deze onderkende problematiek², heeft echter betrekking op zoveel domeinen van de wetgeving en tast het fundament van de rechtszekerheid aan. Ze vereist ongetwijfeld diepgaand overleg tussen de staatsmachten en andere vormen van samenwerking. Ook dit aspect, dat buiten het strikte kader van voormelde wet valt, werd in de voorgaande rapporten aangehaald.

Het College van Procureurs-generaal levert immers medewerking, onder meer via zijn expertisenetwerken, aan tal van werkgroepen die belast werden met de uitwerking van voorontwerpen van reparatiewetten of wetwijzigingen. Er kan hierbij onder meer verwezen worden naar de bijzondere opsporingsmethoden, internetrecherche, de gerechtskosten, DNA-analyse in strafzaken, de bijstand van de advocaat bij het eerste verhoor, of de problematiek van inzage en afschrift. Deze bijzonder uitgebreide werkzaamheden, die passen in de taak van het College van Procureurs-generaal de Minister van Justitie in te lichten en te adviseren over elke zaak die verband houdt met de opdrachten van het Openbaar ministerie, hebben uiteraard eveneens betrekking hebben op de wetsevaluatie. Buiten de in dit verslag opgenomen bijzondere punten, wordt bijgevolg regelmatig verslag uitgebracht bij de Minister van Justitie ingeval de toepassing van wetten aanleiding gaf tot moeilijkheden.

Op 21 november 2011 werd voor de eerste maal een afvaardiging van het College van Procureurs-generaal uitgenodigd en werd een hoorzitting georganiseerd door het Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie.

Uit de bespreking die gehouden werd bij die gelegenheid bleek dat bepaalde senatoren en volksvertegenwoordigers de mening waren toegedaan dat de bespreking van ruimere en grensoverschrijdende domeinen toekwam aan de bevoegde parlementaire commissies en niet aan het Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie.

¹ Zie brief van de Voorzitter van het College van Procureurs-generaal d.d. 29 oktober 2007 aan het Parlementair Comité.

² E-newsletter van de Minister, nr. 1, januari 2008, <http://www.just.fgov.be>.

Dit zou eveneens het geval zijn voor materies die reeds tot de bevoegdheid van gespecialiseerde parlementaire commissies behoren binnen de wetgevende kamers.

Uit de eerste gedachtewisseling bleek bijgevolg dat een verduidelijking wat betreft de interpretatie te geven aan de wet van 25 april 2007 tot oprichting van een Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie wenselijk was. Het College van Procureurs-generaal wenste in kennis gesteld te worden van de wijze waarop het Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie zelf de teneur van artikel 11 van de wet van 25 april 2007 tot oprichting van een Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie interpreteert, en hoe het zijn werkzaamheden zou gaan invullen.

Op 16 juli 2012 ontving het College een schrijven van het Parlementair Comité, waarin de werkwijze die het Comité zal volgen verduidelijkt werd. Daaruit bleek dat de opmerkingen geformuleerd in de voorgaande rapporten wetsevaluatie voorgelegd werden aan de vaste commissies van de Kamer en de Senaat, waarbij gevraagd werd naar het gevolg dat gegeven werd aan deze opmerkingen. Het College nam er kennis van dat het Comité van nabij zal opvolgen welke stappen de wetgever onderneemt, en hierover regelmatig verslagen opstellen. Het College acht deze opvolging van groot belang. Het lijkt immers niet nuttig om onderwerpen in het jaarlijks rapport op te nemen die nooit tot enige studie of actie zouden leiden.

II. Toelichting bij de opbouw van het rapport – gevolg gegeven aan de voorgaande rapporten wetsevaluatie

Het directoraat-generaal Wetgeving van de Federale Overheidsdienst Justitie heeft aan de Minister van Justitie een overzicht overgemaakt van regelgeving waarin herstel- en technische correcties aangebracht kunnen worden. Daarnaast hebben de Procureur-generaal bij het Hof van Cassatie en het College van Procureurs-generaal overeenkomstig voormeld art. 11 van de wet van 25 april 2007 een rapport uitgebracht in 2007, 2008, 2009, 2010 en 2011 omtrent de wetten die voor de hoven en rechtbanken moeilijkheden hebben opgeleverd bij hun toepassing of interpretatie.

In onderhavig rapport worden de in de vorige rapporten reeds gesignaleerde moeilijkheden die niet tot een wetswijziging hebben geleid echter herhaald, zo mogelijk met verwijzing naar een lopend wetgevend initiatief en in voorkomend geval met een evaluatie van de voorgestelde oplossing. De punten van wetsevaluatie worden in het rapport gerangschikt per materie.

* * * * *

De thema's die werden aangebracht door de magistraten van de zetel worden in fine van onderhavig verslag in bijlage gevoegd.

* * * * *

Eventuele wijzigingen of aanvullingen aan dit verslag zullen eveneens nagezonden worden. Wat betreft de bijlagen, worden enkel de bijlagen die voor het huidige rapport toegevoegd werden meegezonden. Voor de overige bijlagen wordt verwezen naar de vorige rapporten wetsevaluatie.

III. Nieuwe initiatieven van het openbaar ministerie, adviezen en projecten ter verbetering van het strafprocesrecht

Tijdens het gerechtelijk jaar 2011-2012 werden binnen de schoot van de expertisenetwerken van het openbaar ministerie meerdere initiatieven ontwikkeld ter verbetering van het strafprocesrecht. Deze documenten werden reeds aan de Minister van Justitie meegedeeld overeenkomstig art. 143bis, § 3 van het Gerechtelijk Wetboek binnen het kader van de adviserende bevoegdheid van het College van Procureurs-generaal. De laatste stand van zaken wordt verder weergegeven.

De adviezen die niet los kunnen gezien worden van de eigenlijke wetsevaluatie en ertoe strekken bepaalde toepassingsmoeilijkheden van wetten te ondervangen kaderen eveneens ten volle in onderhavig rapport, en worden gevoegd voor zover ze geen deel uitmaakten van een vorige wetsevaluatie.

A. Bijstand van de advocaat – omzendbrieven van het College en advies m.b.t. het voorstel van Europese richtlijn betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en het recht op communicatie bij aanhouding

Het College van procureurs-generaal volgt deze problematiek op sinds het eerste baanbrekende arrest van het Europees Hof van de Rechten van De Mens³. Zo formuleerde het College op 19 maart 2010 een advies inzake de bijstand van de advocaat bij het eerste verhoor. Dit advies werd later gevolgd door de omzendbrief COL 7/2010 houdende voorlopige richtlijnen inzake de bijstand van een advocaat bij het eerste politionele verhoor van een verdachte en het addendum bij deze omzendbrief, de COL 15/2010.

De wetgever kwam tussen door middel van de Wet van 13 augustus 2011 *tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, om aan elkeen die wordt verhoord en aan elkeen wiens vrijheid wordt benomen rechten te verlenen, waaronder het recht om een advocaat te raadplegen en door hem te worden bijgestaan*.⁴

Op 23 september 2011 keurde het College van procureurs-generaal de omzendbrief COL 8/2011 goed *inzake de organisatie van de bijstand door een advocaat vanaf het eerste verhoor binnen het kader van het Belgisch strafprocesrecht*. In deze omzendbrief wordt op verschillende plaatsen melding gemaakt van de noodzaak aan wetsevaluatie. Er wordt verwezen naar de opmerkingen zoals uiteengezet in deze omzendbrief (zie blz: 53 – 62 – 63 – 72 – 96)

Deze omzendbrief werd inmiddels aangevuld door vier addenda.⁵

Ondertussen wordt op Europees niveau een richtlijn voorbereid betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en betreffende het recht op communicatie bij aanhouding⁶. Het College heeft hieromtrent een advies uitgebracht op 21 december 2011. Dit advies wordt als bijlage gevoegd. Het expertisenetwerk 'Strafrechtspleging' van het College zal in samenwerking met de FOD Justitie de implementatie van deze toekomstige richtlijn voorbereiden.

³ Basisarrest: Arrest EHRM van 27 november 2008, *Salduz v. Turkije*.

⁴ B.S. 5 september 2011; Parl. St., Senaat, 2010-2011, 5-663/5; DOC 53, 1279/000.

⁵ Zie COL 10/2011 – 'modellen': COL 12/2011 – 'minderjarigen'; COL 13/2011 – 'permanentedienst'; COL 4/2012 – 'wijziging en actualisatie hoofdstuk VII van de omzendbrief – evaluatie'.

⁶ Voorstel dd. 8 juni 2011 – zie COM(2011) 326 definitief – 2011/0154 (COD)

Ten slotte dient vermeld te worden dat op 18 september 2012 een studiedag plaats vond over de evaluatie van de Salduz-wet, waarbij tevens de omzendbrieven aan bod kwamen.

B. Advies betreffende de strekking van het artikel 43/5, §4, tweede lid, van de wet van 30 november 1998 houdende de regeling van de inlichtingen –en veiligheidsdienst

Het College formuleerde op 21 juni een advies aan de minister van Justitie over de strekking van dit artikel, dat aanleiding geeft tot interpretatiemoeilijkheden. Voor de inhoud hiervan wordt verwezen naar het advies, dat als bijlage wordt gevoegd.

IV. Punten van wetsevaluatie per materie

A. Strafrecht en strafprocesrecht

A.1. Punten reeds aangehaald in voorgaande rapporten wetsevaluatie, met eventuele actualisatie

A.1.1. Strafwetboek (met inbegrip van complementaire wetgeving) en bijzonder strafrecht

1) Wijziging van artikel 5 van het Strafwetboek inzake de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2007-2008)

De complexiteit van artikel 5 van het Strafwetboek heeft tot gevolg dat er sprake is van een (quasi-) afwezigheid van vervolgingen en van een quasi-immuniteit van de daders van misdrijven die via een rechtspersoon worden gepleegd.

De toepassing van de wet vereist bijvoorbeeld dat ingeval de rechtspersoon verantwoordelijk wordt gesteld uitsluitend wegens het optreden van een geïdentificeerde natuurlijke persoon, degene die de zwaarste fout heeft begaan moet kunnen aangewezen worden. Enkel deze laatste kan immers worden veroordeeld. In de praktijk is deze afweging uiteraard bijzonder moeilijk.

Volledigheidshalve kan verwezen worden naar het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen, ingediend op 19 februari 2007⁷, doch blijkbaar vervallen ten gevolge van parlementaire verkiezingen en de ontbinding van de wetgevende assemblées.

2) Wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie – verschillende moeilijkheden (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2009-2010)

a) Artikel 8 § 1, eerste lid

▪ **Wetsbepalingen**

HOOFDSTUK IV: Uitstel van de tenuitvoerlegging van straffen

Art. 8 § 1. Indien de veroordeelde nog niet veroordeeld is geweest tot een criminele straf of tot een hoofdgevangenisstraf van meer dan twaalf maanden, kunnen de vonnisgerechten, wanneer zij tot een werkstraf of een of meer straffen van niet meer dan vijf jaar veroordelen, bij een met redenen omklede beslissing gelasten dat de tenuitvoerlegging hetzij van het vonnis of het arrest, hetzij van de hoofdstraffen of vervangende straffen dan wel van een gedeelte ervan, wordt uitgesteld. De beslissing waarbij het uitstel en, in voorkomend geval, de probatie wordt toegestaan of geweigerd, moet met redenen omkleed zijn overeenkomstig de bepalingen van artikel 195 van het Wetboek van Strafvordering.

Nochtans, wanneer artikel 65, tweede lid, van het Strafwetboek wordt toegepast, vormen de vroegere straffen uitgesproken voor feiten die voortvloeien uit hetzelfde misdadige opzet, geen beletsel voor het toekennen van een uitstel.

De duur van het uitstel mag niet minder dan een jaar en niet meer dan vijf jaar bedragen, met ingang van de datum van het vonnis of het arrest.

⁷ Parl. St. Kamer, DOC 51 2929/001, wetsontwerp tot wijziging van de wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen.

De duur van het uitstel mag echter niet meer dan drie jaar bedragen voor de geldstraffen, de werkstraffen en de gevangenisstraffen die zes maanden niet te boven gaan.

§ 2. Dezelfde gerechten kunnen, onder de voorwaarden bepaald in § 1 van dit artikel, probatieuitstel gelasten, mits de veroordeelde zich verbindt tot naleving van de probatievoorwaarden die het gerecht bepaalt.

§ 3. Wanneer de rechter de geldboete uitsluit van het uitstel dat hij voor de vervangende gevangenisstraf verleent, kan deze niet meer uitgevoerd worden wanneer de geldboete ophoudt invorderbaar te zijn.

▪ **Moeilijkheden**

Bij de bespreking van het ontwerp van wet tot wijziging van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie⁸ werd overwogen of uitstel na sommige veroordelingen onmogelijk moet blijven.

Een amendement van de regering, dat aangenomen is, beoogde de grens op 12 maanden te stellen, onder meer rekening houdend dat vanaf een veroordeling van één jaar binnen vijf jaar vóór de nieuwe veroordeling de beklaagde zich in staat van wettelijke herhaling bevindt en dat, na drie veroordelingen van zes maanden binnen de laatste vijftien jaar, de beklaagde voor tien jaar ter beschikking van de regering kan gesteld worden, welke ook de nieuwe strafmaat is, indien de rechter bij de beklaagde een aanhoudende neiging tot wetsovertreding vaststelt.

Een volksvertegenwoordiger diende een amendement in⁹ dat beoogde de voorwaarde inzake de vroegere veroordeling te schrappen zowel in artikel 3 over de opschorting, als in artikel 8 over het uitstel.

Daarbij overwoog hij dat er overeenstemming dient te zijn met de mogelijkheden voor het openbaar ministerie om een verval van de strafvordering voor te stellen overeenkomstig de artikelen 216bis en 216ter van het Wetboek van Strafvordering, dat geen voorwaarden inzake voorafgaande veroordelingen oplegt enerzijds en bevoegdheden voor de rechter die wel gebonden is door voorafgaande veroordelingen bij het opschorten van de veroordeling of het verlenen van uitstel.

Uit het verslag van de werkzaamheden in de Kamercommissie blijkt dat de Commissie er akte van nam dat een dergelijk debat later kan plaatsvinden, dat het amendement van die volksvertegenwoordiger nadere bespreking verdient, maar niet mag gekoppeld worden aan de ontwerpen waarvan de goedkeuring wordt gevraagd en dat die volksvertegenwoordiger zijn amendement intrekt.

▪ **Samenvatting standpunt van het OM**

In het expertisenetwerk 'strafrechtelijk beleid en strafrechtspleging' werd geopperd dat het aanbeveling zou verdienen te overwegen dat een uitstel dient mogelijk te zijn na een veroordeling tot een gevangenisstraf van 12 maanden of meer.

b) Verschillende moeilijkheden

- In zedenzaken zouden de onderzoeksrechters het gemotiveerde advies van een gespecialiseerde dienst ("UPPL") moeten kunnen inwinnen, hetgeen momenteel enkel mogelijk is voor de bodemrechters. Dit zou de mogelijkheid bieden kostbare tijd te winnen, aangezien zaken die aan de bodemrechter voorgelegd worden vaak vóór aanvang van het onderzoek ambtshalve uitgesteld worden om dit gemotiveerde advies te vragen.

⁸ *Parl.St.* 1992-1993 Senaat 653- 2 p 21 e.v. en *Parl.St.* Kamer 1992-1993 1129/3 p 8 en 9

⁹ *Parl.St.* Kamer 1992-1993 1129-2

- Het zou overigens interessant zijn dat ook de magistraten van het OM dit advies zouden kunnen inwinnen, en dan vooral in dossiers met een rechtstreekse dagvaarding.
- Ten slotte stelt de formulering van artikel 9bis van de Franse tekst problemen. Een slecht geplaatste komma wekt de indruk dat in alle gevallen een voorafgaand advies dient te worden gevraagd ongeacht het feit of de dossiers betrekking hebben op een zaak waarin het slachtoffer minderjarig of meerderjarig is. Het lijkt echter in de lijn van de geest van de wet te liggen dat enkel advies dient te worden gevraagd wanneer het een minderjarig slachtoffer betreft (de komma in de Franse tekst dient dus te worden verplaatst naar de tweede zin na “du même Code” i.p.v. na “377 du Code pénal”).

3) Beteugeling dronkenschap - artikel 119bis van de nieuwe gemeentewet ingevoegd bij Wet 13 mei 1999 (B.S. 10.06.1999) (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2009-2010)

▪ **Moelijkheden**

Krachtens art. 1 § 1 Besluitwet van 14 november 1939 betreffende de beteugeling van dronkenschap wordt **gestraft** met een geldboete of een gevangenisstraf in geval van nieuwe herhaling “ *Hij die op een openbare plaats in staat van dronkenschap wordt bevonden.*”

In de huidige stand van de wetgeving worden de personen in staat van **openbare dronkenschap** door het O.M. vervolgd hetzij via minnelijke schikking, hetzij via dagvaarding voor de politierechtbank.

Men kan zich de vraag stellen of openbare dronkenschap (zonder verzwarende omstandigheid) nog als een strafbaar feit moet beschouwd worden, maar niet eerder als een daad van overlast voor de maatschappij die valt onder de toepassing van een gemeentelijke administratieve sanctie.

Voorbeeld: een persoon X loopt stomdronken in het midden van de straat, staat te roepen, mensen lastig te vallen,

De politie wordt opgeroepen en sluit persoon X op in de cel ter ontuchttering. Daarna wordt hij verhoord en wordt een proces-verbaal opgesteld voor openbare dronkenschap dat naar het parket wordt verzonden.

Voorbeeld: Dezelfde situatie maar persoon X wordt agressief als de politie ter plaatse komt, hij wordt weerspanning en uit zijn woede op de agenten en voertuigen waarvan een aantal flink beschadigd worden.

Het eerste voorbeeld betreft duidelijk een feit van ‘openbare overlast’. Er werd geen schade aangericht, er werden geen andere misdrijven gepleegd. Het oppakken en opsluiten van de persoon betreft een louter bestuurlijke maatregel op bevel van de officier van bestuurlijke politie in functie van het verzekeren van de openbare orde en veiligheid.

▪ **Samenvatting van het standpunt van het openbaar ministerie en voorstel:**

Het misdrijf ‘openbare dronkenschap’ zou best opgenomen worden in de lijst van de gemengde GAS-inbreuken.

Op die manier kan het O.M. bij binnenkomst van het proces-verbaal oordelen of het de feiten zelf vervolgt of deze laat afhandelen door middel van een gemeentelijke administratieve sanctie.

Dit geeft het O.M. de mogelijkheid om het vervolgingsbeleid te richten naar de zwaarste feiten van openbare dronkenschap die meestal gepaard gaan met andere misdrijven (vandalisme, slagen en verwondingen, weerspannigheid...)

Het past ook beter in de filosofie van de wetgever om daden van maatschappelijke overlast te beschouwen als behorend tot de GAS materie. Hierdoor krijgen de gemeenten de mogelijkheid om zelf sanctionerend op te treden voor overlastproblematiek.

▪ **Gesuggereerde wijzigingen aan art. 119bis:**

§ 2 wordt aangevuld als volgt: *In afwijking van § 1 kan de gemeenteraad in zijn reglementen en verordeningen voorzien in de administratieve sanctie als bedoeld in het tweede lid, 1°, voor een strafbaar feit genoemd in boek II, titel X van het Strafwetboek en in de artikelen 327 tot 330, 398, 448, 461, 463, 526, [534bis, 534ter,] 537, 545, 559, 1°, 561, 1°, en 563, 2° en 3°, van het Strafwetboek en in artikel 1 van de Besluitwet betreffende de betuiging van de dronkenschap van 14 november 1939.*

§ 7 wordt aangevuld als volgt: *§7. 1° Indien de feiten zowel een inbreuk vormen op de artikelen 327 tot 330, 398, 448, 461, 463, 526, [534bis, 534ter,] 537, 545, 559, 1°, 561, 1°, of 563, 2° en 3° van het Strafwetboek, of artikel 1 van de Besluitwet betreffende de betuiging van de dronkenschap van 14 november 1939, als gesanctioneerd worden met een administratieve sanctie, wordt het origineel van de vaststelling uiterlijk binnen de maand na de vaststelling toegestuurd aan de procureur des Konings. Bij gebreke hieraan kan er geen enkele administratieve sanctie worden opgelegd. De politieambtenaar of hulpagent vermeldt op het proces-verbaal uitdrukkelijk de datum waarop het werd toegestuurd of ter hand gesteld aan de procureur des Konings. Er wordt tezelfdertijd een afschrift opgestuurd aan de ambtenaar;*

§ 8 wordt aangevuld als volgt: *§8. [Indien de inbreuk bestraft kan worden met een administratieve sanctie, bedoeld in § 2, tweede lid, 1°, of met een straf bepaald door de artikelen 327 tot 330, 398, 448, 461 en 463 van het Strafwetboek, kan de ambtenaar enkel een administratieve geldboete opleggen indien de procureur des Konings binnen een termijn van twee maanden heeft laten weten dat dit volgens hem aangewezen is en dat hijzelf geen gevolg aan de feiten zal geven. Indien de inbreuk bestraft kan worden met een administratieve sanctie bedoeld in § 2, tweede lid, 1, of met een straf bepaald door de artikelen 526, 534bis, 534ter, 537, 545, 559, 1°, 561, 1° en 563, 2° en 3° van het Strafwetboek, of door artikel 1 van de Besluitwet betreffende de betuiging van de dronkenschap van 14 november 1939, beschikt de procureur des Konings over een termijn van [twee maanden], te rekenen van de dag van de ontvangst van het origineel van het proces-verbaal, om de ambtenaar in te lichten dat een opsporingsonderzoek of een gerechtelijk onderzoek werd opgestart, vervolging werd ingesteld, dan wel dat hij oordeelt het dossier te moeten seponeren bij gebrek aan toereikende bezwaren. Deze mededeling doet de mogelijkheid vervallen voor de ambtenaar om een administratieve geldboete op te leggen. Vóór het verstrijken van deze termijn kan de ambtenaar geen administratieve geldboete opleggen. Na het verstrijken ervan kunnen de feiten enkel nog administratiefrechtelijk worden bestraft. De ambtenaar kan evenwel een administratieve geldboete opleggen vooraleer deze termijn is verstreken indien de procureur des Konings heeft laten weten dat, zonder het materieel element van de overtreding in twijfel te trekken, hij geen gevolg aan de feiten zal geven.]*

4) De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de burgemeester (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2010-2011)▪ ***Moeilijkheden***

Verschillende burgemeesters verzochten de minister van Justitie om een inperking van hun strafrechtelijke aansprakelijkheid naar analogie met de aansprakelijkheid van vennootschappen, gelet op hun burgerrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid enerzijds en hun grote domein van bevoegdheden waarvoor zij aansprakelijk kunnen worden gesteld anderzijds.

Bij wet van 4 mei 1999 (B.S. 22 juni 1999) heeft de Belgische wetgever een oplossing willen bieden aan de onzekere situatie waarin de burgemeesters, schepenen en leden van de bestendige deputatie verkeerden wanneer zij aansprakelijk werden gesteld voor fouten bij de uitoefening van hun mandaat. De wet heeft enkele bepalingen daarover toegevoegd aan de gemeentewet en de provinciewet.

Zowel voor de opzettelijke als de onopzettelijke misdrijven kan er in geen enkel opzicht een inperking van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid worden toegestaan. Dit zou een immuniteit opleveren en dit zou absoluut in strijd zijn met de bepalingen van het strafwetboek en het strafprocesrecht.

▪ ***Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie***

In zoverre de huidige wetgeving niet voldoet kan verwezen worden naar de talrijke wetgevende initiatieven.

Het zal aan het parlement behoren een van de oplossingen te kiezen die worden aangereikt in de bovenvermelde initiatieven.

Het invoeren van een immuniteit is echter onaanvaardbaar.

5) De wet van 19 december 2003 betreffende terroristische misdrijven (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2010-2011)

De voornoemde wet van 19 december 2003 heeft het EU Kaderbesluit van 2002/475/JBZ van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding omgezet in Belgisch recht (art. 137-138 Strafwetboek met betrekking tot de strafbaarstelling van de terroristische misdrijven, art. 139 Strafwetboek met betrekking tot de definiëring van de terroristische groep, art. 140 Strafwetboek met betrekking tot de strafbaarstelling van de deelname aan en de leiding van een terroristische groep, art. 141 Strafwetboek met betrekking tot de strafbaarstelling van de hulp met het oog op het plegen van een terroristisch misdrijf).

Inmiddels werd voornoemd Kaderbesluit gewijzigd door het EU Kaderbesluit 2008/919/JBZ van 28 november 2008. Dit Kaderbesluit had uiterlijk op 9 december 2010 dienen geïmplementeerd te zijn.

Er is in de praktijk een leemte doordat de verplichting om volgende feiten strafbaar te stellen nog steeds niet werd nagekomen:

- rechtstreekse of onrechtstreekse openbare aanzetting tot het plegen van een terroristisch misdrijf;
- rekrutering van personen om een terroristisch misdrijf te plegen of om toe te treden tot een terroristische groep;
- terrorisme opleiding.

Het College van procureurs-generaal werd via het expertisenetwerk groot banditisme en terrorisme betrokken bij het uitwerken van een wetsontwerp dat het gewijzigd EU Kaderbesluit omzet in interne wetgeving en daarnaast ook zorgt voor de overeenstemming met het Verdrag van Warschau van 16 mei 2005 ter voorkoming van terrorisme.

Gezien het ontwerp in essentie de simpele omzetting van een Europees instrument beoogt en de deadline reeds overschreden is dringt het College van Procureurs-generaal aan op de indiening in het parlement.

6) Mensenhandel - artikel 433quinquies 1° Sw en art 380 Sw (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2010-2011)

▪ **Moeilijkheden**

Het werkwoord “laten” in artikel 433quinquies, 1° van het Strafwetboek is problematisch: *“Levert het misdrijf mensenhandel op, de werving, het vervoer, de overbrenging, de huisvesting, de opvang van een persoon, de wisseling of de overdracht van de controle over hem teneinde: 1° ten aanzien van deze persoon de misdrijven te laten plegen die bedoeld worden in de artikelen 379, 380, § 1 en § 4, en 383bis, § 1”*.

Op basis van de parlementaire werkzaamheden in het kader van de wet van 10 augustus 2005 werd artikel 433quinquies in het Strafwetboek ingevoegd: *“Met de woorden de misdrijven te laten plegen beoogt het ontwerp niet als zodanig de persoon die werft teneinde zelf een ander uit te buiten. Dergelijk gedrag wordt strafbaar gesteld in artikel 380 van het Strafwetboek. Een onderscheid moet evenwel worden gemaakt tussen de persoon die een ander uitbuit buiten het kader van mensenhandel en de uitbouter die zich bevindt aan het einde van het netwerk en aldus heeft deelgenomen aan de mensenhandel. Deze laatste kan als mededader van het misdrijf mensenhandel worden vervolgd op grond van artikel 433quinquies.”*¹⁰

Het door artikel 433quinquies, 1° Sw. beoogde misdrijf mensenhandel met het oog op seksuele uitbuiting zou dus impliceren dat de uitbouter de laatste schakel in een keten dient te zijn. De persoon die de slachtoffers werft en zelf andermans seksualiteit of prostitutie uitbuit, zonder dat hierbij sprake van een netwerk is, zou op grond van artikel 380 Sw. bestraft kunnen worden en in een dergelijk geval zou zelfs geen sprake van mensenhandel zijn. De correctionele rechtbank van Luik heeft reeds een uitspraak in deze zin gedaan.

Het gaat er hierbij om te bepalen wanneer de procureur des konings op grond van artikel 380 dan wel artikel 433quinquies Sw. dient te dagvaarden, of op grond van beide bepalingen samen, hetgeen van groot belang is vanuit het oogpunt van de mogelijkheid tot toekenning van het beschermingsstatuut aan de slachtoffers van mensenhandel, dat er op zijn beurt toe kan leiden dat aan dergelijke slachtoffers het recht op een onbepert verblijf in België verleend kan worden.

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

De hierboven vermelde interpretatie van artikel 433quinquies Sw. stemt niet overeen met de tekst van deze bepaling en de ratio legis van de wet.

Het Belgisch recht definieert het fenomeen mensenhandel a.h.v. een referentie naar een handeling en een doelstelling.

¹⁰ Memorie van Toelichting, DOC 51 1560/00, p. 18 en 19.

Ervan uitgaan dat dit misdrijf het bestaan van een netwerk vereist, zou erop neerkomen dat een voorwaarde met deze strafbaarstelling verbonden wordt. De tekst van de wetsbepaling impliceert deze voorwaarde van een netwerk echter niet.

Een dergelijke interpretatie leidt bovendien tot een aantal gevolgen die niet door de beugel kunnen:

- situaties van mensenhandel worden niet langer als dusdanig beschouwd waardoor de slachtoffers niet meer het beschermingsstatuut kunnen aanvragen;
- op grond van deze interpretatie zouden de Belgische slachtoffers het eerst uit de boot vallen ! Zij worden immers niet in het buitenland gerekruteerd en passeren doorgaans ook niet via een netwerk. In het merendeel van de gevallen worden zij daarentegen door dezelfde persoon in België gerekruteerd en uitgebuit. Door de wet van 10 augustus 2005 werd de strafbaarstelling van het misdrijf mensenhandel uit de wet van 15 december 1980 naar het Strafwetboek verplaatst, en dit precies om rekening met deze strafbaarstelling te kunnen houden wanneer het slachtoffer een Belgisch onderdaan is;
- indien aangenomen wordt dat er enkel sprake van mensenhandel is indien er sprake van een netwerk is, dan wordt een fundamenteel verschil ingevoerd tussen de seksuele en enkele andere vormen van uitbuiting. In artikel 433quinquies komt het werkwoord “*laten*” enkel in 1° en 2° voor, die betrekking hebben op de seksuele uitbuiting en uitbuiting van de bedelarij. Vertrekken van het principe dat enkel mensenhandel met het oog op dergelijke vormen van uitbuiting aan de voorwaarde van het bestaan van een netwerk zou moeten voldoen, komt erop neer dat een verschillende regeling ingevoerd zou worden voor de slachtoffers van mensenhandel op grond van de vormen van uitbuiting waaraan zij onderworpen werden. Zo zou een slachtoffer van economische uitbuiting een beroep op het beschermingsstatuut kunnen doen, zelfs ingeval er geen sprake van een netwerk is, terwijl dit voor slachtoffers van seksuele uitbuiting of bedelarij daarentegen niet mogelijk zou zijn. Dit zou ertoe kunnen leiden dat de parketten steeds van de doelstelling ‘economische uitbuiting’ zouden kunnen uitgaan, zelfs wanneer het gaat om slachtoffers die in de seksindustrie te werk gesteld werden;
- het bestaan van een netwerk, op grond van de interpretatie die er in dit wetsartikel aan gegeven wordt, impliceert noodzakelijkerwijs het bestaan van een vereniging van misdadigers en/of een criminele organisatie, hetgeen bovendien een verzwarende omstandigheid is. Er zou zo per definitie sprake zijn van een verzwarende omstandigheid ingeval van mensenhandel met het oog op seksuele uitbuiting, in tegenstelling tot mensenhandel met een andere finaliteit.

De vraag die t.g.v. deze redenering gesteld moet worden, komt er dan ook op neer of de misdrijven uit de artikelen 380 en 433quinquies Sw. samen kunnen bestaan en of *de lege ferenda* het eerste artikel niet in het tweede geïntegreerd moet worden.

De doelstelling van de seksuele exploitatie uit artikel 433quinquies 1° Sw. zou derhalve als volgt gedefinieerd kunnen worden: “... de prostitutie van deze persoon uit te buiten of hem/haar aan andere vormen van prostitutie te onderwerpen, met inbegrip van de pornografie”.

7) Artikelen 61/2 tot 61/5 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2010-2011)

▪ **Moeilijkheden**

De wet van 10 augustus 2005 heeft in Boek II, Titel VIII van het Strafwetboek een hoofdstuk IIIquater ingevoegd m.b.t. het misbruik van andermans bijzonder kwetsbare positie door de verkoop, verhuur of terbeschikkingstelling van goederen met de bedoeling een abnormaal profijt te realiseren, dat bovendien een aantal wetsbepalingen bevat op grond waarvan de activiteiten van huisjesmelkers strafbaar gesteld kunnen worden (artikelen 433decies tot 433quinquiesdecies Sw.).

Bij deze activiteiten van huisjesmelkers is er geen sprake van mensenhandel in de strikte betekenis van het woord.

Het gevolg hiervan is dat de slachtoffers van dergelijke misdrijven niet beschouwd worden als slachtoffers van mensenhandel en dus ook geen beroep kunnen doen op het beschermingsstatuut dat de artikelen 61/2 e.v. van de wet van 15 december 1980 voor deze slachtoffers in het leven geroepen hebben.

Er moet echter vastgesteld worden dat heel wat personen met een buitenlandse identiteit, die bovendien illegaal in het land verblijven, het slachtoffer van dergelijke praktijken worden.

Er wordt bijgevolg niet alleen geen rekening gehouden met slachtoffers van huisjesmelkers maar er worden ook steeds minder middelen ingezet om dit fenomeen te bestrijden, hetgeen nog versterkt wordt door het feit dat deze slachtoffers uit angst om uitgewezen te worden er geen enkel belang bij hebben om de feiten bij de overheden aan te geven.

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

De artikelen 61/2 §1 tot 61/5 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen zouden ook van toepassing moeten zijn op de in artikel 433decies Sw. vernoemde vreemdelingen die het slachtoffer van dergelijke misdrijven worden, hetgeen eveneens impliceert dat de titel van hoofdstuk IV van titel 2 van deze wet gewijzigd zou moeten worden.

A.1.2. Wetboek van Strafvordering (met inbegrip van complementaire wetgeving)

1) Wet tot hervorming van het hof van assisen van 21 december 2009 (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2009-2010)

a) Cassatievoorziening tegen arresten KI bij toepassing van art 235 Sv: termijnen

▪ **Moeilijkheden**

Zowel op de preliminaire zitting (artikel 279 Sv) als bij de zitting ten gronde (artikel 321 Sv) laat de wet een toetsing van de wettigheid van het gebruik van de bijzondere opsporingsmethoden toe door de KI te gelasten met een controle conform artikel 235ter Sv.

Tegen de arresten van de KI bij toepassing van artikel 235ter Sv is een voorziening in Cassatie mogelijk.

In dit artikel werd enkel bepaald binnen welke termijn deze voorziening dient ingesteld te worden (24 uur bij aangehoudene, 15 dagen voor de niet-aangehoudene). Volgens nazicht in dossiers waarin cassatie werd ingesteld op grond van artikel 235ter Sv blijkt dat de doorlooptijd 6 weken (bij aangehoudenen) bedraagt alvorens een arrest tussenkomt.

Bij het bepalen van de datum opening van de debatten zou hiermee rekening dienen te worden gehouden wat de termijnen betreft.

- *Samenvatting standpunt van het OM*

Een wijziging van het artikel in de zin dat het Hof van Cassatie gehouden is met voorrang boven alle andere zaken, uitspraak te doen, zoals voorzien in artikel 253 Sv bij de verwijzing naar het hof van assisen, lijkt aangewezen.

Een tweede mogelijkheid zou erin bestaan dat de eis tot cassatie tegen het arrest van de KI pas kan ingesteld worden samen met de voorziening tegen het eindarrest van het hof van assisen (artikel 291 Sv zuiveringsprocedure).

b) Artikel 434 Sv

- *Moeilijkheden*

Artikel 434 Sv bepaalt dat indien het arrest vernietigd is omdat het op de misdaad een andere straf heeft toegepast dan die welke de wet op zodanige misdaad stelt, het hof van assisen waarnaar de zaak wordt verwezen, op de reeds door de jury gedane schuldigverklaring, zijn arrest overeenkomstig artikelen 341 Sv en volgende wijst.

De wetgever behoudt dus de werkwijze die erin bestaat dat indien enkel de straftoemeting onwettig was, enkel het debat inzake de straftoemeting wordt overgedaan met een andere jury en een ander hof.

Uit de praktijk is echter gebleken dat deze werkwijze bijna ondoenbaar is omdat de nieuwe jury geen kennis heeft van de zaak en niet aanwezig was bij het getuigenverhoor dat bij de eerste behandeling plaats vond. De correcte informatie van de nieuwe jury die zich enkel over de straftoemeting dient uit te spreken is een bijzonder heikel punt en kan de rechten van verdediging zowel als de belangen van het openbaar ministerie en de maatschappij ernstig schaden omdat belangrijke elementen ter staving van de strafmaat kunnen ontbreken of niet meer op geëigende wijze aan bod kunnen komen.

- *Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie*

Indien het enkel om een onwettige straf gaat – wat uiteindelijk de opdracht van de beroepsmagistraten betreft – kan men de vraag stellen of het raadzaam zou zijn dezelfde jury terug samen te stellen, eventueel aan te vullen met nieuwe leden indien dit onmogelijk zou blijken. De gezworenen die deel uitmaakten van de eerste jury hebben immers alle debatten gevolgd en hebben kennis van alle elementen van de zaak, wat essentieel is om een strafmaat te bepalen.

c) Artikel 286 Sv

- *Moeilijkheden*

Artikel 286 Sv bepaalt dat wanneer de beschuldigde, die zich niet in hechtenis bevindt, zich niet persoonlijk aanmeldt of zich niet laat vertegenwoordigen door een advocaat op de voor de opening van de debatten vastgestelde datum, de voorzitter van het hof van

assisen terstond een beschikking geeft houdende dat die beschuldigde bij verstek zal worden berecht.

De artikelen 286 Sv en 287 Sv bevatten nochtans een contradictie vermits uit artikel 287 Sv. blijkt dat de zitting waarop de jury wordt samengesteld plaats vindt in aanwezigheid van de beschuldigde of zijn raadsman. Hieruit zou volgen dat de beschuldigde niet per se zelf moet aanwezig zijn en zich kan laten vertegenwoordigen. Beide wetsbepalingen samen gelezen lijken erop te wijzen dat de beschuldigde zich in elk geval kan laten vertegenwoordigen door zijn advocaat op de zitting waarop de jury wordt samengesteld, of hij nu aangehouden is of niet. Ingeval de aangehouden beschuldigde zich op dat ogenblik laat vertegenwoordigen door een advocaat en die vertegenwoordiging zou toegelaten worden op grond van artikel 287 Sv., zal hij in elk geval in persoon aanwezig moeten zijn bij de behandeling ten gronde en zullen bepalingen van art. 286 Sv inzake verstek op hem van toepassing zijn.

- *Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie*

De beschuldigde zou zich moeten kunnen laten vertegenwoordigen door zijn advocaat op de zitting waarop de jury wordt samengesteld.

d) Artikel 305 Sv

- *Moeilijkheden*

Artikel 305 Sv stelt dat de burgerlijke partij, indien zij dit vraagt, wordt gehoord als partij en niet als getuige.

Deze bepaling zou tot betwistingen kunnen leiden. De burgerlijke partij werd immers enerzijds weggelaten uit de lijst van de personen die niet toegelaten worden om te getuigen (artikel 303, §1 Sv), en anderzijds niet vermeld onder de opsomming van de personen die nooit onder eed mogen worden gehoord (artikel 303, §3 Sv). Zowel de Nederlandstalige als de Franstalige wetteksten zouden kunnen aanleiding geven tot twee verschillende interpretaties bij gebrek aan enige toelichting tijdens de parlementaire voorbereiding.

- *Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie*

Onder voorbehoud van de evolutie van de rechtspraak ter zake lijkt de meest voor de hand liggende interpretatie deze te zijn waarbij men er van uitgaat dat wanneer de burgerlijke partij vraagt om gehoord te worden dit verhoor steeds als partij en nooit als getuige wordt afgenomen. In de praktijk blijft het dan nog mogelijk dat het slachtoffer als getuige wordt gehoord, en zich slechts nadien burgerlijke partij stelt.

e) Artikel 333 Sv

- *Moeilijkheden*

Artikel 333 Sv bepaalt dat het verdict van de jury door het hoofd van de jury wordt ondertekend en door hem aan de voorzitter wordt afgegeven, een en ander in tegenwoordigheid van de gezworenen.

De voorzitter ondertekent de verklaring, doet ze ondertekenen door de griffier en stopt ze in een enveloppe die door de griffier wordt gesloten. De griffier maakt voorafgaandelijk een kopie van de verklaring.

Al deze verrichtingen nemen dus plaats in de zittingszaal in het openbaar nadat de gezworenen na hun beraadslaging naar de zittingszaal zijn teruggekeerd.

De meerwaarde van de ontworpen regeling is vatbaar voor wetsevaluatie.

De Minister lichtte de bedoeling van deze regeling als volgt toe “Een kopie is dan ook noodzakelijk om bij het opstellen van de motivering de juiste vragen en antwoorden te kennen. Daarentegen biedt de gesloten omslag de garantie dat er niets kan worden gewijzigd aan de beslissingen van de jury”.

- *Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie*

Uit de dagelijkse praktijk is reeds gebleken dat deze werkwijze, inzonderheid het gebruik van een gesloten omslag en het niet meteen melden van het verdict van de jury, op veel kritiek en onbegrip stuit. Ingeval er sprake is van een 7/5 beslissing voor een hoofdfeit is het verdict meteen toch gekend omdat de beroepsmagistraten van het hof zich eerst alleen moeten terugtrekken.

f) Artikel 336 Sv

- *Moeilijkheden*

Artikel 336 Sv bepaalt dat indien het hof naar aanleiding van het opstellen van de motivering, eenparig overtuigd is dat de gezworenen zich kennelijk hebben vergist betreffende de voornaamste redenen, inzonderheid wat betreft het bewijs, de inhoud van juridische begrippen of de toepassing van rechtsregels, die hebben geleid tot de beslissing, het hof, bij een met redenen omkleed arrest, verklaart dat de zaak wordt uitgesteld en het verwijst naar een nieuwe zitting, om te worden onderworpen aan een nieuwe jury en aan een nieuw hof. Geen van de eerste gezworenen of beroepsrechters mag hiervan deel uitmaken.

Niemand heeft het recht deze maatregel uit te lokken; het hof kan hem slechts ambtshalve gelasten, naar aanleiding van het opstellen van de motivering inzake de schuldvraag, en alleen in geval de beschuldigde schuldig is bevonden; nooit wanneer hij niet-schuldig is verklaard.

- *Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie*

Nu tijdens de parlementaire voorbereiding de mogelijkheid om een vergissing vast te stellen opnieuw herleid werd tot de schuldigverklaring, en nooit betrekking kan hebben op de niet-schuldigverklaring, kan men de vraag stellen waarom niet terug gekeerd werd naar de oude formulering die de vergissing in de zaak zelf viseerde.

De parlementaire voorbereiding lijkt geen werkelijk uitsluitel te geven over de bedoeling van de wetgever en onderstreept eerder het bestaan van meerdere uiteenlopende meningen over een tekst die vatbaar is voor uiteenlopende en zelfs tegenstrijdige interpretaties.

g) Artikel 337 Sv

- *Moeilijkheden*

Artikel 337 Sv bepaalt onder meer dat bij de uitspraak m.b.t. de schuld, behoudens in geval van vrijspraak en toepassing van artikel 336 Sv (manifeste vergissing inzake de schuldigverklaring), de voorziening in cassatie tegen dit arrest dient te worden ingesteld samen met de voorziening in cassatie tegen het eindarrest, bedoeld in artikel 359 Sv

Dit zou er kunnen op wijzen dat de wetgever geoordeeld heeft dat er een cassatieberoep mogelijk is ingeval de zaak naar een volgende zitting wordt verwezen omdat het hof ervan overtuigd is dat de jury zich kennelijk heeft vergist in een schuldigverklaring.

Uit de tussenkomst van de Minister tijdens de parlementaire voorbereiding blijkt dat deze ervan uitgaat dat voorziening in cassatie mogelijk is. Hij preciseerde dat ingeval het Hof van Cassatie de beslissing om de zaak naar een ander hof van assisen te verwijzen verbreekt, een en ander zou neerkomen op een terugkeer naar de toestand die vóór die beslissing bestond, te weten dat "het hof nadien zijn werkzaamheden normaal zou voortzetten".

Deze visie is echter strijdig met fundamentele beginselen en met de rechten van verdediging vermits het niet aanvaardbaar is dat dezelfde rechters opnieuw uitspraak zouden kunnen doen in dezelfde zaak.

▪ *Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie*

In het belang van de rechtszekerheid lijkt het aangewezen expliciet in het Wetboek van Strafvordering op te nemen dat geen cassatievoorziening mogelijk is tegen dergelijk arrest dat de kennelijke vergissing vaststelt.

Het Hof van Cassatie oordeelde op 30 maart 2011 dat *door een onmiddellijk cassatieberoep in te voeren tegen het arrest van het hof van assisen waarbij de beslissing van een jury wordt afgewezen, de wet het Hof in staat heeft willen stellen toezicht uit te oefenen op de wettigheid van die beslissing*. Ondanks dit arrest is het niet duidelijk hoe dit systeem zou moeten functioneren. De wetgever dient deze problematiek duidelijker te regelen. Hiervoor kan ook verwezen worden naar het punt g) hierboven.

2) Wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2009-2010)

Door de artikelen 229 en 230 van de wet van 21 december 2009 tot hervorming van het hof van assisen, verschenen in het Belgisch Staatsblad van 11 januari 2010, werd de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden aangepast als volgt:

"Hoofdstuk 6 - Bepalingen tot wijziging van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden

Art. 229. In artikel 1 van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden, vervangen door de wet van 23 augustus 1919 en gewijzigd door de wet van 11 juli 1994, worden de volgende wijzigingen aangebracht:
1° in het eerste lid worden de woorden " en van de verschoningsgronden, " ingevoegd tussen het woord " voorzien, " en het woord " berust ";
2° in het tweede lid worden de woorden " en verschoningsgronden " ingevoegd tussen de woorden " verzachtende omstandigheden " en het woord " worden ".

Art. 230. Artikel 2 van dezelfde wet, vervangen bij de wet van 1 februari 1977, en gewijzigd bij de wetten van 11 juli 1994 en 23 januari 2003, wordt vervangen als volgt:

" Art. 2. In de gevallen waarin er grond mocht zijn om alleen een correctionele straf uit te spreken wegens verzachtende omstandigheden of om reden van verschoning, kan de raadkamer of de kamer van inbeschuldigingstelling, bij een met redenen omklede beschikking, de verdachte naar de correctionele rechtbank verwijzen. Evenzo kan het openbaar ministerie, indien geen gerechtelijk onderzoek is gevorderd, de beklaagde rechtstreeks voor de correctionele rechtbank dagvaarden of oproepen met mededeling van de verzachtende omstandigheden of van de reden van verschoning, wanneer het van oordeel is dat er wegens verzachtende omstandigheden of om reden van verschoning geen grond is om een hogere straf te vorderen dan een correctionele straf.

Alleen in de volgende gevallen kan het openbaar ministerie rechtstreeks dagvaarden of oproepen en kan de raadkamer of de kamer van inbeschuldigingstelling verwijzen wegens verzachtende omstandigheden:

- 1° als de in de wet bepaalde straf twintig jaar opsluiting niet te boven gaat;*
- 2° als het gaat om een poging tot misdaad strafbaar met levenslange opsluiting;*
- 3° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 216, tweede lid, van het Strafwetboek;*
- 4° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 347bis, §§ 2 en 4, van het Strafwetboek;*
- 5° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 375, laatste lid, van het Strafwetboek, waarvoor de straf in voorkomend geval met toepassing van artikel 377bis van hetzelfde Wetboek kan worden verhoogd;*
- 6° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 408 van het Strafwetboek;*
- 7° als het gaat om een misdaad bedoeld in de artikelen, 428, § 5, en 429 van het Strafwetboek;*
- 8° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 473, laatste lid, van het Strafwetboek;*
- 9° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 474 van het Strafwetboek;*
- 10° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 476 van het Strafwetboek.*
- 11° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 477sexies van het Strafwetboek;*
- 12° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 513, tweede lid, van het Strafwetboek, waarvoor de straf in voorkomend geval met toepassing van artikel 514bis van hetzelfde Wetboek kan worden verhoogd;*
- 13° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 518, tweede lid, van het Strafwetboek;*
- 14° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 530, laatste lid, van het Strafwetboek, die met toepassing van artikel 531 van hetzelfde Wetboek wordt gestraft, waarvoor de straf in voorkomend geval met toepassing van artikel 532bis van hetzelfde Wetboek kan worden verhoogd. "*

▪ **Moeilijkheden**

Er wordt verwezen naar de bedenkingen (p 33-34) gemaakt in de omzendbrief COL 6/2010 van het College van Procureurs-generaal.

De volgende moeilijkheden zijn gerezen uit de omschrijving van de correctionaliseerbare misdaden:

Art 2, 2° als het gaat om een **poging tot misdaad strafbaar met levenslange opsluiting**:

Deze rubriek vereist enig commentaar. In de Franstalige tekst van art. 230 WHA is een vergissing geslopen. Deze tekst bepaalt immers: "s'il s'agit d'une tentative de crime qui est punie de la réclusion à perpétuité". **Uit deze tekst zou blijken dat de mogelijkheid tot correctionalisatie slechts van toepassing zou zijn op de gevallen waarbij de "poging tot misdaad" bestraft wordt met levenslange opsluiting vermits "punie" grammaticaal slechts betrekking kan hebben op "tentative".**

Er bestaan inderdaad enkele misdaden waarvan de poging wordt gelijkgesteld en wordt bestraft met levenslange opsluiting. Er kan bijvoorbeeld verwezen worden naar gevallen van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht. De wetgever heeft echter nooit de bedoeling gehad om specifiek naar die gevallen te verwijzen teneinde het hof van assisen te ontlasten door die pogingen correctionaliseerbaar te maken. Dit zou ten andere weinig zin hebben gelet op de omzeggens onbestaande impact van zulke operatie. De Franstalige tekst heeft op zich weinig zin en is zonder meer strijdig met de bedoeling van de wetgever die wel strookt met de Nederlandstalige tekst van art. 230

WHA, en hierbij kan verwezen worden naar de parlementaire voorbereiding die een klare uitleg verschaft omtrent de bedoeling van de wetswijziging.

Tijdens de voorbereiding van de WHA werd dit artikel meerdere malen gewijzigd. In de fase van de behandeling door de Senaat werd er nog verwezen naar een grijze zone van correctionaliseerbare misdaden. Toen reeds werd de bovenvermelde rubriek vermeld. Er kan verwezen worden naar het compromis waarbij werd geopteerd voor het voorstel van de Hoge Raad voor de Justitie. Er werd toen duidelijk verwezen naar de pogingen tot misdaad behorend tot de bevoegdheid van het hof van assisen (dus niet de pogingen tot doodslag die tot de correctionele rechtbank behoren). Er werd bovendien benadrukt dat de uitsluiting van de “pogingen tot moord” zou leiden tot een vermindering van het aantal zaken behandeld voor het hof van assisen¹¹.

Tijdens de verdere genese van het ontwerp in de commissie voor de Justitie van de Kamer diende mevrouw Clotilde Nyssens een amendement nr. 135¹² in dat – uitgenomen enkele grammaticale of louter technische verbeteringen – de tekst van de wet bevat en een duidelijke verantwoording geeft waaruit de bedoeling van de wetgever onomstotelijk blijkt¹³. Met betrekking tot de lijst correctionaliseerbare misdaden, en meer bijzonder inzake de hier geviseerde **rubriek stelt de verantwoording dat misdaden zonder dodelijk slachtoffer (pogingen) opgenomen zijn in de lijst**: *“Uit de dagelijkse praktijk blijkt dat er een groot verschil bestaat tussen een poging waarbij de misdaad praktisch voltrokken was, en waarbij de gevolgen ten aanzien van het slachtoffer bijzonder ernstig zijn, en deze waarbij juridisch zeker sprake is van poging, maar de fase waarin ze mislukte of de gebruikte middelen zodanig weinig effect sorteerden dat het slachtoffer er praktisch of helemaal geen gevolgen van ondervindt”* en verder *“...Buiten de hoger vermelde lijst worden de misdaden strafbaar met levenslange opsluiting en misdaden waarbij een dodelijk slachtoffer is¹⁴ gevallen en de dader de intentie tot doden had, behandeld voor het hof van assisen”*.

De nieuwe lijst van de correctionaliseerbare misdaden verwijst daarenboven ogenschijnlijk op vrij eenvoudige wijze naar bepaalde wetsartikelen, maar door de talrijke interne verwijzingen van die bepalingen naar andere wetsbepalingen blijkt de toepassing van de nieuwe bepalingen inzake verzachtende omstandigheden nog aanzienlijk moeilijker en technischer te worden. Bovendien ontstaan interne spanningsvelden door speling van verzwarende omstandigheden in samen te lezen wetsbepalingen, waarbij kan verwezen worden naar het samengaan van gijzeling, of diefstal of afpersing door middel van geweld of bedreiging met foltering. “Schoorsteen-verwijzingen” veroorzaken soms interpretatieproblemen over de vraag zelf of een misdaad correctionaliseerbaar is en die nooit ter sprake kwamen tijdens de parlementaire voorbereiding.

Die verwijzingen zouden kunnen tot moeilijkheden aanleiding geven, vooral wat 4°, 8° en 11° betreft. Er wordt verwezen naar de uiteenzettingen op de pagina's 34 en volgende van de omzendbrief.

Uit deze duidelijke toelichting volgt dat de Nederlandstalige tekst van art. 230 WHA slechts voor één interpretatie vatbaar is, en het onbetwistbaar de bedoeling van de wetgever is op algemene wijze de correctionalisatie mogelijk te maken van de poging van “misdaden die bestraft worden met levenslange opsluiting” zoals moord.

¹¹ *Parl. St.*, Kamer, DOC 52 2127/008, Verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer E. LIBERT en mevrouw E. DE RAMMELAERE, p. 56.

¹² *Parl. St.*, Kamer, DOC 52 2127/008, Verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer E. LIBERT en mevrouw E. DE RAMMELAERE, p. 128: amendement nr. 135 dat ertoe strekt artikel 218 te vervangen, wordt aangenomen met 10 stemmen en 4 onthoudingen.

¹³ *Parl. St.*, Kamer, DOC 52 2127/007, amendement nr. 135 van mevrouw NYSSSENS, toen art. 218; *Parl. St.*, Kamer, DOC 52 2127/008, Verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer E. LIBERT en mevrouw E. DE RAMMELAERE, amendement 135 werd aangenomen, p. 128.

¹⁴ *Parl. St.*, Kamer, DOC 52 2127/007, amendement nr. 135 van mevrouw NYSSSENS, verantwoording p. 6-8.

Nu de wet niets preciseert m.b.t. de strafmaat die op de poging misdaad van toepassing is, dient er van uitgegaan te worden dat ook in die gevallen waarbij de poging van een misdaad wordt gelijkgesteld met het voltooide misdrijf en bestraft met levenslange opsluiting, correctionalisatie mogelijk is.

Zoals de zaken nu staan is er echter nood aan een tussenkomst van de wetgever. Er is immers prake van een duidelijke **Franstalige (doch foutieve) wettekst die op zich genomen geen andere interpretatie toelaat**, terwijl de (volgens de parlementaire voorbereiding correcte) Nederlandstalige tekst spijtig genoeg twee interpretaties mogelijk maakt waarvan er een correspondeert met de werkelijke bedoeling van de wetgever. Deze uitermate spijtige situatie van tegenstrijdigheid tussen de teksten in beide landstalen veroorzaakt rechtsonzekerheid die niet zonder meer kan worden rechtgetrokken bij omzendbrief en evenmin bij erratum nu de vergissing eveneens geslopen is in het door de Koning ondertekend perkament.

Het College van procureurs-generaal heeft de Minister van Justitie bijgevolg gevraagd bij hoogdringendheid een wetswijziging aan het parlement voor te leggen. Vermits er geen overeenstemming kon bereikt worden en meerdere franstalige magistraten een stringente toepassing van de franstalige tekst voorhouden schreef de omzendbrief voorzichtigheid voor bij de correctionalisatie van dergelijke misdaden.

Het Hof van Cassatie sprak zich inmiddels tevens uit over deze problematiek, en bevestigde dat de interpretatie die voortvloeit uit de lezing van de Nederlandstalige versie van de tekst, overeenstemt met de wil van de wetgever.¹⁵

Het blijft niettemin noodzakelijk dat de Franse tekst zou aangepast worden aan de bedoeling van de wetgever, weergegeven in de Nederlandse tekst.

3) Wet van 20 juli 1990 op de voorlopige hechtenis (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2007-2008)

▪ **Moelijkheden**

Zowel art. 25 van de oorspronkelijke wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis als art. 25 na de wijziging bij wet van 31 mei 2005 bepalen dat de onderzoeksrechter een bevel tot aanhouding kan opheffen vóór de eerste verschijning van de aangehoudene voor de raadkamer. Tegen deze beslissing van de onderzoeksrechter staat geen rechtsmiddel open, het behoort dus tot de soevereine bevoegdheid van de onderzoeksrechter.

Oorspronkelijk formuleerde art. 25 § 2 van de wet voorlopige hechtenis dat ook na de eerste verschijning voor de raadkamer de onderzoeksrechter de aanhouding kon opheffen mits een verplichte mededeling aan de procureur des Konings opdat deze binnen de 24 uren desgevallend verzet zou kunnen aantekenen. Deze mogelijkheid tot verzet werd bij wet van 31 mei 2005 afgeschaft.

Huidig art. 25 § 2 van de wet voorlopige hechtenis bepaalt dat er geen rechtsmiddel openstaat tegen de beslissing van onderzoeksrechter om een bevel tot aanhouding op te heffen. Het uitgangspunt is toch dat oordelen over de aanhouding, zowel over de opportuniteit als de wettelijkheid, de bevoegdheid is van de onderzoeksgerechten? Is deze algehele vrijheid die aan de onderzoeksrechter wordt gegeven dan niet een soort inbreuk op de bevoegdheid van de raadkamer en kamer van inbeschuldigingstelling?

¹⁵ Cass. 3 november 2010, nr. P.10.1611.F. Het Hof oordeelde dat er geen bezwaar bestaat tegen correctionalisatie mits aanneming van verzachtende omstandigheden in geval van poging tot moord.

▪ **Samenvatting standpunt van het OM**

Aan het euvel zou wellicht kunnen verholpen worden door uitdrukkelijk in de wet te vermelden dat de onderzoeksrechter de inverdenkinggestelde na de eerste verschijning voor de raadkamer niet op die wijze kan in vrijheid stellen of dat die beslissing geen gevolg heeft "terwijl voor de kamer van inbeschuldigingstelling hoger beroep van de procureur des Konings of van de verdachte aanhangig is tegen een beschikking door de raadkamer gegeven met toepassing van artikel 21 of 22".

Dergelijke beperking was logischer wijze ook voorzien in het oud artikel 25 § 2 WVH, waarbij het openbaar ministerie wel de mogelijkheid had "verzet" aan te tekenen tegen dergelijke beschikking van de onderzoeksrechter en de raadkamer bevoegd was om over dit verzet te oordelen.

Het oud artikel 25 § 2 luidde immers: "Indien de beschikking van de onderzoeksrechter wordt genomen terwijl voor de kamer van inbeschuldigingstelling hoger beroep van de procureur des Konings of van de verdachte aanhangig is tegen een beschikking door de raadkamer gegeven met toepassing van artikel 21 of artikel 22, dan heeft zij alleen gevolg wanneer de procureur des Konings geen verzet doet binnen vierentwintig uren nadat hij er mededeling van heeft gekregen.

Met andere woorden: als het openbaar ministerie verzet aantekent bleef de verdachte aangehouden tot wanneer de kamer van inbeschuldigingstelling arrest velde.

Dit aspect waarbij de beslissing van de onderzoeksrechter de procedure in hoger beroep tegen een beschikking van de raadkamer voor de kamer van inbeschuldigingstelling doorkruist werd tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 31 mei 2005 niet in de memorie van toelichting aangehaald en slechts terloops door 1 parlementair vermeld.

Nu is in de wet betreffende de voorlopige hechtenis geen enkele bepaling in die zin opgenomen en nochtans lijkt het niet alleen met de algemene maar ook met de juridische logica overeen te stemmen.

Algemene logica houdt in dat een rechtsmacht (de onderzoeksrechter) bezwaarlijk een rechtsmacht (raadkamer, kamer van inbeschuldigingstelling) die in een verder stadium een oordeel moet vellen, in de onmogelijkheid kan stellen haar rechtsmacht ten gronde uit te oefenen.

De juridische logica is verwoord in de artikelen 30 § 3, 2° lid en 31 § 3, 2° lid van de wet op de voorlopige hechtenis, die luiden:

Artikel 30

§3

De verdachte blijft in hechtenis totdat over het hoger beroep is beslist, voor zover dit geschiedt binnen vijftien dagen nadat het beroep is ingesteld; de verdachte wordt in vrijheid gesteld als de beslissing niet gewezen is binnen die termijn.

Art.31

§3

Het Hof van Cassatie beslist binnen vijftien dagen te rekenen van het instellen van het cassatieberoep, terwijl de verdachte inmiddels in hechtenis blijft. De verdachte wordt in vrijheid gesteld als het arrest niet gewezen is binnen die termijn.

Over die laatste bepaling bestaat een arrest van het Hof van Cassatie, (P.2001.0345F van 14 maart 2001) dat stelt dat wanneer cassatieberoep is ingesteld tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling tot handhaving van de voorlopige hechtenis, de onderzoeksgerechten niet bevoegd zijn om uitspraak te doen over de handhaving van de voorlopige hechtenis en de verdachte in hechtenis blijft tot de datum van het arrest van het Hof van Cassatie dat binnen een termijn van vijftien dagen te rekenen van de datum van het cassatieberoep moet worden gewezen.

Overeenkomstig de uitlegging die het Hof van Cassatie geeft aan artikel 31 § 3, 2° lid WVH, kan gesteld worden dat ook de raadkamer (en de onderzoeksrechter) niet bevoegd zijn om uitspraak te doen over de voorlopige hechtenis en de verdachte in hechtenis blijft tot de datum van het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling dat binnen een termijn van vijftien dagen te rekenen van de datum van het cassatieberoep moet worden gewezen.

De bepaling van artikel 25 § 2 WHV, zoals gewijzigd door de wet van 31 mei 2005 zou dan ook in die zin kunnen begrepen worden dat de onderzoeksrechter niet bevoegd is iemand in vrijheid te stellen als er een hoger beroep of cassatieberoep hangende is.

Daarbij horen nog twee bedenkingen:

- 1/ is het niet passend dat iemand (de onderzoeksrechter) te allen tijde een verdachte in vrijheid kan stellen als blijkt dat de voorlopige hechtenis niet langer noodzakelijk is?
- 2/ is het niet nodig te voorzien in een rechtsmiddel met schorsende werking op de voorlopige hechtenis tegen elk bevel, elke beschikking of arrest genomen in strijd met de wet?

Ad 1: Het kan voorvallen dat in de loop van het gerechtelijk onderzoek blijkt dat alle aanwijzingen van schuld lastens de aangehoudene wegvallen.

Dan is het maar logisch dat de in verdenking gestelde dadelijk moet kunnen in vrijheid gesteld worden.

Het kan ook voorvallen dat, hoewel er nog steeds ernstige aanwijzingen van schuld zijn de voorlopige hechtenis zich toch niet langer opdringt.

Het is wellicht wenselijk in die omstandigheden toch de mogelijkheid te laten aan de onderzoeksrechter voor te stellen iemand in vrijheid te stellen, volkomen overeenkomstig het oud artikel 25 § 2 WVH in de periode terwijl het hoger beroep of cassatieberoep hangende is.

Wanneer geen rechtsmiddel hangende is, zou de onderzoeksrechter eigenmachtig mogen blijven beschikken overeenkomstig het huidige artikel 25 § 2.

Ad 2: Het aanwenden van een rechtsmiddel zou kunnen mogelijk gemaakt worden voor de gevallen waarin een onderzoeksrechter of onderzoeksgerecht onbevoegd was om te oordelen, met uitsluiting van een opportuniteitsbeoordeling.

Dergelijke beperkte mogelijkheid tot hoger beroep zou niet nieuw zijn in ons strafprocesrecht.

Vóór de inwerkingtreding van de wet van 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek op 2 oktober 1998 was hoger beroep tegen een beschikking van de raadkamer bij de regeling van de rechtspleging beperkt tot de gevallen waarin het

onderzoeksgerecht onbevoegd was (artikelen 135 en 539 Wetboek van Strafvordering) en ook nu nog is dergelijk hoger beroep voor de verdachte beperkt en onderhavig aan voorwaarden.

Het is begrijpelijk dat de wetgever ernaar streeft de voorlopige hechtenis zo veel mogelijk te beperken, in aantal aangehouden en in duur, maar er moet eveneens vermeden worden dat, inverdenkinggestelden in vrijheid gesteld of aangehouden gelaten worden door gerechtelijke overheden die daartoe onbevoegd zijn of een duidelijk onwettige beslissing nemen.

Thans reeds wordt op basis van de artikelen 30 en 31 van de WVH aangenomen dat de raadkamer onbevoegd is te oordelen over de verdere aanhouding als de zaak bij de kamer van inbeschuldigingstelling aanhangig is gemaakt en dat de raadkamer en de kamer van inbeschuldigingstelling onbevoegd zijn om daarover te oordelen als cassatieberoep ingesteld is tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling.

Een analoge redenering wordt gevolgd als een verzoek tot voorlopige invrijheidstelling bij (temporeel) onbevoegde rechtsinstantie wordt aanhangig gemaakt.

Als die onbevoegde instantie zich op het niveau van hoger beroep situeert en de verdachte of beklaagde in vrijheid stelt, kan geen cassatieberoep aangetekend worden tegen dit arrest.

Uit de samenlezing van de paragrafen 1 en 2 van artikel 31 WVH blijkt immers dat alleen tegen vonnissen en arresten waardoor de voorlopige hechtenis wordt gehandhaafd cassatieberoep kan worden aangetekend.

Het past ook in de mogelijkheid te voorzien cassatieberoep aan te tekenen als de kamer van inbeschuldigingstelling of de correctionele kamer van het hof van beroep zich ten onrechte bevoegd verklaard heeft en de voorlopige hechtenis niet gehandhaafd heeft.

Een ander heikel punt dat best een oplossing zou krijgen door de wetgever bestaat in de niet-uitvoering van een onterechte beslissing tot vrijstelling door een onbevoegde rechterlijke overheid.

Het komt voor dat een burgerlijke rechter (voorzitter zetelend in kortgeding) beslist een persoon die aangehouden is op basis van de wet op de voorlopige hechtenis de (voorlopige) invrijheidstelling van de aangehoudene beveelt.

Hoewel de rechtspraak (Cass. A.R.8909 van 20 .02.1991) in die zin gevestigd is dat de voorlopige hechtenis in dergelijk geval geschorst is tot de dag waarop de verdachte opnieuw wordt opgenomen in het huis van arrest na de vernietiging van de onwettige beschikking door het hof van beroep en de geldigheidsduur van de titel van de hechtenis wordt verlengd met het aantal dagen die verlopen zijn tussen de invrijheidstelling en de wederopneming, lost dat het fundamenteel probleem van de verplichting tot invrijheidstelling, waarna de inverdenkinggestelde het hazenpad kan kiezen, kan recidiveren, zich kan verstaan met derden en bewijzen kan laten verdwijnen niet op.

Het lijkt aldus passend in de wet voorlopige hechtenis een bepaling op te nemen waarin gesteld wordt dat dergelijk bevel van een daartoe onbevoegde rechter niet moet uitgevoerd worden, wellicht met de verplichting die betwisting binnen een korte tijd, bijvoorbeeld 15 dagen, te laten beslechten door de kamer van inbeschuldigingstelling, het onderzoeksgerecht met de hoogste bevoegdheid ten gronde, ook inzake voorlopige hechtenis.

Verder voegde de wet van 31 mei 2005 eveneens een controleprocedure in art 136ter Sv. De tussenkomst van de burgerlijke partij in deze procedure is voor ernstige kritiek vatbaar, en strijdig met de gewone procedureregels inzake voorlopige hechtenis.

Een algemene evaluatie van de wet betreffende voorlopige hechtenis, zoals gewijzigd door de wet van 31 mei 2005, inzonderheid wat betreft het verschil in behandeling tussen niet en wel correctionaliseerbare misdaden dringt zich op.

Bovendien bevat de WVH nog steeds brokstukken van de procedure van onmiddellijke verschijning in strafzaken (art. 20bis WVH en 216quinquies Sv.) die ingevolge een arrest van vernietiging van het Arbitragehof niet meer kan toegepast worden.

4) Vereenvoudiging en modernisering van de wetgeving betreffende het beslag en de verbeurdverklaring in strafzaken (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2007-2008)

De bepalingen van het Wetboek van Strafvordering inzake inbeslagneming en verbeurdverklaring werden veelvuldig gewijzigd, en deze materie is mede door vermenigvuldiging van bijzondere regelingen en de impact van Europese regelgeving dusdanig gecompliceerd geworden dat een globale aanpak ervan vereist is.

Een gemengde werkgroep bestaande uit leden van een vorig kabinet van Justitie, magistraten, ambtenaren en leden van het expertisenetwerk werd belast met het uitwerken van het voorontwerp van reparatie van de wet van 26 maart 2003 houdende oprichting van een Centraal Orgaan voor de Inbeslagneming en de Verbeurdverklaring en houdende bepalingen inzake het waardevast beheer van in beslag genomen goederen en de uitvoering van bepaalde vermogenssancties. Dit ontwerp werd uiteindelijk opgenomen in de wet van 27 december 2006 houdende diverse bepalingen (II).

Diezelfde werkgroep stelde eveneens een voorontwerp op ter modernisering van de bepalingen inzake inbeslagneming en verbeurdverklaring in het algemeen. Dit voorontwerp, dat zou kunnen dienen als werkdocument, kon echter wegens tijdsgebrek niet verder afgewerkt worden en maakt evenmin het voorwerp uit van verdere werkzaamheden op het niveau van een beleidscel van een Minister van Justitie.

Het verdient in elk geval de aanbeveling de bestaande wetgeving te moderniseren, vereenvoudigen en verduidelijken. Dit zou eveneens kunnen bijdragen tot een betere en efficiëntere werking van het Centraal Orgaan voor de Inbeslagneming en Verbeurdverklaring.

De schier onleesbare wet van 10 mei 2007 houdende diverse maatregelen inzake heling en inbeslagneming heeft de hier geschetste problematiek enkel verergerd.

Binnen ditzelfde domein dient te worden opgemerkt dat artikel 505, 3de lid van het Strafwetboek, inzake witwaspraktijken eveneens een probleem stelt op het niveau van de toepassing.

In antwoord op de parlementaire vraag nr. 3-700 van mevrouw de senator Nyssens d.d. 13 februari 2004 (zittingsperiode 2003-2004 Bulletin 3-12), heeft mevrouw de toenmalige Minister van Justitie ten andere uitdrukkelijk toegegeven dat ten aanzien van de tegenstrijdigheid die in dat verband is ontstaan door de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie, een wijziging van artikel 505 van het Strafwetboek vereist is met het oog op een efficiëntere bestrijding van het financiële luik van de zware criminaliteit.

5) Artikel 35bis Sv. en artikel 433quaterdecies Sw. (inbeslagname en de verbeurdverklaringen van goederen van huisjesmelkers) (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2010-2011)

▪ **Moeilijkheden**

Een multidisciplinaire werkgroep (magistraten, een notaris, vertegenwoordigers van de Administratie der Domeinen, het COIV, een ontvanger) heeft de moeilijkheden bestudeerd die gesteld worden door de inbeslagname en de verbeurdverklaringen van goederen van huisjesmelkers (misdrijf bepaald in artikel 433decies e.v. Sw.).

Artikel 433quaterdecies Sw. maakt de inbeslagname van de in artikel 433decies vermelde goederen door de procureur des konings of de onderzoeksrechter mogelijk.

Uit de activiteiten van deze werkgroep blijkt dat een aantal wetswijzigingen zich opdringt om volgende problemen uit de wereld te helpen:

- artikel 35bis Sv. somt op wat op straffe van nietigheid in het exploit van de gerechtsdeurwaarder vermeld moet worden die optreedt in het kader van een bewarend beslag op onroerend goed, wanneer de uit het misdrijf verkregen goederen een vermogensvoordeel lijken op te leveren. Dit artikel heeft betrekking op de vermeldingen uit het volledige artikel 1568 Ger. W. Ingeval van een bewarend beslag op onroerend goed zijn echter enkel de eerste twee vermeldingen uit deze wetsbepaling relevant: Noch de “vermelding van de rechter die op het in artikel 1580 bedoelde verzoekschrift zal beschikken” (artikel 1568, 3° Ger. W.) noch “de vermelding van de mogelijkheid die de schuldenaar geboden wordt, om binnen de acht dagen die volgen op het betekenen van het exploit van beslaglegging, op straffe van onontvankelijkheid, aan de rechter elk aankoopbod uit de hand van zijn onroerend goed over te maken” (artikel 1568, 4° Ger. W.) zijn op het exploit voor het strafrechtelijk beslag op onroerend goed noodzakelijk en indien zij toch aangebracht worden, dan wordt zelfs foutieve informatie gegeven aan de persoon van wie het onroerend goed in beslag genomen wordt;
- artikel 433quaterdecies Sw. legt op om het in beslag genomen goed te verzegelen, hetgeen in de praktijk zeer omslachtig is.

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

- lid 1 van artikel 35bis Sv. zou als volgt gewijzigd moeten worden:

“Indien de zaken die het uit het misdrijf verkregen vermogensvoordeel schijnen te vormen, onroerende goederen zijn, wordt bewarend beslag op onroerend goed gedaan, zulks bij deurwaardersexploot dat aan de eigenaar wordt betekend en op straffe van nietigheid een afschrift van de vordering van de procureur des Konings moet bevatten, alsmede de verschillende vermeldingen bedoeld in de artikelen 1432 en 1568, 1° en 2°, van het Gerechtelijk Wetboek, evenals de tekst van het derde lid van dit artikel.”

- de tweede zin van artikel 433quaterdecies Sw. zou als volgt gewijzigd moeten worden:

*“Indien hij beslist tot inbeslagneming **kan** voormeld roerend goed, het deel ervan, het onroerend goed, de kamer of enige andere in artikel 433decies bedoelde ruimte worden verzegeld, of met schriftelijk akkoord van de eigenaar of verhuurder, ter beschikking worden gesteld van het O.C.M.W. teneinde opgeknapt en tijdelijk verhuurd te worden.”*

6) Strafrechtelijk kortgeding (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2009-2010)

▪ *Moeilijkheden*

Het strafrechtelijk beslag en – in zijn bijzondere vorm – het beslag bij equivalent kunnen zwaarwichtige gevolgen hebben wanneer ondernemingsgoederen het voorwerp uitmaken van dit beslag gelegd door de procureur des Konings of de onderzoeksrechter.

Het huidig strafprocesrecht kent het strafrechtelijk kortgeding waarmee de geschade persoon kan verzoeken tot opheffing van de beslagmaatregel (art. 28sexies WSV: in geval van opsporingsonderzoek; art. 61quater WSV: in geval van gerechtelijk onderzoek).

Een strafonderzoek kan echter lang duren en de actuele kortgeding procedure kan zekere tijd in beslag nemen. Een grotere juridische bescherming is dus wenselijk in geval van gevaar voor de continuïteit van een onderneming.

▪ *Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie*

Het openbaar ministerie stelde op 25 mei 2009 een wetswijziging voor ter invoering van een werkelijk strafrechtelijk kortgeding waarbij het begrip spoedeisendheid wordt ingevoerd.

Het wetsvoorstel¹⁶ heeft tot doel de termijn te verkorten waarbinnen uitspraak wordt gedaan over een verzoekschrift in het raam van een strafrechtelijk kortgeding. Daartoe schrappen de indieners van het voorstel de mogelijkheid om hoger beroep tegen de beslissing in te stellen, door de procedure rechtstreeks aan de kamer van inbeschuldigingstelling toe te vertrouwen.

Krachtlijnen

- a) Het voorstel is in harmonie met het bestaande strafprocesrecht en bestaat slechts uit een aanvulling van de bestaande procedure.
- b) Het voorstel is gestoeld op de begrippen:
 - Spoedeisendheid: het is een objectief en in de rechtspraak bestaand begrip dan kan getoetst worden aan het gelijkheidsbeginsel. Spoedeisendheid is de constitutieve voorwaarde van de procedure.
 - Subsidiariteit: de procedure mag enkel aanvaard worden als het gestelde doel niet via de andere kanalen kan bereikt worden.
- c) In geval van spoedeisendheid neemt de kamer van inbeschuldigingstelling in eerste en laatste aanleg kennis van het verzoek en beoordeelt achtereenvolgens de spoedeisendheid en de gegrondheid van het verzoek. In de bestaande procedure beoordeelt de kamer van inbeschuldigingstelling het verzoek reeds als beroepsinstantie.
- d) Het strafrechtelijk kortgeding in geval van spoedeisendheid moet de uitzondering blijven en kan enkel toegepast worden als er duidelijk en acuut gevaar voor belangen is. Om die reden worden drempels ingebouwd om misbruiken te vermijden:
 - Eenmaligheid van de procedure

¹⁶ Parl. St. Kamer 2009-2010, nr. 2404/001. Het wetsvoorstel is vervallen op 7 mei 2010 door de ontbinding van het Parlement.

- Onverenigbaarheid spoedprocedure – bestaande procedure (vermijding dubbele procedures en tegenstrijdige beslissingen in een zelfde dossier).

Tijdens de parlementaire behandeling verleende de Raad van State een advies dat noopt tot wijzigingen van het aanvankelijk ontwerp. Mits enkele punctuele verbeteringen kan het ontwerp nochtans een oplossing brengen aan het geschetst probleem.

7) Artikel 21bis van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering: verjaring van de strafvordering in zedenzaken – collectief misdrijf (opgenomen sinds wetsevaluatie 2009-2010)

Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 25 oktober 2006 beslist dat uit geen enkele wetsbepaling volgt dat ingeval van een collectief misdrijf dat verschillende inbreuken omvat die onder het toepassingsgebied van artikel 21bis, lid 1 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering vallen, de verjaringstermijn van de strafvordering pas zou beginnen te lopen vanaf de dag waarop het jongste van alle slachtoffers de leeftijd van 18 jaar bereikt.

Het Hof overweegt immers dat artikel 21bis een bijzondere wijze van berekening voor de verjaring instelt en dus alleen van toepassing is *op de daarin op beperkende wijze opgesomde misdrijven*.

Wanneer derhalve een collectief misdrijf bestaat uit verschillende misdrijven waarvan sommige vallen onder het toepassingsgebied van artikel 21bis, lid 1 en andere niet, dan valt elk van deze misdrijven, wat het aanvangstijdstip van de verjaring betreft, onder de regeling die aan dit misdrijf eigen is.

Het gevolg hiervan is dat, ingeval van een collectief misdrijf, de specifieke regeling van artikel 21bis niet tot de andere misdrijven uitgebreid dient te worden, niettegenstaande er voor elk van deze misdrijven een eenheid van opzet aanwezig was en zij niet gescheiden worden door een termijn die langer is dan de verjaringstermijn.

Ter conclusie kan gesteld worden dat voor alle feiten die het collectieve misdrijf vormen een eigen specifieke verjaringstermijn geldt, hetgeen zeer betreurenswaardig is in zedendossiers omdat zo handelingen van dezelfde aard, maar die bijvoorbeeld gedeeltelijk tegen minderjarigen (beoogd door artikel 21bis) en gedeeltelijk tegen meerderjarigen (niet beoogd door artikel 21bis) werden gesteld, niet samengevoegd kunnen worden, hoewel het hier wel degelijk om feiten gaat die een collectief misdrijf vormen en waarvoor ontgensprekelijk een eenheid van opzet bestond.

Er kan verwezen worden naar amendement nr. 25 bij het wetsontwerp *tot wijziging van de wetgeving wat de verbetering van de aanpak van seksueel misbruik en feiten van pedofilie binnen een gezagsrelatie betreft*, dat ertoe strekte om in geval van een collectief misdrijf houdende verschillende inbreuken op de artikelen 372 tot 377, 379, 380, 409 en 433quinquies, § 1, eerste lid, 1°, van het Strafwetboek, de verjaringstermijn van de strafvordering pas beginnen te laten lopen vanaf de dag waarop het jongste slachtoffer de leeftijd van achttien jaar bereikt.¹⁷

¹⁷ DOC 53 1639/002.

8) Artikelen 28quinquies § 1, 57 § 1 en 47 bis, 3 Wetboek van Strafvordering – stages studenten (opgenomen sinds wetsevaluatie 2009-2010)

▪ *Moeilijkheden*

Studenten van universiteiten en hogescholen, die in het kader van hun verplichte opleiding stage lopen bij diverse politiediensten worden in enkele rechtsgebieden door de stagebegeleiders van deze politiediensten toegelaten aanwezig te zijn bij verhoren, huiszoekingen, wedersamenstellingen/afstappingen en lijkschouwingen.

Door hun aanwezigheid wordt het geheim van het onderzoek geschonden; de vrees bestaat dat daardoor opsporings- of gerechtelijke onderzoeken spaak lopen.

▪ *Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie*

Het openbaar ministerie meent dat dergelijke aanwezigheid niet mogelijk is zonder dat afbreuk wordt gedaan aan het principe van het geheim van het onderzoek, tenzij de bovenvermelde artikelen aangepast worden en een uitzondering voorzien wordt voor stagelopende studenten.

In afwachting daarvan worden de stages in ieder geval minder attractief en leerzaam, terwijl politiediensten hebben laten weten geen studenten meer te kunnen aanvaarden omdat de stageprogramma's niet meer interessant zijn.

9) Wijziging van de wetgeving inzake de bedreigde getuige (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2007-2008)

▪ *Moeilijkheden*

Dit punt heeft in het bijzonder betrekking op de volledige identiteitswijziging met een absolute beveiliging, de toepassing van bepaalde bijzondere opsporingsmethoden met het oog op de controle van de beschermde getuige, en de mogelijkheid om getuigenbeschermingsmaatregelen te voorzien voor bedreigde getuigen die zelf in verdenking werden gesteld.

▪ *Samenvatting standpunt van het OM*

Een voorontwerp van wettekst werd reeds uitgewerkt. Er wordt verwezen naar het voorstel van wetsontwerp en de memorie van toelichting, die in bijlage gevoegd werden van het rapport wetsevaluatie 2010-2011. Dit wetgevend initiatief kende echter geen verdere voortgang.

Inmiddels vond wel een "light-versie" van het wetsontwerp doorgang, door middel van de wet van 14 juli 2011 tot wijziging van de wet van 7 juli 2002 houdende een regeling voor de bescherming van bedreigde getuigen en andere bepalingen¹⁸.

Deze wetwijziging "light" omvat 4 wijzigingen:

- Bescherming van de politiediensten die instaan voor de beschermde getuigen;
- Toevoeging van een nieuwe gewone beschermingsmaatregel, te weten 'inschrijving op een contactadres'
- Toevoeging van een nieuwe buitengewone beschermingsmaatregel, te weten 'het gebruik van een tijdelijke beschermingsidentiteit'
- Betere procedure voor definitieve identiteitswijziging om het verband tussen de nieuwe en oude identiteit af te schermen.

¹⁸ B.S. 1 augustus 2011.

Deze nieuwe regeling komt evenwel niet tegemoet aan al de moeilijkheden.

10) Problematiek van de anonimiteit van de onderzoekers (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2008-2009)

Er wordt verwezen naar het uitvoerig gemotiveerd advies van het College van Procureurs-generaal voorbereid door het expertisenetwerk strafrechtspleging en overgemaakt aan de Minister van Justitie op 24 maart 2009 (ref A.I.O.0/2009/mm), dat in bijlage gevoegd werd van het rapport wetsevaluatie 2008-2009. De toenmalige minister van Justitie stemde in met de denkpiste van een wetgevend initiatief in deze zin, maar tot op heden werden hierin geen verdere stappen ondernomen.

Bij de besprekingen inzake de implementatie van de rechtspraak Salduz van het EHRM, werd door de federale en de lokale politie i.v.m. de vraag naar opname van een politieverhoor (ter controle) verwezen naar dit rapport en het daarin geformuleerd ontwerp. In het kader van sommige opsporings –of gerechtelijke onderzoeken waarin de politie geconfronteerd wordt met gevaarlijke criminelen (o.a. bendevoering of georganiseerde criminaliteit) kan het aangewezen zijn de politieambtenaar niet of niet-herkenbaar in beeld te brengen. Bij de verdere implementatie van de Salduz-rechtspraak zal dit probleem opnieuw aan bod moeten komen. Het gaat bijgevolg om een materie die een groot belang vertoont voor de werking van politieambtenaren geconfronteerd met zeer gevaarlijke criminaliteit.

11) De bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2010-2011)

De bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden worden in hoofdzaak geregeld door de basiswet van 6 januari 2003 en de reparatiewet van 27 december 2005.

Op 19 juli 2007 is een arrest van het Grondwettelijk Hof tussengekomen dat een aantal vernietigingen heeft uitgesproken (mogelijkheid BOM in kader strafuitvoering, toestemming aan informanten om misdrijven te plegen, ontstentenis cassatieberoep tegen arresten wettigheidscontrole kamer van inbeschuldigingstelling). Inmiddels is slechts een minieme wettelijke correctie aangebracht, nl. bij Wet van 16 januari 2009, beperkt tot de wettigheidscontrole door de kamer van Inbeschuldigingstelling (samenstelling kamer van inbeschuldigingstelling, mogelijkheid cassatieberoep, controle op vraag van de bodemrechter).

Het College van Procureurs-generaal werd via het expertisenetwerk groot banditisme en terrorisme betrokken bij het uitwerken van een wetsontwerp, dat niet alleen er toe strekt tegemoet te komen aan voornoemd arrest van het Grondwettelijk Hof, doch dat ook een aantal punctuele aanpassingen doorvoert tengevolge van vastgestelde praktische en juridische problemen bij de toepassing van de wetgeving, en dat ten slotte de bestaande mogelijkheden uitbreidt door middels een aanpassing van art. 88ter Wetboek van Strafvordering een heimelijke zoeking in een informaticasysteem mogelijk te maken.

Het College van Procureurs-generaal is vragende partij dat de behandeling van dit wetsontwerp zou geactiveerd worden. Ter aanvulling van het bestaande ontwerp oordeelt het College van Procureurs-generaal dat zou dienen toegevoegd worden enerzijds het strafbaar stellen van de onthullingen van de identiteit van de undercoveragent (wat in andere landen bestaat en een afschrikkend effect heeft) en anderzijds de mogelijkheid van een "light" infiltratie op het internet (wat inhoudt dat de politiediensten onder fictieve identiteit via het internet in contact treden met criminelen

met dezelfde finaliteit van een infiltratie maar zonder toepassing van de zware procedure van de BOM wet – artikelen 47*octies* en *novies* Wetboek van Strafvordering).

12) Het aftappen van privécommunicatie of -telecommunicatie op verzoek van een buitenlandse overheid en de rechtstreekse doorgeleiding van afgetapte gesprekken: aanpassing van artikel 90ter § 6 & 7 W. Sv. (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2008-2009)

Artikel 90ter § 6 en 7 WSV werden ingevoerd door de wet van 9 december 2004 betreffende de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken en tot wijziging van artikel 90ter WSV en houden de omzetting in naar Belgisch recht van artikel 20 van de EU-overeenkomst van 29 mei 2000 betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken. Dit artikel viseert het geval waarbij *een lidstaat een persoon aftapt* die het Belgische grondgebied betreedt. In dergelijk geval is de technische bijstand van de Belgische autoriteiten geenszins vereist. Een lidstaat kan een dergelijke persoon aftappen, mits hij de voorwaarden, voorzien in artikel 90ter § 6 en 7 Sv., naleeft.

Wanneer er vragen rijzen met betrekking tot het rechtstreeks doorgeleiden van gesprekken *door België afgetapt, op vraag van het buitenland*, zal de aanpassing van artikel 90ter § 6 en 7 Sv. dus geen soelaas bieden.

De situatie van rechtstreeks doorgeleiden is voorzien in artikel 18 van de EU-overeenkomst betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken.

Dit artikel voorziet in twee situaties:

- aftapping en **rechtstreekse** doorgeleiding en
- aftapping en het **aansluitend** doorgeleiden.

In de parlementaire voorbereidingen van de wet van 9 december 2004 werd door de toenmalige Minister van Justitie in de eerste plaats gesteld dat wanneer België technisch dient op te treden, de verzoekende lidstaat een beroep dient te doen op een rogatoire commissie.

In een andere nota merkt ze op dat artikel 18 betrekking heeft op de traditionele toestand waarin de af te tappen persoon zich in de aangezochte lidstaat bevindt en het aftappen op dat grondgebied kan gebeuren. De aangezochte staat moet instemmen met het aftappen van telecommunicatie en het rechtstreeks doorgeleiden ervan, waarbij de aangezochte lidstaat kan eisen dat aan de voorwaarden voldaan is voor het treffen van de gevraagde maatregel in een soortgelijke nationale zaak. Dit artikel vereist volgens de Minister van Justitie bijgevolg geen aanpassing van het Belgische recht met betrekking tot de grondvoorwaarden van de verzoeken om af te tappen nu de Belgische procedure voor het aftappen van telecommunicatie volledig zal worden toegepast: men kan immers het aftappen verbinden aan de voorwaarden die in acht zouden worden genomen in een soortgelijke nationale zaak.

Volgens de toenmalige Minister van Justitie zou het doorgeleiden van telecommunicatie aan verzoekende staat dus wel mogelijk zijn op grond van de artikelen 90ter tot 90decies Sv. Andere parlementsleden waren echter de mening toegedaan dat de omzetting naar Belgisch recht van de overeenkomst slechts gedeeltelijk werd verricht en dat de aanpassing van art. 90ter, § 1 Sv vereist is opdat rechtstreekse doorgeleiding mogelijk zou zijn nu hierover in het Belgisch recht niets bepaald is.

Met betrekking tot het aftappen van telecommunicatie en de toepassing van de EU-overeenkomst, kan verder verwezen worden naar COL 15/2005 (gemeenschappelijke oorzending van de Minister van Justitie en het College van Procureurs-generaal

betreffende de EU-overeenkomst inzake wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de EU).

De COL 15/2005 vermeldt onder het hoofdstuk "Aftappen van telecommunicatie" uitdrukkelijk dat het aftappen en **rechtstreeks** doorgeleiden thans in België onmogelijk is en dit zowel als België de rol van verzoekende als de rol van aangezochte lidstaat heeft.

Teneinde meer rechtszekerheid te scheppen is het alleszins aangewezen om artikel 18 van voormelde overeenkomst expliciet in de Belgische strafwetgeving om te zetten.

De hoofdcoördinator van het expertisenetwerk Internationale samenwerking heeft contact genomen met de Voorzitter van de Vereniging van Onderzoekersrechters i.v.m. de aan België gerichte rechtshulpverzoeken strekkende tot het aftappen en het doorgeleiden van de opgenomen telecommunicatie naar de verzoekende Staat.

Gezien het in wezen informatie betreft voor een buitenlands onderzoek waarbij België geen onderzoeksbelang heeft, werd de vraag gesteld of de Belgische autoriteiten geen afstand kunnen doen van het zelf kennis te nemen van de informatie uit de afgetapte gesprekken, dan wel er strikt moet vastgehouden worden aan de bepalingen van de interne wet, in het bijzonder artikel 90quater SV, § 3 lid 2 (schriftelijk verslag om de vijf dagen aan de onderzoeksrechter) en § 1.5° (politieagenten nominatief aanwijzen voor uitvoering van de maatregel).

Niettegenstaan artikel 90quater SV eigenlijk geen ruimte biedt, werd toch gedacht aan volgende soepele werkwijze :

- de gevatte onderzoeksrechter staat de tap toe met doorleiding naar het buitenland zonder kennisname in België (overigens serieuze besparing politiecapaciteit in België);
- naast nominatief de Belgische OGP worden in diens beschikking ook de buitenlandse politieambtenaren vermeld;
- de buitenlandse politieagenten luisteren de tap uit en verstrekken om de drie dagen een PV aan de Belgische OGP die dat binnen de vijf dagen voorlegt aan de onderzoeksrechter.

Er werd evenwel aangegeven dat gezien de strikte wettelijke regeling deze "souplesse" door de onderzoeksrechters niet zou aanvaard worden. Dit beklemtoont de noodzaak van een wetwijziging.

13) Art. 88bis § 1 Sv. jcto art. 90ter Sv - Telecomonderzoek na verdwijning van een depressieve meerderjarige (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2009 -2010)

▪ Probleemstelling

Bij onrustwekkende verdwijningen kan telecomonderzoek een nuttig instrument zijn. Voor de lokalisatie van de gsm van de verdwenen persoon moet een beroep gedaan worden op de onderzoeksrechter (mini-onderzoek – artikel 88bis § 1 Sv.). In regel wordt dit gedaan onder verwijzing naar een misdrijf van ontvoering (bij minderjarigen) of wederrechtelijke vrijheidsberoving (bij meerderjarigen). Uit het onrustwekkend karakter van de verdwijning wordt m.a.w. (soms met wat goede wil) afgeleid dat mogelijks sprake is van deze misdrijven. De onderzoeksrechters aanvaardden in regel deze strafrechtelijke kwalificaties als rechtsgrond om zich bevoegd te achten (retroactief onderzoek).

In geval het misdrijf opgenomen is op de taplijst van artikel 90ter Sv. én in geval van heterdaad, kan de parketmagistraat zelf de vordering tot lokalisatie opmaken, op voorwaarde dat deze binnen de 24 uur bevestigd wordt door de onderzoeksrechter (art. 88bis § 1 voorlaatste lid Sv.).

Wat onrustwekkende verdwijningen van minderjarigen betreft kan de parketmagistraat zo (bvb. 's nachts of's zondags) zelf de dringende vordering opmaken met verwijzing naar het misdrijf ontvoering (van minderjarigen) (taplijst art. 90ter Sv. nr. 7bis – verwijzing naar art. 428 en 429 Sw.), met bevestiging door de onderzoeksrechter de volgende dag. Dit is niet mogelijk voor verdwijningen van meerderjarigen aangezien het misdrijf van wederrechtelijke vrijheidsberoving niet in de taplijst is opgenomen.

De vraag die hier wordt aangekaart is of de hiervoor beschreven procedures voor telecomonderzoek in het Wetboek van Strafvordering geschikt zijn voor de specifieke (maar meermaals voorkomende) situatie van de verdwijning van een meerderjarige die als onrustwekkend wordt beschouwd omdat deze persoon zwaar depressief is of voor zijn vertrek zelfs heeft aangegeven aan zijn naasten dat hij zich van het leven zou gaan beroven.

▪ ***De procedure in het Wetboek van Strafvordering***

De lokalisatie van de gsm van de depressieve, verdwenen meerderjarige moet gebeuren via minionderzoek. De saisine van de onderzoeksrechter is echter problematisch aangezien de vermelding van het misdrijf 'wederrechtelijke vrijheidsberoving' op de minivordering duidelijk fictief is. Het aanvankelijk proces-verbaal vermeldt duidelijk dat de meerderjarige bewust zelf vertrokken is; er is dus niet de minste aanwijzing dat hij slachtoffer is van dit misdrijf. De onderzoeksrechter kan zich strikt gezien niet bevoegd achten voor dergelijke onderzoeken die geenszins slaan op een crimineel feit. De aflevering van een telecomvordering buiten enige strafrechtelijke context valt buiten de bevoegdheidsgrenzen van de onderzoeksrechter. Een gerechtelijk onderzoek kan enkel plaatsvinden voor reeds aan het licht gekomen misdrijven (retroactief – zie art. 55 Sv.). De gezaghebbende rechtsleer stelt dat dit ook geldt voor het mini-onderzoek, zodat de onderzoeksrechter deze bevoegdheid niet zal kunnen aanwenden als het bestaan van een misdrijf nog niet is gebleken.

Er is evenwel nergens enige andere procedure uitgeschreven om dergelijke dringende telefonievorderingen naar operatoren mogelijk te maken buiten enige criminele context. Dit ondermijnt sterk de legaliteit van het gebruik van telecomvorderingen in deze context. Nochtans is iedereen het erover eens dat dergelijke opsporingsmogelijkheden zouden moeten kunnen aangewend worden in het belang van de vrijwaring van de fysieke integriteit van de verdwenen persoon. In de huidige stand van de wetgeving bestaat evenwel steeds het risico (hoewel het zich behoudens vergissing nog niet heeft voorgedaan) dat een suïcidale persoon die door het gebruik van telecomonderzoek zijn zelfmoordplannen niet (volledig) heeft kunnen uitvoeren, zich achteraf keert tegen de Belgische Staat wegens een ongeoorloofde inbreuk op zijn privacy.

▪ ***De aanwending van een feitelijk gegroeide sui generis procedure***

In sommige parketten wordt soms een beroep wordt gedaan op een andere techniek om de telecomgegevens van de operatoren te bekomen. De parketmagistraat met dienst levert zelf een sui generis schriftelijke vordering tot lokalisatie van de gsm af die niet refereert aan enige context van een crimineel feit, maar die verwijst naar enerzijds de acute noodsituatie waarin de verdwenen meerderjarige zich bevindt (de depressieve suïcidale gemoedsgesteldheid zoals die uit het PV blijkt) en die zijn persoonlijke fysieke integriteit op korte termijn op ernstige wijze kan aantasten (het acuut karakter van de gemoedsgesteldheid die blijkt uit zijn gedrag en verklaringen vlak voor de verdwijning), en anderzijds de algemeen menselijke en wettelijke verplichting tot het verlenen van de noodzakelijke hulp en bijstand aan personen in nood, die ook geldt voor de parketmagistraat, eventueel met verwijzing naar het feit dat niet-handelen zou kunnen neerkomen op een strafrechtelijk betoegeld schuldig verzuim.

Hoewel deze vorderingsmogelijkheid nergens wettelijk beschreven is, leveren de telefoonoperatoren in de praktijk probleemloos de gevraagde telecominformatie af. Deze werkwijze biedt als bijkomend voordeel dat de parketmagistraat geen beroep hoeft te doen op de onderzoeksrechter om alle nodige onderzoekshandelingen in het dossier van de verdwijning te stellen.

Deze praktijk lijdt evenwel aan hetzelfde euvel als de telecomvordering via de onderzoeksrechter. Aangezien in beide gevallen in realiteit wordt gehandeld zonder dat hiervoor een wettelijke uitgeschreven procedure beschikbaar is, houden deze telecomvorderingen eigenlijk een inbreuk in op het grondrecht van privacy van de verdwenen persoon. Het betreft m.a.w. een ongeoorloofd handelen dat later zou aanleiding kunnen geven tot procedures in schadevergoeding. In dat opzicht is het argument van de noodtoestand waarbij de aflevering van de telecomvordering volgt uit een afweging van de conflicterende dreigende belangen (privacy vs fysieke integriteit), misschien nog het meest bestand als verweer tegen dergelijke procedure.

De in de praktijk gegroeide procedure van de telecomvordering op basis van een noodtoestand, buiten enige criminele context, bevat echter bovendien een inconsequentie. De noodtoestand doet zich evengoed voor bij de politiemans die de aangifte van de onrustwekkende verdwijning akteert. Er is geen reden te bedenken waarom hij zou moeten terugvallen op een parketmagistraat om een telecomvordering te kunnen richten aan de operator, en niet rechtstreeks de operator zou kunnen bevragen. Er is zelfs meer. Aangezien de vordering buiten elke criminele context geschiedt, valt zij niet onder de taken van gerechtelijke politie en dus eigenlijk buiten de bevoegdheden van de parketmagistraat. Er is m.a.w. geen enkele reden voor de politiemans (die zowel bevoegd is voor administratieve als gerechtelijke politie) om de omweg te maken via een parketmagistraat. Dit gebeurt enkel omdat dit de gebruikelijke en gekende weg is in de strafrechtelijke context.

▪ ***Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie***

De lege ferenda zou dus best een wettelijke regeling uitgewerkt worden die de politiedienst zelf de bevoegdheid geeft om in de hierboven beschreven verdwijningsdossiers onder welomschreven omstandigheden rechtstreeks en schriftelijk bij de operator de lokalisatie van een gsm te vorderen.

▪ ***P.S.: quid met de ontdekking van een nieuw misdrijf?***

Een laatste belangrijke vraag die zich opdringt, is wat de juridische situatie is indien de politie, als gevolg van de telecomvordering (hetzij via de onderzoeksrechter krachtens art 88bis Sv., hetzij via de parketmagistraat op basis van een noodtoestand) en de navolgende onderzoekshandelingen, uiteindelijk stoot op een misdrijf, al dan niet met betrapting op heterdaad. Het typevoorbeeld is dat de meerderjarige suïcidale persoon uiteindelijk teruggevonden wordt, getroffen door verschillende kogels in de rug.

Ongeacht de gevolgde procedure, moet in dat geval een nieuw aanvankelijk proces-verbaal opgemaakt worden. In beide gevallen stoot de politie in het kader van een lopend onderzoek (resp. een strafonderzoek naar een (zij het fictieve) 'wederrechtelijke vrijheidsberoving' en een politionele niet-strafrechtelijke opsporing van een verdwenen persoon in nood) op een nieuw crimineel feit dat geen deel uitmaakte van het oorspronkelijke dossier. Het nieuw aanvankelijk PV vermeldt dan tevens de omstandigheden van het oorspronkelijk onderzoek (en verwijst naar de bijhorende P.V.'s) die geleid hebben tot de ontdekking van het nieuwe misdrijf. Het nieuwe misdrijf wordt onverwijld gemeld aan de procureur des Konings die verder alle nodige opdrachten geeft en vorderingen neemt.

De geldigheid van de vaststelling van het nieuwe misdrijf hangt nauw samen met de geldigheid van de voorgaande procedure van opsporing van de verdwenen persoon.

Gelet op wat hierover eerder is uiteengezet, toont dit nogmaals het belang aan om grondig na te denken over een sluitende wettelijke regeling voor de telecomvorderingen bij onrustwekkende verdwijningen.

14) Art 88 bis Sv – telecomonderzoek – interpretatiemoeilijkheden wegens onduidelijke formulering (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2009-2010)

Ingeval van een misdaad of wanbedrijf op heterdaad kan de procureur des konings bevelen de telecommunicatie na te trekken of de oorsprong of de bestemming ervan te lokaliseren voor de misdrijven waarvoor een dergelijk telecomonderzoek mogelijk is (die worden opgesomd in artikel 90ter, §§ 2, 3 en 4 Sv.).

In een dergelijk geval dient deze maatregel binnen de 24 uur door de onderzoeksrechter bevestigd te worden.

Deze terminologie (“bevestigd”) is echter ambigu:

- sommigen interpreteren dit door te stellen dat de door de procureur des konings bevolen maatregel geldig is voor een maximale duur van 24 uur en dat deze laatste, wanneer hij het noodzakelijk acht de maatregel te doen verlengen, verplicht is binnen deze termijn een onderzoek te openen;
- anderen menen dan weer dat de tekst letterlijk gelezen moet worden en dat de onderzoeksrechter de beslissing van de procureur des konings binnen de 24 uur verplicht moet bevestigen, ongeacht de duur van de maatregel en zelfs wanneer deze reeds een einde genomen heeft.

Het zou nuttig zijn dit probleem uit te klaren, aangezien een dergelijke maatregel vaak gebruikt wordt bij de opsporing van vermiste personen. Het is zonder meer duidelijk dat indien de maatregel opgeheven werd binnen de 24 uren en geen gerechtelijk onderzoek nodig is, er geen tussenkomst meer vereist is van een onderzoeksrechter. Deze laatste dient enkel gevorderd te worden indien de maatregel moet verlengd worden.

In dat kader moet er op gewezen worden dat het voorontwerp van wet diverse bepalingen inzake justitie, dat goedgekeurd werd door de ministerraad op 22 juni 2012, voorziet dat het openbaar ministerie een tapmaatregel (artikel 90ter Sv.) of telefonieonderzoek (artikel 88bis Sv.) zal kunnen bevelen "zolang de heterdaadsituatie duurt".

15) Artikel 112ter van het Wetboek van Strafvordering betreffende de audiovisuele opname van het verhoor (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2007-2008)

Art. 112ter Sv. bepaalt dat de procureur des Konings of de onderzoeksrechter de audiovisuele opname van het verhoor kan bevelen. Meestal wordt het opgenomen verhoor overeenkomstig art. 112, § 2 Sv. verricht door een bij name aangewezen politieambtenaar.

Art. 112ter, § 4 Sv. bepaalde dat tot de volledig en letterlijke overschrijving van het verhoor wordt overgegaan op verzoek van de onderzoeksrechter, van de procureur des Konings, van de gehoorde persoon of van de partijen die in het geding betrokken zijn. Deze bepaling was niet meer aangepast aan de technologische evolutie vermits het mogelijk is een opname van het verhoor te tonen. Bovendien vereist een letterlijke en volledige overschrijving van zulk verhoor een niet proportionele investering van materiële en personele middelen, wat niet meer verantwoord is in deze tijd, zeker niet als het eigenlijk verhoor ter beschikking kan gesteld worden.

Deze materie werd binnen het expertisenetwerk strafrechtspleging van het College van Procureurs-generaal besproken binnen het kader van de werkzaamheden met betrekking tot een voorontwerp van wet inzake inzage en afschrift. Zowel de FOD Justitie als de beleidscel van de Minister van Justitie namen aan deze werkzaamheden deel.

De wet van 30 december 2009 houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (II)¹⁹ nam hieromtrent een regeling op, die echter niet volledig tegemoet aan het gesteld probleem. Het huidige artikel 112ter§ 4 Sv voorziet thans immers dat op verzoek van de onderzoeksrechter, van de procureur des Konings, van de gehoorde persoon, of van de in het geding betrokken partijen overgegaan wordt tot de volledige en letterlijke overschrijving van de bijkomende gedeelten van het verhoor die zij aanduiden.

De beperking van de overschrijving tot “bijkomende gedeelten” lijkt niet van aard om een oplossing te geven aan het gesignaleerde probleem. Als uitgangspunt dient ten minste kunnen uitgegaan worden van het feit dat de magistraat beslist over het verzoek tot letterlijke of volledige of zelfs gedeeltelijke overschrijving, en bijgevolg ook zou moeten kunnen beslissen dat de ter beschikking stelling van de opname op een adequate drager op zich volstaat en een voldoende waarborg biedt.

Het weze opgemerkt dat de omzendbrief COL 8/2011 van het College van procureurs-generaal, inzake de organisatie van de bijstand door een advocaat vanaf het eerste verhoor, de audiovisuele opname van het verhoor aanbeveelt als controlemiddel.²⁰

Gelet op het feit dat deze materie niet door de wet geregeld werd en dat art. 112ter Sv deze nieuwe situatie niet viseert, zal ze het voorwerp uitmaken van nadere richtlijnen. De toepassing van de bepalingen inzake de volledige en letterlijke overschrijving van het verhoor zou immers een onhoudbare werklast meebrengen zonder meerwaarde te leveren.

16) Wet van 12 februari 2003 inzake het verstek en het verzet in strafzaken (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2007-2008)

De wet van 12 februari 2003 heeft aanleiding gegeven tot meerdere strijdige interpretaties. Een herdefiniëring van het begrip verstek is dus noodzakelijk.

Minstens dient de wet gewijzigd te worden zodat opnieuw rechtszekerheid zou ontstaan over dit fundamenteel onderdeel van de strafprocedure.

Vroeger gaven de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering moeilijkheden in het kader van de uitleveringsprocedure. Hierbij kan bijvoorbeeld verwezen worden naar het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 24 mei 2007 inzake DA LUZ DOMINGUES FERREIRA t/België. Het E.H.R.M. stelde de strijdigheid met artikel 6 § 1 van het E.V.R.M. vast. Het hof van beroep te Luik had geweigerd het verzet van verzoeker te ontvangen om reden dat het eerste aangewende verzet niet beantwoordde aan de wettelijke voorschriften, en het tweede omdat het laattijdig bleek te zijn, en dit alhoewel de verzoeker te kennen had gegeven dat hij zich wenste te verdedigen voor de bodemrechter.

Ingevolge dit arrest diende opnieuw nagedacht te worden over de verzetprocedure en de rechten van de – al dan niet in hechtenis, in het Rijk of in het buitenland verkerende – veroordeelde bij de betekening van een gerechtelijke beslissing. Bovendien diende vorm gegeven te worden aan het recht om kennis te krijgen van de vormen en de termijnen om een rechtsmiddel aan te wenden.

¹⁹B.S. 15 januari 2010

²⁰ zie COL 8/2011, p 62.

Het College van Procureurs-generaal richtte een advies aan de Minister van Justitie inzake de bescherming van de rechten van bij verstek veroordeelden. Dit advies behandelt eveneens het ontwerp van kaderbesluit van de Raad van Europa betreffende de tenuitvoerlegging van verstekvonnissen.

Bij dit advies werd een wetsvoorstel tot wijziging van artikel 187, tweede lid van het Wetboek van Strafvordering gevoegd. Dit voorontwerp kwam tot stand binnen het expertisenetwerk strafrechtspleging van het College van Procureurs-generaal in samenwerking met de FOD Justitie en werd aan de beleidscel van de Minister van Justitie overgemaakt. Bovendien vaardigde het College van Procureurs-generaal een richtlijn uit inzake de kennisgeving van zijn rechten aan een al dan niet in het Rijk of in het buitenland in hechtenis verkerende bij verstek veroordeelde persoon. Bovenvermeld advies leidde tot een wetswijziging (hierbij kan verwezen worden naar de oplossing ingevoegd in art. 7 van de wet van 30.12.2009 houdende diverse bepalingen betreffende Justitie 52 K 2161 (II)).

De herdefiniëring van het begrip verstek en het zogenaamd vonnis geacht op tegenspraak te zijn geweest is dus thans nodig.

17) Videoconferentie in het kader van de wet van 20 juli 1990 op de voorlopige hechtenis, de uitleveringsprocedures, en de strafuitvoering (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2008-2009)

Zoals in vorig jaarverslag betoogd kunnen videoconferenties een belangrijke meerwaarde hebben in de werking van het openbaar ministerie.

Het daadwerkelijk gebruik vereist evenwel als voorafgaande voorwaarde dat hiertoe het nodige legistieke kader wordt voorzien.

Dit zal dan zowel regels dienen te voorzien op het vlak van het vooronderzoek, de behandeling ten grond, alsmede wat betreft de strafuitvoering.

Het openbaar ministerie werkte actief mee in de voorbereiding van deze werkzaamheden. Zo werd door substituut Bart De Smet, (Parket Antwerpen) een voorstel van gedetailleerd wetsontwerp geformuleerd waarin concrete legistieke wetsaanpassingen worden voorgesteld.

Dit ontwerp werd op 14 september 2010 overgemaakt aan de Minister van Justitie.

18) Artikel 8 van het decreet betreffende de organisatie van de gemeentelijke en correctionele politie van 19-22 juli 1791 - Vrijheidsbeneming en de mogelijkheden tot het betreden van de private woning ter aanhouding van de verdachte of veroordeelde persoon (opgenomen sinds wetsevaluatie 2009 – 2010)

Het Vast Comité P bevroeg het College van Procureurs-generaal *'over de bevoegdheden en mogelijkheden van de politiediensten met betrekking tot de uitvoering van hetzij een vattingsbevel, hetzij een beschikking tot gevangenneming, hetzij een bevel tot medebrenging of aanhouding'*.²¹

Meer bepaald werd de vraag gesteld of het op basis van deze titels van vrijheidsberoving mogelijk is een woning of een andere plaats te betreden om de verdachte of veroordeelde persoon te vatten. Daarbij rees in casu de vraag naar het onderscheid

²¹ Referentie College: A.I.O/1678/2007/fb.

tussen het betreden van de woning van de betrokkene, dan wel de woning van een derde (waar de betrokkene zich verbergt of zijn toevlucht heeft genomen).

Het expertisenetwerk strafrechtspleging stelde een nota op over deze problematiek ('standpunt van het College van procureurs-generaal' - verspreid bij COL 11/2011²²).

Twee grondwettelijke principes zijn in dit opzicht relevant: het principe van de onschendbaarheid van de woning (artikel 15 van de Grondwet en de wettelijke uitzonderingen hierop die meer bepaald een huiszoeking mogelijk maken) en het principe van de tenuitvoerlegging van de rechterlijke beslissingen door de uitvoerende macht (artikel 40 van de Grondwet).

Het principe van de tenuitvoerlegging van de rechterlijke beslissingen is zonder twijfel een uitzondering op het principe van de onschendbaarheid van de woning, aangezien het incoherent zou zijn beide principes op een dergelijke manier samen te interpreteren dat om het even wie zich zou kunnen beroepen op de bescherming van de woning om de tenuitvoerlegging van de rechterlijke beslissingen te verhinderen. Het formulier voor de tenuitvoerlegging van de beslissingen dat wordt vastgelegd in het koninklijk besluit van 27 mei 1971, dat werd gewijzigd door het koninklijk besluit van 9 augustus 1993, laat er geen twijfel over bestaan dat de tenuitvoerlegging van de rechterlijke beslissingen, zowel op strafrechtelijk als burgerrechtelijk vlak, dient te gebeuren in samenwerking met de gerechtsdeurwaarders, maar ook met het openbaar ministerie en de openbare macht.

Bovendien zijn de precieze limieten voor de gezamenlijke interpretatie van beide principes niet voldoende gedefinieerd.

Artikel 8 van het decreet betreffende de organisatie van de gemeentelijke en correctionele politie van 19-22 juli 1791, dat nog steeds van kracht zou zijn, stelt in dit opzicht het volgende^{23 24} (officieuze vertaling):

“Geen enkele gemeentelijke ambtenaar, commissaris of officier van de gemeentelijke politie kan de huizen van de burgers betreden, tenzij voor het nazien van de registers der logieshouders, voor de uitvoering van de wetten op de directe belastingen of krachtens bevelschriften, dwangbevelen of vonnissen waarvan zij drager zijn, of ten slotte op het geroep van de burgers die vanuit een huis een beroep doen op de openbare macht.”

De Franse officiële tekst luidt als volgt:

“Nul officier municipal, commissaire ou officier de police municipale, ne pourra entrer dans les maisons des citoyens, si ce n'est pour ... la vérification des registres des logeurs; pour l'exécution des lois sur les contributions directes, ou en vertu des ordonnances, contraintes et jugements dont ils seront porteurs, ou enfin sur le cri des citoyens invoquant de l'intérieur d'une maison le secours de la force publique.”

Deze wetsbepaling is achterhaald en biedt geen oplossing voor de moeilijkheden die inherent zijn aan de gecombineerde toepassing van beide hiervoor vermelde grondwettelijke principes.

Geactualiseerde wetsbepalingen, specifiek gericht op het betreden van de woning ter uitvoering van bepaalde vormen van vrijheidsberoving, ontbreken.

Het feit dat de eventuele mogelijkheden tot het betreden van de woning op basis van bepaalde titels van vrijheidsberoving onvoldoende gepreciseerd worden in regelgeving,

²² Zie www.om-mp.be

²³ Parl. St. Senaat, 2001-2002 nr. 2-1096/1; Parl. St. Kamer, 2001-2002, nr. 1638/001; R. VERSTRAETE, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 2007, p. 290; m.b.t. de artikelen 9 en 10, zie H-D. BOSLY en D. VERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, Die Keure, 2003, p. 396.

²⁴ Dit principe komt tevens aan bod in de *omzendbrief R. nr. 21/65 van het parket-generaal te Gent dd. 22 maart 1965*.

veroorzaakt rechtsonzekerheid. Dit blijkt duidelijk uit de vaststelling dat de politiediensten twijfelen over hun mogelijkheden en bevoegdheden in dit kader.

Het lijkt aangewezen enerzijds wettelijk te voorzien welke titels van vrijheidsbeneming toelaten de private woning - van de persoon in kwestie of van een derde - te betreden en anderzijds de wettelijke voorwaarden daarvoor te bepalen.

19) Wijziging art. 210 WSV: afschaffing van het verslag in graad van beroep (wet van 28 december 1990, B.S. 29 december 1990) (opgenomen sinds wetsevaluatie 2009-2010)

▪ ***Moelijkheden***

Ingevolge voornoemde wetswijziging werd het verslag door een raadsheer in de correctionele kamers van de hoven van beroep afgeschaft.

Dit verslag betreft uiteraard een beknopt objectief overzicht van de nog aanhangige feiten en juridische twistpunten.

Deze werkwijze maakte het mogelijk onmiddellijk naar de kern van de zaak te gaan, liet het hof toe aan partijen gerichte vragen te stellen waardoor de debatten werden afgelijnd en beperkt in tijd.

Immers, minstens een raadsheer had voorafgaand kennis genomen van het dossier en de standpunten in eerste aanleg van partijen.

In de praktijk heeft deze afschaffing echter dikwijls een negatieve impact op de afhandeling van strafzaken in graad van beroep.

▪ ***Samenvatting standpunt van het OM***

Het OM stelt vast dat de assertiviteit van het hof in vele gevallen verdwenen is.

Sommige kamers nemen vooraf geen kennis meer van het dossier met tot logisch gevolg:

- Toename van de debatten
- Toename tussenarresten met heropening debatten

Het gebrek aan kennis van het dossier gaat in sommige gevallen zo ver dat het hof niet meer weet dat het zelf het horen van een getuige heeft bevolen.

Wanneer de getuige dan ter zitting verschijnt dient het hof zich terug te trekken om het dossier in te zien vermits de magistraten blijkbaar niet weten welke vragen zij moeten stellen aan de getuige die ze zelf hebben laten oproepen.

Dergelijke situaties doen zich voor en schaden het imago van Justitie. Ze leiden er ook toe dat meer dan de helft van de zitting verloren gaat omdat een langdurige terugtrekking in de raadkamer nodig is om te doen wat men vooraf moet doen, namelijk kennis nemen van het dossier.

Een ander schrijnend geval is het ter terechtzitting vaststellen dat men wegens onverenigbaarheden niet kan zetelen in een zaak, terwijl dit duidelijk bleek uit een eenvoudige lezing of een controle van het dossier.

Kortom, het OM verzoekt om de herinvoering van het verslag (hetgeen een verplichte voorafgaandelijke lezing veronderstelt) teneinde een halt toe te roepen aan de groeiende

ongefundeerde achterstand bij de behandeling van strafzaken en de doorlooptijden te kunnen respecteren.

20) Artikel 596 Wetboek van Strafvordering (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2010-2011)

▪ *Moeilijkheden*

Vroeger gebeurde de aflevering van uittreksels uit het strafregister op grond van omzendbrieven van de Minister van Justitie. De omzendbrief nr. 95 van 2 februari 2007 werd echter vernietigd door arrest nr. 189.761 van 26 januari 2009 van de Raad van State. Ook de voorgaande omzendbrieven van 01.07.2002 en 03.04.2003 werden vernietigd door arrest nr. 166.331 van 22 december 2006 van de Raad van State. Deze oordeelde immers dat de minister van Justitie geen grondwettelijke of wettelijke machtiging had om bij omzendbrief een reglementair stelsel te organiseren om de aflevering van uittreksels uit het Strafregister mogelijk te maken.

Door de wet van 31.07.2009 betreffende diverse bepalingen met betrekking tot het Centraal Strafregister, die met terugwerkende kracht in voege trad vanaf 30.06.2009, werd de inwerkingtreding van de art. 595 en 596 Sv., ingevoegd door de wet van 8 augustus 1997 betreffende het Centraal Strafregister, vastgesteld en werden deze laatste artikelen ook gewijzigd.

Bij arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 1/2011 van 13 januari 2011 (B.S. 15 maart 2011 eerste editie) werd de tekst van art. 596, tweede lid deels vernietigd. Daardoor mag op de uittreksels van het strafregister, afgeleverd aan particulieren die een activiteit met contact met minderjarigen wensen uit te oefenen (het vroegere model 2), het contactverbod met minderjarigen, opgelegd bij VOV-maatregel door de onderzoeksrechter of door een onderzoeksgerecht krachtens art. 36 van de wet op de voorlopige hechtenis, enkel nog vermeld worden zolang deze VOV-maatregel nog effectief van kracht is.

De nieuwe onderrichtingen, die door de directeur van het centraal strafregister aan de gemeentebesturen werden overgemaakt m.b.t. de aflevering van uittreksels uit het strafregister aan particulieren, passen deze nieuwe regels strict toe.

Het vroegere model 2 wordt thans model 3 en de gemeentebesturen mogen hierop nog enkel de rechterlijke uitspraken vermelden voorzien in art. 596 Sv. Er is ook niet meer (zoals onder de oude regeling) voorzien in een advies van de korpschef van de lokale politie aan de burgemeester over de opportuniteit van de aflevering van het model 3 aan de betrokken particulier. De politie dient nog enkel gecontacteerd om na te gaan of er geen lopende VOV-maatregel met een contactverbod met minderjarigen bestaat. Andere informatie, waarover de politie beschikt (o.a. op basis van een raadpleging van de ANG) kan niet meer aangewend worden. Ook de burgemeester lijkt niet meer over enige appreciatiebevoegdheid te beschikken m.b.t. de al dan niet aflevering van een model 3 aan de verzoekende particulier.

▪ *Samenvatting van het standpunt van het openbaar ministerie*

Er dient een wettelijke basis gecreëerd, waardoor het openbaar ministerie zich kan verzetten tegen de aflevering van een 'gunstig' uittreksel uit het strafregister 'model 3', telkens wanneer het O.M. over informatie beschikt over afgesloten of nog lopende strafonderzoeken, waaruit blijkt dat er ernstige bezwaren zijn dat de verzoeker de door hem gewenste activiteit gaat uitoefenen. Men mag er inderdaad niet vanuit gaan dat het centraal strafregister een volledig beeld geeft van het gerechtelijk verleden van een persoon.

Zo kan een persoon, die zich b.v. aan (ernstige) zedenfeiten met of t.o.v. minderjarigen

bezondigde, nog een blanco strafregister hebben omdat bij voorbeeld:

- het strafonderzoek afgesloten werd met een VSBG, een bemiddeling in strafzaken of een praetoriaanse probatie
- het strafonderzoek nog aan de gang is zonder dat er (nog) een lopende VOV-maatregel bestaat
- het strafonderzoek beëindigd is, maar nog niet geleid heeft tot een rechterlijke einduitspraak, die in kracht van gewijsde is getreden.

In het bijzonder als over de gepleegde feiten geen twijfel bestaat of als er minstens zeer ernstige schuldaanwijzingen bestaan, zou het O.M. die informatie moeten kunnen gebruiken om hetzij zich te verzetten tegen de aflevering van een uittreksel model 3 door het gemeentebestuur, hetzij een negatief advies te verlenen aan het gemeentebestuur over de aflevering van een uittreksel model 3.

Weliswaar wordt iedere verdachte in het strafrecht geacht onschuldig te zijn tot het tegendeel bewezen is, maar op preventief, bestuurlijk en administratief vlak kan niet aangenomen worden dat de overheid, die kennis heeft van bezwarende feiten, het (onverantwoord) risico neemt of moet nemen om een 'gunstig' uittreksel uit het strafregister model 3 af te leveren, wetende dat dit minderjarigen potentieel in gevaar kan brengen. Mocht de betrokkene in zijn nieuwe activiteit toch nieuwe minderjarige slachtoffers maken, dan kan geen enkele overheid zich op enigerlei wijze verantwoordelijk tegenover de publieke opinie.

Weliswaar kan aangenomen worden dat de loutere aanwezigheid van negatieve informatie in de ANG geen afdoend criterium is om de aflevering van een 'gunstig' uittreksel uit het strafregister model 3 te laten weigeren door de bestuurlijke overheid. De juistheid van de ANG-informatie dient minstens door een gerechtelijke instantie getoetst aan de gegevens van het volledige strafdossier.

Het O.M. lijkt daarvoor de aangewezen instantie. Eventueel kan wettelijk voorzien worden in een beroepsmogelijkheid voor de rechtbank van eerste aanleg naar analogie met de procedure die thans voorzien is, wanneer de ambtenaar van de burgerlijke stand op advies van het O.M. weigert om een huwelijk te voltrekken wegens ernstige vermoedens van een schijnhuwelijk.

Zie:

- afschrift van de nieuwe onderrichtingen van de directeur van het centraal strafregister over de aflevering van uittreksels uit het strafregister aan particulieren door gemeentebesturen (gevoegd als bijlage bij het rapport wetsevaluatie 2010-2011)

21) Art. 216ter §1, 2° Sv.: bemiddeling in strafzaken (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2010-2011)

▪ **Moeilijkheden**

- a) de dader moet zich zelf beroepen op een verslavingsproblematiek

In het huidige artikel 216ter §1,2° Sv. is voorzien dat de procureur des Konings de verdachte van een misdrijf kan verzoeken een geneeskundige behandeling of iedere andere passende therapie te volgen wanneer de dader van het misdrijf zich voor het misdrijf op een ziekteverschijnsel beroept of op een drank- of drugverslaving.

Niet altijd heeft een dader voldoende inzicht of erkent een dader zelf zijn probleem terwijl uit de gegevens van het dossier vaak blijkt dat er een onderliggende verslavingsproblematiek is.

Soms beroept een dader zich ook op een fictief verslavingsprobleem in de hoop op die manier bestraffing ter vermijden.

Bij twijfel over het al dan niet bestaan van een verslavingsproblematiek en de mogelijkheden van behandeling of begeleiding zou een diagnose moeten kunnen gesteld worden. De wet voorziet hiertoe thans geen enkel systeem.

b) er is een maximale behandelingstermijn voorzien van 6 maanden

In artikel 216ter §1,2° Sv. is voorzien dat de procureur des Konings de dader kan verzoeken een geneeskundige behandeling of iedere andere passende therapie te volgen en hem hiervan op geregelde tijdstippen het bewijs te leveren gedurende een termijn die zes maanden niet mag overschrijden. Voor bepaalde vormen van verslaving is een behandelingstermijn van 6 maanden te kort. Bovendien kan een behandeling vaak niet onmiddellijk na het afsluiten van het akkoord binnen bemiddeling in strafzaken aangevangen worden waardoor in realiteit de (resterende) behandelingsduur nog korter wordt.

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

- a) De voorwaarde dat de dader zich voor het misdrijf zelf op zijn verslavingsproblematiek moet beroepen dient geschrapt te worden en tevens zou de mogelijkheid moeten voorzien worden om in betwiste gevallen een diagnose te laten stellen
- b) De termijn van 6 maanden dient verlengd te worden tot 1 jaar.

22) Artikel 3bis van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering
(opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2010-2011)

▪ **Moeilijkheden**

Tijdens de werkzaamheden in het kader van de redactie van een nieuwe omzendbrief COL m.b.t. het onthaal van de slachtoffers op de parketten en rechtbanken onderzocht het expertisenetwerk "Slachtofferbeleid" of de in artikel 3bis van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering vermelde justitieassistenten 'slachtofferonthaal' de slachtoffers kunnen bijstaan n.a.v. zittingen met gesloten deuren.

De arrondissementen houden er ter zake immers gevoelig uiteenlopende werkmethodes op na.

In de praktijk doen zich volgende gevallen voor:

- a) Sommige voorzitters gaan ervan uit dat het feit dat de aanwezigheid van de justitieassistent niet expliciet in een wettekst bepaald wordt, impliceert dat de procedure onwettig is ingeval een justitieassistent deelneemt aan een zitting met gesloten deuren.
- b) Andere voorzitters stellen dan weer dat niets een justitieassistent belet een dergelijke zitting bij te wonen indien de partijen hiervoor hun formeel akkoord gegeven hebben.
- c) Nog andere voorzitters maken een onderscheid tussen de 'wettelijke' zittingen met gesloten deuren, die door een wetsbepaling geregeld worden – vb. de zittingen van de onderzoeksgerechten – en de door de voorzitter van het vonnisgerecht bevolen zitting met gesloten deuren en volgens hen zou, ingeval van een 'wettelijke' zitting met gesloten deuren, de aanwezigheid van een justitieassistent onwettig zijn, hetgeen daarentegen niet zo zou zijn indien het om een door de voorzitter bevolen zitting met gesloten deuren

gaat. Sommigen onder hen formuleren ook voorbehoud wanneer de zitting met gesloten deuren georganiseerd zou worden op vraag van de verdediging van de beklaagde.

d) Voor de laatste categorie ten slotte staat niets de aanwezigheid van een justitieassistent op een dergelijke zitting in de weg, ongeacht het feit of het een 'wettelijke' dan wel een door de voorzitter bevolen zitting betreft, aangezien de functie van justitieassistent en de hiermee samenhangende opdrachten vastgelegd werden in artikel 3bis van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, dat inderdaad het volgende stelt: "Slachtoffers van misdrijven en hun verwanten dienen zorgvuldig en correct te worden bejegend, in het bijzonder door terbeschikkingstelling van de nodige informatie en, in voorkomend geval, het bewerkstelligen van contact met de gespecialiseerde diensten en met name met de justitieassistenten." Het derde lid van dit artikel verduidelijkt bovendien: "Justitieassistenten zijn personeelsleden van de Dienst Justitiehuisen van het Ministerie van Justitie die de bevoegde magistraten bijstaan bij de begeleiding van personen die betrokken zijn bij gerechtelijke procedures."

Het expertisenetwerk kwam na een juridische analyse van dit probleem tot de conclusie dat de justitieassistent steeds op dergelijke zittingen aanwezig moet kunnen zijn indien het slachtoffer hierom verzoekt en ongeacht het feit of het hierbij een door de voorzitter van het rechtscollege dan wel een door de wet opgelegde zitting met gesloten deuren betreft.

De justitieassistent vervult een expliciet door de wet bepaalde opdracht, in dit geval door artikel 3bis van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering. Deze bepaling is de basis voor alle interventies van de justitieassistenten (steun bij het waardig afscheid van een overledene, bijstand bij de raadpleging van het strafdossier of de teruggave van overtuigingsstukken, enz.).

Steun bieden aan de slachtoffers n.a.v. de zitting is eveneens één van de essentiële taken van de justitieassistent.

Ervan uitgaan dat de justitieassistenten niet aan zittingen met gesloten deuren kunnen deelnemen, zou erop neerkomen dat zij verhinderd worden de correcte en zorgvuldige bejegening te verstrekken waarop slachtoffers van misdrijven een beroep kunnen doen in emotioneel vaak zware momenten – in heel wat gevallen gaat het hier om de eerste vorm van rechtstreeks contact tussen het slachtoffer en de persoon die ervan verdacht wordt het misdrijf gepleegd te hebben – en naar aanleiding waarvan het slachtoffer zich buiten zijn advocaat niet mag laten bijstaan door een naaste of een andere vertrouwenspersoon.

Om al deze redenen besliste het expertisenetwerk "Slachtofferbeleid" om volgende passage toe te voegen aan de omzendbrief van de minister van Justitie en het College van Procureurs-generaal betreffende het onthaal van de slachtoffers op de parketten en rechtbanken:

"Als medewerker van het gerecht kan de justitieassistent het slachtoffer ook bijstaan tijdens zittingen met gesloten deuren, ongeacht of het gaat om zittingen van de raadkamer of van de kamer van inbeschuldigingstelling tijdens de regeling van de rechtspleging, of om zittingen met gesloten deuren voor het vonnisgerecht."

▪ **Samenvatting standpunt van het OM**

Aangezien het standpunt van het expertisenetwerk "Slachtofferbeleid" duidelijk nog niet in alle arrondissementen ingang vond, enerzijds, en omwille van het feit dat een omzendbrief van strafrechtelijk beleid niet aan de magistraten van de zetel opgelegd kan worden, anderzijds, lijkt het opportuun om, teneinde de rechtszekerheid te garanderen en alle slachtoffers van misdrijven op een eenvormige manier te behandelen, expliciet in de

wet op te nemen dat de justitieassistenten 'slachtofferonthaal' de slachtoffers bijstaan n.a.v. openbare zittingen of zittingen met gesloten deuren.

Deze verduidelijking zou in artikel 3bis van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering ingevoegd moeten worden.

Volgende tekst wordt voorgesteld (nieuwe tekst in cursief):

Artikel 3bis van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering

"Slachtoffers van misdrijven en hun verwanten dienen zorgvuldig en correct te worden bejegend, in het bijzonder door terbeschikkingstelling van de nodige informatie en, in voorkomend geval, het bewerkstelligen van contact met de gespecialiseerde diensten en met name met de justitieassistenten.

Slachtoffers ontvangen met name de nuttige informatie over de nadere regels voor de burgerlijke partijstelling en de verklaring van benadeelde persoon

Justitieassistenten zijn personeelsleden van de Dienst Justitiehuisen van het Ministerie van Justitie die de bevoegde magistraten bijstaan bij de begeleiding van personen die betrokken zijn bij gerechtelijke procedures.

De justitieassistenten kunnen de slachtoffers en hun naasten bijstaan n.a.v. openbare zittingen en zittingen met gesloten deuren van de vonnis- en de onderzoeksgerechten."

23) Wet van 25 juli 1893 'betreffende de verklaringen van hoger beroep of van voorziening in verbreking van de gedetineerde of geïnterneerde personen' en het Koninklijk Besluit nr. 236 van 20 januari 1936 'tot vereenvoudiging van sommige vormen van de strafvordering ten opzichte van de gedetineerden'

▪ **De wet**

De wet van 25 juli 1893 'betreffende de verklaringen van hoger beroep of van voorziening in verbreking van de gedetineerde of geïnterneerde personen' en het koninklijk besluit nr. 236 van 20 januari 1936 'tot vereenvoudiging van sommige vormen van de strafvordering ten opzichte van de gedetineerden' voorzien alleen in mogelijkheden om respectievelijk verzet aan te tekenen tegen veroordelingen in strafzaken uitgesproken door de hoven van beroep, de correctionele rechtbanken en de politierechtbanken en verklaringen van hoger beroep of van voorziening in cassatie aan de bestuurders van de strafinrichtingen of hun gemachtigde.

▪ **Moeilijkheden**

Die beperkingen kwamen reeds aan het licht naar aanleiding van de inwerkingtreding van de artikelen 28sexies, 61ter, 61quater, 61quinquies van het Wetboek van Strafvordering op 2 oktober 1998. De beschikkingen van de onderzoeksrechter en de beslissingen van de procureur des Konings zijn geen echte veroordelingen. Hetzelfde kan gesteld worden inzake de later ingevoegde artikelen 28octies en 61sexies inzake de vervreemding van goederen.

▪ **Standpunt van het openbaar ministerie**

Naar aanleiding van besprekingen om artikel 31 van de wet van 7 februari 2003 op te heffen en een artikel 65bis in te voegen in de wet betreffende de politie over het wegverkeer werd overwogen ook in dit artikel 65bis WPW een dergelijke bepaling te voorzien om de vermoedelijke overtreder de mogelijkheid te bieden ook bezwaar aan te

zeggen als hij in de gevangenis verblijft, weliswaar zeker om andere redenen, en het vereiste bedrag niet in zijn bezit heeft om de kosten van een akte van een gerechtsdeurwaarder te dekken,

Gezien er zich nog andere omstandigheden kunnen voordoen waarin een persoon die in de gevangenis verblijft (al dan niet om andere redenen) enig rechtsmiddel wenst aan te wenden en het vereiste bedrag niet in zijn bezit heeft om de kosten van een akte van een gerechtsdeurwaarder te dekken, lijkt het wenselijker die wet en dat genummerd koninklijk besluit te wijzigen.

A.1.3. Strafuitvoering

1) **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** (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2010-2011)

▪ **Moeilijkheden**

- a) Voorwaardelijke invrijheidstelling wordt toegekend na advies van de directeur (art. 50). Art. 59 voorziet als uitzondering dat een andere modaliteit kan toegekend worden dan deze die aanhangig is. Ter zitting blijkt regelmatig dat in het kader van de weg der geleidelijkheid bv. elektronisch toezicht of beperkte detentie meer aangewezen is maar de wet beperkt dan het elektronisch toezicht of beperkte detentie tot 2 maand, termijn die éénmaal verlengbaar.
- b) Art. 37 – overgenomen in art. 53 bepaalt dat de SURB de behandeling van de zaak éénmaal mag uitstellen tot een latere zitting, zonder dat die zitting meer dan 2 maand later mag plaatsvinden.
- c) Art. 70 – beperkt het afleveren van een bevel tot voorlopige aanhouding tot de procureur des Konings van de rechtbank in het rechtsgebied waarvan de veroordeelde zich bevindt.

Nochtans is het OM bij de SURB het best geplaatst om - rekening houdend met de principes van proportionaliteit en subsidiariteit - te oordelen of een bevel voorlopige aanhouding opportuun is.

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

- a) Het is aan de strafuitvoeringsrechtbank om te bepalen hoelang de andere modaliteit dient te lopen. Wel zou de wet om de twee maand een evaluatie kunnen opleggen van het verloop van de andere modaliteit, maar de rechtbank moet niet gedwongen worden om binnen die termijn een beslissing te nemen.
- b) De beperking tot uitstel van maximum 2 maand ligt in de praktijk dikwijls moeilijk. Er zijn verschillende factoren die maken dat een langer uitstel, of een uitstel van meer dan éénmaal wenselijk is.
- c) Art. 70 aanpassen als volgt :

“In de gevallen waarin overeenkomstig artikel 64 herroeping mogelijk is, kan **het openbaar ministerie bij de strafuitvoeringsrechtbank of de procureur des Konings van de rechtbank in het rechtsgebied waarvan de veroordeelde zich bevindt, zijn voorlopige aanhouding bevelen, ...**”

Beide, zowel OM als procureur dienen voorzien te worden zodat ook in het weekend of feestdagen, in afwezigheid van het OM bij de SURB toch een beslissing kan genomen worden.

2) Nationaal overlegforum strafuitvoeringsrechtbanken (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2010-2011)

▪ *Wetsbepalingen*

Koninklijk besluit tot inwerkingtreding en uitvoering van de artikelen 98/1 van de wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten en 120, eerste lid, van de wet van 21 april 2007 betreffende de internering van personen met een geestesstoornis.

▪ *Moelijkheden*

Art. 2 van vermeld KB voorziet in de federale overlegstructuur volgende mandatarissen :

De federale overlegstructuur wordt voorgezeten door een magistraat, werkend, emeritus of eremagistraat, die door de minister van Justitie wordt aangeduid afwisselend uit de zittende en de staande magistratuur, voor een periode van twee jaar. De overlegstructuur is verder samengesteld uit :

- de eerste voorzitters van de hoven van beroep of hun respectievelijke vertegenwoordiger;
- de voorzitters van de strafuitvoeringsrechtbanken of hun respectievelijke vertegenwoordiger;
- de procureur-generaal aan wie de specifieke taken met betrekking tot de opvolging van de strafuitvoering zijn toegewezen of zijn vertegenwoordiger;
- de directeur-generaal van het directoraat-generaal Justitiehuisen, of zijn vertegenwoordiger;
- de directeur-generaal van het directoraat-generaal Penitentiaire instellingen of zijn vertegenwoordiger;
- de directeur-generaal van het directoraat-generaal Rechterlijke organisatie of zijn vertegenwoordiger;
- de volgende medewerkers van het directoraat-generaal Justitiehuisen:
 - de directeurs van de regionale directie " Noord " en van de regionale directie " Zuid " of hun respectievelijke vertegenwoordiger;
 - de adviseur van de cel Conceptuele Aansturing en Beleidsondersturing of zijn vertegenwoordiger;
 - de volgende medewerkers van het directoraat-generaal Penitentiaire instellingen:
 - de directeurs van de regionale directie " Noord " en van de regionale directie " Zuid " of hun respectievelijke vertegenwoordiger;
 - de adviseur van de cel Conceptuele Aansturing en Beleidsondersturing of zijn vertegenwoordiger;

Daar waar de voorzitters van de strafuitvoeringsrechtbanken zitting hebben in de federale overlegstructuur is het openbaar ministerie bij deze rechtbank niet voorzien.

Dit is een opmerking die alleszins in Antwerpen ook door de voorzitters van de SURB gedeeld wordt.

Toch wordt nu – ondanks het geen zitting heeft in de federale overlegstructuur – het openbaar ministerie bij de SURB uitgenodigd om deze overlegstructuur voor te zitten ! (zie brief minister van justitie aan de voorzitter van het College Procureurs generaal d.d. 28/03/11 – ref ROJ 211/DS/Com. 249 A)

- **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

Ook het openbaar ministerie bij de SURB dient zitting te hebben in de federale overlegstructuur.

A.1.4. Wet op het politieambt - bijzondere wetgeving inzake politie

1) **Wet van 5 augustus 1992 op het politieambt – gerechtelijke uitsluitingszone** (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2008-2009)

- **Moeilijkheden**

Ingeval van plaatsopneming bij significante feiten zouden, zowel de onderzoeksrechters, de parketmagistraten, de politiediensten en de bestuurlijke overheden, eenvormig moeten optreden.

- **Samenvatting van het standpunt van het openbaar ministerie**

Verschillende uitsluitingszones kunnen noodzakelijk zijn.

De **ontradingszone** wordt gedefinieerd als de ruimte die wordt gecontroleerd door de politiediensten met de bedoeling dat inopportuun geachte personen op een veilige afstand van het plaats delict gehouden worden (ramptoeristen, journalisten, lokale bevolking, doorgaand verkeer,...).

Deze zone wordt slechts uitzonderlijk op grond van specifieke vereisten ingericht: configuratie en aard van de plaats (open ruimte,...), drukte, noodzaak van een verkeersplan,...

De ontradingszone zal afgeschermd worden door een ontradingsperimeter, m.a.w. aan de hand van controleposten ter hoogte van de toegangen, nadarafsluitingen,..."

De **isolatiezone** is een ruimte binnen de gerechtelijke ontradingszone (indien deze ingericht wordt), die wordt gecontroleerd door de politiediensten en die enkel mag betreden worden door de personen die onontbeerlijk zijn bij de uitvoering van de diverse gerechtelijke of hiermee verwante taken. Het is de verantwoordelijke voor de plaatsopneming die beslist wie deze zone mag betreden.

De isolatiezone wordt afgebakend door een isolatieperimeter die indien nodig materieel door een politielint aangeduid wordt. Eén of meerdere politieagenten controleren, overeenkomstig de richtlijnen van de verantwoordelijke voor de plaatsopneming, de toegang tot deze zone en zij tekenen de naam van de personen op die gemachtigd zijn om deze zone te betreden.

Ingeval van plaatsopneming bij significante feiten is het noodzakelijk dat de politieambtenaren, magistraten, onderzoeksrechters en bestuurlijke overheden zich zouden houden aan een **gerechtelijke uitsluitingsperimeter**.

De gerechtelijke uitsluitingsperimeter wordt gedefinieerd als de ruimte die deel uitmaakt van de isolatiezone en die noodzakelijk is voor het management van de plaatsopneming en dan vooral de uitoefening van de taken van technische en wetenschappelijke politie.

Deze zone wordt materieel aangeduid door een gerechtelijke uitsluitingsperimeter.

De toegang tot de gerechtelijke uitsluitingsperimeter wordt al dan niet toegestaan door de verantwoordelijke van de plaatsopneming, en dit in overleg met de verantwoordelijke van de technische en wetenschappelijke politie en op grond van de evolutie van het onderzoek. De facto mogen enkel de personen die hiervoor specifiek gemachtigd zijn, op een door de verantwoordelijke van de plaatsopneming als opportuun geacht moment, de gerechtelijke uitsluitingsperimeter betreden. De bedoeling hiervan bestaat erin te vermijden dat het plaats delict aangetast zou worden.

Wanneer er twijfel bestaat over de configuratie van de gerechtelijke uitsluitingsperimeter, dient deze eerder te ruim dan te beperkend te worden gedefinieerd.

De gerechtelijke uitsluitingsperimeter moet ingevoegd worden in het Wetboek van Strafvordering, bij de artikelen die betrekking hebben op de plaatsopneming. Het overschrijden van de gerechtelijke uitsluitingsperimeter zonder toelating moet strafrechtelijk gesanctioneerd worden. De verdere uitwerking van de gerechtelijke uitsluitingsperimeter kan aan de Koning worden opgedragen (er kan verwezen worden naar het ontwerp van Koninklijk Besluit tot uitvoering van de wet van 7 november 2011 houdende wijziging van het Wetboek van strafvordering en van de wet van 22 maart 1999 betreffende de identificatieprocedure via DNA-onderzoek in strafzaken – zie ook in bijlage de uiteenzetting van de procureur-generaal te Antwerpen inzake forensisch onderzoek, gegeven bij gelegenheid van het door de Senaat georganiseerd colloquium van 22 juni 2012 “Expertise Judiciaire: quelle réalité pour la preuve scientifique en Belgique”).

2) Onmiddellijke inning – scheepvaartpolitie (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2008-2009)

▪ **Wetsbepalingen**

Artikel 22bis, §2 van de wet van 3 mei 1999 tot regeling van de bevoegdheidsverdeling ingevolge de integratie van de zeevaartpolitie, de luchtvaartpolitie en de spoorwegpolitie in de federale politie.

▪ **Moelijkheden**

- Een gebrek aan een eenvormig strafrechtelijk beleid. Dit heeft tot gevolg dat in sommige arrondissementen zeer veel zaken geseponeerd worden en wekt de indruk van straffeloosheid.
- Een gebrek aan een systeem van onmiddellijke inningen, naar het voorbeeld van wat er op gebied van wegverkeer bestaat.

▪ **Samenvatting van het standpunt van het openbaar ministerie**

Het expertisenetwerk “Politie” heeft een juridische analyse van deze problematiek gemaakt en is tot de conclusie gekomen dat eenvormige richtlijnen van strafrechtelijk beleid op gebied van binnenscheepsvaart opportuun zouden zijn, enerzijds, en dat het invoeren van een systeem van onmiddellijke inning ter zake meer dan wenselijk zou zijn, anderzijds, maar dat dit op basis van een meer solide juridische basis dan artikel 22bis, §2 van de wet van 3 mei 1999 zou moeten gebeuren.

A.1.5. Andere bijzondere wetgeving

1) **Wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer t.a.v. de verwerking van persoonsgegevens** (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2007-2008)

Verwijzend naar het advies van het College van Procureurs-generaal van 27 februari 2007 inzake het ontwerp van kaderrichtlijn van 4 oktober 2005 van de Europese Commissie inzake de bescherming ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens in het kader van politie of gerechtelijke rechtshulp in strafzaken²⁵, en de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, is een aanmerkelijke wijziging van laatst vermelde wet en van zijn uitvoeringsbesluit van 13 februari 2001 nodig teneinde de coherentie met het strafprocesrecht te herstellen.

Beide wetgevingen zijn immers onderling niet in overeenstemming te brengen. Zoals de wetgeving op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer thans geconcipieerd is kan de toepassing ervan immers de schending van andere fundamentele rechten veroorzaken. Er kan ter zake eveneens verwezen worden naar de mercuriale van de procureur-generaal te Antwerpen van 3 september 2007.

Het in overeenstemming brengen van de wetgeving inzake de bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van verwerking van persoonsgegevens en het strafprocesrecht blijft noodzakelijk en vereist wetgevend initiatief.

2) **Spanningsveld tussen enerzijds de federale wetsbepalingen inzake huiszoeking en heterdaad en anderzijds de bepalingen van het Decreet van 15 juli 1997 houdende Vlaamse Wooncode en van het Decreet van 4 februari 1997 houdende de kwaliteits- en veiligheidsnormen voor kamers en studentenkamers** (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2008-2009)

▪ **Artikel 20 § 3, 1° van het Decreet van 15 juli 1997 houdende de Vlaamse Wooncode**

Er kan tot huiszoeking overgaan worden overgegaan in de volgende gevallen in de volgende gevallen:

- 1° er zijn voldoende aanwijzingen dat de woning niet meer voldoet aan de normen, bedoeld in artikel 5;
- 2° de woning wordt zonder nieuwe aanvraag voor een conformiteitsattest opnieuw te huur gesteld of verhuurd nadat de woning ongeschikt, onbewoonbaar of overbewoond werd verklaard;
- 3° de woning wordt na verbouwwerkzaamheden zoals bedoeld in artikel 10, opnieuw te huur gesteld of verhuurd zonder aanvraag voor een nieuw conformiteitsattest.

▪ **Artikel 21, 4° van het Decreet van 4 februari 1997 houdende de kwaliteits- en veiligheidsnormen voor kamers en studentenkamers**

Er kan tot huiszoeking overgaan worden overgegaan in de volgende gevallen in de volgende gevallen:

- 1° de verhuurder kan geen conformiteitsattest voorleggen;
- 2° de kamerwoning of de kamers, het studenten- of studentengemeenschapshuis of de studentenkamers worden zonder nieuwe aanvraag opnieuw te huur gesteld of verhuurd na een ongeschikt- of een onbewoonbaarverklaring;

²⁵ Proposal for a Council Framework Decision on the protection of personal data processed in the framework of police and judicial co-operation in criminal matters; doc. 11547/3/06 REV 3 CRIMORG 124 DROIPEN 44 ENFOPOL 146 DATAPROTECT 26 COMIX 642.

3° er werden verbouwingswerken uitgevoerd, zoals bedoeld in artikel 14 § 2 zonder daaropvolgende aanvraag voor een nieuw conformiteitsattest;

4° er zijn voldoende aanwijzingen dat de kamerwoning of de kamer niet meer voldoet aan de normen bedoeld in artikelen 4, 6 en 7, 7^{quater}, 7^{quinquies} en 7^{sexies}, of het studenten- of studentengemeenschapshuis of de studentenkamer niet meer voldoet aan de normen bedoeld in artikelen 4 en 8;

5° er zijn voldoende aanwijzingen dat de kamer wordt bewoond door meer personen dan is toegelaten volgens het conformiteitsattest.

▪ **Moeilijkheden**

De decreetgever heeft nagelaten de vorm van de huiszoeking te bepalen. De vraag rijst dan ook naar de procedurele toepassing van de opsporingsbevoegdheden van de wooninspecteurs. In het bijzonder kan de toepassing artikel 20 § 3, 1° Vlaamse Wooncode en artikel 21, 4° Kamerdecreet aanleiding geven tot juridische problemen in het licht van artikel 15 Grondwet dat de onschendbaarheid van de woning en artikel 8 EVRM het welk de eerbieding van het privé-leven waarborgt.

Terminologie “huiszoeking” lijkt niet geheel correct. Het betreft eerder een “visitatieright”. Deze terminologie heeft ongetwijfeld ook haar weerslag op het procedurele aspect.

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

De Decreetgever is geenszins bevoegd ten aanzien van de vorm van de strafvervolgung. Artikel 1 van de wet van 7 juni 1969 tot vaststelling van de tijd gedurende welke geen opsporingen ten huize of huiszoekingen mogen worden verricht omvat de procedurele garanties aangaande huiszoekingen. Zonder rechterlijk bevel mag er geen huiszoeking worden uitgevoerd voor vijf uur 's morgens en na negen uur 's avonds tenzij een bijzondere wet dit toch toelaat of een schriftelijke voorafgaande toestemming van de bewoner wordt verkregen. Ook bij een op heterdaad betrapte misdrijf kan er buiten deze uren, zonder bevel of toestemming, een huiszoeking worden verricht. De meeste situaties waarin er een huiszoeking kan plaatsvinden zoals voorzien door de decreten betreffen situaties van heterdaad waarbij er geen huiszoekingsbevel of toestemming van de bewoner nodig is. Toch vallen de volgende situaties niet onder de noemer van heterdaad:

Artikel 20 § 3, 1° van het Decreet van 15 juli 1997 houdende de Vlaamse Wooncode bepaalt dat er tot huiszoeking kan worden overgegaan indien er voldoende aanwijzingen zijn dat de woning niet meer voldoet aan de normen, bedoeld in artikel 5;

Artikel 21, 4° van het Decreet van 4 februari 1997 houdende de kwaliteits- en veiligheidsnormen voor kamers en studentenkamers bepaalt dat er tot huiszoeking kan worden overgegaan indien er voldoende aanwijzingen zijn dat de kamerwoning of de kamer niet meer voldoet aan de normen bedoeld in artikelen 4, 6 en 7, 7^{quater}, 7^{quinquies} en 7^{sexies}, of het studenten- of studentengemeenschapshuis of de studentenkamer niet meer voldoet aan de normen bedoeld in artikelen 4 en 8;

Deze twee situaties kunnen bezwaarlijk worden beschouwd als een op heterdaad betrapte misdrijf. De wooninspecteurs moeten zich immers in de woning begeven om de voornoemde vaststellingen te kunnen doen. Door een gebrek aan een procedureel kader kan de toepassing ervan leiden tot juridische problemen. Hier zou er moeten worden teruggevallen op de gemeenrechtelijke procedures (huiszoekingsbevel, toestemming). Bovendien bestaat er verwarring over de terminologie waarvoor de decreetgever heeft gekozen. Men kan zich de vraag stellen of de decreetgever niet eerder een “visitatieright” voor ogen had in plaats van een “huiszoeking”.

De wooninspecteurs moeten niet tot een werkelijke zoeking of inbeslagnames overgaan teneinde hun vaststellingen te kunnen doen. Het is voldoende dat zij het pand van binnen kunnen bekijken.

Het Openbaar ministerie is dan ook van oordeel dat het niet gaat om een huiszoeking, maar eerder om een visitatierecht. De juiste keuze van terminologie zou kunnen betekenen dat de gemeenrechtelijke procedure niet moet worden toegepast. Het is dan ook aan de decretale wetgever om deze bepalingen te evalueren en over te gaan tot de precisering van de term “huiszoeking”.

Niettegenstaande het hier hoofdzakelijk om een probleem gaat met betrekking tot de uitvoering van Decreten, wordt deze problematiek toch signaleerd in het kader van de federale wetsevaluatie.

Immers gaat het in wezen ook om de toepassing van de begrippen huiszoeking en heterdaad, en om de bevoegdheid van ambtenaren bekleed met de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie.

In het kader van het strafprocesrecht – dat integraal binnen de federale bevoegdheid valt – behoort huiszoeking tot de exclusieve bevoegdheid van de onderzoeksrechter in het kader van een gerechtelijk onderzoek, inzonderheid verwijzend naar art. 28septies en 89 Sv. De heterdaad situatie maakt zoals gezegd een van de uitzonderingen uit op die regel, maar is ook uiterst beperkt in tijd.

Het terugvallen op de gemeenrechtelijke procedure en regels lijkt noch aangewezen vanuit een zuiver juridisch standpunt, noch vanuit het standpunt van strafrechtelijk beleid.

Het aanpassen van de Decreten vereist evenwel een afweging tussen de strenge strafprocesrechtelijke regels en de nood om een beperkt “visitatierecht” in alle soepelheid te kunnen uitvoeren, desnoods na tussenkomst van een daartoe aangewezen rechter als het om een van de situaties gaat die niet gelijk kunnen gesteld worden met heterdaad, en waarvoor evenmin toestemming werd verleend.

3) Beroepsverbod – KB van 24 oktober 1934 – Publicatie – Databank (opgenomen vanaf wetsevaluatie 2008-2009)

Het is aangewezen een nationale databank op te richten die gemakkelijk consulteerbaar is voor politie, fiscus, notarissen en justitie.

De Kruispuntbank der Ondernemingen is het meest geschikt om een dergelijke databank aan te leggen en bij te houden. Een eenvoudig uitvoeringsbesluit volstaat. Immers, de wet van 16 januari 2003 op de Kruispuntbank van Ondernemingen bepaalt in art. 23 § 1; 10° dat de griffies verplicht zijn om de vonnissen en arresten inhoudende een beroepsverbod aan de KBO over te maken. De griffies voeren dit voorschrift uit, maar bij de KBO blijven de vonnissen en arresten opgestapeld liggen, zonder dat er iets mee gebeurt. De consultatie is uiterst moeilijk zonder een nationale gegevensbank.

Aan de notarissen zou de verplichting moeten worden opgelegd deze nationale databank te consulteren vooraleer nog een vennootschapsakte te verlijden.

Een tweede efficiënt middel is in de wet inschrijven dat rechterlijke uitspraken die een beroepsverbod opleggen gepubliceerd worden in het Belgisch Staatsblad (zoals de faillissementsvonnissen). Instellingen zoals GRAYDON zullen dit dan overnemen.

Inmiddels kan ook verwezen worden naar het ‘Just-X’ project, een kruispuntbank waar alle gegevens elektronisch verzameld en aan elkaar gekoppeld zullen worden.

A.2. Nieuwe aandachtspunten - Strafrecht en strafprocesrecht

A.2.1. Strafwetboek en bijzonder strafrecht

1) Herhaling en samenloop

Door de diverse wijzigingen van het Strafwetboek en van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden lijkt er een discrepantie ontstaan te zijn, onder meer inzake herhaling en samenloop

a) Herhaling: artikelen 54 en volgende Strafwetboek

▪ *Moeilijkheden*

De strafverzwaring wegens herhaling komt aan bod in de artikelen 54 tot 57 Sw. Deze wetsbepalingen voorzien strafverzwaring indien:

- hij die, na tot een criminele straf te zijn veroordeeld, een misdaad pleegt strafbaar met opsluiting van vijf tot tien jaar, tien tot vijftien jaar of vijftien tot twintig jaar;
- hij die na tot een criminele straf te zijn veroordeeld, een wanbedrijf pleegt. De dader kan in dat geval worden veroordeeld tot het dubbele van het maximum van de straf, bij de wet op het wanbedrijf gesteld. Dezelfde straf kan worden uitgesproken in geval van een vroegere veroordeling tot gevangenisstraf van ten minste een jaar, indien de veroordeelde het nieuwe wanbedrijf pleegt voordat vijf jaren zijn verlopen sinds hij zijn straf heeft ondergaan of sinds zijn straf verjaard is.

Er is geen strafverzwaring voorzien voor het geval van veroordeling tot een misdaad na veroordeeld geweest te zijn tot een correctionele straf.

Ingevolge de wet van 21 december 2009 tot hervorming van het hof van assisen kunnen echter veel meer misdaden dan voorheen gecorrectionaliseerd worden. Algemeen volstaat, zelfs voor de zwaarste misdaden, mits aanneming van verzachtende omstandigheden, een gevangenisstraf van 3 jaar.

Ingevolge diezelfde wet werd artikel 25 Sw aangepast zodat de duur van de correctionele 'gevangenisstraf' maximaal 20 jaar bedraagt.

Wanneer de beklaagde zich in staat van wettelijke herhaling bevindt, kan de correctionele rechtbank een gevangenisstraf van 40 jaar uitspreken, terwijl het hof van assisen voor een gelijkaardig misdrijf, zelfs in staat van herhaling, 'slechts' tot een opsluiting van 30 jaar kan veroordelen.

Het Grondwettelijk Hof overwoog in arrest nr 193/2011 van 15 december 2011:

"Het staat aan de wetgever die discriminatie weg te werken.

In afwachting dat de wetgever optreedt, komt het de correctionele rechter toe bij de bepaling van de straf erover te waken dat hij in zodanig geval niet veroordeelt tot een vrijheidsberovende straf waarvan de duur de maximumtermijn van de vrijheidsberovende straf die door het hof van assisen zou kunnen worden opgelegd, te boven gaat."

En zegde voor recht :

- Artikel 2, eerste lid en derde lid, 2°, van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden, vervangen bij artikel 230 van de wet van 21 december 2009 tot hervorming van het hof van assisen, schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet.

- *Artikel 56, tweede lid, van het Strafwetboek, in samenhang gelezen met artikel 25 van hetzelfde Wetboek en met artikel 2, eerste lid en derde lid, van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden, schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, doch enkel in zoverre het toelaat de inverdenkinggestelde die naar de correctionele rechtbank is verwezen wegens een gecorrectionaliseerde misdaad die is gepleegd minder dan vijf jaar nadat hij een gevangenisstraf van minstens één jaar heeft ondergaan of nadat die straf is verjaard, te veroordelen tot een hogere straf dan die welke kan worden uitgesproken ten aanzien van de inverdenkinggestelde die wegens dezelfde misdaad die in diezelfde omstandigheid is gepleegd, naar het hof van assisen is verwezen.*

▪ **Samenvatting van het standpunt van het openbaar ministerie**

Dezelfde strafverzwaringen zouden moeten gelden voor iemand die wegens een als wanbedrijf gecorrectionaliseerde misdaad veroordeeld werd als voor iemand die wegens een misdaad tot een straf van gelijke duur werd veroordeeld. De wetgever kan zich eventueel inspireren op artikel 54 Sw. voor wat de vorige veroordelingen tot meer vijf jaar betreft. Daarbij kan opgemerkt worden dat er voor een misdaad strafbaar met opsluiting van 20 tot 30 jaar geen strafverzwaring is voorzien.

Een andere optie zou erin kunnen bestaan bij herhaling (zowel na een misdaad als na een als wanbedrijf gecorrectionaliseerde misdaad) een verhoging van de maximumstraf met vijf jaar mogelijk te maken.

b) Samenloop

▪ **Moelijkheden**

De samenloop van verscheidene misdrijven, en de gevolgen daarvan op de straftoemeting, komen aan bod in de artikelen 58 tot 65 Sw.

Artikel 60 Sw. bepaalt dat bij samenloop van verscheidene wanbedrijven, alle straffen samen opgelegd worden, zonder dat zij evenwel het dubbele van het maximum van de zwaarste straf te boven mogen gaan; in geen enkel geval mag die straf twintig jaar gevangenisstraf te boven gaan³

Artikel 61 Sw. bepaalt dat bij samenloop van een misdaad met één of meerdere wanbedrijven of met één of meerdere overtredingen, alleen de op de misdaad gestelde straf wordt uitgesproken.

Artikel 62 Sw. regelt de samenloop van verscheidene misdaden, waarbij alleen de zwaarste straf wordt uitgesproken; de straf kan tot vijf jaar boven het maximum worden verhoogd indien zij bestaat in tijdelijke opsluiting of hechtenis van vijftien tot twintig jaar, respectievelijk gedurende een kortere termijn.

De rechtspraak²⁶ verduidelijkt dat de regel van artikel 61 Sw. niet meer toepasselijk is wanneer een misdaad omgezet is in een wanbedrijf, hetzij door aanneming van verzachtende omstandigheden, hetzij wegens gronden van verschoning.

Andere rechtspraak²⁷ stelt ook dat er samenloop is wanneer een beklagde op verschillende tijdstippen misdrijven heeft gepleegd zonder dat hij onherroepelijk was veroordeeld voor één van die misdrijven op het ogenblik dat hij de andere pleegde. Als hij wegens één van die misdrijven, een misdaad, tot een criminele straf is veroordeeld, kan voor de wanbedrijven geen straf meer uitgesproken worden.

²⁶ Cass. 1 juli 1940, *Pas.* 1940 I 184; *Arr.Cass.* 1940, 71.

²⁷ Cass. A.R. nr. 95.266.N dd. 9 mei 1995.

Het lijkt erop dat de artikelen 10 en 11 van de Grondwet geschonden worden doordat:

- tegen iemand die op verschillende tijdstippen misdrijven gepleegd heeft zonder dat hij onherroepelijk was veroordeeld voor één van die misdrijven op het ogenblik dat hij de andere pleegde en die wegens één van die misdrijven, een misdaad, tot een criminele straf is veroordeeld (door het hof van assisen), geen straf meer kan worden uitgesproken,
- terwijl iemand die voor gelijkaardige feiten, in de wettelijke omschrijving misdaden, (door de correctionele rechtbank) tot een correctionele straf van gelijke duur zou veroordeeld zijn, nog kan veroordeeld worden tot straf.

▪ **Samenvatting van het standpunt van het openbaar ministerie**

De samenloop zou zowel voor misdaden als voor wanbedrijven in de toekomst kunnen geïnspireerd worden zoals thans geregeld voor de wanbedrijven overeenkomstig artikel 60 Sw, dan wel zoals nu geregeld voor de misdaden overeenkomstig artikel 62 of met een andere mogelijke strafverzwaring voor gevolg.

De huidige bepalingen overeenkomstig artikel 61 Sw. betekenen een premie voor de veelpleger van zware misdrijven.

2) Schending van het beroepsgeheim door personen die beroepshalve medewerking verlenen aan het onderzoek - perslekken

▪ **Moeilijkheden**

Deze problematiek kwam uitgebreid aan bod in de mercuriale die de procureur-generaal te Antwerpen uitsprak op 3 september 2012, met als titel 'De vierde macht' (zie bijlage).

Justitie wordt meer en meer geconfronteerd met perslekken, waardoor het geheim van het vooronderzoek in strafzaken in het gedrang komt, en het vermoeden van onschuld geschonden wordt.

Schendingen van het geheim van het onderzoek door medewerkers van politie en justitie zijn in de praktijk zeer moeilijk te vervolgen.

De moeilijkheid bestaat hierin dat gerechtelijke onderzoeken naar deze perslekken amper of niet leiden tot resultaten. De wet van 7 april 2005 tot bescherming van de journalistieke bronnen heeft er immers toe geleid dat medewerkers van de politie of van justitie die informatie gelekt hebben naar de pers, niet geïdentificeerd kunnen worden.

De lage strafmaat uit artikel 458 Sw. en het gebrek aan opsporingsmogelijkheden zorgen voor een situatie van straffeloosheid.

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

De lage strafmaat van artikel 458 Sw, nl. een gevangenisstraf van 8 dagen tot zes maanden en een geldboete van honderd euro tot vijfhonderd euro, mist het nodige ontradende effect.

Erger nog dan de lage strafmaat – voor zover ze zou uitgesproken worden ten laste van een wel geïdentificeerde dader – is het gebrek aan mogelijkheden om bepaalde opsporingsmethoden aan te wenden. Artikel 458 SW komt immers niet voor op de lijst van de misdrijven waarvoor bijvoorbeeld een telefoontap mag geplaatst worden. Vermits

stelselmatig naar deze lijst misdrijven wordt verwezen in andere bepalingen met betrekking tot bijzondere opsporingsmethoden zijn de onderzoeksmogelijkheden ernstig beknot. Andere bijzondere opsporingsmethoden kunnen dan weer niet aangewend worden omdat de strafmaat van art. 458 Sw. te laag is.

Om aan deze situatie te remediëren, dringen een verhoging van de strafmaat en een uitbreiding van de opsporingsmogelijkheden zich op.

Aan de bescherming van de journalistieke bronnen, wenst het College niet te raken.

3) Artikel 405quater Sw – Voorontwerp van wet tot verhoging van de maximumstraffen voor geweldplegingen met discriminerend motief

De ministerraad heeft zich op 20 juli 2012 gebogen over een voorstel tot verhoging van de maximumstraffen voor geweldplegingen met discriminerend motief.

Artikel 405quater Sw voorziet echter nu reeds een strafverzwaring:

In de gevallen bepaald in de artikelen 393 tot 405bis kan het minimum van de bij die artikelen bepaalde straffen worden verdubbeld in geval van correctionele straffen en met twee jaar verhoogd in geval van opsluiting, wanneer een van de drijfveren van de misdaad of het wanbedrijf bestaat in de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens diens zogenaamd ras, zijn huidskleur, zijn afkomst, zijn nationale of etnische afstamming, zijn nationaliteit, zijn geslacht, zijn seksuele geaardheid, zijn burgerlijke staat, zijn geboorte, zijn leeftijd, zijn fortuin, zijn geloof of levensbeschouwing, zijn huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, zijn taal, zijn politieke overtuiging, zijn syndicale overtuiging, een fysieke of genetische eigenschap of zijn sociale afkomst.

De huidige strafwet voorziet derhalve dat de minimumstraf kan verdubbeld worden, of met twee jaar verhoogd kan worden, wanneer er bij opzettelijke gewelddaden sprake is van een discriminerend motief.

De bestaande mogelijkheden tot strafverzwaring zijn voldoende ruim. Het lijkt onnodig te wetgeving nog te verzwaren met verdere detailregelingen.

A.2.2. Wetboek van Strafvordering (met inbegrip van complementaire wetgeving)

1) Artikel 5bis van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering

▪ Moeilijkheden

A.h.v. de wet van 30 november 2011 (B.S. van 20 januari 2012) werden door de wetgever gevoelige wijzigingen aangebracht aan de procedure m.b.t. de verklaring van benadeelde persoon uit artikel 5bis van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering. In dit artikel, dat op 1 januari 2013 in werking zal treden, wordt het volgende bepaald:

*§ 1. De hoedanigheid van benadeelde persoon verkrijgt degene die verklaart schade te hebben geleden veroorzaakt door een misdrijf
[De persoon die een klacht indient bij de politiediensten, zal systematisch worden geïnformeerd over de mogelijkheid om de hoedanigheid van benadeelde persoon te verkrijgen en de daarbij behorende rechten. Een ad hoc formulier zal hem bij het indienen van zijn klacht worden bezorgd.]*

§ 2. De verklaring wordt gedaan in persoon of door een advocaat.

De verklaring bevat:

- a) naam, voornaam, plaats en datum van geboorte, beroep en woonplaats van de betrokkene;
- b) het feit dat de oorzaak is van de schade geleden door de betrokkene;
- c) de aard van deze schade;
- d) het persoonlijk belang dat de betrokkene doet gelden.

[De verklaring, waarvan akte wordt opgesteld die bij het dossier wordt gevoegd, wordt afgelegd op het secretariaat van het openbaar ministerie, op het politiesecretariaat, bij de politieambtenaar die het proces-verbaal opstelt of wordt per aangetekende brief aan het secretariaat van het openbaar ministerie toegezonden.

Indien de verklaring wordt afgelegd op het politiesecretariaat of bij de politieambtenaar die het proces-verbaal opstelt, wordt ze onverwijld overgezonden aan het secretariaat van het openbaar ministerie.]

§ 3. De benadeelde persoon heeft het recht bijgestaan of vertegenwoordigd te worden door een advocaat

Hij mag ieder document dat hij nuttig acht doen toevoegen aan het dossier

Hij wordt op de hoogte gebracht van de seponering en de reden daarvan, het instellen van een gerechtelijk onderzoek en de bepaling van een rechtsdag voor het onderzoeken vonnisgerecht.

Naast de reeds bestaande mogelijkheid van een verklaring die op het parketsecretariaat afgelegd wordt, worden dus drie nieuwe mogelijkheden om zich benadeelde persoon te stellen toegevoegd, nl. de aangetekende verzending aan het parketsecretariaat, het afleggen van de verklaring op het politiesecretariaat of bij de politieambtenaar die het proces-verbaal opmaakt.

Het expertisenetwerk "Slachtofferbeleid" bestudeerde de maatregelen die genomen moeten worden om dit nieuwe artikel in de praktijk om te kunnen zetten. Een correcte toepassing van de wet maakt immers een aantal technische aanpassingen nodig en ook de richtlijnen voor de politiediensten (omzendbrief COL 5/2009) zullen bijgestuurd moeten worden.

In dit opzicht bleek dat dit nieuwe wetsartikel onder andere volgende twee moeilijkheden stelt:

- in de Franse versie van het artikel is sprake van "*la possibilité de se constituer personne lésée*", terwijl er i.p.v. de term "*constituer/constitution*" eerder sprake van "*déclaration*" zou moeten zijn, ook al omdat het eerste begrip tot verwarring met een burgerlijkepartijstelling ("*constitution de partie civile*") zou kunnen leiden.
- het concept "*politiesecretariaat*" bestaat niet binnen de politiestructuur. De benaming "*secretariaat*" is dus niet gepast en zou tot onzekerheid kunnen leiden over de plaats waar de verklaring nu precies afgelegd moet worden. Het begrip "*politiekantoor*" is daarentegen welbekend. Niettemin hebben alle politiekantoren hun eigen specifieke geplogenheden, en hoewel zij doorgaans beschikken over een administratieve dienst, is deze zelden voor het publiek toegankelijk. Waar dit wel het geval is, zal deze dienst echter niet noodzakelijk in staat zijn een verklaring van benadeelde persoon te ontvangen en te beheren m.b.t. een klacht die door een andere dienst uit eventueel een ander gerechtelijk arrondissement opgetekend werd. Er bestaat dus een risico op secundaire victimisering. Aangezien het gewijzigde artikel 5bis reeds het afleggen van een verklaring van benadeelde persoon vergemakkelijkt door de mogelijkheid te bieden dit bij de politieambtenaar te laten gebeuren die het proces-verbaal opstelt of ze via een aangetekende brief aan het secretariaat van het openbaar ministerie te verzenden, lijkt de bijkomende mogelijkheid van een indiening op het politiekantoor eerder overbodig.

- **Samenvatting van het standpunt van het openbaar ministerie**

In artikel 5bis van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering wordt in de Franse tekst voorgesteld om “*se constituer personne lésée*” te vervangen door “*se déclarer personne lésée*”, kwestie van een duidelijk onderscheid te behouden met de burgerlijkepartijstelling en zo elke vorm van verwarring te vermijden.

Bovendien wordt gesuggereerd om de mogelijkheid af te schaffen om een verklaring van benadeelde persoon op het politiesecretariaat af te leggen.

2) Wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, met name de artikelen 28, § 2 en 38, § 2.

- **Moeilijkheden**

Nadat de strafzaak bij de correctionele rechtbank aanhangig is gemaakt door de verwijzing van het onderzoeksgerecht, kan de voorlopige invrijheidsstelling worden gevraagd door de aangehouden beklaagde, mits indiening van een verzoekschrift conform art. 27, WVH.

Deze invrijheidsstelling kan afhankelijk worden gesteld van voorwaarden conform art. 35-36, WVH.

Naar verluid van art. 38, § 2, WVH kan bij niet-naleving van deze voorwaarden de bodemrechter (rechtbank of Hof van Beroep) een (nieuw) bevel tot aanhouding uitvaardigen.”onder de voorwaarden bepaald in art. 28”.

Echter art. 28 § 2, WVH - dat voor de bodemrechter van toepassing is - bepaalt dat dit (alleen) kan in het geval bedoeld in § 1, 1°, namelijk als de beklaagde niet verschijnt bij enige proceshandeling!

Niet alleen is het verzuim om niet te verschijnen niet sanctioneerbaar, maar heeft in de huidige stand van zaken de beklaagde het recht zich te laten vertegenwoordigen. Artikel 28 § 2 is dan ook een “leeg” artikel, dat compleet zinloos is geworden. Eventueel zou kunnen gedacht worden aan de invoeging van en mogelijke koppeling van een nieuw bevel tot aanhouding aan het bevel tot persoonlijke verschijning (vergelijk art. 185 § 2).

Erger is dat de beklaagde die onder voorwaarden in vrijheid is gesteld, niet gesanctioneerd kan worden, zoals dit wel het geval is lopende het gerechtelijk onderzoek. Nochtans art. 38 § 2, WVH voorziet dit uitdrukkelijk, maar is door de libellering van art. 28 § 2 niet werkbaar.

- **Samenvatting van het standpunt van het openbaar ministerie**

Art.28 § 2, WVH dient als volgt omschreven te worden:

“De rechtbank of het Hof, naargelang van het geval, kan een bevel tot aanhouding uitvaardigen in het geval bedoeld in § 1, 2°.”

Aldus zal de bodemrechter kunnen oordelen of het niet naleven van de voorwaarden “nieuwe en ernstige omstandigheden” uitmaken die een nieuwe bevel tot aanhouding wettigen.

Men zal er zich over moeten buigen of dit bij een andere bodemrechter aanhangig moet worden gemaakt dan de bodemrechter die over de grond van de zaak oordeelt om te vermijden dat een schijn van partijdigheid zou worden opgewekt.

Vooraleer het nieuwe bevel tot aanhouding uit te vaardigen dient de beklaagde verhoord te worden in aanwezigheid van zijn advocaat.

Het lijkt bovendien logisch dat indien een beklaagde niet verschijnt bij proceshandelingen de bodemrechter niet alleen een bevel tot persoonlijke verschijning moet kunnen verlenen doch indien nodig, overeenkomstig de criteria van de wet voorlopige hechtenis, een nieuw bevel tot aanhouding.

Thans voorzien art. 185 § 2 en 152 § 2 weliswaar dat de rechtbank een bevel tot medebrenging kan uitvaardigen.

Indien de criteria van de wet voorlopige hechtenis verenigd zijn en de bodemrechter een nader onderzoek wenst zou een nieuw bevel tot aanhouding eventueel een nuttige bijkomende maatregel kunnen opleveren.

A.2.3. Strafrechtspleging – bijzondere wetgeving (met inbegrip van strafuitvoering)

1) **Wet van 26 april 2007 betreffende de terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank, die van kracht werd op 1 januari 2012.**

▪ **Moeilijkheden**

De problematiek betreft Titel XIbis, Onderafdeling 3 (beperkte detentie en elektronisch toezicht) van de Wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden.

Artikel 95/20 bepaalt:

" De artikelen 62 en 63 zijn toepassing voor de opvolging en de controle van de beperkte detentie en het elektronisch toezicht. TITEL VIII is van toepassing." (betreft herroeping, schorsing en herziening).

Artikel 70, dat de mogelijkheid tot voorlopige aanhouding voorziet door de procureur des Konings, wordt evenwel niet voorzien. Artikel 70 hangt samen met art 64 dat de mogelijkheden tot herroeping, schorsing en herziening voorziet. Art. 64 valt onder TITEL VIII, art. 70 echter niet (dit artikel valt onder TITEL IX). De mogelijkheid van toepassing van het bevel tot voorlopige aanhouding onder elektronisch toezicht of beperkte detentie is dus wettelijk niet voorzien.

Een vergelijking kan gemaakt worden met artikel 95/17§1 van de Wet Externe Rechtspositie (uitgaansvergunning en penitentiair verlof).

"In de in artikel 95/16 bedoelde gevallen waarin herroeping van het penitentiair verlof of van de uitgaansvergunning mogelijk is, kan de procureur des Konings van de rechtbank in het rechtsgebied waarvan de ter beschikking gestelde veroordeelde zich bevindt, zijn voorlopige aanhouding bevelen, onder verplichting de bevoegde strafuitvoeringsrechtbank daarvan onmiddellijk in kennis te stellen."

Ook kan verwezen worden naar artikel 95/27 §, wat betreft de invrijheidstelling onder toezicht :

“Artikel 70 is van toepassing”

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

Onder titel XI bis, onderafdeling 3 (Beperkte detentie en elektronisch toezicht) dient voorzien te worden dat ook TITEL IX van toepassing is.

Het voorontwerp van wet diverse bepalingen inzake justitie (2012) voorziet aanpassingen aan de artikelen 70 en 95/20 van de wet van 17 mei 2006, teneinde de bepalingen betreffende de voorlopige aanhouding van personen volledig sluitend te maken.

Indien deze wet bij publicatie van het huidige rapport reeds aangenomen zou zijn, en een oplossing bevat in deze zin, dient met bovenstaande opmerkingen geen rekening gehouden te worden.

2) Bijzondere inlichtingenmethoden – art. 2§3 Wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdienst.

De wet van 30 november 1998 werd grondig gewijzigd door de wet van 04 februari 2010 betreffende de methoden voor het verzamelen van gegevens door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. De Veiligheid van de Staat (VS) en de Algemene Dienst Inlichting en Veiligheid (ADIV) kunnen beroep doen op gewone, specifieke en uitzonderlijke methoden, waarbij een aantal waarborgen en controles werden ingeschreven.

Zo is o.m. voorzien in een kennisgevingsverplichting (art.2§3 Wet 30.11.1998): de persoon die het voorwerp uitgemaakt heeft van een specifieke of een uitzonderlijke methode moet daarvan geïnformeerd worden, doch deze verplichting is eerder restrictief:

- geldt niet voor de gewone methode;
- gegevens die werden geclassificeerd vallen buiten deze verplichting;
- er moet een periode van meer dan vijf jaar verstreken zijn sinds het beëindigen van de methode en sinds dit einde werden geen nieuwe gegevens verzameld;
- de natuurlijke persoon moet zelf een verzoek daartoe indienen en een “wettelijk belang” hebben.

De wet van 04 februari 2010 werd aangevochten en het Grondwettelijk Hof velde het arrest nr.145/2011 op 22 september 2011, waarbij de beroepen voor het overgrote deel werden verworpen (zie als bijlage het extract van de strikt vertrouwelijke omzendbrief COL 9/2012, nl. hoofdstuk IX. Arrest Grondwettelijk Hof)

Eigenlijk werden slechts twee grieven gegrond verklaard in verband met de kennisgevingsverplichting en werd de vernietiging uitgesproken van art. 2§3 van de Wet van 30.11.1998 omdat het slechts voorziet in een kennisgeving op verzoek, alsmede omdat het enkel van toepassing is op de natuurlijke personen en niet op de rechtspersonen.

De Wet van 30.11.1998 dient dan ook (beperkt) gewijzigd door een kennisgevingsverplichting in te schrijven:

1. Niet alleen op verzoek van een persoon die een wettelijk belang doet blijken, doch eveneens op initiatief van de betrokken diensten van zodra de Bestuurlijke Commissie een dergelijke kennisgeving mogelijk acht zonder het doel in het gedrang te brengen;

2. Niet alleen ten aanzien van de natuurlijke personen doch ook ten aanzien van de rechtspersonen.

B. Strafrechtspleging – grensoverschrijdende aspecten

B.1. Punten reeds aangehaald in voorgaande rapporten wetsevaluatie, met eventuele actualisatie

1) Uitleveringswet van 15 maart 1874 (opgenomen sinds wetsevaluatie 2007-2008)

▪ *Toepassing van artikel 11*

Er wordt gewezen op de moeilijkheden die gepaard gaan met de toepassing van artikel 11 van de Uitleveringswet van 15 maart 1874 en waarop reeds door de procureur-generaal te Gent werd gewezen in de ressortelijke circulaires R.nr.46/02 en R.nr.45/04. Buitenlandse rogatoire commissies strekkende tot huiszoeking of inbeslagname die in verschillende gerechtelijke arrondissementen moeten worden uitgevoerd, dienen uitvoerbaar verklaard door alle territoriaal bevoegde raadkamers. Bovendien is artikel 11 niet toepasselijk op de buitenlandse rogatoire commissies strekkende tot telefoontap. Het College van Procureurs-generaal heeft in de gemeenschappelijke omzendbrief COL 5/2005 een specifiek hoofdstuk II.3 gewijd aan de voorwaarde voor tenuitvoerlegging voorzien in artikel 11 van de Uitleveringswet.

Er bestaat in de praktijk een grote nood aan aanpassing van artikel 11 van de uitleveringswet van 15 maart 1874 met het oog op een gecentraliseerde tenuitvoerlegging van de buitenlandse verzoeken tot huiszoeking / inbeslagname. De federale procureur vestigde daar eveneens de aandacht op en het College van Procureurs-generaal herinnert aan de in een vorige evaluatieverslag van het federaal parket gemaakte vergelijking met de inbeslagname op basis van een verzoek gestoeld op het beginsel van de wederzijdse erkenning binnen de Europese Unie, waar wel een centralisatie mogelijk is indien de uitvoering zich uitstrekt over verschillende arrondissementen.

▪ *Art. 334 van het Strafwetboek*

Artikel 334 van het Strafwetboek heeft betrekking op de ontvluchting van gevangenen en de daarbij geboden hulp door personen, aangesteld om ze te geleiden of te bewaken. Dit artikel verwijst eveneens naar het geval van een ontvluchte die aangehouden was krachtens “de uitleveringswet”. De verwijzing naar “de uitleveringswet” zou gelet op de nieuwe regelgeving inzake het Europees aanhoudingsbevel beter aangevuld worden met de woorden “of krachtens de wet betreffende het Europees aanhoudingsbevel”.

2) Wet betreffende het Europees aanhoudingsbevel van 19 december 2003 (opgenomen sinds wetsevaluatie 2009-2010)

▪ *Moelijkheden*

De Wet van 19 december 2003 heeft het EU Kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel in Belgisch recht omgezet. Na meer dan zes jaar ervaring in de praktijk kunnen een aantal moeilijkheden worden signaleerd.

▪ *Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie*

- **Artikel 13 § 4 van de Wet.**

Artikel 13 regelt de procedure in geval van toestemming van de betrokkene. Artikel 13 § 4 bepaalt dat de gegeven instemming kan ingetrokken worden tot op het tijdstip van de daadwerkelijke overlevering.

Artikel 13.4 van het E.U. Kaderbesluit voorziet nochtans als beginnel dat de instemming niet kan worden herroepen (weze het dat de lidstaten anders kunnen bepalen).

Gezien de moeilijkheden in de praktijk als betrokkene bv. pas net voor de effectieve overlevering aan de grens zijn instemming intrekt, en gezien het artikel 13 reeds voldoende waarborgen voorziet (instemming wordt gegeven in het bijzijn van zijn advocaat – de persoon dient in kennis gesteld van de gevolgen van de instemming – uit het op te stellen proces-verbaal moet blijken dat betrokkene vrijelijk heeft ingestemd en zich ten volle bewust was van de daaruit voortvloeiende gevolgen) wordt voorgesteld de mogelijkheid om de instemming in te trekken uit de wet te schrappen.

- **Artikel 17 § 1 en 18 § 1 van de wet.**

Inzake de start van de beroepstermijnen voorziet artikel 17 § 1 respectievelijk artikel 18 § 1 dat de termijn van hoger beroep respectievelijk cassatieberoep voor betrokkene slechts begint te lopen op de dag waarop de beslissing hem wordt betekend.

Gezien betrokkene ook in vrijheid kan zijn gelaten of ontvlucht kan zijn zou de termijn ook moeten kunnen ingaan als de betekening niet aan persoon kan geschieden. Voorstel is dan ook de voornoemde artikelen in fine aan te vullen met “of aan zijn woonplaats of gekozen woonplaats wordt betekend”, dit naar analogie met hetgeen bepaald wordt in artikel 203 § 1 Sv inzake het hoger beroep in strafzaken, waaruit blijkt dat er geen buitengewone termijn voor hoger beroep bestaat en betekening aan de woonplaats volstaat om de termijn te laten ingaan.

- **Artikel 19 § 3 van de wet.**

De termijnen waarbinnen de raadkamer (artikel 16 § 1), de kamer van inbeschuldigingstelling (artikel 17 § 4) en het Hof van Cassatie (artikel 18 § 3) uitspraak moeten doen worden conform artikel 19 § 3 enkel geschorst tijdens de duur van het uitstel verleend op verzoek van betrokkene.

Er wordt voorgesteld om mits een aanvulling van artikel 19 § 3 deze schorsing ook mogelijk te maken tijdens het uitstel op verzoek van het openbaar ministerie, dat bv. genoodzaakt kan zijn om aanvullende inlichtingen te vragen aan de verzoekende staat.

- **Artikel 20 § 4 van de wet.**

Artikel 20 § 4, lid 1 bepaalt dat het definitieve besluit het EAB ten uitvoer te leggen de titel van vrijheidsbeneming oplevert tot de daadwerkelijke overlevering.

Artikel 20 § 4, lid 2 bepaalt evenwel dat in dit definitieve besluit voorzien kan worden in de voorwaardelijke invrijheidstelling van betrokkene tot de daadwerkelijke overlevering.

Dit tweede lid levert in de praktijk moeilijkheden op gezien betrokkene alsdan slechts kort voor de overlevering mag worden opgepakt en meestal op de vlucht is, wekt terecht ergernis op van de buitenlandse politieambtenaren die voor niks naar België zijn gekomen, stuit op kritiek van de Europese Unie, en vindt ook

geen parallel in de klassieke uitleveringsprocedure, waar in deze fase de uitleveringsdetentie steeds definitief is.

Artikel 21 § 4, lid 2 zou dan ook dienen geschrapt zodat het definitieve tenuitvoerleggingsbesluit steevast de detentietitel zou opleveren.

In subsidiaire orde, indien lid 2 toch zou standhouden dient minstens aangevuld hoe de voorwaarden van de invrijheidstelling worden gecontroleerd en hoe deze kunnen gesanctioneerd worden ingeval van het niet naleven ervan: alsdan de aanhouding vragen aan de onderzoeksrechter is niet mogelijk zodat zou moeten kunnen teruggevallen worden op de kamer van inbeschuldigingstelling.

- **Artikel 22 van de wet**

Dit artikel voorziet in een dwingende termijn van tien dagen voor de effectieve overlevering na de beslissing tot tenuitvoerlegging van het EAB (indien betrokkene zich na afloop van de termijn nog in hechtenis bevindt wordt hij in vrijheid gesteld).

Gezien in de praktijk het voorkomt dat de over te leveren persoon nog een manifest laattijdig beroepsmiddel aanwendt of zelfs een kortgeding procedure inspant en het openbaar ministerie dit niet kan negeren zou in dit artikel uitdrukkelijk dienen ingeschreven dat in deze hypothese de termijn van overlevering geschorst wordt.

3) Tweede Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag aangaande de wederzijdse rechtshulp in strafzaken van 8 november 2001 – Belgische voorbehouden (opgenomen sinds wetsevaluatie 2009-2010)

▪ ***Moeilijkheden***

België heeft een aantal voorbehouden geformuleerd waaromtrent de federale procureur en de procureur-generaal Gent enkele bedenkingen hebben geformuleerd.

▪ ***Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie***

Er wordt gepleit voor het intrekken van deze voorbehouden – cfr. het in bijlage van het rapport wetsevaluatie 2009 – 2010 gevoegde schrijven aan de directeur-generaal van het Directoraat-generaal Wetgeving Fundamentele Rechten en Vrijheden, van 5 oktober 2009.

4) Wet van 9 december 2004 betreffende de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken (opgenomen sinds wetsevaluatie 2009-2010)

▪ ***Moeilijkheden***

Voornoemde wet is in essentie beperkt tot de zogenaamde “kleine rechtshulp”, in het bijzonder de internationale rogatoire commissies.

Een coherente algemene wetgeving inzake de internationale samenwerking in strafzaken ontbreekt, waarin de diverse vormen van justitiële en politieke samenwerking (overdracht en overname van strafvervolgning, overdracht en overname van strafexecutie, uitlevering, politieke gegevensuitwisseling) zijn geïntegreerd.

▪ ***Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie***

In de Memorie van Toelichting bij voornoemde Rechtshulpwet van 9 december 2004 wordt aangegeven dat dit slechts een voorlopig werk is en dat op langere termijn een allesomvattend werk over justitiële samenwerking in strafzaken dient afgerond (Kamer 2003-2004, DOC 51-1278/01, pagina 5) en in de commissie Justitie heeft de Minister van Justitie ook verduidelijkt dat men begonnen is met de bestudering van het hele vraagstuk van de justitiële samenwerking, met inbegrip van andere thema's dan die welke in het wetsontwerp worden behandeld, zoals de uitlevering (Kamer 2004-2005, DOC 51-1278/04, pagina 10).

Er wordt dan ook gepleit dit effectief op te starten. Momenteel is er enkel een wetsontwerp uitgewerkt dat een wettelijke grondslag moet creëren voor de internationale politieke verstrekking van gegevens met gerechtelijke finaliteit, middels een aanvulling van voornoemde rechtshulpwet van 9 december 2004. Dit ontwerp zou prioritair moeten behandeld worden vermits de huidige praktijk op basis van de omzendbrief COL 2/2000 volledig achterhaald is in het licht van een aantal internationale instrumenten, waaronder het E.U. Kaderbesluit 2006/960/JBZ van 18 december 2006 waarvan de termijn voor omzetting naar nationaal recht reeds ruim overschreden is.

5) EU Kaderbesluit 2002/187/JBZ betreffende Eurojust, gewijzigd bij Kaderbesluit van 2009/426/JBZ (opgenomen sinds wetsevaluatie 2010-2011)

Het EU Kaderbesluit 2002/187/JBZ betreffende Eurojust werd naar Belgisch recht omgezet bij Wet van 21 juni 2004. Dit Kaderbesluit werd gewijzigd bij Kaderbesluit van 2009/426/JBZ, dat in hoofdzaak voorziet in een versterking van de nationale delegaties, een uitbreiding van de bevoegdheden van Eurojust en van de nationale vertegenwoordigers, en de oprichting van een coördinatiemechanisme voor dringende gevallen en van een nationaal coördinatiesysteem.

Het laatste Kaderbesluit had uiterlijk op 4 juni 2011 dienen geïmplementeerd te zijn. Het College van Procureurs-generaal werd via het expertisenetwerk internationale samenwerking betrokken bij het uitwerken van een wetsontwerp. Gezien de overschreden dead-line en de huidige werkdruk voor het Belgisch lid bij Eurojust dringt het College van Procureurs-generaal aan op een snelle wetswijziging, waarbij in het bijzonder wordt gepleit voor:

- het toekennen van een specifieke rol aan de federale procureur om conflicten te vermijden tussen de meer operationele bevoegdheden van Eurojust en deze van het openbaar ministerie in België;
- het toekennen van de hoedanigheid van federaal magistraat aan de Belgische vertegenwoordigers bij Eurojust;
- een uitbreiding van de Belgische vertegenwoordiging (nationaal lid én adjunct én assistent), gepaard gaande met een noodzakelijke kaderuitbreiding van het federaal parket.

6) EU Kaderbesluit 2008/675/JBZ “betreffende de wijze waarop bij een nieuwe strafrechtelijke procedure rekening wordt gehouden met veroordelingen in andere lidstaten van de Europese Unie” (opgenomen sinds wetsevaluatie 2010-2011)

Het EU Kaderbesluit 2008/675/JBZ van 24 juli 2008 “betreffende de wijze waarop bij een nieuwe strafrechtelijke procedure rekening wordt gehouden met veroordelingen in andere lidstaten van de Europese Unie” dient nog omgezet naar Belgisch recht.

Dit Kaderbesluit beoogt in essentie dat in een bepaalde lidstaat ook rekening zal gehouden worden met onherroepelijke strafrechtelijke beslissingen in andere lidstaten,

door daaraan gelijkwaardige gevolgen te verbinden als aan de gevolgen van het nationale recht, zoals op het vlak van voorlopige hechtenis, vaststelling van recidive en de bepaling van straf- en executiemodaliteiten.

Dit Kaderbesluit had uiterlijk op 15 augustus 2010 dienen geïmplementeerd te zijn. Het College van Procureurs-generaal werd via de expertisenetwerken internationale samenwerking en strafrechtspleging betrokken bij het uitwerken van een wetsontwerp, waarbij bepalingen zijn opgenomen tot wijziging van het Strafwetboek, van de Wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie, van de Wet van 9 april 1930 tot bescherming van de maatschappij tegen abnormalen en gewoontemisdadigers, van de Wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten, en van de Wet van 26 april 2007 betreffende de terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank.

Thans voorziet het Strafwetboek, op basis van een EU Kaderbesluit van 26 december 2001 inzake de bescherming van de eurovalsmunterij, enkel een specifieke bepaling betreffende de zogenaamde Europese recidive voor het misdrijf valsmunterij (cfr. art. 192^{ter} Strafwetboek). Gezien de overschreden dead-line voor de omzetting van het Kaderbesluit en het meer en meer grensoverschrijdend karakter van bepaalde criminaliteitsfenomenen, dringt het College van Procureurs-generaal aan op een snelle wetswijziging.

B.2. Nieuwe aandachtspunten – strafrechtspleging – grensoverschrijdende aspecten

1) De wet van 15 mei 2012 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op de vrijheidsbenemende straffen of maatregelen uitgesproken in een lidstaat van de Europese Unie

▪ De voorlopige aanhouding

Artikel 16, § 3, bepaalt dat wanneer de gevonniste persoon zich op het Belgische grondgebied bevindt, de Brusselse (zie art. 14) procureur des Konings, vanaf de ontvangst van het vonnis en het certificaat, maar vooraleer hij beslist over de erkenning en de tenuitvoerlegging van het vonnis, op verzoek van de beslissingsstaat kan overgaan tot de voorlopige aanhouding van deze persoon in afwachting van de beslissing tot tenuitvoerlegging van het vonnis.

Artikel 17 regelt de procedure in geval van voorlopige aanhouding en is volgens de memorie van toelichting grotendeels ontleend aan artikel 11 EAB-wet. De EAB-wet voorziet evenwel NIET in de aanduiding van één enkele bevoegde procureur des Konings (in de EAB-wet is het de procureur des Konings van de plaats waar de gezochte persoon werd aangetroffen die de procedure van tenuitvoerlegging van het EAB opstart). Het artikel kan dus niet zomaar worden getransponeerd.

Artikel 17 duidt niet aan welke onderzoeksrechter bevoegd is. Art. 62bis Sv. bepaalt de bevoegdheid van de onderzoeksrechter (concreet m.b.t. deze materie: de onderzoeksrechter van de plaats waar de verdachte verblijft en die van de plaats waar de verdachte kan worden gevonden zijn gelijkelijk bevoegd).

In dit verband dient ook gewezen te worden op een arrest van het Hof van Cassatie van 26 november 2008 (P.08.1616.F): inzake voorlopige hechtenis stemt de territoriale bevoegdheid van de raadkamer overeen met die van de onderzoeksrechter en de procureur des Konings. Wanneer die bevoegdheid wordt bepaald door de verblijfplaats van de in verdenkinggestelde, moet daaronder begrepen worden de plaats waar hij

werkelijk woont op het ogenblik waarop de vervolging wordt ingesteld en niet de plaats van het huis van arrest dat hem na zijn vrijheidsberoving opneemt.

Het is m.a.w. niet omdat de Brusselse procureur des Konings rechtstreeks aan alle politiediensten van het land opdracht kan geven om tot de arrestatie van de veroordeelde persoon over te gaan, en zelfs in de hypothese dat de overbrenging van deze persoon naar Brussel regelmatig zou kunnen gebeuren zonder de tenuitvoerlegging van een bevel tot medebrenging, dat de onderzoeksrechter te Brussel bevoegd zou zijn voor de aflevering van een bevel tot aanhouding.

Indien de gezochte persoon derhalve bv. in Antwerpen woont en aldaar aangetroffen wordt, zal het de Antwerpse onderzoeksrechter zijn die bevoegd is voor de aflevering van een bevel tot aanhouding. De wet voorziet niets m.b.t. de wijze waarop de Brusselse procureur des Konings de Antwerpse onderzoeksrechter zal vorderen (hoe zal hij trouwens weten tot wie hij zich dient te wenden, m.a.w. welke onderzoeksrechter van dienst is?), noch m.b.t. een mogelijkheid van delegatie van de Brusselse procureur aan zijn ambtgenoot van het arrondissement waar de gezochte persoon is aangetroffen.

Het is evident dat de bevoegdheid van de onderzoeksrechter ook bepalend is voor de plaats waar de betrokkene, minstens aanvankelijk, zal worden opgesloten in uitvoering van dit voorlopig aanhoudingsbevel, tenzij de omzendbrief zou voorzien in een automatische transfer naar de Brusselse gevangenissen (wat niet opportuun lijkt gelet op de overbevolking).

Indien het de bedoeling was de Brusselse onderzoeksrechter bevoegd te maken is een wetwijziging nodig: invoeging in art. 62bis Sv van een bepaling die de Brusselse onderzoeksrechter aanduidt als bevoegde onderzoeksrechter voor het afleveren van een voorlopig bevel tot aanhouding in uitvoering van art. 17 van de wet van 15.05.2012.

Heeft men echter wel de bevoegdheid van de Brusselse onderzoeksrechter gewild? Of zou het kunnen dat men gewild heeft dat de onderzoeksrechter van de plaats waar de betrokkene aangetroffen wordt, bevoegd is om over zijn aanhouding (en eventuele latere invrijheidstelling onder voorwaarden) te voorzien.

Men kan zich inderdaad afvragen waarom het vonnis of stukken ervan zouden moeten worden vertaald in het Duits (art. 16, § 4) als het niet de bedoeling is de Duitse vertaling voor te leggen aan de Duitstalige onderzoeksrechter die ingevolge art. 17, § 3, kennis moet kunnen nemen van de in het vonnis vermelde feitelijke omstandigheden. Het is een feit dat men geen Duitse vertaling nodig heeft voor de Brusselse onderzoeksrechters.

Indien dit zo is, is de aanduiding van de Brusselse procureur des Konings als bevoegde autoriteit sterk in vraag te stellen. De omslachtigheid van één bevoegde PK en diverse onderzoeksrechters per arrondissement zal voor de PK Brussel een ontzaglijke administratie en een tot op heden niet correct ingeschatte werklast met zich meebrengen.

Bovendien rijzen ook problemen met de Wet Taalgebruik Gerechtszaken (20.06.1935):

- de Brusselse PK is niet bevoegd om rechtshandelingen in het Duits te stellen.
- welke criteria zullen gelden voor de bepaling van de taal van de rechtspleging en op welk moment gebeurt de keuze voor een andere taal?

Gaan we uit van het systeem waar de woonplaats (of laatst gekende woonplaats in geval van opsluiting in de gevangenis) van de betrokkene bepalend is voor de taal van de rechtspleging en waar de PK zelf de taal van de rechtspleging kiest voor de specifieke situatie van Brussel? Behoudens wanneer er sprake is van voorlopige aanhouding, dan kiest de betrokkene de taal van de rechtspleging bij zijn verhoor door de onderzoeksrechter (met terug de problematiek van welke onderzoeksrechter en van de Duitse taal)

- Indien de taal van de rechtspleging het Duits is, kan de zaak niet voor de Brusselse raadkamer en evenmin voor de Brusselse strafuitvoeringsrechtbank gebracht worden.

- Wat de Brusselse strafuitvoeringsrechtbank betreft lijkt een aanvulling van art. 23bis en een afwijking op art. 23ter Wet Taalgebruik Gerechtszaken nodig: ook al heeft men de Brusselse strafuitvoeringsrechtbank bevoegd verklaard om kennis te nemen van het beroep tegen de beslissing van de PK tot aanpassing van de straf, dan nog is er een probleem met de taal van de rechtspleging: 23bis, 3^e al. bepaalt dat voor de Brusselse strafuitvoeringsrechtbank de rechtspleging in het Nederlands of in het Frans gevoerd wordt naar gelang van de taal van het vonnis of het arrest dat de zwaarste straf oplegt; 23ter, 2^e al. bepaalt dat de dossiers van veroordeelden die alleen Duits kennen of zich gemakkelijker in die taal uitdrukken, worden overgedragen naar de strafuitvoeringsrechtbank van het rechtsgebied van het hof van beroep te Luik. (de wet zou dus in onveranderde vorm in strijd zijn met de taalwet).

Het alternatief is de enige bevoegdheid van de Brusselse PK te herzien en de PK van het arrondissement waar de betrokkene woont of aangetroffen wordt bevoegd te maken (zoals in het EAB) of de federale procureur aan te duiden en de aanduiding van de Brusselse strafuitvoeringsrechtbank te schrappen (gewoon spreken over de strafuitvoeringsrechtbank).

Art. 17, § 2, bepaalt dat de onderzoeksrechter de betrokken persoon hoort. Indien men conform wil blijven aan het regime dat van toepassing is in het kader van het EAB, dient hier voorzien te worden in de bijstand van een advocaat. Het regime van de voorlopige aanhouding ter fine van uitlevering is verschillend (geen verhoor van de betrokkene) omdat de onderzoeksrechter NIET dient te handelen overeenkomstig de Voorlopige Hechteniswet.

Een bijkomende opmerking dient gemaakt m.b.t. de duur van het voorlopig bevel tot aanhouding. In art. 20, § 1, EAB-wet is uitdrukkelijk voorzien dat de beschikking van de onderzoeksrechter gegeven overeenkomstig art. 11 gevolg blijft hebben tot het besluit tot uitvoering van het EAB definitief is geworden. In de wet van 15.05.2012 is een soortgelijke bepaling niet uitdrukkelijk opgenomen maar kan uit art. 17, § 4, eerste al. afgeleid worden dat de beslissing van de onderzoeksrechter uitwerking blijft hebben tot op het tijdstip dat met betrekking tot de erkenning en de tenuitvoerlegging van het vonnis een definitieve beslissing wordt gewezen. Het verdient evenwel aanbeveling dit uitdrukkelijk in de wet te vermelden.

▪ **De aanpassing van de straf**

Het Overbrengingsverdrag van 1983 voorziet in de artikelen 10 en 11 in twee mogelijkheden: ofwel opteert men voor een stelsel van voortgezette tenuitvoerlegging ofwel voor een stelsel van omzetting van de veroordeling. België heeft gekozen voor het stelsel van de voortgezette tenuitvoerlegging, met een eventuele aanpassing van de straf door de correctionele rechtbank, op vordering van de bevoegde procureur des Konings. De discretionaire bevoegdheid van de procureur des Konings (die dus ook kan beslissen om de straf niet aan te passen; beslissing waartegen geen rechtsmiddel openstaat) is aanleiding geweest voor tal van kortgedingprocedures, wat op zijn beurt aanleiding geweest is voor de omzendbrief COL 08/2010.

Het EVIGS (Europees Verdrag inzake de internationale geldigheid van strafvonnissen van 28 mei 1970) voorziet in art. 37 ev. in een exequatur van de buitenlandse beslissing door een rechterlijk orgaan van de aangezochte staat. Omdat de tenuitvoerlegging van vrijheidsbenemende straffen sinds de inwerkingtreding van de Overbrengingswet van 23 mei 1990 op het beginsel van de voortgezette tenuitvoerlegging steunt, is voor de toepassing van het EVIGS ook niet gekozen voor de invoering van een exequatur (de nationale wet is soepeler dan het Verdrag).

Met het onderhavig kaderbesluit komt men tot een combinatie van de twee voorgaanden: er is een voortgezette tenuitvoerlegging op voorwaarde van een voorafgaande erkenning van het buitenlandse vonnis door de Brusselse procureur des Konings.

Bij de omzetting van het kaderbesluit heeft de wetgever er voor gekozen de Brusselse procureur des Konings als enige autoriteit bevoegd te maken voor de eventuele aanpassing van de straf. Indien de procureur des Konings beslist om de straf niet aan te passen, staat hier geen rechtsmiddel tegen open. Indien dit aanleiding zou geven tot kortgedingprocedures, kan verwezen worden naar art. 8, 3° van het kaderbesluit: “*Indien de aard van de sanctie onverenigbaar is met het recht van de tenuitvoerleggingsstaat, kan de bevoegde autoriteit van de tenuitvoerleggingsstaat de sanctie aanpassen (...)*”. Men kan derhalve poneren dat de Belgische oplossing kaderbesluitconform is.

Het verschil met het klassieke systeem van de Overbrengingswet en het Overbrengingsverdrag is dat er thans geen mogelijkheid meer bestaat om de procureur des Konings te verplichten de kwestie van de eventuele aanpassing alsnog aan een rechter voor te leggen. Het valt af te wachten wat het Grondwettelijk Hof eventueel dienaangaande zal beslissen (men had kunnen kiezen voor de strafuitvoeringsrechtbank).

Wat de aanpassing van de straf betreft, is er geen reden om af te wijken van de rechtspraak die ondertussen tot stand gekomen is in het kader van de Overbrengingswet (de beoordeling van de aanpassing vereist dus wel degelijk terug een onderzoek van het bestaan van verzwarende omstandigheden – hier kan verwezen worden naar de problematiek van de (inhoudelijk te beperkte) Britse vonnissen).

▪ ***De kennisgeving van de beslissing van al dan niet erkenning en tenuitvoerlegging en van eventuele aanpassing***

Indien de PK beslist tot erkenning en tenuitvoerlegging, beslist hij tot de aanhouding van de betrokkene. Het komt mij voor dat hij dan een bevel tot gevangenneming zal afleveren (voor zover de betrokkene ondertussen niet voorlopig aangehouden werd). De termijn van 15 dagen om een beroep in te stellen bij de raadkamer, lijkt mij in dergelijk geval een aanvang te nemen op de dag van de uitvoering van het bevel tot gevangenneming.

Indien de betrokkene evenwel door de onderzoeksrechter onder voorwaarden in vrijheid werd gesteld, heeft de beschikking van de onderzoeksrechter uitwerking (impliciete oplossing – zie hierboven) tot op het tijdstip dat een definitieve beslissing werd gewezen met betrekking tot de erkenning en de tenuitvoerlegging van het buitenlandse vonnis (dus eventueel na het arrest van het Hof van Cassatie). In dergelijk geval bepaalt de wet niet wat de aanvangsdatum is van de termijn om de zaak aanhangig te maken bij de raadkamer. De wet bewaart ook het stilzwijgen over de wijze van de kennisgeving (door de politie, door een deurwaarder, bij een ter post aangetekende brief, ... is een betekening aan de persoon nodig of volstaat een betekening aan de (gekozen) woonst? – zie de bestaande problematiek in het kader van een EAB, waarvoor een wetswijziging werd vooropgesteld). Men zal dus de wijze van kennisgeving moeten aanduiden en tevens bepalen wat de aanvangsdatum is van de voormelde termijn van 15 dagen om in beroep te gaan bij de Brusselse raadkamer tegen de beslissing van de procureur des Konings.

▪ ***De tenuitvoerlegging van een in België gewezen vonnis***

De wet voorziet niet dat rekening wordt gehouden met klassieke contra-indicaties bestaande uit de ernst van de veroordeling, het risico op onaangepaste aanpassing van de in België uitgesproken straf, de gevoeligheid van de feiten die de aanleiding waren tot de veroordeling, de terugbetaling van de slachtoffers of het belang van de slachtoffers in het algemeen.

▪ **De samenhang met een Europees aanhoudingsbevel**

a) België beslist over het Europees aanhoudingsbevel

De terugkeergarantie

De wet stelt in art. 39, § 2, dat de beslissing van het onderzoeksgerecht (waarbij de terugkeergarantie opgelegd werd) het voorafgaand akkoord dat vereist zou zijn voor de erkenning en de tenuitvoerlegging van het vonnis omvat. De wet stelt dat de territoriaal bevoegde procureur des Konings (dit lijkt in alle gevallen de PK van Brussel te zijn, dus ook al gaat het om een beslissing van bv. de raadkamer van Veurne- men zal dus een informatieplicht moeten installeren ten aanzien van de Brusselse PK, met een toezending van de beslissing van het onderzoeksgerecht dat de terugkeergarantie heeft uitgesproken en een kopie van het buitenlandse EAB met zijn vertaling, zodat de PK weet wie de uitvaardigende buitenlandse autoriteit was) het vonnis en het certificaat opeist van de buitenlandse autoriteit, om vervolgens over te gaan tot het onderzoek van de weigeringsgronden en de eventuele aanpassing van de straf.

Het onderzoek van de weigeringsgronden lijkt problematisch te zijn. Een terugkeergarantie kan enkel opgelegd worden indien de feiten ook naar Belgisch recht strafbaar zijn en kan enkel voor de feiten waarvoor de overlevering wordt toegestaan (zie in dit verband de problematiek van een straf die ook opgelegd is voor feiten waarvoor de overlevering niet werd toegestaan). Dit vereist dus een onderzoek van de dubbele strafbaarheid of in geval van lijstfeiten, een marginale toetsing dat de omschreven gedragingen lijken overeen te stemmen met de generisch omschreven criminaliteitsvormen vermeld in art. 5, § 2 EAB-wet. De zogenaamde fiscale inbreuken (art. 5, § 3, EAB-wet) leveren geen probleem op ingevolge art. 11, § 3, van de wet van 15.05.2012. Indien een (bijkomende) straf werd opgelegd voor feiten waarvoor de overlevering niet werd toegestaan, dient de Brusselse procureur des Konings hiervoor niet over te gaan tot een onderzoek van de weigeringsgronden, maar dient hij art. 5 van de wet van 15.05.2012 toe te passen.

Indien er meerdere straffen werden uitgesproken en aldus duidelijk een onderscheid kan worden gemaakt tussen de straf opgelegd voor de feiten waarvoor de terugkeergarantie werd opgelegd en

- de straf opgelegd voor feiten waarvoor de overlevering niet werd toegestaan,
- of de feiten waarvoor de overlevering niet werd gevraagd,

kan de PK beslissen om tot een gedeeltelijke tenuitvoerlegging over te gaan (wat terug vreemd is aan de weigeringsgronden).

Indien de bijkomende overlevering werd toegestaan (al dan niet met bijkomende oplegging van de terugkeerverplichting) stelt zich geen probleem.

Het opleggen van de terugkeergarantie houdt de verplichting in om de buitenlandse straf uit te voeren. De Belgische rechterlijke beslissing is dus bindend voor de Brusselse PK. Indien de PK beslist om het buitenlandse vonnis niet te erkennen of ten uitvoer te leggen, al dan niet op basis van een weigeringsgrond, houdt dit een miskennis in van een Belgische rechterlijke beslissing.

Behoudens een *ne bis in idem* (wat in principe louter theoretisch zou moeten zijn) zie ik niet in welke weigeringsgronden de beslissing van de Brusselse PK om een Belgische rechterlijke beslissing te miskennen, kunnen rechtvaardigen.

b) België vaardigt een EAB uit

- toepassing van art. 4,6° kaderbesluit: quid indien het EAB meerdere beslissingen groepeert of indien meerdere EAB's werden uitgevaardigd: wie maakt het certificaat op of dienen er meerdere certificaten opgemaakt te worden (een per uitspraak)?

- toepassing art. 5, 3° kaderbesluit: zelfde opmerking: quid indien meerdere EAB's werden uitgevaardigd – op de vergadering werd gesteld dat de PK van de laatste plaats van veroordeling dient te zorgen voor de uitvoering van de terugkeergarantie (standpunt dat aanvaardbaar is) maar het lijkt mij moeilijk uitvoerbaar dat ook deze PK alle vonnissen dient te groeperen en voor alle zaken één of meerdere certificaten dient op te stellen. Hier dient desgevallend het standpunt van de Raad van de Procureurs gevraagd te worden.

C. Sociaal, Economisch en Fiscaal Strafrecht

C.1. Punten reeds aangehaald in voorgaande rapporten wetsevaluatie, mits eventuele actualisatie

1) Artikel 22bis van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 ingevoegd door artikel 179 van de wet houdende diverse bepalingen van 27 december 2006 (opgenomen sinds wetsevaluatie 2008-2009)

De wet houdende diverse bepalingen van 27 december 2006 (B.S. 28 december 2006) voegde bij artikel 179 in de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 een artikel 22bis in aangaande het scholingsbeding.

De bepalingen van dit artikel zijn in werking getreden op 7 januari 2007 waardoor er een wettelijk kader was met betrekking tot de juridische geldigheid van het scholingsbeding. Toch blijven er een aantal onduidelijkheden:

- ***Begindatum van het scholingsbeding bij een vertrek van de werknemer tijdens de vorming.***

Artikel 22bis § 3 bevat de verplichte vermeldingen opdat een scholingsbeding geldig zou zijn:

Het geschrift moet het volgende bevatten:

- 1° *een omschrijving van de overeengekomen vorming, de duur van de vorming en de plaats waar de vorming zal doorgaan;*
- 2° *de kost van deze vorming of in het geval waarin de kost niet kan worden bepaald in zijn geheel, de kostenelementen die toelaten om de waarde te schatten van de vorming; de vergoeding verschuldigd aan de werknemer in het kader van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst evenals verplaatsings- of verblijfskosten kunnen geen onderdeel vormen van de vormingskost;*
- 3° *de begindatum en de geldingsduur van het scholingsbeding vastgesteld overeenkomstig paragraaf 5. Indien de vorming aanleiding geeft tot het afleveren van een attest, valt de begindatum van de gelding van het scholingsbeding samen met de aflevering daarvan;*
- 4° *het terug te betalen bedrag van een gedeelte van de scholingskosten dat ten laste is genomen door de werkgever met betrekking tot dewelke de werknemer zich ertoe verbindt deze te betalen na afloop van de vorming, dit bedrag wordt op degressieve wijze uitgedrukt in functie van de geldingsduur van het scholingsbeding; dit bedrag mag niet hoger liggen dan de grenzen vastgesteld door paragraaf 5.*

Indien de vorming aanleiding geeft tot het afleveren van een attest, dan valt de begindatum van de gelding van het scholingsbeding samen met de datum van de aflevering. Dit heeft tot gevolg dat de gehele opleidingsperiode wordt uitgesloten van het toepassingsgebied van het scholingsbeding bij opleidingen waarin een attest wordt afgeleverd. Immers het scholingsbeding treedt pas in werking vanaf de datum van aflevering van een attest, certificaat. In de hypothese dat een scholingsbeding wordt gesloten voor een opleiding waarbij een attest wordt afgeleverd, heeft dit als gevolg dat

het scholingsbeding niet ingeroepen kan worden indien de werknemer tijdens de opleiding (en dus vóór de datum van het afleveren van het attest) de onderneming verlaat vermits het scholingsbeding nog niet in werking is getreden.

Mogelijke oplossing:

Het is niet duidelijk waarom er een onderscheid wordt gemaakt tussen de vorming met en zonder aflevering van een attest.

De passage “**Indien de vorming aanleiding geeft tot het afleveren van een attest, valt de begindatum van de gelding van het scholingsbeding samen met de aflevering daarvan**” zou eventueel kunnen weggelaten worden.

▪ **Beoordeling jaarloongrens**

Artikel 22bis § 4 van de Arbeidsovereenkomstenwet vereist dat het jaarloon van de werknemer met wie een scholingsbeding wordt overeengekomen minimum 16.100 EUR bedraagt (geïndexeerd bedrag 2009 vanaf 1 januari 2009: 29.729 EUR bruto). Het is echter onduidelijk wanneer deze jaarloongrens gerespecteerd moet worden. Is dit het ogenblik waarop het scholingsbeding wordt gesloten dan wel het ogenblik waarop het scholingsbeding uitwerking krijgt?

De zinsnede “zoals vastgesteld voor de werknemers van 21 jaar of meer” wordt foutief twee keer vermeld, hetgeen de leesbaarheid niet ten goede komt.

Artikel 22bis § 4 van de Arbeidsovereenkomstenwet vereist dat het jaarloon van de werknemer met wie een scholingsbeding wordt overeengekomen minimum 16.100 EUR bedraagt (geïndexeerd bedrag 2009 vanaf 1 januari 2009: 29.729 EUR bruto). Het is echter onduidelijk wanneer deze jaarloongrens gerespecteerd moet worden. Is dit het ogenblik waarop het scholingsbeding wordt gesloten dan wel het ogenblik waarop het scholingsbeding uitwerking krijgt?

Artikel 22bis § 4:

Het scholingsbeding wordt geacht onbestaande te zijn:

- wanneer het jaarloon 16.100 euro niet overschrijdt;
- wanneer het niet gaat om een specifieke vorming die toelaat om nieuwe professionele competenties te verwerven die desgevallend ook buiten de onderneming kunnen gevaloriseerd worden;
- wanneer de aan de werknemer gegeven vorming voortvloeit uit een wettelijke of reglementaire bepaling om het beroep waarvoor de werknemer werd aangeworven uit te oefenen of de vorming geen duur van 80 uren bereikt of een waarde gelijk aan het dubbel van het gemiddeld minimum maandinkomen, zoals vastgesteld, voor de werknemers van 21 jaar of meer, zoals vastgesteld, voor de werknemers van 21 jaar of meer, bij collectieve arbeidsovereenkomst gesloten door de Nationale Arbeidsraad.

Mogelijke oplossing:

Tekstueel lijkt het erop dat de jaarloonvoorwaarde vervuld moet zijn op het ogenblik dat het scholingsbeding wordt gesloten. Immers deze passage werd opgenomen bij de bestaansvoorwaarden van het scholingsbeding (art. 22 § 4) en niet bij de uitwerkingsvoorwaarden (art. 22bis § 6). Deze interpretatie lijkt ook in regel met de geest van deze bepalingen die voornamelijk de belangen de werknemers beschermen.

“Het scholingsbeding wordt geacht onbestaande te zijn wanneer het jaarloon 16.100 euro niet overschrijdt **op het ogenblik van het afsluiten van het scholingsbeding**”.

▪ **Taalkundig**

Artikel 22bis § 4:

Het scholingsbeding wordt geacht onbestaande te zijn:

- wanneer het jaarloon 16.100 euro niet overschrijdt;
- wanneer het niet gaat om een specifieke vorming die toelaat om nieuwe professionele competenties te verwerven die desgevallend ook buiten de onderneming kunnen gevaloriseerd worden;
- wanneer de aan de werknemer gegeven vorming voortvloeit uit een wettelijke of reglementaire bepaling om het beroep waarvoor de werknemer werd aangeworven uit te oefenen of de vorming geen duur van 80 uren bereikt of een waarde gelijk aan het dubbel van het gemiddeld minimum maandinkomen, zoals vastgesteld, voor de werknemers van 21 jaar of meer, zoals vastgesteld, voor de werknemers van 21 jaar of meer, bij collectieve arbeidsovereenkomst gesloten door de Nationale Arbeidsraad. De zinsnede “zoals vastgesteld voor de werknemers van 21 jaar of meer” wordt foutief twee keer vermeld, hetgeen de leesbaarheid niet ten goede komt. Mogelijke oplossing: “zoals vastgesteld voor de werknemers van 21 jaar of meer” één keer weglaten.

Het weze opgemerkt dat een wetsvoorstel werd neergelegd betreffende het scholingsbeding, waar bovenstaande elementen evenwel niet in aan bod komen²⁸.

2) Het beroepsgeheim van de OCMW's in strafzaken (opgenomen sinds wetsevaluatie 2008-2009)

▪ Wetsbepalingen

- Art. 138ter van het Gerechtelijk Wetboek:

“In alle betwistingen die behoren tot de bevoegdheid van de arbeidsgerechten, kan het openbaar ministerie bij de arbeidsgerechten van de minister of van de bevoegde openbare instellingen of diensten de nodige bestuurlijke inlichtingen vorderen. Daartoe kan het om medewerking verzoeken van de ambtenaren die door de bestuurlijke overheid belast zijn met het toezicht op de toepassing van de in de artikelen 578 tot 583 bedoelde wettelijke en verordeningsbepalingen.”

- Art. 46quater, §§ 1 en 3 van het Wetboek van Strafvordering:

“§ 1. Bij het opsporen van de misdaden en de wanbedrijven kan de procureur des Konings, wanneer er ernstige aanwijzingen zijn dat de misdrijven een correctionele hoofdgevangenisstraf van een jaar of een zwaardere straf tot gevolg kunnen hebben, de volgende inlichtingen vorderen :

- a) de lijst van bankrekeningen, bankkluizen of financiële instrumenten zoals bedoeld in artikel 2, 1°, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, waarvan de verdachte titularis, gevolmachtigde of de uiteindelijk gerechtigde is, en, in voorkomend geval alle nadere gegevens hieromtrent;*
 - b) de bankverrichtingen die in een bepaald tijdvak zijn uitgevoerd op één of meerdere van deze bankrekeningen of financiële instrumenten, met inbegrip van de bijzonderheden betreffende de rekening van herkomst of bestemming;*
 - c) de gegevens met betrekking tot de titularissen of gevolmachtigden, die in een bepaald tijdvak toegang hebben of hadden tot deze bankkluizen.*
- § 2. (...)*

§ 3. De procureur des Konings kan, bij een schriftelijke en met redenen omklede beslissing de medewerking van de bank of de kredietinstelling vorderen teneinde de maatregelen bedoeld in de §§ 1 en 2 mogelijk te maken. De bank of de kredietinstelling is

²⁸ Parl. St. Kamer 2010-2011, DOC 53 0358/001.

gehouden haar medewerking onverwijld te verlenen. In de beslissing bepaalt de procureur des Konings de vorm waarin de in § 1 vermelde gegevens hem worden meegedeeld.

Iedere persoon die uit hoofde van zijn bediening kennis krijgt van de maatregel of daaraan zijn medewerking verleent, is tot geheimhouding verplicht. Iedere schending van het geheim wordt gestraft overeenkomstig artikel 458 van het Strafwetboek.

Iedere persoon die zijn medewerking weigert aan de vorderingen bedoeld in dit artikel wordt gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot een jaar en met geldboete van zesentwintig euro tot tienduizend euro of met een van die straffen alleen.”

▪ **Moeilijkheden**

Sommige OCMW's beroepen zich op hun beroepsgeheim om elke vorm van medewerking te weigeren wanneer het arbeidsauditoraat een strafrechtelijk onderzoek voert, bijvoorbeeld m.b.t. het verbergen van middelen of het gebruik van valse sociale documenten, en dit hoewel zij in dergelijke gevallen zonder problemen, overeenkomstig artikel 138ter van het Gerechtelijk Wetboek, het burgerlijke dossier in een bij de arbeidsrechtbank aanhangig gemaakte zaak bezorgen en dat daarenboven het strafdossier wordt geopend op basis van dit burgerlijke dossier dat dus door de OCMW's zelf (of een andere instantie) op de arbeidsrechtbank wordt neergelegd.

Een aanpassing van de wetgeving lijkt noodzakelijk, waarbij duidelijk zou moeten worden gesteld dat in strafzaken het beroepsgeheim niet tegenstrijdig is met het optreden van de arbeidsauditeur die hierbij in uitoefening van zijn wettelijke opdrachten optreedt.

In deze aanpassing zou ook de mogelijkheid kunnen worden opgenomen om de Kruispuntbank van Ondernemingen en de Kruispuntbank van de Sociale Zekerheid te raadplegen.

▪ **Voorgestelde wijzigingen**

- Ofwel de zinsnede: “In alle betwistingen die behoren tot de bevoegdheid van de arbeidsgerechten” uit artikel 138ter van het Gerechtelijk Wetboek schrappen en deze wetsbepaling als volgt wijzigen:

“Het openbaar ministerie bij de arbeidsgerechten kan, voor de uitoefening van zijn wettelijke opdrachten, van de minister of van de bevoegde openbare instellingen of diensten de nodige bestuurlijke inlichtingen vorderen. Daartoe kan het om medewerking verzoeken van de ambtenaren die door de bestuurlijke overheid belast zijn met het toezicht op de toepassing van de in de artikelen 578 tot 583 bedoelde wettelijke en verordeningsbepalingen.”

- Ofwel een d) toevoegen aan artikel 46quater, § 1 van het Wetboek van Strafvordering:

“§ 1. Bij het opsporen van de misdaden en de wanbedrijven kan de procureur des Konings, wanneer er ernstige aanwijzingen zijn dat de misdrijven een correctionele hoofdgevangenisstraf van een jaar of een zwaardere straf tot gevolg kunnen hebben, de volgende inlichtingen vorderen (...):

d) de noodzakelijke administratieve inlichtingen bij de fiscale administratie, de Kruispuntbank van Ondernemingen, de door de wet van 15 januari 1990 opgerichte Kruispuntbank van de Sociale Zekerheid en bij alle instellingen van sociale zekerheid uit artikel 2, 2° van de wet van 11 april 1995 tot invoering van het "handvest" van de sociaal verzekerde.”

Ten slotte kan inzake het wetsvoorstel *Parl. St. Kamer 2010-2011, DOC 53 1291/001* worden opgemerkt dat dit voorstel als complementair tot de bovenstaande maatregelen dient te worden beschouwd. Immers, de voorstellen van het openbaar ministerie gaan uit

van het gegeven dat er informatie door het OCMW wordt verstrekt op vraag van eerstgenoemde, terwijl de tekst van het wetsvoorstel uitgaat van een actieve informatie plicht van datzelfde OCMW; Inzake de tekst van het wetsvoorstel zouden eventueel enkele verbeteringen worden doorgevoerd.

Deze tekst zou kunnen zijn:

“Art. 458ter In afwijking van artikel 458 zijn de personeelsleden van een Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn die uit hoofde van hun beroep kennis krijgen van een misdrijf zoals voorzien in de artikelen 232, 233 en 235 van ‘Hoofdstuk 2: Het Sociaal Strafwetboek’ van de wet van 6 juni 2010 tot invoering van het Sociaal Strafwetboek gehouden te handelen overeenkomstig de bepalingen van artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering.”

Er wordt in het voorstel niet gesproken over de artikelen 232, 233 en 235 van het Sociaal Strafwetboek omwille van het feit dat er nog een coördinatie van de bepalingen dient te gebeuren waardoor de nummering in het uiteindelijke sociaal strafwetboek zal verschillen van deze in het tekstvoorstel.

3) Verjaring van de terugvordering van onterecht betaalde sociale uitkeringen (opgenomen sinds wetsevaluatie 2008-2009)

▪ **Wetsbepalingen**

- Artikel 2244 van het Burgerlijk Wetboek: “Een dagvaarding voor het gerecht (...), betekend aan hem die men wil beletten de verjaring te verkrijgen, vormen burgerlijke stuiting”;
- Gebrek aan een bepaling die gelijkaardig is aan artikel 443ter van het Wetboek van de Inkomstenbelasting, dat werd ingevoegd door de programmawet van 22 december 2003, en op grond waarvan elk rechtsgeding dat wordt ingesteld door de schuldenaar van een betaling, de verjaring schorst.

▪ **Moelijkheden**

In een arrest van het arbeidshof te Bergen van 10 april 2008 (*JTT*, 2009, 206) kwam de verjaring (van uitkeringen betaald aan gehandicapten volgens de vroegere regeling) ter sprake. De verzoekster had een beslissing tot invordering aangevochten maar de instelling van sociale zekerheid had sinds het indienen van het beroep geen nieuwe verjaringsstuitende akte betekend. De vraag die zich hierbij stelt is of het beroep dat door de sociaal verzekerde wordt aangetekend tegen een beslissing tot terugvordering van onterecht betaalde uitkeringen, een invloed op de verjaringstermijn heeft.

Het hof beriep zich op artikel 2244 van het Burgerlijk Wetboek om te beslissen dat het door de sociaal verzekerde ingestelde beroep niet kan worden gelijkgesteld met een verjaringsstuitende akte ten gunste van de instelling van sociale zekerheid. Het hof verwees hierbij eveneens naar een arrest van het arbeidshof te Antwerpen van 28 maart 2000 (*Chr. D.S.*, 2002, p.189).

Het wekt verbazing dat een verjaringstermijn blijft lopen voor een aangevochten (en dus onzekere) onterecht betaalde uitkering. Vanuit het standpunt van de schuldeiser lijkt het immers niet bijzonder logisch dat men van hem zou verwachten dat hij verjaringsstuitende akten blijft betekenen voor een verschuldigde som waarvan het bedrag onzeker is zolang de rechtbank geen uitspraak heeft gedaan.

Het risico bestaat overigens dat een rechtsgeding wordt ingesteld met als enige bedoeling de verjaring te verkrijgen (teneinde de schuldeiser om de tuin te leiden wat de

gevolgen ervan betreft). Aangezien reconventionele vorderingen eerder zeldzaam zijn en in het beste geval worden ingediend samen met de conclusies in de loop van de weken die de vaststelling van de zaak voor de rechtbank voorafgaan, komt de verjaring vrij vaak voor op een moment waarop de schuld vaak reeds vervallen is op grond van de gerechtelijke achterstand, met uitzondering voor de lange verjaringstermijnen van 5 tot 10 jaar die op gebied van sociale zekerheid allerminst op een algemene manier worden toegepast.

Naar analogie van de fiscale wetsbepaling die werd ingevoerd met het oog op de strijd tegen de fiscale fraude zou de voorgestelde wetwijziging nuttig zijn als (burgerlijk) rechtsmiddel om de sociale fraude te bestrijden.

Het actieplan 2012-2013 van het College voor de strijd tegen de fiscale en sociale fraude, herneemt dit voorstel overigens.

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

Op gebied van sociale zekerheid en sociale uitkeringen in een algemene wetsbepaling voorzien die vergelijkbaar is met artikel 443ter van het Wetboek van de Inkomstenbelasting, dat werd ingevoegd door de programmawet van 22 december 2003, en op grond waarvan elk rechtsgeding dat wordt ingesteld door de schuldenaar van een betaling, de verjaring schorst.

4) Wetboek van Vennootschappen – Vennootschapsmandaten (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2010-2011)

Inzake sociale zekerheid worden er vaak fraudesystemen opgezet waarbij gebruik wordt gemaakt van het feit dat voor het bekleden van vennootschapsmandaten men aan quasi geen voorwaarden moet voldoen. De enige beperking is deze voorzien in het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934 betreffende het rechterlijk verbod aan bepaalde veroordeelden en gefailleerden om bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen.

Verder is er de wet van 10 februari 1998 programmawet tot bevordering van het zelfstandig ondernemerschap. Deze regelgeving voorziet dat voor de uitoefening van een activiteit die ingeschreven moet worden in het handels- of ambachtsregister één der vennootschapsmandatarissen moet beschikken over een basiskennis bedrijfsbeheer.

De combinatie van bovenstaande regels scheidt de mogelijkheid om een fraudesysteem op te zetten waarbij personen die eigenlijk beschouwd dienen te worden als werknemers ingeschreven worden als bv. zaakvoerder. Zodoende wordt de schijnzelfstandigheid in de hand gewerkt.

Een bemoeilijking van dit systeem van fraude zou er in bestaan dat aan iedere mandataris van een rechtspersoon wordt opgelegd dat voldaan moet zijn aan de bepalingen van de wet van 1998 inzake het zelfstandig ondernemerschap. Deze vereiste zal reeds een groot deel van de misbruiken kunnen uitsluiten.

Dit zou tevens een ander type van fraude aan banden kunnen leggen. Er werd in het verleden opgemerkt dat personen korte tijd een mandaat in een rechtspersoon bekleden om vervolgens bijstand te vragen aan het OCMW. Het verschil met het eerste type van fraude is dat er hier zelfs geen sprake is van het leveren van prestaties (zij het onder een verkeerd statuut – zelfstandige in plaats van werknemer). De inschrijving is enkel en alleen gericht op het openen van bepaalde rechten.

5) Wetboek van Vennootschappen – Slapende vennootschappen (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2010-2011)

Bij fraudemechanismen, zowel sociale als andere fraude, wordt er vaak gebruik gemaakt van wat gemeenzaam genoemd wordt slapende vennootschappen. Het voordeel van deze vennootschappen is evident. Zo is er onder andere er geen sprake meer van de oprichtersaansprakelijkheid die voorzien is in artikel 456 Vennootschappenwet. Ze hebben reeds een eerbaar verleden achter de rug en wekken derhalve niet onmiddellijk argwaan bij de overheidsdiensten, althans niet voor het te laat is...

In artikel 182 van de Vennootschappenwet wordt het aspect “gerechtelijke ontbinding van niet meer actieve vennootschappen” geregeld. Maar het is duidelijk dat deze regelgeving onvoldoende is. De in artikel 182 voorziene maatregel betreft de situatie dat een vennootschap gedurende drie opeenvolgende boekjaren geen jaarrekening heeft neergelegd. Indien men zich van deze formele verplichting kwijt is er echter geen probleem zelfs al ontplooit deze vennootschap al sedert jaren geen economische activiteit meer, en letterlijk op een schap ligt in afwachting te worden aangekocht.

Benevens de voorwaarde die reeds geregeld is in artikel 182 Vennootschappenwet moet er bijkomend voorzien worden dat de ontbinding kan uitgesproken worden indien de vennootschap gedurende drie opeenvolgende jaren geen economische activiteit meer heeft ontplooid. Hiervoor kunnen boekhoudkundige criteria worden bepaald die als parameters kunnen gelden voor het al dan niet actief zijn.

6) De wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2010-2011)

De wet van 1987 voorziet in het principe dat ter beschikking stelling van werknemers verboden is. Van ter beschikking stelling is er sprake wanneer de gebruiker enig onderdeel van het werkgeversgezag uitoefent.

Het is op grond hiervan dat de koppelbazerij in de jaren negentig werd aangepakt. De wet van 12 augustus 2000 bracht echter een fundamentele wijziging aan in het artikel 31. In paragraaf 1 van dit artikel werd een tweede lid ingevoegd. Hierin werd gestipuleerd dat:

“Geldt evenwel niet als de uitoefening van een gezag in de zin van dit artikel, het naleven door de derde van de verplichtingen die op hem rusten inzake het welzijn op het werk, alsook instructies die door de derde worden gegeven in uitvoering van de overeenkomst die hem met de werkgever verbindt, zowel inzake arbeids- en rusttijden als inzake de uitvoering van het overeengekomen werk”

Deze wijziging heeft de facto de slagkracht van deze wet uitgehold daar verboden ter beschikking stelling thans quasi onbewijsbaar is. De wet van 1987 zou nochtans een geducht wapen kunnen zijn tegen de uitwassen inzake terbeschikkingstelling die men thans tegenkomt, ook deze met internationale dimensies.

Het voorstel bestaat erin om het tweede lid, dat door de wet van 12 augustus 2000 ingevoegd werd in artikel 31, §1 van de wet van 1987 terug op te heffen.

7) Wet van 14 februari 1961 voor economische expansie, sociale vooruitgang en financieel herstel (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2010-2011)

Het Koninklijk Besluit van 25 november 1991 voorziet dat de hoogte van de uitkeringen deels bepaald wordt door het feit of men al dan niet samenwonend is.

Voor 2000 werd er, indien er aanwijzingen waren dat de aangifte van de gezinstoestand niet correct was overgegaan tot controle, en dit op grond van de bepalingen van de arbeidsinspectiewet van 16 november 1972. Er werd aan de politierechter een machtiging tot visitatie aangevraagd en tot verder onderzoek overgegaan.

De wet van 6 december 2000 bracht een wijziging aan in de wet van 1961. Hierdoor werd een controlesysteem opgezet dat op zijn minst ondoelmatig kan worden genoemd. De procedure is zeer omslachtig en ontnemt de inspectiediensten van de RVA de mogelijkheid om slagkrachtig op te treden. De tekst van artikel 23 van de wet van 1961 luidt thans als volgt:

“§1. In afwijking van het Sociaal Strafwetboek, mogen de sociaal inspecteurs, wanneer zij optreden in het kader van de controle van de gezinssituatie van de sociaal verzekerde, tussen 6 uur en 20 uur de bewoonde lokalen betreden, mits naleving van de bepalingen van onderhavig artikel

§ 2. Het bevoegde werkloosheidsbureau van de Rijksdienst voor arbeidsvoorziening nodigt de sociaal verzekerde uit voor een hoorzitting met het oog op het nazicht van zijn gezinssituatie. Deze hoorzitting vindt plaats in het werkloosheidsbureau of in een ander lokaal waarover de Rijksdienst kan beschikken. De uitnodiging gebeurt bij geschrift. Op straffe van nietigheid moet dit geschrift : 1° ten minste 10 dagen vóór de dag van de hoorzitting verzonden worden; 2° melding maken van de reden van de uitnodiging en van de mogelijkheid documenten voor te leggen die de verklaring betreffende de gezinssituatie staven; de uitnodiging vermeldt een niet-limitatieve lijst van dergelijke documenten.

Indien de Rijksdienst bij het einde van deze hoorzitting nog twijfels heeft omtrent de juistheid van de verklaring inzake de gezinssituatie en oordeelt dat een bezoek van de bewoonde lokalen noodzakelijk is, deelt hij dit onmiddellijk mee aan de sociaal verzekerde en vraagt hij daartoe diens toestemming. De vraag gebeurt uitdrukkelijk en ondubbelzinnig

Deze vraag bevat de opsomming van de regels van artikel 8 van de wet van 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtpleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek

De sociaal verzekerde wordt ingelicht over de mogelijkheid om een huisbezoek, bedoeld in het derde lid, te weigeren. Hij wordt tevens ingelicht over de mogelijkheid om zich te laten bijstaan door een advocaat of een afgevaardigde van een erkende werknemersorganisatie, indien hij met het bezoek instemt.

Het bezoek aan de bewoonde lokalen gebeurt door ten minste twee sociaal inspecteurs, aangewezen krachtens het Sociaal Strafwetboek. Er wordt een proces-verbaal opgesteld dat verslag uitbrengt van het verloop van het bezoek van de bewoonde lokalen of het gebouw, dat door de ambtenaren wordt ondertekend en ter ondertekening aan de werkloze wordt voorgelegd. Indien de sociaal verzekerde zijn toestemming verleent, wordt hij verzocht een document te ondertekenen waarbij het huisbezoek wordt toegestaan. Deze toestemming doet geen afbreuk aan de verplichting de bepaling van § 3, tweede lid, na te leven, indien een ander persoon die het werkelijk genot heeft van de plaats, aanwezig is op het tijdstip van het huisbezoek.

Indien de werkloze zich niet op de hoorzitting aanbiedt, geen toestemming verleent voor het bezoek van de lokalen of de gegeven toestemming later intrekt, doet de directeur van het bureau uitspraak op basis van de elementen waarover hij beschikt.

§ 3. De ambtenaren mogen overeenkomstig de wet van 7 juni 1969 tot vaststelling van de tijd gedurende dewelke geen opsporing ten huize of huiszoeking mag worden verricht, en § 1, de bewoonde lokalen betreden mits toestemming van de persoon die het werkelijk genot heeft van de plaats. Deze toestemming moet schriftelijk en voorafgaand aan de aanvang van het huisbezoek gegeven worden.

§ 4. De sociaal verzekerde wordt ingelicht over de mogelijkheid om een schriftelijke of mondelinge klacht bij de bevoegde federale ombudsman in te dienen aangaande het optreden van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening inzake de controle op de gezinstoestand, overeenkomstig artikel 8 van de wet van 22 maart 1995 tot instelling van federale ombudsmannen.

Het voorstel van het O.M. bestaat erin om de regelgeving die in 2000 werd ingevoerd terug op te heffen. De controles inzake onjuiste aangifte van de gezinssamenstelling zouden op dat ogenblik verlopen volgens de bepalingen van het Sociaal Strafwetboek met dien verstande dat de machtigingen tot visitatie thans afgeleverd worden door de onderzoeksrechter. Van belang is tevens er op te wijzen dat de procedure tot het bekomen van zulk een machtiging beter gereguleerd is in vergelijking met de regeling die voorzien was in de arbeidsinspectiewet.

8) Werkloosheidsbesluit van 25 november 1991 - Uitkeringsstelsel in geval van tijdelijke werkloosheid - Artikel 106 (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2010-2011)

▪ ***Moeilijkheden***

Artikel 106 van het K.B. van 25 november 1991, zoals gewijzigd bij artikel 10 van het K.B. van 25 mei 1993 (B.S. 28 mei 1993), geeft aan de voltijds tewerkgestelde werknemer en de deeltijds tewerkgestelde werknemer met behoud van rechten omschreven in artikel 29 §2 van het KB van 25 november 1991, de mogelijkheid om tot het stelsel van tijdelijke werkloosheid toe te treden.

Deze toegang tot de tijdelijke werkloosheid is mogelijk na één enkele arbeidsdag.

Overigens worden de dagen van tijdelijke werkloosheid beschouwd als gelijkgestelde dagen voor de toegang tot de volledige werkloosheid.

Dit houdt een gevoelig risico op fraude in.

Het bewijs van het gebruik van valse documenten is niettemin uiterst moeilijk te leveren.

▪ ***Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie***

Het openbaar ministerie vraagt zich af of het huidige stelsel van tijdelijke werkloosheid wel met de 'ratio legis' van de wetgever overeenstemt en nodigt deze laatste (in dit geval de Koning) dan ook uit om initiatieven te nemen om de risico's op misbruik zoveel mogelijk in te perken.

9) Artikel 37 § 2 van het Werkloosheidsbesluit (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2010-2011)

▪ ***Moeilijkheden***

In toepassing van artikel 37 § 2 van het werkloosheidsbesluit kan een buitenlandse onderdaan tot de Belgische werkloosheidsuitkeringen worden toegelaten, op grond van in het buitenland verrichte arbeid, wanneer deze arbeid in België aanleiding zou geven tot inhoudingen voor de sociale zekerheid.

De werkloze vreemde arbeidskracht kan slechts worden toegelaten tot de Belgische werkloosheid, wanneer hij na de in het buitenland verrichte arbeid, tijdvakken van arbeid als loontrekkende heeft vervuld krachtens de Belgische regeling.

Dit impliceert dat een buitenlandse onderdaan gerechtigd is op Belgische werkloosheidsuitkeringen van zodra hij één dag in België heeft gewerkt in ondergeschikt verband en hij in de periode voorafgaand aan deze tewerkstelling in het buitenland, ofwel heeft gewerkt in ondergeschikt verband en daar sociale zekerheidsbijdragen heeft betaald, ofwel in het buitenland heeft gewerkt zonder sociale zekerheidsbijdragen te

betalen, terwijl hij voor dit werk, wanneer het in België zou zijn gepresteerd, sociale zekerheidsbijdragen - sector werkloosheid, zou betaald hebben.

Het onverkort laten meetellen van in het land van oorsprong gepresteerde arbeid om de arbeidsdagen tijdens de referentieperiode te bewijzen, zet de deur open naar misbruik.

Dit valt zeer moeilijk op te sporen en nauwelijks te controleren (gezien de meer ontwikkelde knowhow ter zake, het gebruik van buitenlandse ondernemingsstructuren waarvan de activiteit moeilijk te achterhalen valt, en het gebruik van informatica- en multimediamiddelen).

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

Ook hier vraagt het openbaar ministerie zich af of het doel van de reglementering steeds op een geloofwaardige manier gerealiseerd wordt.

Een oplossing zou er hiervoor in kunnen bestaan de voorwaarden te herzien om als vreemde arbeidskracht-werkloze tot de Belgische werkloosheidsuitkeringen te worden toegelaten.

10) Aangifte en controle van werkloosheidsperiodes (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2010-2011)

▪ **Moeilijkheden**

In toepassing van artikel 71, 1, 3, 4 en 5 van het werkloosheidsbesluit dient de werkloze om uitkeringen te genieten in het bezit te zijn van een controlekaart (meestal C.3.2.), en dient hij deze controlekaart correct in te vullen. Hierbij moet de werkloze vóór de aanvang van de activiteit, bedoeld in artikel 45, hiervan melding maken op de controlekaart.

In de praktijk kan de werkloze-werknemer bij zijn vakbond een controlekaart gaan afhalen. Deze kaart moet worden ingevuld op de eerste kalenderdag van de maand en de werkloze dient deze kaart bij zich te dragen wanneer hij of zij een arbeidsactiviteit, ingeschakeld in het economisch ruilverkeer van goederen en diensten, wil uitvoeren.

Wanneer de werkloze-werknemer geen arbeidsactiviteiten uitvoert, dient hij niets te doen.

Wanneer de werkloze-werknemer voor een werkgever of voor zichzelf een activiteit wil uitvoeren, zoals bepaald in artikel 45 van het werkloosheidsbesluit, dient hij voorafgaandelijk op het met zijn arbeidsdag overeenstemmende vakje van zijn controlekaart een schrapping aan te brengen.

Wanneer de werkloze-werknemer tijdens de uitvoering van de arbeidsactiviteit wordt gecontroleerd, moet de werkloze op vordering van de bevoegde controleur zijn of haar werkloosheidskaart kunnen voorleggen.

Wanneer de controlekaart correct is ingevuld, (en ook het vakje voor de desbetreffende arbeidsdag geschrapt is), dan heeft de werkloze-werknemer aan zijn verplichting voldaan. Wanneer de controlekaart niet werd ingevuld of het vakje niet werd geschrapt, kan de werkloze worden gesanctioneerd in toepassing van artikel 175 van het werkloosheidsbesluit, en kan de werkloze-werknemer zowel correctioneel worden vervolgd als een administratieve sanctie worden opgelegd met een uitsluiting van het recht op werkloosheidsuitkeringen van normaliter 4 tot 26 weken.

De controlekaart wordt op het einde van de maand ingediend en de werkloze ontvangt geen werkloosheidsuitkeringen voor de – op zijn controlekaart vermelde – dagen waarop hij gewerkt heeft.

Voor de werkloze die arbeid voor zichzelf verricht of voor de werkloze die een aangegeven en aanvaarde zelfstandige nevenactiviteit uitoefent, is de controle via de controlekaart niet doeltreffend genoeg.

Het gebeurt immers soms dat een dergelijke werkloze, hoewel hij de arbeidsdagen op een correcte manier ingevuld en geschraapt heeft, zonder dat deze gegevens evenwel gecontroleerd werden gedurende de lopende maand, de kaart vernietigt en op het einde van de maand een andere controlekaart indient waarop geen of minder schrappingen aangebracht werden. Op deze wijze ontvangt deze werkloze werkloosheidsuitkeringen voor dagen waarop hij gewerkt heeft.

▪ **Samenvatting van het standpunt van het openbaar ministerie**

Teneinde de fraude met de vervangende valse controlekaarten te verhinderen, zou het volstaan om de controlekaarten te nummeren en ervoor te zorgen dat de werkloze slechts één kaart per maand kan gebruiken.

11) Artikelen 128 e.v. Gecoördineerde wet van 14 juli 1994 op de ziekteverzekering - Artikel 883-2004 Coördinatieverordening van 29.04.2004 (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2010-2011)

▪ **Moeilijkheden**

Zowel de buitenlandse arbeidskracht, die ziek of arbeidsongeschikt naar België komt, als de arbeidsongeschikte Belgische zelfstandige kunnen toegelaten worden tot de arbeidsongeschiktheidsuitkeringen in het systeem van werknemer indien zij gedurende een periode van zes maanden voorafgaand aan de vaststelling van de arbeidsongeschiktheid in België als werknemer gewerkt hebben.

Uit de praktijk blijkt dat de controle erop zeer moeilijk is, hetgeen fraude in de hand werkt. Het gaat meestal om personen die op het ogenblik dat zij aanspraak maken effectief arbeidsongeschikt zijn en die op dat ogenblik aan de basisvoorwaarden voldoen om gerechtigd te zijn op arbeidsongeschiktheidsuitkeringen.

Het aantonen van het oneigenlijk gebruik is dus moeilijk en kan meestal enkel op medische gronden gebeuren.

Bovendien is de controle op en het bewijs van het "fictief" werknemersstatuut van de zelfstandige om van arbeidsongeschiktheidsuitkeringen te genieten uiterst moeilijk.

Overigens faalt de handhaving van het bedrieglijk genot van arbeidsongeschiktheidsuitkeringen, bijvoorbeeld wegens het uitoefenen van wederrechtelijke arbeid tijdens de arbeidsongeschiktheid, over de ganse lijn door een gebrek aan mensen en middelen.

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

Voor het openbaar ministerie bestaat de enige mogelijkheid om op te treden tegen dergelijk frauderisico's erin om de toekenningscriteria te wijzigen, zoals:

- de wachttijd van zes maanden, of
- het aanvaarden van de arbeidsprestaties die in het land van herkomst werden verricht, of
- het aanpassen van de hoegrootheid van de uitkeringen.

12) De afschaffing in 2001 van artikel 50 van het Koninklijk Besluit van 25 november 1991 houdende de werkloosheidsreglementering (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2010-2011)

▪ **Moeilijkheden**

Door de afschaffing van artikel 50 van het K.B. van 25 november 1991 door het K.B. van 27 april 2001 (B.S., 28 april 2001) verdween één van de belangrijke controlemechanismen waardoor de rechtshandhaving in de werkloosheidssector minder efficiënt en minder effectief werd. De mogelijkheid om tijdens de werkloosheid een bijkomstige activiteit uit te oefenen in de zin van artikel 45 van het werkloosheidsbesluit, ontsnapt dus aan de controle van de RVA. Artikel 48 van het werkloosheidsbesluit biedt onvoldoende garanties om de leemte die hierdoor bij de controle op wederrechtelijk handelen ontstaat, op te vangen. De handhaving boet hier duidelijk in aan doelmatigheid en geloofwaardigheid.

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

Artikel 50 van het werkloosheidsbesluit bepaalde dat de werkloze die met een zelfstandige samenwoont slechts uitkeringen kon genieten indien hij hiervan aangifte deed op het tijdstip van de uitkeringsaanvraag of bij de aanvang van het samenwonen. Deze aangifte was niet vereist wanneer de werkloze niet in staat was de zelfstandige met wie hij samenwoont aanmerkelijk te helpen.

Artikel 50 bepaalde verder in het tweede lid dat artikel 48 van toepassing was op de werkloze die enigerlei hulp verleende aan de zelfstandige met wie hij samenwoont.

Het arbeidsverbod in de werkloosheidsverzekering is streng. In die optiek is de vraag waarom de controle werd verzwakt ten aanzien van fraudegevoelige situaties, zoals een werkloze die samenwoont met een zelfstandige en die aldus gemakkelijk in de verleiding kan komen om bij te klussen in die zelfstandige activiteit.

▪ **Besluit**

Het openbaar ministerie stelt vast dat een controlemechanisme werd opgeheven dat kon bijdragen tot de strijd tegen de sociale en fiscale fraude.

De wetgever (in dit geval de Koning) wordt dan ook verzocht om deze situatie te herzien.

13) Wet van 28 april 1999 tot aanvulling, wat de bestrijding van de fiscale fraude betreft, van het koninklijk besluit nr. 185 van 9 juli 1935 op de bankcontrole en het uitgifteregime voor titels en effecten en van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen (opgenomen sinds wetsevaluatie 2009-2010)

▪ **Moeilijkheden**

Het probleem zit in een fundamenteel verschil tussen de Nederlandstalige en de Franstalige tekst wat betreft de stand van de procedure waarin de strafzaak zich bevindt en waarop het OM de kennisgeving doet aan de fiscus :

Art. 2. Les officiers du ministère public près les cours et tribunaux qui sont saisis d'une information, dont l'examen fait apparaître des indices de fraude en matière d'impôts directs ou indirects, en informeront immédiatement le Ministre des Finances.

Franstalige tekst : « qui sont saisis d'une information » : dus (reeds) in de stand van een voor(informatief)onderzoek (dat later geseponneerd kan worden).

Art. 2. De ambtenaren van het openbaar ministerie bij de hoven en rechtbanken waarbij een strafzaak aanhangig is, waarvan het onderzoek indiciën van ontduiking inzake directe of indirecte belastingen aan het licht brengt, zullen onmiddellijk de Minister van Financiën inlichten.

Nederlandstalige tekst: “waarbij een strafonderzoek aanhangig is”: dus enkel in de stand hetzij van een gerechtelijk onderzoek hetzij een dagvaarding ten gronde.

Het hof van beroep Antwerpen heeft in een arrest van 5 mei 2009 (zie kopie als bijlage gevoegd bij het rapport wetsevaluatie 2010-2011) de Nederlandse versie van deze wetsbepaling strikt toegepast. Dit arrest wordt ook geanalyseerd in De Fiscooloog van 3 juni 2009 (eveneens als bijlage gevoegd bij het rapport wetsevaluatie 2010-2011).

De FOD Financiën tekende cassatieberoep tegen dit arrest aan. Het Hof van Cassatie deed hierover uitspraak in een arrest van 15 oktober 2010 en overwoog het volgende: *”Door te oordelen dat voormeld artikel 2 enkel van toepassing is wanneer de strafvordering aanhangig is gemaakt, hetzij ingevolge het openen van een gerechtelijk onderzoek op vordering van de procureur des konings of ingevolge een klacht met burgerlijke partijstelling, hetzij ingevolge een rechtstreekse dagvaarding voor de strafrechter door de procureur des konings of de burgerlijke partij, schenden de appelrechters deze wetsbepaling”*. Het arrest van het hof van beroep Antwerpen van 5 mei 2009 werd verbroken en doorverwezen naar het hof van beroep Brussel.

▪ **Samenvatting van het standpunt van het openbaar ministerie**

Het is essentieel dat met het oog op het garanderen van rechtszekerheid de Nederlandse en Franse versie van een zelfde wetsbepaling dezelfde draagwijdte zouden hebben. (zie ook COL 5/2000 van 15 mei 2000).

De parlementaire werkzaamheden geven duidelijk de wil van de wetgever van destijds aan. Het arrest van het Hof van Cassatie van 15 oktober 2010 bevestigt de aan deze bepaling te geven interpretatie.

Er zou dus een wet opgesteld moeten worden (bij voorkeur een interpretatieve wet teneinde te vermijden dat de aangiften die door de magistraten van het OM aan de minister van Financiën worden gedaan nog verder bestreden zouden worden), om zo exact dezelfde draagwijdte aan beide tekstversies te geven.

Deze problematiek werd besproken naar aanleiding van een vergadering van het coördinatieteam van het expertisenetwerk “ECOFINFISC” van het College van Procureurs-generaal.

De beleidscel van de staatssecretaris voor de Coördinatie van de Fraudebestrijding heeft een ontwerp van voorontwerp van wet opgesteld (in het kader van de projecten van het actieplan van het College voor de Strijd tegen de Fiscale en de Sociale Fraude), dat vervolgens aan de beleidscel van de minister van Justitie werd voorgelegd.

In het voorontwerp van wet diverse bepalingen Justitie (2012) werd een bepaling opgenomen om dit verschil weg te werken.

Indien deze wet bij publicatie van het huidige rapport reeds aangenomen zou zijn, en een oplossing bevat in deze zin, dient met bovenstaande opmerkingen geen rekening gehouden te worden.

14) Problemen betreffende artikel 44 van de wet van 15 september 2006 tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006 (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2010-2011)

De eerste paragraaf van artikel 44 van de wet van 15 september 2006 tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006, stelt dat het (bij de Raad voor de Mededinging) opgerichte auditoraat instaat voor het onderzoek van de zaken op gebied van de bescherming van de economische mededinging.

Paragraaf 3 van dit artikel stelt echter een aantal problemen (zie vet gemarkeerde tekst):

“§ 3. Onverminderd de bevoegdheden van de officieren van gerechtelijke politie, zijn **de auditeurs en de door de minister gemachtigde ambtenaren van de Algemene Directie mededinging** bevoegd om overtredingen van deze wet op te sporen en om deze overtredingen vast te stellen bij processen-verbaal die gelden als bewijs tot het tegendeel is bewezen.

Zij zijn eveneens bevoegd om alle inlichtingen op te sporen en om alle noodzakelijke vaststellingen te doen met het oog op de toepassing van de artikelen 6 tot 10.

Bij de uitvoering van de hun toevertrouwde opdrachten, zijn zij onderworpen aan het toezicht van de procureur-generaal.

Zij verzamelen alle inlichtingen, nemen alle geschreven of mondelinge verklaringen of getuigenissen af, doen zich alle documenten of inlichtingen, wie ook de houder ervan is, mededelen, die zij nodig achten ter vervulling van hun opdracht en waarvan zij kopie mogen nemen, en doen ter plaatse de nodige vaststellingen.

Zij mogen een huiszoeking verrichten:

1° in de woning van de ondernemingshoofden, bestuurders, zaakvoerders, directeurs, en andere personeelsleden alsook in de woning en in de lokalen die gebruikt worden voor professionele doeleinden van natuurlijke en rechtspersonen, intern of extern, belast met het commercieel, boekhoudkundig, administratief, fiscaal en financieel beheer, en zulks tussen 8 en 18 uur, en met voorafgaande machtiging door een onderzoeksrechter;

2° in de lokalen, vervoermiddelen en andere plaatsen van de ondernemingen waar zij redelijkerwijze vermoeden bescheiden of gegevens te kunnen vinden, welke zij voor het vervullen van hun opdracht nodig achten en waarvan zij kopie mogen nemen, en zulks tussen 8 en 18 uur en met een voorafgaande machtiging door de voorzitter van de Raad voor de Mededinging of door een lid van de algemene vergadering van de Raad dat hiertoe door de voorzitter is gemachtigd].

Bij het volbrengen van hun opdracht kunnen zij ter plaatse beslag leggen en verzegelen voor de duur van, en voor zover nodig voor, hun opdracht maar niet langer dan 72 uur in andere lokalen dan deze van de ondernemingen of ondernemingsverenigingen. Deze maatregelen worden vastgesteld in een proces-verbaal. Een kopie van dit proces-verbaal wordt bezorgd aan de persoon ten aanzien van wie deze maatregelen zijn genomen.

Bij het volbrengen van hun opdracht kunnen zij een beroep doen op de openbare macht. Om over te gaan tot een huiszoeking, een beslaglegging of een verzegeling, moeten de in het eerste lid bedoelde ambtenaren bovendien houder zijn van een specifiek opdrachtbevel afgegeven door de auditeur. Dit bevel vermeldt het voorwerp en het doel van hun opdracht.

De auditeurs kunnen deskundigen aanstellen wier raadgevende opdracht zij bepalen. De auditeurs kunnen ook een beroep doen op de ambtenaren van de Algemene Directie Controle en Bemiddeling van de Federale Overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand en Energie.”

Eerst en vooral dient opgemerkt dat inbreuken op de regels van de economische mededinging op grond van de wet van 15 september 2006 op geen enkele manier strafrechtelijk gesanctioneerd kunnen worden.

De auditeurs en de ambtenaren van de Algemene Directie Mededinging beschikken immers niet over de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie die de procureur des konings bij diens opdrachten bijstaat.

Bijgevolg kan men zich de vraag stellen of de formulering van lid 1 van artikel 44 §3 van de wet van 15 september 2006 tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006 (*“Bij de uitvoering van de hun toevertrouwde opdrachten, zijn zij onderworpen aan het toezicht van de procureur-generaal.”*) wel enige vorm van relevantie heeft.

Artikel 44 §3 van deze wet zorgt nog voor grotere problemen wanneer gesteld wordt dat de auditeurs en de ambtenaren van de Algemene Directie Mededinging huiszoekingen mogen verrichten in de woning van de ondernemingshoofden, bestuurders, zaakvoerders, directeurs, en andere personeelsleden alsook in de woning en in de lokalen die gebruikt worden voor professionele doeleinden van natuurlijke en rechtspersonen, intern of extern, belast met het commercieel, boekhoudkundig, administratief, fiscaal en financieel beheer, en zulks tussen 8 en 18 uur, en met voorafgaande machtiging door een onderzoeksrechter.

Artikel 15 van de Grondwet stelt echter het volgende: “De woning is onschendbaar; geen huiszoeking kan plaats hebben dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft”.

Noch in de wet van 15 september 2006 noch in een andere wet worden de modaliteiten, de vorm en de procedure verduidelijkt die gevolgd moeten worden om een dergelijke machtiging van de onderzoeksrechter te verkrijgen.

De onderzoeksrechters en de procureurs des Konings tot wie eerstgenoemden zich richten ingeval zij een dergelijk verzoek ontvangen, weten dan ook niet hoe zij hierop moeten reageren.

Welke documenten moeten aan de onderzoeksrechter voorgelegd worden wanneer om een machtiging verzocht wordt om een dergelijke huiszoeking te verrichten ?

Op welke manier kan de onderzoeksrechter deze huiszoekingen controleren ?

Welk rechtscollege is bevoegd ingeval zich een incident voordoet bij het verzoek tot machtiging van de huiszoeking of bij de huiszoeking zelf ?

In de wet wordt geen enkel antwoord geboden op deze drie fundamentele kwesties.

In dit concreet geval wordt aan de onderzoeksrechter gevraagd een rechtshandeling te stellen die niet in het Wetboek van Strafvordering maar wel in de wet van 15 september 2006 opgenomen werd, die voor het overige de inbreuken op de economische mededinging niet strafbaar stelt.

Hierbij dient nog te worden opgemerkt dat artikel 28septies van het Wetboek van Strafvordering uitdrukkelijk bepaalt dat de procureur des konings in het kader van een mini-onderzoek geen huiszoekingsbevel voor een door een officier van gerechtelijke politie die de procureur des konings bij diens opdrachten bijstaat te verrichten huiszoeking kan vorderen zonder dat een gerechtelijk onderzoek geopend werd, terwijl de wet van 15 september 2006 de auditeurs en de ambtenaren van de Algemene Directie Mededinging de mogelijkheid biedt om, zonder dat een gerechtelijk onderzoek geopend werd en zonder dat een strafrechtelijk misdrijf gepleegd werd, de onderzoeksrechter te verzoeken om tussen 8 en 18 uur in de woning van de ondernemingshoofden, bestuurders, zaakvoerders, directeurs, en andere personeelsleden alsook in de woning en in de lokalen die gebruikt worden voor professionele doeleinden van natuurlijke en rechtspersonen, intern of extern, belast met het commercieel, boekhoudkundig,

administratief, fiscaal en financieel beheer, huiszoekingen te doen verrichten door ambtenaren die noch de hoedanigheid bezitten van officier van gerechtelijke politie die de procureur des konings bij diens opdrachten bijstaat noch de gewoonte hebben om huiszoekingen uit te voeren.

Zelfs de Raad voor de Mededinging heeft de aandacht van de wetgever op dit probleem gevestigd (zie DOC 51 2180/001, p. 262) en ook de Raad van State heeft hierbij vraagtekens geplaatst (DOC 51 2180/001, p. 146 tot 148).

Niettemin houdt deze situatie het risico in dat zich op zeer korte termijn serieuze problemen zouden kunnen stellen.

C.2. Nieuwe aandachtspunten – Sociaal en Fiscaal Strafrecht

1) Koninklijk besluit van 20 september 2002 tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 november 1991 houdende werkloosheidsreglementering, wat de vrijstelling betreft ten voordele van oudere werklozen en bruggepensioneerden van de vereisten vermeld in artikel 60 en 66 van dat besluit.

▪ *Moeilijkheden*

De controle op niet toegelaten arbeid van oudere werklozen en bruggepensioneerden wordt ernstig bemoeilijkt omdat sinds 1 oktober 2002 deze categorie van werklozen vanaf 60 jaar vrijgesteld is van de verplichting effectief en permanent in België te verblijven.

Deze vrijstelling is niet verbonden aan bepaalde voorwaarden zodat deze werklozen zich zonder voorafgaande vraag naar het buitenland kunnen begeven. Er werden geen beperkingen gesteld aan de duur van het verblijf in het buitenland zolang de betrokken werkloze zijn hoofdverblijfplaats in België behoudt.

(Trouwens, sinds de afschaffing van de gemeentelijke controle vanaf 15 december 2005 door het ministerieel besluit tot wijziging van het ministerieel besluit van 26 november 1991 houdende de toepassingsregelen van de werkloosheidsreglementering in het kader van de stempelcontrole is het voor de werkloze veel gemakkelijker geworden om zich naar het buitenland te begeven en daar in het zwart te werken.)

▪ *Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie*

Aangezien de oudere werklozen door deze vrijstelling als het ware “carte blanche” hebben om in het buitenland wederrechtelijke arbeid te verrichten zou het wenselijk zijn deze vrijstelling af te schaffen, minstens maatregelen uit te vaardigen om de controle op de niet-toegelaten arbeid in het buitenland te verscherpen. Zo zou de oudere werkloze die naar het buitenland vertrekt verplicht kunnen worden om zijn vertrek naar het buitenland voorafgaandelijk aan te geven aan de RVA (waar, wanneer en duur van verblijf). Op die manier kan de RVA via de gemeentelijke diensten van de verblijfplaats van de werkloze in het buitenland controleren of er geen fraude wordt gepleegd.

Men zou ook aan de duur van het verblijf in het buitenland beperkingen kunnen stellen met de verplichting voor de werkloze om zich op geregelde tijdstippen ter controle aan te bieden in België.

2) Koninklijk besluit van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders ²⁹.

▪ **Moelijkheden**

De regeling die de piekarbeid omkadert voor een aantal bedrijfssectoren, laat de mogelijkheid open voor het oneigenlijk gebruik van de (vooral voor de werkgever) gunstige RSZ-regeling, die hieraan is verbonden.

De oorspronkelijke beperking van het aantal piekdagen waarop een werkgever gelegenhedenpersoneel kan tewerkstellen binnen de specifieke seizoenen, werd afgeschaft door het KB van 22 december 2004. Sindsdien kunnen werkgevers in de land- en tuinbouwsector (PC 144 en 145) het hele jaar door een beroep doen op (in de tijd beperkt) gelegenhedenpersoneel, wat de regeling flexibeler en attractiever heeft gemaakt.

Een voorbeeld. De gelegenhedenarbeid in de tuinbouw (PC 145) wordt gekenmerkt door het gebruik van dagcontracten, beperkte formaliteiten en een merkelijk lagere loonkost ³⁰. Deze voordelen laten toe snel en tegen een relatief lage kostprijs ³¹ bijkomende arbeidskrachten aan te werven op piek-momenten in de bedrijfsvoering.

Voorts is deze sector slechts onderworpen aan bepaalde takken van de sociale zekerheid. De SZ-bijdragen blijven beperkt tot de regeling voor de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, de werkloosheid, de rust- en overlevingspensioenen en de kinderbijslag voor werknemers. Voor jaarlijkse vakantie is geen bijdrage verschuldigd.

Artikel 8bis, §4 Uitvoeringsbesluit RSZ-wet bepaalt: *“Wordt voor een kwartaal niet als gelegenheden-arbeider in de zin van dit artikel beschouwd, de werknemer die in de loop van het kwartaal en de twee voorafgaande kwartalen in de land- of tuinbouwsector heeft gewerkt met toepassing van de wet in een andere hoedanigheid dan die van gelegenhedenarbeider zoals hier omschreven.”*

De zogenaamde ‘tweekwartalenregel’ in dit artikel geeft aanleiding tot het inzetten van opeenvolgende arbeidskrachten onder de voordelige RSZ-regeling voor gelegenhedenarbeid en laat het oneigenlijke, doorlopende gebruik ongewild toe.

In de praktijk wordt de courante jaarlijkse opeenvolging van de bedrijfsactiviteiten (bv. snoeien, stekken, verpotten,...) uitgevoerd door opeenvolgende werknemers in het tijdelijk gelegenheden-statuut. Dit kan worden vastgesteld aan de hand van de onmiddellijke aangiften van de tewerkstelling bij de RSZ (DIMONA).

Oplijsting van de verschillen tussen het gewone statuut en gelegenheidstewerkstelling

| | Gewone Tewerkstelling | Gelegenhedenstatuut |
|-------------------|-------------------------------------|----------------------------------|
| Dimona-aangifte | Bij aanvang tewerkstelling | Dagelijks |
| Werkduur per week | 38 uur | 50 uur (met max. tot 11 uur/dag) |
| Brutoloon | 10,75 €/u (laagste looncategorie :) | 9,56 €/uur |

²⁹ Verder verkort als Uitvoeringsbesluit RSZ-wet.

³⁰ Voor alle paritaire subcomités van PC 145 voor het tuinbouwbedrijf, met uitzondering van het PSC 145.07, voor de paddenstoelen- en truffelteelt, geldt een baremaverschil van ruim 10% brutoloon.

³¹ Belangrijke elementen hierbij zijn o.m. de reeds vermelde lagere brutolonen, een lage forfaitaire RSZ-bijdrage voor de werkgever per werkdag (€ 17,81 per werkdag) ongeacht het aantal gepresteerde uren (wat kan oplopen tot maximaal 11 uur per dag), een lage forfaitaire eindejaarspremie (€ 190), het ontbreken van een regeling gewaarborgd loon bij ziekte/ongeval.

| | | |
|---|---|--------------------------------|
| | ongeschoolde arbeid) | |
| GewaARBorgd maandloon ziekte/arbeidsongeval | Regeling arbeiders | - |
| RSZ-bijdrage werkgever | 24,77% van brutoloon | Forfait 17,81 €/dag |
| RSZ-bijdrage werknemer | 13,07 % van brutoloon aan 108% | Forfait 2,33 €/dag |
| Eindejaarspremie | 8,33% brutojaarloon referte-periode (1/7-30/6) | Forfait 190 € (CAO 13/11/2009) |
| Normaal loon bij slecht weer | loon van de volledige arbeidsdag (CAO 8/5/2001) | - |
| Onderhoud werkkledij | 3,46 €/week | - |
| Ecocheques | 250 €/jaar (of pro rata) (CAO 13/11/2009) | - |
| Betaalde vakantie | Regeling arbeiders | - |

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

Het jaarprogramma van een tuinbouwbedrijf (PC 145)³² dat in principe continu draait, wordt door de werkgever artificeel opgedeeld in wettelijk omschreven periodes van 65 werkdagen, zodat er haast continu arbeidspieken worden gecreëerd.

Door de band genomen blijft het globale aantal werknemers over het gehele jaar echter min of meer stabiel, waardoor er bezwaarlijk nog sprake kan zijn van wettelijke piekarbeid aan lage kost.

Op die manier past de werkgever "permanente gelegenheidsarbeid" toe met het doel de hele tijd de genoemde SZ-voordelen te kunnen genieten, terwijl deze voordelen slechts bedoeld zijn voor het aanwerven van bijkomend personeel voor specifieke piekmomenten.

Een duidelijker formulering van de huidige tweekwartelenregel, kan dit verhinderen.

3) Organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (OCMW- wet, B.S. 5 VIII 1976) - Wet van 26 mei 2002 betreffende het recht op maatschappelijke integratie (RMI-wet, B.S. 31 VI 2002).

▪ **Moeilijkheden**

Op basis van de vermelde wetten wordt een uitkering verleend aan gerechtigden op basis van een sociaal onderzoek door beëdigde maatschappelijk werkers.

Art. 47. § 1. OCMW-wet 1976: *"De maatschappelijk werker heeft als opdracht, met het oog op de verwezenlijking van de bij artikel 1 bepaalde doelstellingen, en ter uitvoering van de taken hem opgedragen door de secretaris, namens de raad, het vast bureau of het bijzonder comité voor de sociale dienst, de personen en gezinnen te helpen bij het opheffen of verbeteren van de noodsituaties waarin zij zich bevinden. Hiertoe doet hij, onder meer, de onderzoeken ter voorbereiding van de te nemen beslissingen, verstrekt*

³² Met uitzondering van de witloofteelt.

documentatie en raadgevingen en verzekert de maatschappelijke begeleiding van de betrokkenen.”

Art. 19 § 1. RMI-wet: Met het oog op de toekenning van maatschappelijke integratie in de vorm van een leefloon, of een tewerkstelling, met het oog op de herziening of de intrekking van een beslissing dienaangaande of met het oog op een beslissing tot schorsing van de uitbetaling van het leefloon, verricht het centrum een sociaal onderzoek.

Voor het sociaal onderzoek moet het centrum een beroep doen op maatschappelijk werkers, volgens de kwalificatievoorwaarden bepaald door de Koning.

Nadien beschikt het OCMW niet over de wettelijke mogelijkheid na te gaan of deze uitkering terecht wordt ontvangen door de uitkeringsgerechtigden voor de juiste duur in de overeenstemmende categorie, aangezien de wetten niet voorzien in de oprichting van een eigen inspectiedienst, die toezicht uitoefent op het rechtmatig toekennen en ontvangen van deze uitkeringen. Dit is bijvoorbeeld wel het geval voor de werkloosheids-, ziekte- en invaliditeitsuitkeringen.

Enkele OCMW's geven een eigen invulling aan de toezicht- en controlefunctie.

Deze werkwijze, hoe goed ze ook is bedoeld en uitgewerkt in de praktijk zowel ter controle van terechte uitkeringen als ter voorkoming van eventuele misbruiken, biedt niet de waarborgen die worden verleend door de bepalingen van de artikelen 18-52 van het huidige Sociaal Strafwetboek³³ aan de sociaal controleurs.

▪ **Samenvatting standpunt Openbaar Ministerie**

Overeenkomstig de missie van het OCMW om het juiste bedrag aan leefloon en maatschappelijke dienstverlening uit te keren aan zoveel mogelijk rechthebbenden, past het dringend te voorzien in een specifieke inspectiedienst voor controle en toezicht, met toekenning van wettelijk verankerde bevoegdheden voor de controleurs en waarborgen voor de gecontroleerde uitkeringsgerechtigden.

4) Wet van 22 april 2012 betreffende de bestrijding van de loonkloof tussen mannen en vrouwen

In het Belgische Staatsblad van 28 augustus 2012 is de wet van 22 april 2012 ter bestrijding van de loonkloof tussen mannen en vrouwen gepubliceerd.

Artikel 12 van deze wet voegt een artikel 13/3 toe in de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van de discriminatie tussen vrouwen en mannen.

Krachtens dit artikel wordt al wie de bemiddelaar de toegang verhindert tot de sociale gegevens die hij nodig heeft voor de uitoefening van zijn opdracht gestraft overeenkomstig artikel 15, 2° van de wet van 16 november 1972 betreffende de arbeidsinspectie.

De wet van 16 november 1972 betreffende de arbeidsinspectie werd evenwel opgeheven door artikel 109, 28° van de wet van 6 juni 2010 tot invoering van het Sociaal Strafwetboek, een wet die in werking is getreden op 1 juli 2011.

³³ Zie onder meer het finaliteitsbeginsel, proportionaliteitsbeginsel, het legitimatiebewijs, de toegang tot de arbeidsplaats en de bewoonde ruimten, het inwinnen van inlichtingen, de identificatie en het verhoor van personen, alsook formele garanties tegen de genomen maatregelen, zoals voorgeschreven in de Wet van 6 juni 2010 tot invoering van het Sociaal Strafwetboek (B.S. 1 juli 2010).

D. Wegverkeer

D.1. Punten reeds aangehaald in voorgaande rapporten wetsevaluatie, met eventuele actualisatie

1) Artikel 5 § 2 van de wet van 6 december 2005 betreffende de opmaak en financiering van actieplannen inzake verkeersveiligheid (opgenomen sinds wetsevaluatie 2007-2008)

▪ **Wetsbepalingen**

De Nederlandstalige versie luidt: “Het aan de Federale Overheidsdienst Justitie toegekende bedrag wordt in het veiligheidsfonds gestort ter aanvulling van het budget gereserveerd voor gerechtelijke alternatieve maatregelen met als doel de uitvoering van de alternatieve maatregelen of alternatieve straffen die *met name* betrekking hebben op de verbetering van de verkeersveiligheid te financieren.

De Minister van Justitie stelt jaarlijks een verslag op aan de Minister van Mobiliteit betreffende de uitvoering van de projecten inzake verkeersveiligheid die gefinancierd worden via dit bedrag”.

In de Franstalige versie is “*met name*” vertaald door “*notamment*”, wat echter ook de mogelijkheid openlaat die gelden voor andere doeleinden dan voor de verbetering van de verkeersveiligheid te gebruiken.

▪ **Moeilijkheden en standpunt van het openbaar ministerie**

Aangezien in beide talen een verslag inzake de projecten betreffende de verkeersveiligheid moet overgemaakt worden, lijkt het geen twijfel dat alleen projecten die op verkeersveiligheid betrekking hebben met die gelden kunnen gefinancierd worden.

Bij wet houdende diverse bepalingen van 8 juni 2008 werd weliswaar art. 5 § 1, 2° gewijzigd maar men heeft niet van de gelegenheid gebruik gemaakt om in § 2 de beide taalversies in overeenstemming te brengen.

Daarenboven is het wenselijk de Minister van Justitie rechtstreeks te betrekken bij de goedkeuring van de verkeersactieplannen. Die minister is immers verantwoordelijk voor het strafrechtelijk beleid dat ook door de politiediensten moet nageleefd worden. Alleen door inspraak te hebben met financiële tegemoetkoming of sanctionering zal de politie ertoe kunnen gebracht worden de dwingende richtlijnen van strafrechtelijk beleid na te leven.

2) Nazicht van de wet betreffende de politie over het wegverkeer (opgenomen sinds wetsevaluatie 2008-2009)

De wet betreffende de politie over het wegverkeer zou moeten nagezien worden op concordantie en coherentie zowel intern als in samenhang met andere wetten.

1. Door de wet van 20 juli 2005 werden heel wat bepalingen in de wet betreffende de politie over het wegverkeer gewijzigd en werden de woorden “opleggen” en “oplegging” vervangen door “immobiliseren” en “immobilisering”, terwijl dezelfde woorden in de wet van 21 juni 1985 “betreffende de technische eisen waaraan elk voertuig voor het vervoer te land, de onderdelen ervan, evenals het veiligheidstoebehoren moeten voldoen” niet werden gewijzigd, hoewel ze aldaar dezelfde betekenis hebben.

2. De procedure van de onmiddellijke inning moet toegepast worden voor de alcoholintoxicatie, zoals bepaald in artikel 34 § 1 van de wet betreffende de politie over het wegverkeer.

Reeds eerder, namelijk onder meer in de omzendbrief COL 10/1999 van 20 mei 1999 (pagina 3), had het College van Procureurs-generaal erop gewezen dat de praktijk aantoonde dat het gebrek aan concordantie in de wet betreffende de politie over het wegverkeer en het toenmalig uitvoerend koninklijk besluit van 10 juni 1985 ernstige moeilijkheden deed ontstaan waarvoor geen toereikende oplossing kon gevonden worden. Indien het alcoholgehalte immers door bloedanalyse moet bepaald worden, kan enerzijds de politie op het ogenblik van het contact met de vermoedelijke overtreder het resultaat van die analyse nog niet kennen en kan anderzijds de procureur des Konings geen onmiddellijke inning heffen.

De werkwijze, aanbevolen in de omzendbrief COL 10/1999, blijft thans nog van kracht. Indien de in artikel 34 § 1 van de wet betreffende de politie over het wegverkeer bedoelde overtreding werd vastgesteld ingevolge een bloedanalyse, zal de procureur des Konings, in strijd met artikel 65 van de wet betreffende de politie over het wegverkeer, overeenkomstig artikel 216bis van het Wetboek van Strafvordering, de verdachte van de overtreding uitnodigen om aan de Administratie van Registratie en Domeinen een som over te maken die gelijk is aan de minimumboete, voorzien voor deze overtreding, vermeerderd met de opdecimen (dit is met ingang van 1 maart 2004 137,5 euro).

Het is wenselijk dat de wetgever zelf zijn wet zou aanpassen en ofwel (en bij voorkeur) de onmiddellijke inning helemaal niet meer verplicht zou maken ofwel slechts zou verplicht stellen indien het alcoholgehalte blijkt uit een ademanalyse (tenminste 0,22 mg/l en minder dan 0,35 mg/l uitgeademde alveolaire lucht) en niet als het alcoholgehalte blijkt uit een bloedanalyse (tenminste 0,5 g/l en minder dan 0,8 g/l bloed).

De staatssecretaris voor Mobiliteit wenste aan deze problematiek tegemoet te komen door een voorontwerp van wet, dat voorbereid werd in een werkgroep onder leiding van de beleidscel. Dit voorontwerp werd als bijlage gevoegd bij het rapport wetsevaluatie 2010-2011.

3. In voormelde voorbereiding van wetsontwerp is ook aandacht besteed aan andere bepalingen in de verkeerswet en zelfs in andere wetgevingen.

De ontwerpen van die wetwijziging kunnen als basis dienen voor verdere besprekingen.

4. Door artikel 9 van de wet van 31 juli 2009 'tot invoering van speekseltesten op drugs in het verkeer' wordt een artikel 62ter in die wet ingevoegd.

In dezelfde gecoördineerde wetten wordt een artikel 62ter ingevoegd, luidend als volgt:

Art. 9: "Art. 62ter. § 1. De in artikel 59, § 1 bedoelde overheidspersonen leggen een speekselanalyse voor het detecteren van de stoffen die de rijvaardigheid beïnvloeden op wanneer de speekseltest bedoeld in artikel 61bis, § 2, 2° de aanwezigheid aan toont van één van de stoffen bedoeld in artikel 37bis, § 1, 1°.

Onder de hieronder vermelde gehalten wordt het resultaat van de speekselanalyse niet in aanmerking genomen.

| Stof | Gehalte (ng/ml) |
|---------------------------------------|-----------------|
| Delta-9-tetrahydrocannabinol (THC) | 10 |
| Amfetamine | 25 |
| Methyleendioxymethylamfetamine (MDMA) | 25 |

| | |
|-----------------------------------|----|
| Morfine (vrij) of 6-acetylmorfine | 5 |
| Cocaïne of Benzoylcgonine | 10 |

§ 2. De kosten van de speekselanalyse zijn ten laste van de onderzochte persoon indien de overtreding bepaald in artikel 37bis, § 1, 1°, bewezen is.

§ 3. § 1 van dit artikel is niet van toepassing indien de speekseltest bedoeld in artikel 61bis, § 2, 2°, opgelegd werd in de gevallen bedoeld in artikel 61bis, § 1,3°.

§ 4. De analyse van het speekselstaal geschiedt in een van de laboratoria die daartoe door de Koning erkend zijn.

De persoon van wie het speekselstaal is afgenomen, kan op eigen kosten een tweede speekselanalyse laten verrichten in het laboratorium waar het eerste heeft plaatsgehad, of in een ander door de Koning erkend laboratorium. In het eerste geval kan hij op de tweede analyse toezicht laten houden door een technisch raadsman van zijn keuze.

De Koning treft voorzieningen tot nadere regeling van de speekselanalyse. Hij stelt onder meer regels vast betreffende de wijze waarop het speekselstaal wordt genomen, bewaard en onderzocht, alsook betreffende de erkenning van de laboratoria.”

▪ **Moeilijkheden**

In tegenstelling tot de bepalingen in de artikelen 61bis,§3 en 63,§5 is in dit artikel niet bepaald dat de verzameling van de gegevens zich moet beperken tot deze die strikt noodzakelijk zijn voor de vaststelling van de overtredingen van de wet betreffende de politie over het wegverkeer, die op een openbare plaats begaan zijn en ook niet dat die gegevens slechts mogen gebruikt worden voor gerechtelijke doeleinden in verband met de bestraffing van die overtredingen.

▪ **Standpunt openbaar ministerie**

Het past artikel 62ter aan te vullen met een paragraaf 5 luidend als volgt:

“§ 5. Het verzamelen van de gegevens van de speekselanalyse bedoeld in dit artikel beperkt zich tot deze die strikt noodzakelijk zijn voor de vaststelling van de overtredingen van deze wet, die op een openbare plaats zijn begaan. Deze gegevens mogen slechts worden gebruikt voor gerechtelijke doeleinden in verband met de bestraffing van deze overtredingen. ”.

5. Het aantal vaststellingen van verkeersmisdrijven neemt toe.

▪ **Moeilijkheden**

Door de moeilijkheden bij de verwerking van de onmiddellijke inningen en door een geringere betalingsgraad, lijkt het voor de politierechtbanken niet meer haalbaar alle verkeersmisdrijven te behandelen, waaraan nog geen gevolg gegeven werd door de vermoedelijke overtreder.

▪ **Standpunt openbaar ministerie**

Het lijkt wenselijk het openbaar ministerie de mogelijkheid te bieden de betaling van een geldsom op te leggen. Dit kan wellicht voorlopig door een aanpassing van het niet in werking getreden artikel 65bis van de wet betreffende de politie over het wegverkeer en/of door een wetgeving, vergelijkbaar met de Franse of de Nederlandse wetgeving voor

niet-naleving van verkeersvoorschriften. De Minister van Justitie overhandigde daarover een ‘letter of parlement’ aan de Voorzitters van de Kamer van Volksvertegenwoordigers en van de Senaat. Inmiddels is er een wet van 22 april 2012 tot wijziging van de wet betreffende de politie over het wegverkeer, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 25 juni 2012, waarbij een artikel 65/1 in de Wegverkeerswet wordt ingevoegd. Er is reeds een voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen inzake Justitie waarbij aan enkele onvolkomenheden van de wetswijziging zal verholpen worden.

Er kan eveneens verwezen worden naar de uiteenzetting inzake de ‘OM-schikking’.

Er kan gedacht worden aan een wetgeving overeenkomstig de Nederlandse wet van 7 juli 2006 ‘tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten (Wet OM-afdoening)’

6. Verbeurdverklaring van een voertuig

▪ **Wetsbepalingen**

Artikel 52 van de Wegverkeerswet luidt: *“In afwijking van artikel 43, eerste lid van het Strafwetboek wordt de verbeurdverklaring van het voertuig wegens overtreding van deze gecoördineerde wetten enkel uitgesproken in de gevallen bij dit hoofdstuk bepaald”.*

▪ **Moeilijkheden**

Door de huidige wettelijke bepalingen worden verbeurdverklaringen (parallel met artikel 43 1° lid van het Strafwetboek) voor verkeersmisdrijven een uitzondering op de algemene uitzondering (in de wet betreffende de politie over het wegverkeer). Heeft die bepaling nog wel zin en dient ze wel behouden te worden (gelet op de vele uitzonderingen in die wet enerzijds en op de beperkingen in soms nuttige gevallen anderzijds).

▪ **Standpunt openbaar ministerie**

Dient niet overwogen te worden de gemeenrechtelijke regels van verbeurdverklaring te laten gelden door artikel 52 van de Wegverkeerswet op te heffen?

7. Algemeen past het ervoor te waken dat de wetgever door te “overreguleren” niet een omgekeerd effect bekommt.

▪ **Wetsbepalingen**

Zo voegt de wet van 21 april 2007 “tot wijziging van de gecoördineerde wetten van 16 april 1968 betreffende het wegverkeer” (B.S. 26 juli 2007) een paragraaf 5 toe aan artikel 38 van deze wet. Daardoor *moet* de rechter het verval van het recht tot het besturen van een motorvoertuig uitspreken en het herstel van het recht tot sturen minstens afhankelijk maken van het slagen voor het theoretisch of het praktisch examen indien hij veroordeelt wegens een overtreding begaan met een motorvoertuig die tot een verval van het recht tot sturen kan leiden en de schuldige sinds minder dan twee jaar houder is van het rijbewijs B.

▪ **Moeilijkheden**

Nu de rechter geen enkele marge meer heeft, zou het openbaar ministerie wel eens in gevallen waar dergelijke sanctie al te streng wordt geacht, ervoor kunnen opteren de vermoedelijke overtreder niet voor de rechtbank te vervolgen, zodat de wil tot strengere bestraffing helemaal niet gerealiseerd wordt.

▪ **Standpunt openbaar ministerie**

Beter lijkt het steeds en afwijking mogelijk te maken, in de aard van die voorzien in artikel 29 § 1 eerste lid WPW: "Wanneer de rechter het verval van het recht tot sturen niet uitspreekt, motiveert hij deze beslissing."

8. Artikel 58bis Wet van 16 maart 1968 betreffende de politie over het wegverkeer

▪ **Wetsbepalingen**

Hoofdstuk VIIIbis - De immobilisering van een voertuig als beveiligingsmaatregel.

art 58bis. § 1. De immobilisering van het voertuig als beveiligingsmaatregel kan worden bevolen in de gevallen bedoeld in artikel 30, §§ 1 tot 3, en in artikel 48, eerste lid.

De immobilisering als beveiligingsmaatregel wordt bevolen door de in artikel 55, derde lid bedoelde personen.

§ 2. Het voertuig wordt geïmmobiliseerd op kosten en op risico van de overtreder. Indien de eigenaar van het voertuig niet de overtreder is, kan hij het zonder kosten terugkrijgen. De kosten en de risico's zijn ten laste van de overtreder.

§ 3. De immobilisering als beveiligingsmaatregel wordt beëindigd door de personen die de immobilisering hebben bevolen, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van de overtreder.

De immobilisering mag niet langer duren dan tot het tijdstip waarop het rijbewijs of het als zodanig geldend bewijs wordt teruggegeven in de gevallen bedoeld in § 1 of wanneer een rechter het einde van het verval van het recht tot sturen heeft uitgesproken

§ 4. Met gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en met geldboete van 100 euro tot 1 000 euro of met een van die straffen alleen, wordt gestraft hij die gebruik maakt of aan een derde toelaat gebruik te maken van een voertuig waarvan hij weet dat de immobilisering als beveiligingsmaatregel is bevolen.

▪ **Moeilijkheden**

Art 58 bis voorziet dat het O.M. een voertuig kan immobiliseren in de gevallen bedoeld in art 30 §§1 tot 3 (rijden zonder houder te zijn van een rijbewijs of zonder medische schifting) en in artikel 48, eerste lid.

Art 48 van het KB dd 16.03.1968 luidt als volgt:

Met gevangenisstraf van vijftien dagen tot een jaar en met geldboete van 500 euro tot 2000 euro of met een van die straffen alleen en met het verval van het recht tot het besturen van een motorvoertuig voor een duur van ten minste drie maanden en ten hoogste vijf jaar of voorgoed, wordt gestraft, hij die:

1° een voertuig of een luchtschip bestuurt, een rijdier geleidt of een bestuurder begeleidt met het oog op de scholing, spijs het tegen hem uitgesproken verval;

2° een motorvoertuig bestuurt van de categorie bedoeld in de beslissing van vervallenverklaring of een bestuurder begeleidt met het oog op de scholing, zonder het voorgeschreven onderzoek met goed gevolg te hebben ondergaan.

Wanneer een bestuurder betrapt wordt op het rijden met een voertuig tijdens het rijverbod (art. 48, enig lid 1°), kan het O.M. het voertuig immobiliseren voor de duur van het lopend rijverbod.

Echter, een chauffeur die betrapt wordt achter het stuur wanneer zijn rijverbod reeds werd uitgevoerd maar de door de rechter voorgeschreven onderzoeken niet met goed gevolg heeft ondergaan, kan weliswaar gesanctioneerd worden o.g.v. art 48, enig lid 2° maar zijn voertuig kan niet worden geïmmobiliseerd.

Voorbeeld: een bestuurder wordt wegens geïntoxiceerd en dronken sturen veroordeeld tot een rijverbod van twee maanden met de medische en psychologische proeven.

Zijn rijverbod wordt uitgevoerd van 01.03.2010 tot 01.05.2010. Binnen de periode van deze twee maanden wordt de bestuurder geacht zijn medische en psychologische proeven te ondergaan. Doet hij dit niet (of niet met positief resultaat), dan mag de betrokken chauffeur op 01.05.10 nog steeds niet rijden.

Wordt hij op 20.04.10 betrapt achter het stuur, kan het O.M. zijn voertuig immobiliseren tot 01.05.10 (einde van het rijverbod).

Laat de betrokken chauffeur na om zijn proeven te ondergaan, dan kan hij na 01.03.10 zijn rijbewijs niet terugkrijgen op de griffie en mag hij nog steeds niet rijden. Maar zijn voertuig kan hij wel recupereren.

Wordt hij, in ons voorbeeld, na 01.05.10 toch betrapt achter het stuur (nadat het rijverbod is afgelopen), kan het O.M. zijn voertuig niet immobiliseren. Het enige wat kan gebeuren, is een proces verbaal opstellen en de chauffeur nadien vervolgen. Maar het voertuig immobiliseren als veiligheidsmaatregel om te voorkomen dat betrokkene opnieuw gaat rijden zonder zijn proeven te hebben afgelegd, is niet mogelijk. Hij blijft beschikken over zijn voertuig !

Meer zelfs, de wetgeving kan een ongerechtvaardigd verschil teweeg brengen tussen de veroordeelde chauffeurs die wel de proeven ondergaan en de veroordeelde chauffeurs die geen enkel moeite doen om de proeven te ondergaan.

Voorbeeld: Een veroordeelde chauffeur ondergaat zijn rijverbod, ondergaat de medische en proeven tijdens de duur van het rijverbod met positief resultaat maar wordt rijgeschikt verklaard door de erkende instelling voor de duur van 1 jaar.

Dit betekent dat deze chauffeur een rijbewijs moet gaan halen dat geldig is voor 1 jaar. Als dat jaar voorbij is, vervalt het rijbewijs en mag betrokkene niet meer rijden vooraleer hij opnieuw de proeven heeft ondergaan bij dezelfde erkende instelling. Rijdt hij dan toch, dan begaat hij een inbreuk op art 30 §1 (rijden zonder houder te zijn van een rijbewijs) en kan zijn voertuig geïmmobiliseerd worden.

Een chauffeur die géén enkele keer de proeven ondergaat en misschien manifest rijongeschikt is, kan na het verlopen van de duur van het rijverbod blijven rijden zonder te moeten vrezen zijn voertuig kwijt te spelen. Deze chauffeur betekent nochtans een potentieel veel groter gevaar op de weg dan de chauffeur die rijgeschikt werd bevonden maar waarvan de erkende instelling meent de betrokkene na 1 jaar nog eens opnieuw te moeten evalueren vooraleer betrokkene definitief rijgeschikt te verklaren.

De immobilisering is een zeer doeltreffende veiligheidsmaatregel om dergelijke chauffeurs tijdelijk uit het verkeer te halen in kader van de verkeersveiligheid maar heden kan het O.M. niet onmiddellijk krachtdadig optreden tegen chauffeurs die manifest onwillig zijn en de proeven niet ondergaan.

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie en voorstel:**

Het voorstel is om art. 58 aan te vullen als volgt (onderlijnd én vet):

§ 1. *De immobilisering van het voertuig als beveiligingsmaatregel kan worden bevolen in de gevallen bedoeld in artikel 30, §§ 1 tot 3, en in artikel 48.*

§ 2 ...

§ 3. *De immobilisering als beveiligingsmaatregel wordt beëindigd door de personen die de oplegging hebben bevolen, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van de overtreder.*

*De immobilisering mag niet langer duren dan tot het tijdstip waarop het rijbewijs of het als zodanig geldend bewijs wordt teruggegeven in de gevallen bedoeld in § 1 **of***

wanneer de voorgeschreven examens en onderzoeken met goed gevolg werden ondergaan of wanneer een rechter het einde van het verval van het recht tot sturen heeft uitgesproken.

Dit geeft het O.M. de mogelijkheid om ook de veroordeelde chauffeurs waarvan men kan vermoeden dat zij rijongeschikt zijn (er werden immers proeven opgelegd) maar die de proeven weigeren te ondergaan, onmiddellijk uit het verkeer te halen door hun voertuig te immobiliseren totdat zij hun proeven met succes hebben ondergaan en bewezen hebben dat zij op een veilige manier terug tot het verkeer kunnen worden toegelaten.

Dat deze aanpassing de verkeersveiligheid ten goede komt, staat buiten kijf.

3) OM-schikking (opgenomen sinds wetsevaluatie 2008-2009)

Zoals uiteengezet hierboven lijkt het voor de politierechtbanken moeilijk haalbaar alle verkeersmisdrijven te behandelen.

Uit “Justitie in cijfers 2010” blijkt dat het aantal dagvaardingen in 2009 ten opzichte van 2000 gestegen is met 77%.

Nochtans werd reeds een eenvormig computerprogramma gemaakt op de politieparketten sinds 1 maart 2004 en richtlijnen overgemaakt aan de politiediensten opdat de verkeersmisdrijven op een eenvormige wijze zouden behandeld worden. Voor nagenoeg alle misdrijven waarvoor een onmiddellijke inning mogelijk is overeenkomstig artikel 65 WPW werd die afhandelingwijze aanbevolen. De toename van het aantal vaststellingen van snelheidsovertredingen onder meer door onbemande camera's had een toevloed van onmiddellijke inningen voor gevolg. De procedure waarbij de geldsom dient overgeschreven te worden sinds 31 maart 2006 had wel een vereenvoudiging voor de politie en voor de verdachte voor gevolg, maar niet voor de politieparketten, alwaar alle niet-betaalde, te veel of te weinig betaalde onmiddellijke inningen, of niet-alloceerbare betalingen moeten behandeld worden.

Voor al die misdrijven stelt de procureur des Konings een verval van de strafvordering voor mits het betalen van een geldsom die hoger ligt dan die oorspronkelijk door de politie voorgesteld in het kader van een onmiddellijke inning.

Hoewel de laatste jaren meer dan 3.000.000 onmiddellijke inningen geheven worden (3.800.000 in 2011), waarvan ca 83% correct betaald worden en hoewel van de voorgestelde VSBG's overeenkomstig artikel 216bis van het Wetboek van Strafvordering ook ca 2/3 betaald worden, blijven daarvan nog heel wat zaken over die bij de politierechtbanken dienen aanhangig gemaakt te worden teneinde een uitvoerbare titel te bekomen om een geldsom te kunnen innen.

Globaal handelden de politierechtbanken in 2000 165.058 zaken af en in 2009 290.870, een toename van 76%, die trend van het aantal dagvaardingen (156.806 in 2000, 278.221 in 2009 een stijging van 77%) volgt. Veel gedaagden die hun onmiddellijke inning of VSBG niet betaalden lieten verstek gaan.

Er dient dus gezocht te worden naar nieuwe meer performante procedures.

Specifiek voor verkeer kan (voorlopig) gedacht worden aan een aanpassing van het niet in werking getreden artikel 65bis WPW en/of een wetgeving aan te nemen vergelijkbaar met de Franse of Nederlandse wetgeving voor niet-naleving van verkeersvoorschriften.

Een werkgroep waaraan vertegenwoordigers van de expertisenetwerken “Verkeer en Verzekering” en “Strafrechtelijk beleid en Strafrechtspleging” van het College van Procureurs-generaal deelnemen bereidde een voorstel voor. De Minister van Justitie

overhandigde daarover een 'letter of parliament' aan de Voorzitters van de Kamer van Volksvertegenwoordigers en van de Senaat.

De wet van 22 april 2012 'tot wijziging van de wet betreffende de politie over het wegverkeer, gecoördineerd op 16 maart 1968' voegt een artikel 65/1 in waarbij aan het openbaar ministerie de mogelijkheid geboden wordt een 'bevel tot betaling' te geven aan de vermoedelijke overtreder voor verkeersmisdrijven waarvoor een onmiddellijke inning kan geheven worden.

Dergelijk bevel is uitvoerbaar, tenzij de verdachte zelf bezwaar aantekent. Alleen de zaken waarin bezwaren worden ingediend, worden voorgelegd aan de rechtbank, die over volle rechtsmacht beschikt en een andere straf dan een geldboete kan uitspreken.

Voor zwaardere verkeersmisdrijven en voor misdrijven die tot de bevoegdheid van de correctionele rechtbank behoren (waar meer dan 2/3 van de voorgestelde VSBG betaald worden) lijkt een wetgeving overeenkomstig de Nederlandse wet van 7 juli 2006 "tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten" (Wet O.M.-afdoening) inspiratie te kunnen bieden.

Kort samengevat komt een strafbeschikking van het openbaar ministerie hierop neer.

- O.M. kan zelf een zaak buitengerechtelijk bestrafen
- Voor overtredingen en misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf is gesteld van niet meer dan zes jaar (dezelfde grens als voor transacties
- Mogelijke straffen (onder meer):
- Een taakstraf tot 180 uur (minderjarigen 60 uur)
- Ontzegging van de rijbevoegdheid voor ten hoogste zes maanden
- Geldboetes
- Het uitvoerdigen van een strafbeschikking is een daad van vervolging en is geen wijze van voorkoming van strafvervolging bij transactie (vergelijk voor dit laatste "verval van strafvordering" bij VSBG). Voor het opleggen van een taakstraf (vergelijk bij ons "dienstverlening"), een ontzegging van de bevoegdheid motorrijtuigen te besturen, dan wel een aanwijzing het gedrag van de verdachte betreffend moet de verdachte gehoord worden door de officier van justitie. Voor sommige straffen is de instemming van de verdachte vereist.
- "Bestrafte" kan tegen de strafbeschikking verzet doen binnen twee weken vanaf het moment dat de strafbeschikking hem in persoon is uitgereikt, waarna de zaak in volle omvang door de rechter wordt beoordeeld: "heeft de verdachte een strafbaar feit gepleegd en welke straf dient hij opgelegd te krijgen?". Tegen het vonnis van de rechter staan de gewone rechtsmiddelen open.
- Bij niet volledig voldoen is "gijzeling" (gevangenzetting tot één week) mogelijk mits machtiging van de kantonrechter
- Beleidsmatige criteria en contra-indicaties uitgewerkt in een "aanwijzing" van het College van Procureurs-generaal

Wellicht zou op die wijze aan meer zaken op een meer efficiënte wijze een gevolg kunnen gegeven worden.

Het is in de praktijk inderdaad niet mogelijk alle niet betaalde onmiddellijke inningen en voorstellen verval strafvordering tegen betaling van een geldsom (VSBG) effectief te verwerken.

E. Gerechtig recht

E.1. Punten reeds aangehaald in voorgaande rapporten wetsevaluatie, met eventuele actualisatie

1) Artikel 143 § 3 van het Gerechtig Wetboek (opgenomen sinds wetsevaluatie 2007-2008)

De federale procureur oefent alle opdrachten van het openbaar ministerie uit, maar enkel in strafzaken. Hij heeft niet de burgerlijke bevoegdheden van het openbaar ministerie. Het lijkt nochtans belangrijk dat het Federaal Parket, dat bepaalde personen vervolgt, meer bepaald voor feiten van terrorisme, zelf ook de vervallenverklaring van de nationaliteit zou kunnen vorderen, wanneer het zulks noodzakelijk acht. Aldus kan het Federaal Parket terugvallen op een grondige kennis van het dossier dat het zelf behandelde, om op die wijze met meer kans op succes de vordering tot vervallenverklaring uit te brengen tegen personen die het voorwerp van een federaal dossier uitmaakten.

Artikel 143 § 3 van het Gerechtig Wetboek moet derhalve worden gewijzigd. De wetswijziging moet ervoor zorgen dat de federale procureur de vervallenverklaring van de nationaliteit kan vorderen tegen personen in artikel 23 van het Wetboek van de Belgische Nationaliteit van 28 juni 1984, wanneer hij de strafvordering lastens hen uitoefent.

2) Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken (opgenomen sinds wetsevaluatie 2007-2008)

Met toepassing van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen kan een federale magistraat niet als openbaar ministerie zetelen in een gerechtelijk arrondissement met een ander taalstelsel dan dat van zijn diploma, zelfs indien hij houder is van het bewijs van kennis van de andere taal.

Dit doet uiteraard afbreuk aan de efficiëntie van het Federaal Parket.

De wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken dient derhalve te worden gewijzigd. De wetswijziging moet federale magistraten, die het bewijs van de kennis van de andere landstaal geleverd hebben, toelaten te zetelen in gerechtelijke arrondissementen met een ander taalstelsel dan dat van hun diploma.

In 2007 werd nagedacht over de wijze waarop dit wetgevend initiatief het best zou kunnen worden verwezenlijkt en werden de eerste informele contacten gelegd met de beleidscel van de Minister van Justitie en de FOD Justitie.

Dit wetgevend initiatief werd vervolgens uitvoerig besproken op de vergadering van het College van Procureurs-generaal van 9 mei 2008. Het initiatief is trouwens niet nieuw: het wordt reeds vermeld in diverse jaarverslagen van de federale procureur en in diverse evaluatierapporten van het College van Procureurs-generaal. Het werd ook opgenomen in de verslagen van het College van Procureurs-generaal houdende overzicht van de wetten die toepassings- of interpretatiemoelijkheden hebben gesteld voor de hoven en rechtbanken in de loop van het gerechtelijk jaar 2006-2007, 2007-2008 en 2008-2009.

In 2008 werd beslist dit wetgevend initiatief vooralsnog niet verder te zetten en het voorstel niet op te nemen in het voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (I). De reden hiertoe was drieërlei:

- het politiek ongunstige klimaat voor een dergelijke wijziging aan de taalwet;

- de interpretatie van de FOD Justitie, dat federale magistraten slechts kunnen zetelen in gerechtelijke arrondissementen met een ander taalstelsel dan dat van hun diploma, indien zij het bewijs geleverd hebben van een actieve en passieve kennis van de andere landstaal (het zogenaamde grote taalexamen – artikel 6 van het Koninklijk besluit van 19 december 2002 tot regeling van de examens waarbij de doctors en licentiaten in de rechten in de gelegenheid worden gesteld te voldoen aan het voorschrift van artikel 43quinquies van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de talen in gerechtszaken) en niet enkel van de passieve kennis van de andere landstaal (het zogenaamde kleine taalexamen – artikel 5 K.B. 19 december 2002). De meeste tweetalige federale magistraten hebben echter enkel het kleine taalexamen afgelegd, omdat zulks wettelijk volstaat om als federale magistraat wettelijk tweetalig te zijn;
- de gevolgen van een dergelijke wettelijke regeling voor de werking van het eveneens grotendeels tweetalige parket van Brussel waren niet voldoende duidelijk.

Een volgend probleem waartoe de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken aanleiding geeft heeft te maken met de taalkeuze. Zoals de wet thans geconcipeerd is, wordt geen rekening gehouden met de stem van de burgerlijke partij, de benadeelde of het openbaar ministerie bij het verwijzen naar een rechtbank van een andere taalrol. Zo kan bijvoorbeeld, in de fase waarbij de kamer van inbeschuldigingstelling een zaak dient te verwijzen naar het hof van assisen, een zaak verplicht dienen verwezen worden naar een Franstalig hof omdat de beschuldigten dit vragen, terwijl evenveel burgerlijke partijen en het openbaar ministerie zich hiertegen verzetten.

Merkwaardig genoeg bevat de wet eveneens een leemte die het onmogelijk zou maken in dergelijk geval – namelijk Franstalige beschuldigten die de verwijzing vragen – een zaak die betrekking heeft op feiten gepleegd in Tongeren te verwijzen naar een hof van assisen in Luik. Dit zou in principe tot gevolg hebben dat de in Tongeren gevestigde benadeelden en burgerlijke partijen zich bijvoorbeeld dagelijks naar Brussel zouden dienen te verplaatsen om hun proces bij te wonen! Niettegenstaande het Hof van Cassatie deze wet anders interpreteerde in zijn arrest van 22 januari 2008³⁴, blijft de tekst van deze wet onvolledig en onduidelijk.

Er wordt verder gewezen op de noodzaak om in die wet bepalingen op te nemen inzake het statuut van tolken en vertalers. Daarbij past het niet alleen de taalkundige vaardigheden, maar ook de betrouwbaarheid (mede in het licht van de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen) en de eedaflegging (wanneer zij gevorderd worden om hun diensten te verlenen in het kader van een politieel onderzoek, voorafgaand aan een opsporingsonderzoek, of in het kader van een opsporingsonderzoek) te regelen.

Op 23 december 2004 werd een voorontwerp van wet “tot invoeging van een hoofdstuk *Vibis* houdende het statuut van de beëdigde vertalers, tolken en vertalers - tolken in de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen en tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering” goedgekeurd door de Ministerraad.

De Raad van State bracht daarover advies nr.38035/2 uit op 2 februari 2005 en een voorlopig ontwerp werd daarna aan het College van Procureurs-generaal overgemaakt, dat op 7 juni 2006 advies heeft uitgebracht aan de toenmalige Minister van Justitie.

Sindsdien werd echter niets meer vernomen van deze aangelegenheid.

Er dient ondertussen verwezen te worden naar de richtlijn 2010/64/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 oktober 2010 betreffende het recht op vertolking en

³⁴ Hof van Cassatie, 22 januari 2008, P.07.1760.N/6.

vertaling in strafprocedures, die nog omgezet dient te worden in Belgische wetgeving (in werking getreden op 15 november 2010 - omzettingsdatum is 27 oktober 2013).

3) Wet van 7 juli 2002 tot wijziging van deel II, boek II, titel V, van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de tucht en tot intrekking van de wet van 7 mei 1999 tot wijziging, wat het tuchtrecht voor de leden van de Rechterlijke Orde betreft, van het Gerechtelijk Wetboek (opgenomen sinds wetsevaluatie 2007 – 2008)

1. Artikel 410 § 4 Gerechtelijk Wetboek voorziet dat het openbaar ministerie een tuchtprocedure kan aanhangig maken bij elke in dat artikel bedoelde tuchtoverheid.

De wetgever heeft zich evenwel niet uitgesproken of die aanhangigmaking aan de procureur-generaal dan wel aan de procureur des Konings of arbeidsauditeur toekomt.

2. Moeilijkheden in verband met de toepassing van artikel 411 § 1 Gerechtelijk Wetboek.

Dit artikel bepaalt wie de bevoegde tuchtoverheid is voor het voeren van het tuchtonderzoek: de tuchtoverheid bedoeld in artikel 410 § 1 of een persoon van minstens gelijke rang die zij in hun eigen korps aanwijzen of de korpschef van het hogere niveau.

Wat wordt bedoeld met een persoon van gelijke rang? Ten aanzien van de korpschef of ten aanzien van de betrokkene tegen wie het tuchtonderzoek moet gevoerd worden?

Indien de zaak door de tuchtoverheid verwezen wordt naar de korpschef van het hoger niveau, dient de eerste voorzitter dan zelf het onderzoek te voeren of kan hij iemand anders aanduiden om het onderzoek te voeren? (Dit is hetgeen in de praktijk gebeurt).

Is de hoofdgriffier van het hof van beroep of de hoofdsecretaris van het parket-generaal de korpschef van het hoger niveau voor personeelsleden van griffies en parketten ingeval hun hoofdgriffier of hoofdsecretaris als tuchtoverheid toepassing maakt van artikel 411 § 1 Gerechtelijk Wetboek?

3. De paragrafen 12 en 13 van artikel 415 Gerechtelijk Wetboek verlenen aan het openbaar ministerie een recht op hoger beroep tegen respectievelijk elke tuchtstraf en elke ordemaatregel zoals bedoeld in artikel 406 Gerechtelijk Wetboek.

Ook daar heeft de wetgever zich niet uitgesproken of dit recht op hoger beroep aan de procureur-generaal dan wel aan de procureur des Konings of arbeidsauditeur toekomt.

Anderzijds stelt zich de vraag welke instantie bevoegd is om uitspraak te doen over een beroep tegen een lichte tuchtstraf (uitgesproken door de eerste kamer van het hof van beroep) nadat de Nationale Tuchtraad adviseerde een zware tuchtstraf van de eerste graad op te leggen en het dossier aan die tuchtoverheid ingevolge artikel 412 § 2,1° Gerechtelijk Wetboek overmaakte.

De beroepsinstantie tegen een lichte straf is overeenkomstig artikel 415 gerechtelijk Wetboek eveneens de eerste kamer van het hof van beroep.

4. De wetgever heeft evenmin bepaald binnen welke termijn en onder welke vorm het openbaar ministerie hoger beroep dient aan te tekenen (artikel 425 Gerechtelijk Wetboek heeft het alleen over het hoger beroep van de betrokkene).

Nergens is voorzien dat het openbaar ministerie een kennisgeving / betekening krijgt van elke uitgesproken tuchtstraf / ordemaatregel.

5. Artikel 409 lid 2 Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat artikel 828 Gerechtelijk Wetboek (waking) van toepassing is op de leden van de Nationale Tuchtraad.

Nergens is evenwel voorzien welke rechtspleging moet gevolgd worden.

6. De huidige artikelen 409 en 419 regelen slechts gedeeltelijk de rechtspleging van verzoek van advies van de Nationale Tuchtraad. Er zou moeten voorzien worden in een systeem waarbij de voorzitter (zonder de andere leden van de kamer) toegelaten wordt uitspraak te doen in geval van kennelijke niet-ontvankelijkheid van het verzoek van advies.

Tevens zou de voorzitter de mogelijkheid moeten krijgen een magistraat / lid van de Nationale Tuchtraad aan te wijzen voor het verrichten van een voorbereidend onderzoek eerder dan dat dit onderzoek toevertrouwd wordt aan de bevoegde kamer in haar geheel.

7. Het komt aangewezen voor dat een aanpassing komt van artikel 419, 2° lid Gerechtelijk Wetboek in de zin dat de overheid belast met een (tucht) onderzoek de bijstand van de gerechtelijke overheid en van de politiediensten kan vorderen.

8. De wet voorziet niet in een specifieke termijn om hoger beroep aan te tekenen tegen een ordemaatregel, die maandelijks moet verlengd worden.

9. Artikel 420 bepaalt dat de eerste kamer van het Hof van Cassatie en de eerste kamers van de hoven van beroep en van de arbeidshoven de betrokkenen alleen kan straffen met ontslag van ambtswege, met ontzetting uit het ambt of afzetting met een meerderheid van twee derde van de stemmen.

De afzetting betreft niet de magistraten van de zetel; de bedoelde eerste kamer heeft omtrent de afzetting geen enkele bevoegdheid.

10. Artikel 424 voorziet een kennisgeving van de tuchtbeslissing aan de betrokken persoon en de tuchtoverheid, maar de wet voorziet geen procedure voor de kennisgeving van de tuchtbeslissingen aan het openbaar ministerie. Deze lacune dient te worden hersteld.

11. Krachtens artikel 425, dat naar artikel 415 verwijst, wordt het hoger beroep door de betrokkene per aangetekende brief, die op straffe van nietigheid de uiteenzetting van de grieven vermeldt, ingesteld bij de overheden bevoegd om kennis te nemen van het hoger beroep, en dit binnen een maand te rekenen vanaf de kennisgeving van de beslissing. Men kan er van uitgaan dat deze bepaling niet kan worden toegepast op het door het openbaar ministerie ingestelde beroep. Zelfs al lijkt het mogelijk dat een procureur-generaal bij het hof van beroep een gemotiveerde vordering bezorgt aan de tuchtorganen die bevoegd zijn om uitspraak te doen t.a.v. leden van de zetel, dan lijkt het in ieder geval moeilijk denkbaar dat een procureur-generaal een vordering tot beroep aan zichzelf zou richten waarin hij zijn grieven zou uiteenzetten inzake een beslissing van een procureur des Konings of een arbeidsauditeur of dat een procureur des Konings een vordering aan de procureur-generaal zou richten waarin hij hoger beroep zou aantekenen tegen zijn eigen beslissing.

Er zou dus in het vooruitzicht kunnen worden gesteld dat het openbaar ministerie per aangetekende brief zijn beroep zou betekenen aan de betrokken persoon. In deze brief zou de uiteenzetting van de grieven worden opgenomen. Het beroep zou eveneens worden betekend aan de bevoegde tuchtorganen, behalve in het geval waarin het openbaar ministerie in het beroep treedt.

12. Toepassing van artikel 427bis (automatisch eerherstel): geldt dit automatisme ook voor straffen die onder het oude tuchtsysteem werden opgelegd en die kunnen vergeleken worden met een (huidige) lichte straf?

13. Problematiek van de ongelijke behandeling van magistraten van de zetel en van het openbaar ministerie daar waar ten aanzien van de leden van het openbaar ministerie de zware tuchtstraffen worden opgelegd door een hiërarchische overste (met name de procureur-generaal) zonder dat voorzien is in enigerlei vorm van rechterlijke controle,

terwijl de zware tuchtstraffen ten aanzien van de leden van de zetel (met uitzondering van de magistraten van het Hof van Cassatie) worden opgelegd door de eerste kamer van het hof van beroep.

Met betrekking tot de hervorming van het tuchtrecht is in herinnering te brengen dat de Minister van Justitie hieromtrent eind december 2009 een synthesesnota neerlegde en binnen het kernkabinet eind maart 2010 een akkoord bereikt werd over de krachtlijnen van de hervorming.

Binnen de Hoge Raad voor de Justitie werd eveneens een werkgroep "Tucht" opgericht, wat aanleiding gaf tot een advies van 28 januari 2009 en een advies van 19 januari 2010, betreffende de wijziging van het tuchtrecht van de Rechterlijke Orde. Er kan tevens verwezen worden naar het advies dd. 18 maart 2010 van de Adviesraad van de magistratuur, betreffende tucht voor de magistraten van de rechterlijke orde.

De Minister van Justitie verstuurde over deze problematiek ook een 'letter of parliament' aan de Kamer en Senaat. Ten slotte werd inmiddels ook een wetsvoorstel tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de tucht neergelegd.³⁵

4) Wijziging van artikel 259sexies, § 2, derde lid Gerechtelijk wetboek: het bieden van zekerheid aan de federale magistraten inzake hun mandaat en het tegengaan van expertiseverlies (opgenomen sinds wetsevaluatie 2007-2008)

Elke federale magistraat is aangeduid voor een termijn van vijf jaar die tweemaal hernieuwbaar is, na een evaluatie die ten laatste vier maanden voor het einde van een mandaat plaats heeft.

De federale magistraat vervoegt dus, na afloop van drie mandaten, het kader van zijn oorspronkelijk parket in de graad die hij vijftien jaar geleden had, met teruggang van het salaris, tenzij hij elders zou worden benoemd.

Het gelijktijdig (na afloop van het derde mandaat) of vroegtijdig (uit zorg voor hun professionele toekomst) vertrek van een groot aantal federale magistraten met ervaring zou uiteraard nefast zijn voor de goede werking van het Federaal Parket.

De wetswijziging moet ervoor zorgen dat het mandaat van federale magistraat zonder beperking in de tijd kan worden hernieuwd, telkenmale voor een periode van vijf jaar, en telkens mits positieve evaluatie.

In 2007 werd nagedacht over de wijze waarop dit wetgevend initiatief het best zou kunnen worden verwezenlijkt en werden de eerste informele contacten gelegd met de beleidscel van de Minister van Justitie en de FOD Justitie.

Dit wetgevend initiatief werd vervolgens uitvoerig besproken op de vergadering van het College van Procureurs-generaal van 9 mei 2008. Het initiatief is trouwens niet nieuw: het wordt reeds vermeld in diverse jaarverslagen van de federale procureur en in diverse evaluatierapporten van het College van procureurs-generaal. Het werd ook opgenomen in de verslagen van het College van procureurs-generaal houdende overzicht van de wetten die toepassings- of interpretatiemoelijkheden hebben gesteld voor de hoven en rechtbanken in de loop van het gerechtelijk jaar 2006-2007, 2007-2008, 2008-2009 en 2009-2010.

Een wetgevend initiatief werd oorspronkelijk opgenomen in het voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (I). Inzonderheid kan verwezen worden

³⁵ *Parl. St Senaat*, 2010-2011, nr 5-1067/1

naar het ontworpen art. 12 dat bepaalde: "De verbindingsmagistraten in jeugdzaken en de bijstandsmagistraten worden aangewezen voor een termijn van vijf jaar, die na evaluatie tweemaal kan worden hernieuwd. De federale magistraten worden aangewezen voor een termijn van vijf jaar die na een evaluatie telkens voor vijf jaar kan worden hernieuwd".

Deze bepaling werd echter niet opgenomen in de wet van 30 december 2009 houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (I). Het is noodzakelijk andermaal te onderstrepen dat een wetswijziging vereist is wil men de goede werking van het federaal parket garanderen naar de toekomst. Een wetsontwerp werd uitgewerkt en door de federale procureur aan de minister van Justitie en nadien aan de voorzitters van de Commissie justitie van de kamer van Volksvertegenwoordigers en de Senaat toegezonden.

Het voorstel van tekstwijziging luidt:

"Artikel 259 sexies, §2, vierde lid van het Gerechtelijk Wetboek, laatst gewijzigd bij de wet van 13 juni 2006, wordt vervangen als volgt: "De verbindingsmagistraten in jeugdzaken en de bijstandsmagistraten worden aangewezen voor een termijn van vijf jaar, die na evaluatie tweemaal kan worden hernieuwd. De federale magistraten worden aangewezen voor een termijn van vijf jaar die na een evaluatie telkens voor vijf jaar kan worden hernieuwd. Na twee verlengingen kan het mandaat van federaal magistraat maar hernieuwd worden mits een bijkomende positieve evaluatie van het College van procureurs-generaal"

Een bepaling in deze zin werd ingevoerd in het voorontwerp van wet diverse bepalingen inzake justitie (2012), maar werd uiteindelijk niet weerhouden. Een wijziging dringt zich nochtans op. Een andere wetgevende optie zou zijn een gespecialiseerd korps te creëren waarin het begrip "mandaat" afgeschaft zou worden.

5) Artikel 4 van de wet van 13 december 2005 houdende bepalingen betreffende de termijnen, het verzoekschrift op tegenspraak en de procedure van collectieve schuldregeling (opgenomen sinds wetsevaluatie 2008-2009)

Krachtens artikel 4 van de wet van 13 december 2005 houdende bepalingen betreffende de termijnen, het verzoekschrift op tegenspraak en de procedure van collectieve schuldregeling (B.S. 21 december 2005) zijn er nog bijkomende wijzen voor het aantekenen van verzet tegen een verstekvonnis dan die opgesomd in artikel 1047 Ger.W. (Boek III Rechtsmiddelen. Titel II Verzet).

Artikel 1047 Ger.W. (Boek III Rechtsmiddelen. Titel II Verzet) regelt de wijzen waarop verzet aangetekend kan worden tegen een verstekvonnis. Het verzet, aldus dit artikel, kan op twee wijzen worden ingesteld:

- ofwel wordt het verzet betekend bij gerechtsdeurwaardersexploot, dat dagvaarding inhoudt om te verschijnen voor de rechter die het verstekvonnis heeft gewezen (art.1047 tweede lid Ger.W.);
- ofwel kan met instemming van de partijen hun vrijwillige verschijning voornoemde formaliteiten vervangen (art. 1047, derde lid Ger.W.).

Krachtens artikel 4 van de wet van 13 december 2005 zijn er nog bijkomende wijzen. Verzet kan vanaf 1 september 2007 al naar gelang het geval worden gedaan in de vormen bedoeld in § 1 (art. 704 §1, verzoekschrift op tegenspraak) of § 2 (gewoon verzoekschrift voor de vorderingen opgesomd in artikel 704 § 2 Ger.W.) van artikel 704 Ger. W.

Mogelijke oplossing: Artikel 1047 Ger. W. dient aangevuld te worden met deze bijkomende mogelijkheden.

6) Toezicht op de griffies, artikelen 164, 403, 410, § 1, 7° van het Gerechtelijk Wetboek (opgenomen sinds wetsevaluatie 2008-2009)

Ingevolge artikel 21 van de wet van 25 april 2007 – wet tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek inzonderheid m.b.t. bepalingen inzake het gerechtspersoneel van het niveau A, de griffiers en de secretarissen en inzake de gerechtelijke organisatie – plaatst de tekst van art. 164 van het Gerechtelijk Wetboek de hoofdgriffier belast met de leiding van de griffie, onder het gezag en toezicht van de korpschef van de zetel. Artikel 403 van hetzelfde Wetboek bepaalt van oudsher dat het openbaar ministerie (er wordt naar de diverse échelons verwezen) toezicht uitoefent over de griffies (waarbij eveneens naar de diverse échelons wordt verwezen).

Een voormalige Minister van Justitie was de mening toegedaan dat er geen onverenigbaarheid bestaat tussen artikel 403 en artikel 164. Het toezicht van de procureur-generaal, de procureur des Konings en de arbeidsauditeur overeenkomstig art. 403 Ger.W. zou gericht zijn naar de regelmatigheid van de griffiehandelingen, terwijl de bevoegdheid van de magistraat-korpsoverste t.a.v. de hoofdgriffier daarentegen betrekking zou hebben op de uittekening van het beleid en de “praktische” werking voor de betrokken rechtsmacht. Een kopie van de brief van de Minister van Justitie van 16 december 2008 werd in bijlage gevoegd van het rapport wetsevaluatie 2008-2009.

Dit onderscheid valt moeilijk te rijmen met het feit dat de procureur-generaal, de procureur des Konings en de arbeidsauditeur de tuchtoverheid blijven van de hoofdgriffiers overeenkomstig art. 410, §1, 7° Ger. W. Bovendien beschikt het openbaar ministerie helemaal niet over adequate middelen teneinde het financieel beheer van de griffie te kunnen controleren. Deze controle vereist immers de oprichting van een gespecialiseerde inspectiedienst.

Met andere woorden is het noodzakelijk klaarheid te brengen in de betekenis van de wettelijke bepalingen en hun onderlinge verhouding, dienen de gehanteerde begrippen gezag en toezicht uitgeklaard te worden, dient de tuchtrechtelijke bevoegdheid in het verlengde te staan van de uitoefening van het reële gezag en bijgevolg te behoren tot de bevoegdheid van de korpsoverste van de zetel (voor zover de hervorming van het tuchtrecht geen andere externe instantie daarmee zou belasten), en dienen adequate middelen ontwikkeld te worden teneinde een werkelijke inhoud te kunnen geven aan het toezicht van het openbaar ministerie over de regelmatigheid van de griffiehandelingen en het financieel beheer van de griffie. Het openbaar ministerie dient ongetwijfeld toezicht te houden over de regelmatige uitoefening van de dienst, de uitvoering van wetten en verordeningen, en moet uiteraard een tuchtvordering kunnen instellen.

7) Artikelen 35 en 38 Gerechtelijk Wetboek (opgenomen sinds wetsevaluatie 2009-2010)

▪ **Wetsbepalingen**

Art. 35. Indien de betekening niet aan de persoon kan worden gedaan, geschiedt zij aan de woonplaats of, bij gebreke van een woonplaats, aan de verblijfplaats van de geadresseerde en, voor een rechtspersoon, aan de maatschappelijke of de administratieve zetel. Het afschrift van de akte wordt ter hand gesteld aan een bloedverwante, aanverwante, dienstbode of aangestelde van de geadresseerde. Het mag niet worden ter hand gesteld aan een kind dat geen volle zestien jaar oud is. De commissaris van politie moet aan de optredende gerechtsdeurwaarder de plaats aanwijzen waar de partij verblijft, wanneer die hem bekend is en de partij geen woonplaats heeft.

Art. 38

§ 1 *In geval een exploit niet kan worden betekend zoals bepaald in artikel 35, bestaat de betekening in het door de gerechtsdeurwaarder achterlaten aan de woonplaats of, bij gebrek aan een woonplaats, aan de verblijfplaats van de geadresseerde, van een afschrift van het exploit onder gesloten omslag met vermelding van de in artikel 44, eerste lid, bepaalde gegevens. De gerechtsdeurwaarder vermeldt op het origineel van het exploit en op het betekend afschrift, de datum, het uur en de plaats waarop dit afschrift werd achtergelaten. Uiterlijk op de eerste werkdag die volgt op de betekening van het exploit, richt de gerechtsdeurwaarder hetzij aan de woonplaats, hetzij, bij gebreke van een woonplaats, aan de verblijfplaats van de geadresseerde, onder een ter post aangetekende omslag, een door hem ondertekende brief. Deze brief vermeldt de datum en het uur van de aanbieding, alsmede de mogelijkheid voor de geadresseerde persoonlijk, of voor de houder van een schriftelijke volmacht een afschrift van dit exploit af te halen op het kantoor van de gerechtsdeurwaarder, tijdens een termijn van maximum drie maanden te rekenen vanaf de betekening. Wanneer de geadresseerde van het exploit de overbrenging van woonplaats heeft aangevraagd, wordt de in het derde lid bedoelde brief gericht aan de plaats waar hij in het bevolkingsregister is ingeschreven en aan het adres waarop hij aangekondigd heeft zijn nieuwe woonplaats te willen vestigen. Wanneer de in het derde en het vierde lid bedoelde voorschriften verzuimd of onregelmatig verricht zijn, kan de rechter gelasten dat een nieuwe brief wordt gericht aan de geadresseerde van het exploit.]*

§ 2 *Wanneer uit de ter plaatse vastgestelde feitelijke omstandigheden blijkt dat het materieel onmogelijk is tot de betekening over te gaan door het achterlaten van een afschrift van het exploit aan de woonplaats of bij gebrek aan een woonplaats, aan de verblijfplaats van de geadresseerde, bestaat zij in de terhandstelling van het afschrift aan de procureur des Konings in wiens rechtsgebied deze feitelijke toestand zich voordoet; op het origineel en op het afschrift worden de feitelijke omstandigheden vermeld die de betekening aan de procureur des Konings noodzakelijk maken. Hetzelfde geldt wanneer de woning waar de persoon aan wie betekend wordt zijn woonplaats heeft, klaarblijkelijk verlaten werd zonder dat hij de overbrenging van woonplaats heeft gevraagd. Op verzoek van de procureur des Konings worden de nodige maatregelen getroffen opdat het afschrift binnen de korst mogelijke tijd bij de betrokkene toekomt. De betekening van de procureur des Konings is ongedaan, indien de partij op verzoek van wie zij is verricht de gekozen woonplaats of, bij voorkomend geval, de verblijfplaats van diegene aan wie betekend werd, kende.*

a) K.B. 28.12.1950 houdende algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken – Betekening in strafzaken - omslag met portvrijdom

▪ **Moeilijkheden**

De datum van kennisneming van de betekening van een verstekvonnis of -arrest is van belang om de ontvankelijkheid van het verzet te beoordelen, ook en vooral wanneer de betekening geschiedt overeenkomstig artikel 35 en 38 Ger.W. Voor de inwerkingtreding van de wet van 6 april 2010 vroeg de procureur des Konings via de politie of, en zo ja wanneer, de geadresseerde kennis had genomen van de betekening van het vonnis of het arrest. De bedoeling van de wetgever van 6 april 2010 was de politie door de nieuwe wijze van betekenen van heel wat werk te ontlasten (Parl.St. Kamer DOC 52 1211/008 p 4,5, 12 en 14 -verslag namens de Commissie voor de Justitie).

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

Rekening houdend met dit oogmerk van de wetgever, heeft het College van Procureurs-generaal in de omzendbrief 14/2010 van 12 juli 2010 dergelijke navraag door de politie beperkt tot de betekeningen van verstekvonnissen of -arresten waarbij de geadresseerde veroordeeld werd tot een effectieve gevangenisstraf van 1 jaar of een zwaardere straf.

Uiteraard blijft het ook voor andere betekeningen nuttig te weten wanneer de geadresseerde er kennis heeft van genomen. Voor die gevallen voorzien de richtlijnen in de omzendbrief dat er een ontvangstbewijs zou gevoegd worden, dat de geadresseerde aan het opdrachtgevend openbaar ministerie zou kunnen terugsturen. Onder de richtlijnen aan het openbaar ministerie is vermeld: 'Betreft het een betekening van een verstekvonnis of arrest, dan wel een vonnis of arrest dat geacht wordt op tegenspraak te zijn geweest, dan zal bij het bevel tot betekening een formulier gevoegd worden waarop de geadresseerde rechtstreeks aan het opdrachtgevend openbaar ministerie kan laten weten dat hij persoonlijk kennis genomen heeft van de betekening als de betekening niet aan persoon geschied is.'

Een typeformulier is gevoegd als bijlage 1 van deze omzendbrief. Er wordt contact opgenomen met de diensten van het ICT om een dergelijk formulier automatisch te laten aanmaken bij het opmaken van een bevel tot betekening van zulk vonnis of arrest.

Onder de richtlijnen voor de gerechtsdeurwaarders is vermeld: 'Niets lijkt te beletten dat de gerechtsdeurwaarder aan het onder gesloten omslag achtergelaten afschrift van de betekende akte (een kopie van) het formulier (bijlage 1) hecht dat het openbaar ministerie bij het bevel tot betekening voegde. Op die wijze is de kans groter dat de geadresseerde reageert door de terugzending, terwijl - zoals hierna vermeld is - de kans klein is dat de geadresseerde zich speciaal tot de gerechtsdeurwaarder wendt om een afschrift van de akte, waarvan hij reeds een afschrift in zijn bus heeft, af te halen.'

Het College vreest echter ook dat weinig veroordeelden dit 'ontvangstbewijs' zullen terugsturen. Het College hoopt dat er meer geadresseerden van die mogelijkheid zouden gebruik maken als er een omslag met portvrijdom zou kunnen gevoegd worden. Dergelijk 'ontvangstbewijs' en een omslag met portvrijdom zou bij alle betekeningen kunnen gevoegd worden (zowel van dagvaardingen als van vonnissen of arresten). Daarvoor dient echter een bijzondere bepaling inzake tarief in strafzaken (met wettelijke basis) opgenomen te worden.

Ten slotte dient wat betreft de betekening in strafzaken verwezen te worden naar het uitvoerig gemotiveerd advies van het College van Procureurs-generaal voorbereid door het expertisenetwerk strafrechtspleging en overgemaakt aan de Minister van Justitie op 25 maart 2009 (ref A.I.25/2009/mm).

b) Nieuw aandachtspunt : Betekening in strafzaken – Aangetekende zending

▪ Moeilijkheden

De ratio legis van het vormvoorschrift van het verplicht aangetekend schrijven, omschreven in de beschikkingen van de eerste paragraaf van artikel 38 van het gerechtelijk wetboek is manifest tweeledig:

Primo: informatief

De justitiabele wordt ten overvloede geïnformeerd omtrent het feit dat een bepaalde gerechtsdeurwaardersakte aan hem/haar werd betekend.

De akte wordt dermate precies omschreven dat er geen onduidelijkheid mogelijk is aangaande de identificatie van het exploit, hiertoe wordt zelfs het uur van de betekening vermeld.

De brief wordt ten overvloede verzonden, in de meeste gevallen wordt hij ook als dusdanig geapprecieerd maar occasioneel is hij wel waardevol als bijkomende waarborg voor het capteren van de akte.

Zo blijkt uit de praktijk dat voor vele fysieke- en rechtspersonen het hebben van een brievenbus, nochtans een elementaire behoefte, een rekbaar begrip is.

Het informatiemiddel ten overvloede van een postzending bewijst in dergelijke omstandigheden haar nut, a fortiori wanneer de bestemming via de geëigende toepassingen in de postbedeling, zijn post laat doorzenden naar een ander adres dan zijn woonplaats, verblijfplaats of zetel of dat hij zijn post in een postbus ontvangt.

Secundo: als supplementair bewijsmiddel

De wet dicteert het aangetekend karakter van de brief in kwestie. De enig mogelijke bedoeling hiervan is de veronderstelde noodzaak aan het bewijs van het feit dat aan het vormvoorschrift is voldaan.

Deze stelling kan niet worden bijgetreden omwille van theoretische, proceseconomische en perceptuele bezwaren.

Het nut van de noodzaak van het aangetekend karakter van de brief is nihil, immers als bewijsmiddel houdt zulks geen enkele meerwaarde in ten aanzien van de loutere betekening sensu stricto van een authentieke akte, die immers uit hoofde van haar authentiek karakter het volledige en het hoogste bewijs oplevert van de betekening.

Het attesteren door de gerechtsdeurwaarder dat hij een welbepaalde brief aan een justitiabele verzonden heeft in het kader van de betekening van een specifieke akte door een kopie aan deze akte te hechten is daarentegen wel noodzakelijk: immers de brief maakt deel uit van de akte en moet dus ook door een mogelijk gevatte rechtsmacht kunnen worden geapprecieerd.

In tegenstelling tot het aangetekend karakter van de brief is de verplichte toevoeging van een kopie van de kwestieuze brief als constitutief element van het exploit zinvol en zelfs noodzakelijk, deze maakt immers per definitie een integrerend deel uit van de akte en is geenszins een op zich staande notificatie (in welk geval het aangetekend karakter wel zin zou hebben, quod non).

Proceseconomisch kan de kostprijs van het aangetekend schrijven niet worden verdedigd: de meerkost van een aangetekende zending bedraagt approximatief vijf euro. Hier weze opgemerkt dat enkel deze specifieke meerkost één vijfde inhoudt van het globale ereloon van een akte in strafzaken; op een ogenblik dat het maken van gerechtskosten terecht proceseconomisch wordt geëvalueerd, is deze overweging niet ontdaan van een randbemerking.

De gerechtsdeurwaarder is goed geplaatst om te bevestigen dat de justitiabele globaal bitter weinig sympathie kan opbrengen voor het aangetekend karakter van de brief in kwestie. Immers nadat hij de kopie van het hem bestemde exploit in het merendeel van de gevallen deugdelijk onder gesloten omslag heeft ontvangen, moet hij zich zeer dikwijls een bezoek aan het postkantoor getroosten om aldaar te vernemen dat hij een exploit heeft ontvangen, waarvan hij reeds kennis had.

Het merendeel van de aangetekende brieven worden overigens terug bezorgd aan de gerechtsdeurwaarder als niet afgehaald, enkel deze vaststelling spreekt reeds voor zich: het aangetekend karakter veroorzaakt een bijzonder sterke minwaarde aan het informatief karakter van de brief in kwestie.

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie (en Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders)**

De brief, omschreven in de beschikkingen van het eerste lid van 38 van het gerechtelijk wetboek, alsmede het aanbod aan de justitiabele om hemzelf of een door hem schriftelijk gemandateerde, gedurende een periode van drie maanden een kopij van de betekende akte ter hand te stellen dient behouden.

Het verdient meer dan aanbeveling om deze brief te verzenden bij reguliere niet aangetekende postzending, mits de verplichting in de wet in te schrijven dat de gerechtsdeurwaarder een gecertificeerde kopie hiervan hecht aan zijn originele akte.

8) Art. 53 van de wet van 28 december 2011 houdende diverse bepalingen – Het heffen van BTW (21 %) op de prestaties van gerechtsdeurwaarders uitgevoerd op vordering van het Openbaar Ministerie

▪ **Moeilijkheden**

De Arbeidsrechtbank te Kortrijk heeft de volgende prejudiciële vraag gesteld aan het Grondwettelijk Hof:

“Schendt artikel 53 van de Wet van 28 december 2011 houdende diverse bepalingen waarbij in art. 44, § 1, 1° van het Wetboek van de Belastingen over de Toegevoegde Waarde o.a. het woord ‘gerechtsdeurwaarders’ werd geschrapt en waardoor gerechtsdeurwaarders m.i.v. 1 januari 2012 BTW-plichtig werden, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre gerechtsdeurwaarders die door de arbeidsgerechten met toepassing van art. 1675/2 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek worden belast met een opdracht als collectief schuldbemiddelaar, BTW-plichtig zijn voor de diensten die zij verrichten in het kader van hun opdracht als collectief schuldbemiddelaar en waarvan het bedrag van hun honorarium en onkosten vastgelegd is in het Koninklijk Besluit van 18 december 1998 houdende vaststelling van de regels en barema's tot bepaling van het ereloon, de emolumenten en de kosten van de schuldbemiddelaar, terwijl advocaten en OCMW's voor dezelfde handelingen die zij verrichten als collectief schuldbemiddelaar, niet BTW-plichtig zijn ?”

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

De Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders heeft het College van procureurs-generaal geraadpleegd met betrekking tot de opheffing van de vrijstelling voor gerechtsdeurwaarders inzake BTW, wat inmiddels een feit is geworden gelet op art. 53 van bovenvermelde wet van 28 december 2011.

Op dit ogenblik is echter een meer fundamentele vraag aan de orde. Het principe zelf dat BTW moet worden geheven op prestaties die worden verricht op vordering van het Openbaar Ministerie roept immers ernstige vragen op. Bovendien moet de vraag gesteld worden op welke wijze dit in de praktijk moet uitgevoerd worden.

In bijlage wordt de brief gevoegd waarin deze problematiek onder de aandacht werd gebracht van de Minister van Justitie (9 januari 2012).

9) Artikel 288 Ger. W. : eedaflegging mandaten van rechter en raadsheer in sociale zaken (opgenomen sinds wetsevaluatie 2009 - 2010)

▪ **Moeilijkheden**

Krachtens de huidige versie van artikel 288 van het Gerechtelijk Wetboek gebeurt de eedaflegging (installatie) bij elke benoeming, bij elke aanwijzing als korpschef en bij de

eerste aanwijzing voor een adjunct-mandaat. De raadsheren en rechters in sociale (en handels-) zaken van wie het mandaat vernieuwd wordt, zouden deze eed opnieuw moeten afleggen, aangezien hun situatie niet gelijkgeschakeld kan worden met deze van de houders van een adjunct-mandaat.

▪ **Samenvatting van het standpunt van het OM**

Teneinde deze situatie uit te klaren wordt voorgesteld lid 1 van artikel 288 als volgt aan te vullen: de installatie vindt plaats... bij de eerste aanwijzing voor een adjunct-mandaat, een mandaat van rechter in sociale zaken, van raadsheer in sociale zaken en van rechter in handelszaken.

10) Artikel 747 Ger.W. - niet-toegestane verdagingen bij verstek (opgenomen sinds wetsevaluatie 2009-2010)

Artikel 747§2 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de partijen in onderlinge overeenstemming de verwijzing van de zaak naar de rol en de verdaging tot een latere datum kunnen verzoeken.

Verdagingen bij verstek zijn daarentegen niet mogelijk en het is de rechtbank die in dat geval een gerechtelijke kalender bij verstek opmaakt.

In heel wat gevallen betekent dit dat de zitting naar een veel latere datum uitgesteld wordt, terwijl dit soms vroeger zou kunnen.

De rechtbank te Namen heeft dan ook de gewoonte aangenomen aan de advocaat of de aanwezige partij te vragen om fictief verstek te geven, hetgeen de mogelijkheid biedt de zaak naar de rol te verwijzen en zo de rechtsdag sneller te kunnen bepalen.

11) Echtscheiding – berusting – betekening (opgenomen sinds wetsevaluatie 2009-2010)

▪ **Moelijkheden**

Het OM komt tussen noch in de betekening van echtscheidingsvonnissen, noch in de overschrijving ervan.

Het enige dat voorzien is m.b.t. het OM staat in art. 1275 laatste lid Ger.W.. Dit artikel voorziet in een kennisgeving door de ambtenaar van de burgerlijke stand aan het OM na de overschrijving.

De overschrijving kan slechts plaatsvinden nadat het vonnis / arrest in kracht van gewijsde is getreden.

In principe dient inderdaad overgegaan worden tot betekening om zo de termijnen hoger beroep te doen starten die, eens ze verstreken zijn, ervoor zorgen dat de rechterlijke beslissing in kracht van gewijsde treedt.

Anderzijds is er de mogelijkheid van de berusting (art. 1044-1045 G.W.). Door te berusten respecteert men ten volle het gezag van gewijsde van de beslissing van de eerste rechter. Rechtspraak en rechtsleer zijn het er meer en meer over eens dat berusting in een echtscheidingsvonnis mogelijk is. Het enige dat de partijen doen is zich uitdrukkelijk bij de beslissing neerleggen in plaats van het verstrijken van de beroepstermijn af te wachten.

Uitdrukkelijk bij wet voorzien dat indien berusting door beide partijen aan de griffier ter

kennis wordt gebracht, het vonnis overgeschreven kan worden, lijkt dan ook een aan te moedigen vereenvoudiging van de procedure en draagt bij tot de rechtszekerheid.

Betreffende de EOT: artikel 1299 Ger.W. voorziet dat enkel het OM hoger beroep kan aantekenen tegen het EOT vonnis, binnen de termijn van één maand na de uitspraak. Er is m.a.w. in dit geval sowieso geen betekening nodig. Het vonnis treedt in kracht van gewijsde één maand na de uitspraak van het vonnis. De voorgestelde wijziging heeft bijgevolg geen invloed op de overschrijving van EOT vonnissen.

▪ **Samenvatting van het standpunt van het openbaar ministerie**

Zou men niet kunnen vastleggen dat, ingeval de partijen met het vonnis instemmen, het niet meer noodzakelijk zou zijn om over te gaan tot de betekening ervan met het oog op de overschrijving van de beslissing?

12) Artikel. 259sexies Ger.W. en artikel. 19, 3° van de wet van 17 mei 2006 houdende oprichting van de strafuitvoeringsrechtbanken (opgenomen sinds wetsevaluatie 2010-2011)

▪ **Wetsbepalingen**

In Art. 19, 3° van de wet van 17 Mei 2006 en artikel 259sexies Ger.W. wordt bepaald dat de rechters en substituten worden aangewezen voor een termijn van een jaar, die een eerste maal kan verlengd worden voor drie jaar en vervolgens enkel één maal voor vier jaar kan verlengd worden na evaluatie.

▪ **Moeilijkheden**

Art. 259sexies §2 gerechtelijk wetboek voorziet dat :

§ 2. De onderzoeksrechters, de beslagrechters en de rechters in de jeugdrechtbank worden aangewezen voor een termijn van een jaar, die na evaluatie een eerste maal voor twee jaar en vervolgens telkens voor vijf jaar kan worden hernieuwd. (De rechters in strafuitvoeringszaken en de substituten-procureur des Konings gespecialiseerd in strafuitvoeringszaken worden aangewezen voor een termijn van een jaar, die een eerste maal voor drie jaar en vervolgens enkel een maal voor vier jaar kan worden verlengd, na evaluatie.)

Waarom wordt er een onderscheid gemaakt in de verlenging van de mandaten van onderzoeksrechters, beslagrechters en jeugdrechters en de magistraten verbonden aan de SURB?

In het ontwerp van de nieuwe interneringswet wordt nu voorzien dat er een psychiater-assessor deel zal uitmaken van de rechtbank. Er wordt voorzien dat dit mandaat om de vijf jaar zonder beperking kan hernieuwd worden.

De andere assessoren vallen dan weer onder art. 196 ter §2 Ger.W. Dit is duidelijk een ongelijkheid.

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

Voor zowel de magistraten als assessoren een zelfde mogelijkheid van verlenging zoals voorzien voor onderzoeksrechters en andere magistraten zoals bepaald in art. 259§2 sexies al.1.

13) Problematiek van de indexatie van de verplichte vergoeding opgelegd door de rechter aan iedere veroordeelde (opgenomen sinds wetsevaluatie 2010-2011)

▪ *Moeilijkheden - dubbele probleemstelling:*

1. wettelijke basis van het Algemeen Reglement op de gerechtskosten dd. 28.12.1950
2. indexatie van de verplichte vergoeding opgelegd door de rechter aan iedere veroordeelde

1. Bedenklijke wettelijke basis voor het KB dd. 09.03.1983 en andere KB's: de wetten van 01.06.1849 en van 16.06.1919

In het KB dd. 09.03.1983 hetwelk de indexatie van de tarieven invoert, via opname van art. 148 in het KB houdende het algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken van 1950, wordt verwezen naar de Wet van 16.06.1919 " waarbij de Regering wordt gemachtigd om de bepalingen betreffende de gerechtskosten in strafzaken, burgerlijke zaken en handelszaken te wijzigen" en waarbij gesteld wordt dat "het aangewezen is onverwijld maatregelen uit te vaardigen teneinde het indexeringssysteem in overeenstemming te brengen met de algemene regeling van de regering terzake".

In de Memorie van Toelichting van de Wet dd. 16.06.1919 leest men evenwel dat de aan de regering verleende volmacht (zoals de wetten van 01.06.1849 en 27.03.1853) tot wijziging van de bepalingen van de reglementen op de gerechtskosten beperkt is tot de strikt noodzakelijke tijd en dat die wijzigingen moeten aangebracht zijn binnen een termijn van twee jaar, waarna het nieuw reglement onherroepelijk zal zijn en in zijn hoofdbestanddelen niet meer gewijzigd zal kunnen worden, tenzij door een wet. Er wordt tevens gesteld dat het "*dringend nodig is het tarief der gerechtskosten in overeenstemming te brengen met de verhoging der daglonen en met de prijs der onontbeerlijke levensbehoeften*".

Dit principe wordt in het wetsontwerp van de Wet dd. 16.06.1919 overgenomen, nl. dat de bedoelde koninklijke herzieningsbesluiten moeten worden genomen vóór het verstrijken van het tweede jaar na de bekendmaking dezer wet en dat met ingang van dit tijdstip de bepalingen, die niet louter van reglementaire aard zijn, als vaststaande zullen worden beschouwd en nog slechts door een wet gewijzigd kunnen worden.

Conclusie:

De wettelijkheid van de uitvoeringsbesluiten, genomen – veel méér dan 2 jaar later - op grond van de Wet van 16.06.1919, is bijgevolg twijfelachtig, in de mate dat die later - via KB's doch niet bij Wet - aangebrachte wijzigingen verder lijken te reiken en nl. wijzigingen inhouden der '*hoofdbestanddelen*' en '*die niet louter van reglementaire aard*' zijn, gezien de - binnen de 2 jaar - aan te brengen wijzigingen precies de aanpassing aan de verhoging der daglonen en onontbeerlijke levensbehoeften betrof.... Mogelijks dient dus te worden teruggevallen op de Wet van 1 juni 1849, terwijl die wet van 01.06.1849, evenals overigens de wet van 16.06.1919, door de programmawet II van 27.12.06 werden opgeheven, zonder rekening te houden met de gevolgen voor het KB van 09.03.1983 waarbij de indexatie van de tarieven werd ingevoerd.

Standpunt:

Er dient een ondubbelzinnige nieuwe wettelijke basis te worden voorzien voor een nieuw KB houdende algemeen reglement op het tarief in strafzaken.

2. Indexatie van de verplichte vergoeding opgelegd door de rechter aan iedere veroordeelde

Onder voorbehoud van de hierboven aangehaalde bedenkingen bij de wettelijkheid van de uitvoeringsbesluiten genomen op grond van de Wet van 1919 en in de mate dat er zou (kunnen) van worden uitgegaan dat de later genomen KB's géén wijziging aanbrachten aan de 'hoofdbestanddelen' en evenmin wijzigingen aanbrachten 'die niet louter van reglementaire aard' zijn, kan tot volgend besluit worden gekomen omtrent (o.m.) de indexatie van de verplichte vergoeding opgelegd door de rechter aan iedere veroordeelde.

Art. 71 van de Wet houdende fiscale en financiële bepalingen dd. 28.07.1992 voerde het opleggen door de rechter aan iedere veroordeelde van een vaste vergoeding in, waarvan het bedrag door de Koning wordt bepaald in het tarief in strafzaken, voor elke criminele, correctionele en politiezaak.

Bij KB dd. 29.07.1992 werd uitvoering gegeven aan die bovenvermelde wetsbepaling dd. 28.07.1992 mits toevoeging van art. 91§2 in het KB houdende algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken van 1950, waarbij een vergoeding van 500 frank werd opgelegd, met de motivering: "... dat deze wijziging absoluut noodzakelijk is om het budgettaire evenwicht met betrekking tot de correspondentiekosten en andere beheerskosten te herstellen en een eenvormigheid in de tarieven inzake correspondentie te bewerkstelligen; ..."

Dit bedrag van 500 frank werd bij KB dd. 23.12.1993 opgetrokken tot 1000 frank en bij KB dd. 11.12.2001 vervangen door 25 EUR.

Mits KB dd. 09.03.1983 werd art. 148 ingevoerd in het algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken dd. 28.12.1950 hetwelk voorziet in jaarlijkse indexatie van "...de in het algemeen reglement vastgestelde bedragen en de krachtens dit algemeen reglement door de Minister van Justitie bepaalde bedragen ..."

Conclusie - standpunt:

De Koning heeft, via KB dd. 29.07.1992, voormelde vergoeding bepaald in het tarief in strafzaken.

De Koning had voorheen reeds, via KB dd.09.03.1983, voorzien in een indexatie van alle in het algemeen reglement vastgestelde bedragen, zodat kan aangenomen worden dat de wetgever ervan uitging dat die "vaste vergoeding ... waarvan het bedrag door de Koning wordt bepaald in het tarief in strafzaken", na opname in het Algemeen Reglement via KB dd.29.07.1993, ook jaarlijks zou geïndexeerd worden, te méér dat het de bedoeling van de wetgever was "de toenemende beheerskosten" onder controle te houden. Wat vanzelfsprekend lijkt, kan echter best expliciet in de wet opgenomen worden.

E.2. Nieuwe aandachtspunten – Gerechtelijk recht

1) Wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen

Ingevolge art. 17 § 3 van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen (hierna 'WCO') geeft de griffier bericht van de indiening van het verzoekschrift aan de aan de procureur des Konings die alle handelingen van de procedure zal kunnen bijwonen. Uit de voorbereidende werken bleek en in de rechtsleer

werd dit zo geïnterpreteerd dat het OM niet langer gehoord moest worden over de toekenning van de gerechtelijke organisatie.³⁶

- **Moeilijkheden**

De WCO wijzigt evenwel ook art. 764, 8° Gerechtelijk Wetboek (art. 74 WCO) en maakt alle vorderingen tot gerechtelijke reorganisatie en vorderingen tot intrekking van een reorganisatieplan mededeelbare zaken. Het Hof van beroep van Antwerpen oordeelde in een arrest van 2 december 2011 (2011/AR/2965) dat het gebrek aan mededeling van het verzoek tot homologatie van een reorganisatieplan aan het OM de nietigheid van het vonnis tot gevolg heeft. Ingevolge dit arrest wordt het OM door de Rechtbank van Koophandel nu in alle vorderingen m.b.t. de WCO om advies gevraagd.

- **Samenvatting standpunt van het OM**

De bedoeling van de wetgever was niet om voor alle vorderingen inzake WCO advies van het OM te bekomen (zie art. 17 WCO). In de praktijk heeft dit enkel zin als het OM een meerwaarde kan bieden, bijvoorbeeld omdat er aanwijzingen zijn van fraude. Bovendien heeft het OM geen capaciteit om in al deze zaken aanwezig te zijn op de zittingen en adviezen te verlenen. Reeds vroeger werd geoordeeld dat het OM zich in de eerste plaats moet concentreren op de misdrijven en werd het aantal mededeelbare zaken afgebouwd. In feite is de wijziging van artikel 764 Ger. W. overbodig en volstond de bepaling van art. 17 WCO.

2) Artikel 259octies §1 van het Gerechtelijk Wetboek

- **Moeilijkheden**

Artikel 259octies §1 van het Gerechtelijk Wetboek m.b.t. de benoeming en de aanwijzing van de gerechtelijke stagiairs stelt een aantal interpretatieproblemen, en bovendien zorgt de manier waarop de administratie dit artikel in de praktijk doorgaans toepast voor concrete moeilijkheden.

Het voornaamste probleem houdt verband met het gebrek aan kandidaten, dat het gevolg is van het feit dat zij over de mogelijkheid beschikken om het begin van hun stage omwille van hun persoonlijke voorkeur één of twee jaar uit te stellen. Dit tekort aan kandidaten is op zich al zorgwekkend genoeg, maar hier komt nog bij dat zij geografisch gezien ook ongelijk verdeeld worden, hetgeen ook voor ernstige moeilijkheden zorgt, en dan vooral indien men bedenkt dat zij tot op heden zelf de plaats van hun aanwijzing kunnen kiezen.

Deze problematische situatie is het gevolg van de tekst van artikel 259octies §1 van het Gerechtelijk Wetboek of dan toch minstens van de interpretatie die hieraan gegeven wordt.

In de tweede alinea van deze paragraaf wordt het volgende bepaald: *“De Minister van Justitie benoemt de kandidaten die geslaagd zijn voor het vergelijkend toelatingsexamen tot het ambt van gerechtelijk stagiair en wijst het arrondissement aan waar de stage wordt doorgemaakt met voorrang volgens de rangschikking.”*

Deze regel wordt momenteel op een dusdanige manier geïnterpreteerd dat de laureaten die de vorige jaren aan hun stage verzaakten de voorrang krijgen bij het vastleggen van hun keuze, maar is onrechtvaardig en contraproductief, in die zin dat de laureaten die het begin van hun stage uitstellen een voorkeursbehandeling krijgen. Indien de interpretatie

³⁶ zie o.m. VANMEENEN M, De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen, R.W. 2008-09, nr. 31

gevolgd wordt op grond waarvan “de rangschikking” voorrang verleent bij de keuze van de stageplaats, hetgeen overigens met de huidige werkmethode overeenstemt, dan leidt dit bijvoorbeeld tot de volgende paradox: de laatst geklasseerde laureaat van 2010 verzaakt in datzelfde jaar aan zijn stage. In 2011 bevindt hij zich vervolgens in het eerste derde van de tabel. Indien hij ook dat jaar zijn stage niet aanvat, dan zal hij in 2012 helemaal bovenaan de tabel komen te staan en over een quasi-onbepaalde keuze beschikken bij het bepalen van zijn stageplaats.

Deze interpretatie bestraft de beste en de meest beschikbare laureaten die hun stage willen beginnen op het moment dat zij voor het examen geslaagd zijn.

Bovendien moet opgemerkt worden dat de Franse tekstversie voor verwarring zorgt (het voornaamwoord “son” vóór “classement” kan enkel verwijzen naar een onderwerp in het mannelijk enkelvoud en dus naar “arrondissement”, maar in geen enkel geval naar “aux candidats”) en stemt – alleszins letterlijk – niet overeen met de Nederlandse tekst waarin sprake is van “met voorrang volgens de rangschikking.”

Deze situatie is niet nieuw en het College van Procureurs-generaal en de Raad van Procureurs des Konings hebben vroeger reeds om een wijziging van artikel 259octies van het Gerechtelijk Wetboek gevraagd. Vorig jaar werd hierop geantwoord dat de politieke situatie van ‘lopende zaken’ het niet mogelijk maakte een wetswijziging in het vooruitzicht te stellen.

Hoewel het College dit jaar opnieuw met dit probleem geconfronteerd werd, werd uiteindelijk beslist om toch niet af te wijken van de interpretatie die doorgaans door de administratie aan dit artikel gegeven wordt, en dit in hoofdzaak om (1°) het vertrouwen van de stagiairs (en dan vooral degenen die het begin van hun stage reeds één of twee maal uitgesteld hadden) niet te schenden die op de gebruikelijke interpretatie van de administratie rekenden om de gewenste aanwijzing te verkrijgen en (2°) te vermijden dat hiertegen beroep voor de Raad van State aangekend zou worden.

Het gevolg hiervan is dat heel wat plaatsen niet ingevuld raken en dat de binnen het College van Procureurs-generaal afgesproken verdeelsleutel niet nageleefd kon worden (zelfs al wordt rekening gehouden met een proportionele aanpassing t.g.v. een opwaartse herziening van het aantal stagiairs, hetgeen helaas louter theorie zal blijven).

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

De tekst van artikel 259octies §1 is niet duidelijk genoeg – ook al omdat de Nederlandse en Franse versie niet perfect overeenstemmen – en de toepassing ervan leidt tot praktische problemen.

Volgens het openbaar ministerie zou de verwijzing naar “la priorité attachée {au} classement/met voorrang volgens de rangschikking” niet tot gevolg mogen hebben dat de laureaten zelf het arrondissement van hun stage kunnen kiezen, maar zou dit enkel inhouden dat gegarandeerd wordt dat, ingeval het aantal laureaten hoger dan het aantal beschikbare plaatsen ligt, de beste kandidaten benoemd worden en dat de indiensttreding van de minder goed geplaatsten uitgesteld wordt.

Deze interpretatie is de enige op grond waarvan het principe uit alinea 4 van dit zelfde artikel 259octies, §1 op een zinvolle manier geïnterpreteerd kan worden: “Onder geslaagden voor twee of meer vergelijkende toelatingsexamens voor de gerechtelijke stage, wordt voorrang verleend aan de geslaagden voor het vergelijkend examen waarvan het proces-verbaal op de verst afgelegde datum is afgesloten.”

Deze regel is des te duidelijker indien men het volgende bedenkt: “De geslaagden voor het vergelijkend toelatingsexamen tot de gerechtelijke stage kunnen uiterlijk drie jaar na de afsluiting van het examen benoemd worden tot gerechtelijk stagiair.” Het is immers logisch dat kandidaten die hun stage het vorige jaar (of de vorige jaren) niet aangevat hebben voorrang krijgen omdat het examen maar drie jaar geldig is en zij anders dus het risico zouden lopen om uit de boot te vallen.

Om de problemen op te kunnen lossen die het gevolg van deze interpretatie zijn, verzoekt het openbaar ministerie de wetgever dan ook de formulering van artikel 259octies §1 van het Gerechtelijk Wetboek aan te passen.

F. Jeugdbescherming

F.1. Punten reeds aangehaald in voorgaande rapporten wetsevaluatie, met eventuele actualisatie

1) Artikel 130 van het Wetboek van Strafvordering (opgenomen sinds wetsevaluatie 2010-2011)

▪ *Moeilijkheden*

Artikel 130 van het Wetboek van Strafvordering stelt: “Indien de raadkamer vaststelt dat het misdrijf behoort tot de bevoegdheid van de correctionele rechtbank, wordt de inverdenkinggestelde naar deze rechtbank verwezen”.

Indien de inverdenkinggestelde daarentegen minderjarig was op het moment dat de feiten gepleegd werden, dan wordt hij met toepassing van artikel 57bis van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade, doorverwezen naar de bijzondere kamer van de jeugdrechtbank.

De procureur des konings kan de betrokken minderjarige rechtstreeks voor de bijzondere jeugdkamer dagvaarden, waarbij, op grond van hetgeen bepaald wordt in artikel 216quater, §4 van het Wetboek van Strafvordering, bij voorkeur de procedure van de oproeping bij proces-verbaal gevolgd wordt.

Niettemin kan na een uithandengeving een gerechtelijk onderzoek gevoerd worden, bijvoorbeeld met het oog op het uitvaardigen van een aanhoudingsbevel tegen de betrokken minderjarige.

In sommige procedures zijn problemen opgedoken wanneer de raadkamer een minderjarige die het voorwerp van een uithandengeving uitmaakte naar de correctionele rechtbank doorverwees i.p.v. naar de bijzondere kamer van de jeugdrechtbank. Het Hof van Cassatie oordeelde dat het hierbij om een organisatorisch probleem en niet om een bevoegdheidsprobleem ging, zodanig dat het openbaar ministerie, nadat de raadkamer de minderjarige inverdenkinggestelde naar de correctionele rechtbank doorverwezen had, rechtstreeks de strafvordering bij de bijzondere kamer van de jeugdrechtbank aanhangig kon maken (Cass. 16 februari 2010, www.cass.be).

▪ *Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie*

Er wordt voorgesteld om in artikel 130 Sv. na “voor de correctionele rechtbank” de bewoording in te voegen “of, ingeval van toepassing van artikel 57bis, §1 of §5 van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade, voor een bijzondere kamer van de jeugdrechtbank”.

2) Artikel 3 van de wet van 1 maart 2002 betreffende de voorlopige plaatsing van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd
(opgenomen sinds wetsevaluatie 2010-2011)

▪ **Moeilijkheden**

Eén van de voorwaarden voor plaatsing in het gesloten centrum te Everberg is “het bestaan van voldoende ernstige aanwijzingen van schuld” (artikel 3, eerste alinea, in fine). Het Grondwettelijk Hof vernietigde de voorwaarde van “voldoende ernstige aanwijzingen van schuld” ingeval van plaatsing van jongeren in een gesloten gemeenschapsinstelling omdat discussies over de schuldvraag in de voorbereidende fase van het proces twijfels kunnen doen ontstaan over de onpartijdigheid van de jeugdrechter, wanneer die later ook optreedt als vonnisrechter (GwH 13 maart 2008, arrest 49/2008, B26).

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

Het verdient aanbeveling om de voorwaarde van “het bestaan van voldoende ernstige aanwijzingen van schuld” te schrappen uit artikel 3 van de “Everberg-wet”. Op die manier ontstaat gelijkheid tussen jongeren die wegens een als misdrijf omschreven feit worden toevertrouwd aan een gesloten gemeenschapsinstelling en jongeren die om dezelfde reden in een federaal gesloten centrum geplaatst worden. Dit zal in de toekomst de mogelijkheid bieden te vermijden dat de onpartijdigheid van de jeugdrechter in vraag gesteld wordt die de eerste voorlopige plaatsingsmaatregel uitgesproken heeft, wanneer deze laatste nadien de situatie van de minderjarige ook als bodemrechter dient te beoordelen.

3) Artikel 8 van de wet van 1 maart 2002 betreffende de voorlopige plaatsing van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd
(opgenomen sinds wetsevaluatie 2010-2011)

▪ **Moeilijkheden**

De vraag of het beroep van het openbaar ministerie tegen de beschikking aan de hand waarvan de jeugdrechter een einde maakt aan een maatregel tot plaatsing van de jongere in het federaal gesloten centrum, opschortend werkt, heeft aanleiding gegeven tot uiteenlopende standpunten en werkmethodes. De directeur-generaal van het directoraat-generaal Penitentiaire Instellingen legde deze vraag aan het College van Procureurs-generaal voor dat op zijn beurt het expertisenetwerk “Jeugdbescherming” opdroeg om deze kwestie te bestuderen.

Het expertisenetwerk kwam tot volgende juridische analyse:

“Artikel 8 van de wet van 1 maart 2002 stelt het volgende: “Hoger beroep tegen de beschikkingen van de jeugdrechtbank moet ingesteld worden binnen een termijn van achtenveertig uren, die ten aanzien van het openbaar ministerie loopt vanaf de mededeling van de beschikking en ten aanzien van de andere partijen in het geding vanaf het vervullen van de vormvereisten bedoeld in artikel 52ter, vierde lid, van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade.

De genomen maatregel blijft gehandhaafd zolang hij niet in hoger beroep is gewijzigd [...].

De jeugdkamer van het hof van beroep behandelt de zaak en doet uitspraak binnen vijftien werkdagen te rekenen van de akte van hoger beroep. Na het verstrijken van deze termijn vervalt de maatregel. De termijn wordt geschorst tijdens de duur van het uitstel

toegekend op verzoek van de verdediging. De termijn van de dagvaarding voor het hof bedraagt drie dagen”.

Een aantal argumenten staft de redenering dat het door het openbaar ministerie aangetekende beroep niet opschortend werkt.

1° De wet bepaalt zelf niet dat het beroep van het openbaar ministerie opschortend werkt, zodanig dat het logisch zou lijken om ervan uit te gaan dat de beslissing van de jeugdrechter waarbij een einde aan de voorlopige plaatsingsmaatregel gemaakt wordt, onmiddellijk ten uitvoer gelegd moet worden indien de rechter met toepassing van artikel 58 van de wet van 8 april 1965 de voorlopige tenuitvoerlegging van zijn beslissing bevolen heeft.

Indien de voorlopige tenuitvoerlegging daarentegen niet bevolen werd, moet van het principe uitgegaan worden dat de maatregel tot voorlopige plaatsing in het federaal gesloten centrum blijft duren tot de termijn voor het indienen van hoger beroep verstreken is en, indien daadwerkelijk hoger beroep aangetekend wordt, tot het hof van beroep uitspraak gedaan heeft of tot het verstrijken van de termijn van vijftien werkdagen te rekenen vanaf de dag van de akte van beroep, aan de hand waarvan het hof van beroep zijn arrest moet vellen, termijn die eventueel verlengd kan worden met het op vraag van de verdediging toegekende uitstel.

2° Een tweede argument zou het gevolg kunnen zijn van een vergelijking met de regeling voor de meerderjarigen uit de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis. Enerzijds stelt artikel 30, §3, lid 2 van deze wet expliciet het volgende: *“De verdachte blijft in hechtenis totdat over het hoger beroep is beslist...”*, waarbij deze regel zowel geldt ingeval beroep ingesteld wordt door de in verdenkinggestelde als door het openbaar ministerie. In de wet van 1 maart 2002 werd daarentegen geen zo'n formulering opgenomen.

Anderzijds biedt artikel 25, §1 en 2 van de wet van 20 juli 1990 aan de onderzoeksrechter de mogelijkheid om de in verdenkinggestelde in vrijheid te stellen zonder dat het openbaar ministerie hiertegen beroep kan aantekenen. Hoewel begrip opgebracht kan worden voor het feit dat de wetgever, rekening houdend met het beschermende karakter van het optreden van de gerechtelijke overheden, aan het openbaar ministerie het recht toegekend heeft om beroep aan te tekenen wanneer de maatregel tot plaatsing in het federaal centrum opgeheven wordt, hetgeen de wet van 1 maart 2002 ook niet volledig ongedaan heeft willen maken, dan nog zou het niet van redelijkheid getuigen om, bij gebrek aan een wetsbepaling waarin dit expliciet bepaald wordt, dit beroep opschortend te maken.

3° Tot slot kan uit de toevoeging door artikel 105 van de wet van 27 december 2006 houdende diverse bepalingen II (dat vernietigd werd door arrest 49/2008 van 13 maart 2008 van het Grondwettelijk Hof) van de zinsnede *“Het hoger beroep tegen een toelating om het centrum te verlaten is daarentegen opschortend, gedurende vijftien dagen te rekenen van de akte van hoger beroep”* aan lid 2 van artikel 8 van de wet van 1 maart 2002 afgeleid worden dat de wetgever zelf de mening toegedaan was dat het beroep dat door het openbaar ministerie ingesteld wordt tegen de andere beslissingen die de jeugdrechter met toepassing van de wet van 1 maart 2002 neemt, niet opschortend werkte. Mocht dit wel het geval geweest zijn, dan zou het niet nodig geweest zijn *“daarentegen”* aan de zin toe te voegen.

Het enige argument dat in de richting van een opschortend effect van het door het openbaar ministerie ingestelde beroep gaat, zou gevonden kunnen worden in de zinsnede *“De genomen maatregel blijft gehandhaafd zolang hij niet in hoger beroep is gewijzigd”* uit lid 2 van artikel 8 van de wet van 1 maart 2002.

Omzendbrief COL 14/2002 van 19 november 2002 van het College van Procureurs-generaal stelt het volgende over het al dan niet opschortende effect van het ingestelde beroep:

10.4. Weerslag van het hoger beroep op de maatregel

10.4.1. Hoger beroep tegen een aanvankelijke beslissing van weigering van plaatsing

Tegen een dergelijke beslissing kan hoger beroep ingesteld worden, vermits geen enkele wetsbepaling dit verbiedt. Het rechtsmiddel heeft niet tot gevolg dat een beslissing waarbij de eerste rechter de minderjarige in vrijheid stelt, opgeschort zou worden. Inderdaad, de uitdrukking “de genomen maatregel blijft gehandhaafd” die in artikel 8, tweede lid, gebruikt wordt, heeft enkel betrekking op de maatregel van plaatsing.

De termijn waarover het hof beschikt om het hoger beroep tegen een beslissing van weigering te behandelen is dezelfde als deze die geldt om uitspraak te doen over het hoger beroep tegen een beslissing van plaatsing.

10.4.2. Hoger beroep tegen de aanvankelijke beslissing van plaatsing [...]

10.4.3. Hoger beroep tegen andere beslissingen inzake de handhaving van de maatregel De algemene regels die hoger werden uiteengezet, zijn van toepassing:

- de maatregel blijft van kracht zolang hij niet gewijzigd wordt in hoger beroep,
- de maatregel houdt van rechtswege op uitwerking te hebben na vijftien dagen vanaf de akte van hoger beroep, indien hij door het hof niet bevestigd wordt; deze termijn moet in voorkomend geval verlengd worden met de duur van het uitstel dat, op verzoek van de verdediging, verleend werd.

In deze omzendbrief wordt de hypothese van de opheffing van de maatregel tot voorlopige plaatsing in het federaal centrum niet op een expliciete manier geregeld. Bovendien mag niet met zekerheid beweerd worden dat de term “maatregel” uit lid 2 van artikel 8 van de wet van 1 maart 2002 betrekking heeft op de plaatsingsmaatregel i.p.v. op de beslissing tot opheffing van de voorlopige plaatsing of de maatregel die de rechter in de plaats van de voorlopige plaatsingsmaatregel wenste op te leggen.”

Na analyse van al deze argumenten stelde het coördinatieteam van het expertisenetwerk “Jeugdbescherming” van het College van Procureurs-generaal voor dat de parketten en de gevangenisadministratie, in afwachting dat de wetgever ter zake voor duidelijkheid zorgt, van de meest gunstige situatie voor de jongere zouden uitgaan, en dat het door het openbaar ministerie ingestelde beroep dus niet opschortend zou werken.

Het College nam dit standpunt over, dat vervolgens opgenomen werd in omzendbrief COL 14/2002 m.b.t. de wet van 1 maart 2002 betreffende de voorlopige plaatsing van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd, die op 25 mei 2011 herzien werd.

Op basis van deze omzendbrief worden voortaan volgende regels toegepast:

- a) ingeval de door de jeugdrechter in de loop van de plaatsing uitgesproken voorlopige plaatsing opgeheven wordt, wordt deze beslissing onmiddellijk ten uitvoer gelegd indien zij gepaard gaat met een voorlopige tenuitvoerlegging;
- b) indien er geen sprake is van een voorlopige tenuitvoerlegging van de beschikking, wordt de plaatsing behouden:

- tot op het moment waarop de termijn verstreken is waarbinnen het openbaar ministerie beroep kan aantekenen, nl. 48 uur te rekenen vanaf de mededeling van de beslissing aan het openbaar ministerie, dat erop moet toezien dat het federaal centrum ingelicht wordt over het feit dat ofwel afgezien wordt van de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen ofwel dat het hoger beroep niet binnen de wettelijke termijn gebeurde;
- ofwel, indien het openbaar ministerie beroep instelde, tot de beslissing van het hof van beroep waarbij de opheffing van de voorlopige plaatsing bevestigd wordt.

Indien het hof geen uitspraak doet binnen een termijn van vijftien werkdagen te rekenen vanaf de akte van hoger beroep (eventueel verhoogd met de duur van het op het verzoek van de verdediging toegekende uitstel), dan wordt een einde aan de plaatsing gemaakt.

Niettemin is het College van Procureurs-generaal de mening toegedaan dat, aangezien hier sprake is van een maatregel ter bescherming van de maatschappij, *de lege ferenda* het door het openbaar ministerie ingestelde beroep volledig als opschortend beschouwd zou moeten worden.

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

Er wordt voorgesteld om in de wet van 1 maart 2002 betreffende de voorlopige plaatsing van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd vast te leggen dat ingeval het openbaar ministerie beroep aantekent tegen de beschikking van de jeugdrechter die een einde aan de plaatsing van de jongere in het federaal gesloten centrum maakt, de voorlopige plaatsingsmaatregel gehandhaafd blijft tot het moment waarop er een uitspraak in beroep gedaan wordt.

4) Wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade (algemeen) (opgenomen sinds wetsevaluatie 2010-2011)

▪ **Moeilijkheden**

De verschillende achtereenvolgende wijzigingen die aan de wet van 8 april 1965 aangebracht werden, zijn nefast gebleken voor de coherentie en de leesbaarheid ervan, hetgeen het werk bemoeilijkt van de magistraten die deze wet moeten toepassen en in zekere zin zelfs voor een bepaalde vorm van rechtsonzekerheid zorgt.

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

De wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade moet volledig herschreven worden om de leesbaarheid en de toepasbaarheid ervan te verbeteren. De resultaten van de werkgroep die deze taak door de minister van Justitie toegewezen kreeg en die door de Dienst voor het Strafrechtelijk Beleid gecoördineerd worden, zouden dan ook als basis moeten dienen voor een aanpassing van de wettekst.

Het is van essentieel belang dat de wet van 8 april 1965 herschreven wordt alvorens aan de gemeenschappen de bevoegdheden overgedragen worden i.v.m. maatregelen die opgelegd kunnen worden aan minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit gepleegd hebben. Mochten de gemeenschappen bij decreet de passages uit deze wet aanpassen waarvoor zij bevoegd geworden zijn, zonder voorafgaande formele herziening ervan, dan zal dit op het terrein voor grootscheepse juridische verwarring zorgen. De

bepalingen uit de wet van 8 april 1965 die tot de bevoegdheid van de federale wetgever zullen blijven behoren en deze waarvoor de gemeenschappen op wetgevend vlak bevoegd zullen worden, zijn momenteel immers sterk met elkaar verweven. Het is eveneens meer dan wenselijk dat de wijzigingen die op initiatief van de gemeenschappen aan de wet doorgevoerd zullen worden, gebaseerd zouden zijn op een wet die voorafgaandelijk op een logische en duidelijke manier geherstructureerd werd.

De voorstellen die hierna geformuleerd worden, streven geen volledigheid na. Enkel de meest onontbeerlijke aanpassingen worden hierbij opgesomd.

5) Wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade (wettelijke basis voor het optreden van de criminologen)

▪ ***Moeilijkheden***

Op 1 september 2006 traden op contractuele basis een aantal criminologen in dienst op de Belgische parketten, die er de magistraten van de afdelingen “Gezin-Jeugd” bijstaan voor alle materies die samenhangen met jeugddelinquentie, schoolverzuim en kindermishandeling.

Op structureel vlak bestaan hun opdrachten erin contacten met alle gerechtelijke en buitengerechtelijke instanties aan te knopen en om in het kader van de individuele dossiers die hun voorgelegd worden adviezen voor de parketmagistraten te formuleren, nadat zij voorafgaand desgevallend een gesprek met de betrokken jongere en diens ouders gehad hebben.

De criminologen worden op nationaal vlak gecoördineerd door twee criminologen-coördinatoren die deel van het ambt van de procureur-generaal Brussel uitmaken, die binnen het College van Procureurs-generaal specifiek bevoegd is op gebied van jeugdbescherming. De criminologen-coördinatoren zien erop toe dat alle criminologen in het hele land op een coherente manier optreden.

De opdrachten van de criminologen en de criminologen-coördinatoren werden in een aantal omzendbrieven van het College van Procureurs-generaal gedefinieerd, maar momenteel is voor hun optreden geen wettelijke basis voorhanden. Rekening houdend met de aard van deze opdrachten, waarbij onder meer kennis van vertrouwelijke dossiers genomen moet worden en contact met rechtszoekenden gelegd moet worden, lijkt het noodzakelijk om een legitieme wettelijke basis voor hun optreden in het leven te roepen.

▪ ***Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie***

Er wordt voorgesteld om volgende wetsbepalingen in te voegen in de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade:

In artikel 8, dat bepaalt dat het ambt van openbaar ministerie bij de jeugdrechtbank uitgeoefend wordt door één of meer magistraten van het parket die door de procureur des konings worden aangewezen, wordt best een tweede lid ingevoegd dat als volgt geformuleerd dient te worden: *“Deze magistraten worden door criminologen bijgestaan”*.

Aan artikel 11, waarin gesteld wordt dat in het hof van beroep het ambt van openbaar ministerie bij de jeugdkamers door een of meer magistraten van het parket-generaal uitgeoefend wordt, die door de procureur-generaal worden aangewezen, dient een tweede lid toegevoegd te worden, dat als volgt zou luiden: *“Het team van criminologen uit*

lid 2 van artikel 8 wordt gecoördineerd door de criminologen-coördinatoren, die onder het gezag van de procureur-generaal staan die met toepassing van lid 5, §4 van artikel 143bis van het Gerechtelijk Wetboek binnen het College van Procureurs-generaal instaat voor de specifieke taken op gebied van jeugdbescherming”.

In artikel 45 m.b.t. de aanhangigmaking van zaken bij de jeugdrechtbank moet een lid 2 ingevoegd worden, dat als volgt geformuleerd zou worden: *“Desgevallend vraagt de procureur des konings advies aan de in lid 2 van artikel 8 vermelde criminologen.”*

Aan artikel 45bis m.b.t. de ouderstage moet eveneens een tweede lid toegevoegd worden: *“Desgevallend vraagt de procureur des konings advies aan de in lid 2 van artikel 8 vermelde criminologen m.b.t. het feit of het al dan niet opportuun is een ouderstage in het vooruitzicht te stellen in de gevallen waarin aan alle wettelijke voorwaarden voldaan is.*

Zij kunnen bovendien op vraag van de procureur des konings de ouders ontvangen om het standpunt van de procureur des konings toe te lichten en om uitleg te geven over de doelstelling van de ouderstage”.

In artikel 45ter m.b.t. de verzending van een waarschuwingsbrief, enerzijds, en het wijzen op de wettelijke verplichtingen door de procureur des konings, anderzijds, dient een vierde lid ingevoegd te worden: *“Desgevallend vraagt de procureur des konings advies aan de in lid 2 van artikel 8 vermelde criminologen over het feit of het al dan niet opportuun is om een waarschuwingsbrief te verzenden of op de wettelijke verplichtingen te wijzen”.*

Aan artikel 45quater, §1 m.b.t. het feit dat de procureur des konings inlichtingen moet verstrekken over de mogelijkheid om deel te nemen aan een bemiddeling, dient een lid 3 toegevoegd te worden: *“Desgevallend vraagt de procureur des konings advies aan de in lid 2 van artikel 8 vermelde criminologen over het feit of het mogelijk en opportuun is een strafbemiddeling in het vooruitzicht te stellen in de gevallen waarin aan alle wettelijke voorwaarden voldaan is”.*

In artikel 45quater, §3 m.b.t. het verslag van de bemiddelingsdienst moet een tweede lid ingevoegd worden: *“Desgevallend nemen de in lid 2 van artikel 8 vermelde criminologen op verzoek van de procureur des konings kennis van de verslagen van de bemiddelingsdiensten en verstrekken zij aan de procureur des konings advies over het gevolg dat hieraan gegeven moet worden”.*

Aan artikel 45quater, §4, dat een aantal bepalingen bevat m.b.t. de bemiddeling, dient ten slotte een derde lid toegevoegd te worden, dat als volgt geformuleerd moet worden: *“Desgevallend zorgen de in lid 2 van artikel 8 vermelde criminologen, op vraag van de procureur des konings en wanneer er rechtszoekenden uit verschillende arrondissementen bij het dossier betrokken zijn, voor coördinatie tussen de verschillende parketten”.*

6) Artikel 57bis, §5 van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade

▪ **Moeilijkheden**

Artikel 57bis, §5 van de wet van 8 april 1965 stelt: *“Iedere persoon ten aanzien van wie een beslissing tot uithandengeving genomen is met toepassing van dit artikel wordt, vanaf de dag waarop deze beslissing definitief geworden is, onderworpen aan de rechtsmacht van de gewone rechter voor de vervolging van feiten die gepleegd zijn na de dag van de dagvaarding tot uithandengeving.”*

Deze bepaling stelt problemen bij de vaststelling van het bevoegde rechtscollege, aangezien de “*rechtsmacht van de gewone rechter*” bevoegd verklaard wordt en niet de “*bijzondere kamer van de jeugdrechtbank*”.

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

Dit is zonder twijfel een vergissing vanwege de wetgever, die klaarblijkelijk de intentie had om te vermijden dat een procedure tot uithandengeving heropgestart zou moeten worden wanneer een eerste beslissing tot uithandengeving definitief geworden is, maar zeker niet om de bevoegdheid bij het rechtscollege te leggen dat bevoegd is om t.a.v. meerderjarigen uitspraak te doen.

De voorafgaande titel van de wet van 8 april 1965 stelt immers:

“De volgende beginselen zijn erkend en van toepassing op de rechtsbedeling ten aanzien van minderjarigen :

... 2° *elke rechtsbedeling ten aanzien van minderjarigen gebeurt, voorzover zulks mogelijk is, door actoren, ambtenaren en magistraten met een specifieke en permanente opleiding inzake jeugdrecht.*”

Enkel de bijzondere kamer van de jeugdrechtbank kan garanderen dat dit principe nageleefd wordt. Het lijkt dus van redelijkheid te getuigen om ervan uit te gaan dat, indien artikel 57bis, §5 van de wet van 8 april 1965 toegepast moet worden, de door de wetgever bedoelde “*rechtsmacht van de gewone rechter*” niet de correctionele rechtbank maar wel de bijzondere kamer van de jeugdrechtbank is.

Deze wetsbepaling heeft reeds aanleiding tot uiteenlopende beslissingen gegeven, zodanig dat het dringend lijkt om, zoals het College van Procureurs-generaal reeds aan de minister van Justitie voorgesteld had, in artikel 57bis, §5 van de wet de bewoording “*rechtsmacht van de gewone rechter*” te vervangen door “*het in paragraaf 1 bedoelde rechtscollege*”, hetgeen zowel slaat op de bijzondere kamer van de jeugdrechtbank als het hof van assisen dat overeenkomstig de bepalingen uit lid 2 van artikel 119 van het Gerechtelijk Wetboek samengesteld wordt.

F.2. Nieuwe aandachtspunten - Jeugdbescherming

- 1) **Artikel 37, §3, lid 2, 2° van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade, en artikel 7, 7°, d) van de wet van 13 juni 2006 tot wijziging van de wetgeving betreffende de jeugdbescherming en het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd.**

▪ **Moeilijkheden**

1. T.g.v. een door de Bergense jeugdrechtbank gestelde prejudiciële vraag velde het Grondwettelijk Hof op 3 mei 2012 arrest nr. 60/2012 m.b.t. de mogelijkheid om t.a.v. een minderjarige die op het moment van de feiten ouder dan zestien maar jonger dan zeventien jaar was, alle beschermende maatregelen te nemen uit artikel 37, §2 van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade.

Het Hof diende uitspraak te doen over beroep dat werd aangetekend tegen het verschil in behandeling tussen minderjarigen die op het moment van de feiten zestien jaar zijn en minderjarigen die op het moment van de feiten zeventien jaar zijn.

2. Dit verschil in behandeling kan als volgt omschreven worden:

2.1. Wat de minderjarige betreft die op het moment van de feiten zestien jaar is, heeft artikel 37 §3, lid 2, 1° en 2° tot gevolg dat de jeugdrechtbank t.a.v. deze jongere bij vonnis niet alle beschermende maatregelen uit artikel 37, §2 van de wet kan nemen indien betrokkene niet het voorwerp van een vonnis uitmaakte op verzoek van de jongere zelf of op vordering van het openbaar ministerie, dat ingesteld moet worden binnen een termijn van drie maanden voorafgaand aan de dag waarop betrokkene meerderjarig wordt.

T.a.v. een minderjarige die zestien jaar was op het moment van de feiten, maar na de leeftijd van achttien jaar voor de jeugdrechtbank verschijnt voor de behandeling ten gronde, zonder dat op basis van artikel 37 §3, lid 2, 1° van de wet een vonnis uitgesproken werd ter verlenging van de maatregelen na de leeftijd van achttien jaar, beschikt de jeugdrechtbank met andere woorden enkel over de mogelijkheid om ofwel een berisping uit te spreken ofwel om de zaak op grond van artikel 57bis van de wet door te verwijzen.

2.2. Daarentegen kan de rechtbank alle maatregelen uit artikel 37, §2 van de wet opleggen aan een minderjarige die op het moment van de feiten zeventien jaar is, en dit los van het moment waarop hij voor de jeugdrechtbank verschijnt, dus vooraleer of nadat hij achttien geworden is.

(NB: Na de leeftijd van twintig jaar is de situatie van de jongere identiek, ongeacht zijn leeftijd op het moment van de feiten, en kan enkel nog een berisping als maatregel opgelegd worden).

3. Het Grondwettelijk Hof kwam tot de conclusie dat een discriminatie die enkel op het leeftijds criterium op het moment van de feiten gebaseerd was, een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet betekent.

3.1. Het Hof baseerde dit besluit op een minutieuze analyse van de parlementaire werkzaamheden in het kader van de wetten van 19 januari 1990, 24 december 1992, 2 februari 1994 en 13 juni 2006, aan de hand waarvan artikel 37 van de wet van 8 april 1965 achtereenvolgens gewijzigd werd. In deze parlementaire documenten komt duidelijk naar voor dat de wetgever bij elke wetswijziging de wil had om het mogelijk te maken om beschermende maatregelen te nemen na de leeftijd van achttien jaar teneinde systematische doorverwijzingen te vermijden omwille van het feit dat het onmogelijk is om t.a.v. de betrokken jongere i.p.v. een berisping een andere maatregel van bewaring, behoeding of opvoeding te nemen, aangezien dit de enige maatregel is die ongeacht de leeftijd van de jongere op het moment van het vonnis uitgesproken kan worden.

3.2. Het Hof (punt B.6. van het arrest) stelde: “Het verschil in behandeling tussen twee categorieën van jongeren die voor de jeugdrechtbank worden vervolgd, steunt op het criterium van de leeftijd die zij hadden op het ogenblik dat zij een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd”, en voegt hieraan toe: “Dat criterium is niet relevant en niet coherent in het licht van de bevoegdheden waarover de jeugdrechtbank beschikt ten aanzien van de jongeren van zowel zestien jaar als zeventien jaar”, en verder: “Het is evenmin adequaat in het licht van het doel van de jeugdbescherming dat de wetgever sinds 1990 op aanhoudende wijze nastreeft, zoals eraan is herinnerd in B.3. en B.4. De in het geding zijnde bepaling heeft bovendien tot gevolg dat de minderjarige delinquent die de jongste was op het ogenblik dat de feiten zijn gepleegd, zonder redelijke

verantwoording, ongunstiger wordt behandeld, terwijl ten aanzien van die categorie van jongeren in beginsel veeleer beschermende maatregelen moeten worden genomen dan wel een maatregel tot uithandengeving.”

3.3. Het Grondwettelijk Hof verduidelijkt (punt B.8. van het arrest) dit door volgende uitspraak: “Aangezien de vaststelling van die lacune, die zich bevindt in de aan het Hof voorgelegde tekst, is uitgedrukt in voldoende nauwkeurige en volledige bewoordingen om toe te laten dat de in het geding zijnde bepaling wordt toegepast met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, staat het aan de verwijzende rechter een einde te maken aan die ongrondwettigheid.”

3.4. Hieruit volgt dat de Bergense jeugdrechtbank bij vonnis één of meerdere maatregelen uit artikel 37, §2 van de wet van 8 april 1965 kan nemen, en dit voor een bepaalde duur en uiterlijk tot de dag waarop de betrokkene de leeftijd van twintig jaar heeft bereikt.

3.5. Bijgevolg kan elke andere jongere die voor de jeugdrechtbank verschijnt t.g.v. een op de leeftijd van zestien jaar gepleegd feit, het voorwerp uitmaken van een bij vonnis uitgesproken maatregel uit artikel 37, §2 van de wet van 8 april 1965, en dit voor een bepaalde duur en uiterlijk tot de dag waarop hij of zij de leeftijd van twintig jaar heeft bereikt.

4. Hierbij kan opgemerkt worden dat deze discriminatie opgeheven werd door de aanneming van de wet van 13 juni 2006 tot wijziging van de wetgeving betreffende de jeugdbescherming en het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd.

4.1. In het gedeeltelijk door artikel 7,7° van de wet van 13 juni 2006 gewijzigde artikel 37, §3, lid 1 en 2 van de wet van 8 april 1965 wordt het volgende bepaald:

“§ 3. De onder § 2, 2° tot 11° bedoelde maatregelen worden geschorst wanneer de betrokkene onder de wapens is. Ze nemen een einde wanneer hij de leeftijd van achttien jaar bereikt.

Ten aanzien van de in artikel 36, 4°, bedoelde personen kunnen deze maatregelen, onverminderd het bepaalde in § 2, vierde lid, en in artikel 60, evenwel:

1° op verzoek van de betrokkene dan wel, indien de betrokkene blijkt geeft van aanhoudend wangedrag of zich gevaarlijk gedraagt, op vordering van het openbaar ministerie, bij vonnis voor een bepaalde duur, uiterlijk tot de dag waarop de betrokkene de leeftijd van twintig jaar heeft bereikt, worden verlengd. Het verzoek of de vordering moet binnen een termijn van drie maanden voorafgaand aan de dag waarop de betrokkene meerderjarig wordt, bij de rechtbank worden ingesteld;

2° bij vonnis worden bevolen voor een bepaalde duur, uiterlijk tot de dag waarop de betrokkene de leeftijd van twintig jaar heeft bereikt, wanneer het gaat om personen die na de leeftijd van zeventien jaar een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd.”

4.2. Lid 2,2° van dit artikel 37,§3 werd ook gewijzigd door artikel 7,7°, d) van de wet van 13 juni 2006, waarbij in lid 2, 2° de bewoording “twintig jaar” vervangen werd door de bewoording “drieëntwintig jaar”, en de bewoording “zeventien jaar” door “zestien jaar”.

Deze wetswijziging zal overigens pas ten vroegste op 1 januari 2013 in werking treden t.g.v. artikel 3 van de wet van 24 juli 2008 houdende diverse bepalingen (II) en artikel 13 van de wet van 29 december 2010 houdende diverse bepalingen (II).

4.3. Mocht de wetgever de inwerkingtreding van artikel 7, 7°, d) van de wet van 13 juni 2006 opnieuw uitstellen, dan gebeurt dit best op een dusdanige manier dat de leeftijd van twintig jaar tegelijkertijd door de leeftijd van drieëntwintig jaar vervangen wordt met de

definitieve vervanging van de leeftijd van zeventien jaar door de leeftijd van zestien jaar in artikel 37§3, lid 2, 2° van de wet van 8 april 1965, enerzijds, en dat minderjarigen die zestien jaar zijn op het moment dat zij een als misdrijf omschreven feit plegen, op dezelfde manier behandeld worden als jongeren van zeventien jaar, anderzijds.

Bovendien moet opgemerkt worden dat het uitstellen van de inwerkingtreding van de wet vooral ingegeven werd door de bezorgdheid van de gemeenschappen dat zij zelf in hun eigen openbare instellingen en de door hen erkende privéinstellingen zouden moeten instaan voor jongvolwassenen van ouder dan twintig jaar.

Het Grondwettelijk Hof besliste dat het, hoewel het als relevant beschouwd kan worden om de mogelijkheid uit te stellen om de beschermende maatregelen tot de leeftijd van drieëntwintig jaar te verlengen teneinde de gemeenschappen de mogelijkheid te bieden om de noodzakelijke maatregelen te nemen voor “de organisatie en de financiering van de begeleiding van de jongeren door de verschillende bevoegde gemeenschappen” (...), “het daarentegen niet relevant [is] de inwerkingtreding uit te stellen van de bepaling die de leeftijd van zeventien jaar vervangt door de leeftijd van zestien jaar, waardoor de jeugdrechtsbank bij vonnis beschermende maatregelen voor een bepaalde duur kan bevelen die niet verder reikt dan de dag waarop de betrokkene twintig jaar wordt, wanneer het gaat om personen die op de leeftijd van zestien jaar een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd.” (punt B.7. van het arrest).

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

Het expertisenetwerk “Jeugdbescherming” stelt het volgende voor:

1° om artikel 13 van de wet van 29 december 2010 houdende diverse bepalingen (II) te wijzigen, dat de inwerkingtreding van artikel 7, 7°, d) van de wet van 13 juni 2006 uitstelt, zodanig dat geanticipeerd kan worden op de inwerkingtreding van deze wetsbepaling, die in artikel 37, §3, lid 2, 2° van de wet van 8 april 1965, “de leeftijd van zeventien jaar” vervangt door “de leeftijd van zestien jaar”;

2° indien het voorstel uit punt 1° niet doorgevoerd kan worden, en ingeval vóór eind 2012 de inwerkingtreding van artikel 7, 7°, d) van de wet van 13 juni 2006 opnieuw uitgesteld zou worden, om dit uitstel te beperken tot de vervanging van “de leeftijd van twintig jaar” door “de leeftijd van drieëntwintig jaar”.

G. Burgerlijk recht

G.1. Punten reeds aangehaald in voorgaande rapporten wetsevaluatie, met eventuele actualisatie

1) **Wettelijke samenwoning - Artikel 1475 van het Burgerlijk Wetboek – Wet van 25 april 2007 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (opgenomen sinds wetsevaluatie 2008-2009)**

▪ **Wetsbepalingen**

De problematiek werd gekoppeld aan de Vreemdelingenwet zoals gewijzigd door de wet van 26 mei 2011 gepubliceerd in het BS van 12.9.2011.

Sinds de inwerkingtreding van de wetten van 15 september 2006 en 25 april 2007 voorziet de Vreemdelingenwet in een even verregaand verblijfsrecht voor wettelijk samenwonenden als voor gehuwden (nieuw art. 10 § 1, 5° en art. 40bis)

- Om een wettelijke samenwoning te kunnen aangaan dient men enkel aan te tonen dat men ongehuwd is en nog geen wettelijke samenwoning heeft met een derde.
- Om een verblijfsrecht te verkrijgen op basis van een geregistreerde wettelijke samenwoning dienen nog bijkomende voorwaarden vervuld te worden:
 1. de verblijfsgerechtigde vreemdeling beschikt over een verblijfstitel van minstens 12 maanden (tenzij het huwelijk of de wettelijke samenwoning al bestond voordat de hereniger in België toekwam of indien er een gemeenschappelijk minderjarig kind is),
 2. de relatie moet duurzaam en stabiel zijn,
 3. beiden moeten 21 jaar zijn (tenzij het huwelijk of de wettelijke samenwoning al bestond voordat de hereniger in België toekwam of indien er een gemeenschappelijk minderjarig kind is dan wordt het 18 jaar),
 4. er geen huwelijksbeletselen bestaan conform art 161 tot 163 BW,
 5. geen van beiden het voorwerp uitmaakten van een beslissing (KvG) genomen op basis van art 167 BW,
 6. beiden moeten voor de aanvraag tot verblijf minstens 1 jaar onafgebroken en legaal in België of ander land te hebben samengewoond,
 7. bestaansmiddelen (beiden),
 8. voldoende huisvesting (beiden),
 9. ziektekostenverzekering (beiden).

De wet geeft voortaan een definitie van een duurzame en stabiele samenwoning:

wanneer de partners kunnen aantonen dat ze:

- 1° ofwel sinds minstens één jaar reeds samenwonen,
- 2° ofwel elkaar sedert ten minste twee jaar kennen en het bewijs leveren dat zij regelmatig telefonisch, via briefwisseling of elektronische berichten met elkaar contact onderhouden, in de twee jaar voorafgaand aan de aanvraag elkaar minstens drie maal ontmoet hebben en dat deze ontmoetingen in totaal 45 of meer dagen betreffen
- 3° ofwel een gemeenschappelijk kind hebben.

Strikte termijnen waarin de verblijfsaanvraag moet afgehandeld zijn :

6 maanden twee maal verlengbaar met 3 maanden zo gemotiveerd

Intrekkingsmogelijkheid verlengd tot 3 jaar :

De Vreemdelingenwet voorziet sinds de hierboven vermelde wijziging wel in de mogelijkheid om het verkregen verblijfsrecht in te trekken indien gedurende de eerste 3 jaar reeds blijkt dat de partners geen gezinscel meer vormen (d.w.z. dat ze niet meer op hetzelfde adres blijken te zijn ingeschreven of dat ze feitelijk niet meer samenwonen) of dat het huwelijk of de wettelijke samenwoning werden ontbonden. De verblijfstitel kan ook nog ingetrokken worden, indien er bovenop de hierboven vermelde omstandigheden duidelijke elementen zijn die wijzen op een schijnsituatie. Het verblijf kan ook nog worden ingetrokken wanneer fraude is bewezen (bv. door nietigverklaring van het schijnhuwelijk).

▪ Moeilijkheden

In tegenstelling tot de wetgeving ter bestrijding van schijnhuwelijken – die het de ambtenaar van de burgerlijke stand en de procureur des Konings mogelijk maakt de intenties van de partners voorafgaand te onderzoeken, bestaat er geen enkel preventief

controlemechanisme om de intenties van de kandidaat wettelijke samenwoners te onderzoeken.

Er bestaat geen definitie van wat een “schijnsamenwoning” is. Er is geen omzendbrief die elementen opsomt die kunnen wijzen op misbruik van de wettelijke samenwoning louter met het oog op het verwerven van een verblijfsrechtelijk voordeel.

De procureur des Konings heeft geen uitdrukkelijke wettelijke mogelijkheid om een politieonderzoek te voeren naar de waarachtigheid van de wettelijke samenwoning, zodat een identiteitscontrole van de illegale vreemdeling, een samenwoningcontrole en een verhoor van de samenwonenden niet systematisch kunnen gebeuren.

- Na één jaar samenwoning of een relatie van twee jaar kan de partner met precair verblijfsstatuut een aanvraag tot verblijf indienen.
 - o Twee jaar relatie: dit moet bewezen worden aan de hand van formele stukken, bijvoorbeeld mails, ontmoetingen, foto's, GSM-rekeningen.
 - o Eén jaar onafgebroken samenwoning in België of in het buitenland: dit wordt nagegaan in het rijksregister. Bijgevolg is er geen feitelijke samenwoning vereist.
 - o Een gemeenschappelijk kind: erkend of biologisch. (jammer genoeg stellen we in de praktijk vast dat het doel (verblijf) het middel (verwekking) rechtvaardigt.
- Gevolg: huwen wordt overbodig aangezien via een wettelijke samenwoning ook verblijfsrecht aan de partner kan worden toegekend (na één jaar samenwoning met een (nieuwe) Belg of (nieuwe) EU-onderdaan kunnen ze een F-kaart voor vijf jaar krijgen).
- Eens dit verblijfsrecht verworven, kan een daaropvolgend huwelijk niet meer als schijnhuwelijk tegengehouden worden omdat er geen sprake meer is van “het beogen van een verblijfsvoordeel” nu dit verblijf al verworven is. De bestrijding van schijnhuwelijken wordt alzo onmogelijk gemaakt.
- Ofwel doet men de verklaring van samenwoning hangende de procedure van verzet tegen de huwelijksweigering. Men stelt de zaak uit tot de verblijfskaart verworven is en dan doet men afstand van de procedure voor de rechtbank, ofwel stelt men dat er geen verblijfsvoordeel meer is zodat er ook geen sprake meer is van een schijnhuwelijk.
- Wat de rechtbank ook moge beslissen het verblijf is verworven en voor het OM is het weinig zinvol om nog iets te ondernemen.

▪ **Samenvatting van het standpunt van het openbaar ministerie**

De huidige regeling inzake de wettelijke samenwoning holt de mogelijkheden die de parketten hebben om schijnhuwelijken te bestrijden op ernstige wijze uit:

Afgewezen huwelijkskandidaten nemen hun toevlucht tot de eenvoudigere methode om verblijf te verkrijgen, namelijk de wettelijke samenwoning. Het omgekeerde gebeurt ook, dat huwelijkskandidaten eerst een wettelijke samenwoning afsluiten waardoor zij een F-kaart kunnen bekomen om vervolgens te huwen zodat het onmogelijk wordt aan te tonen dat het huwelijk werd aangegaan louter en alleen om een verblijfsrechtelijk voordeel gekoppeld aan de status van gehuwden te bekomen. Immers, in dat geval hebben ze reeds hun verblijf bekomen via de wettelijke samenwoning en niet op basis van het huwelijk zodat aan de voorwaarden om van een schijnhuwelijk te kunnen spreken niet langer wordt voldaan.

▪ **Oplossingen:**

- De nieuwe wet op de gezinshereniging komt zeker tegemoet aan een aantal grieven van het OM door de wettelijke samenwoning enkel open te stellen voor personen die

reeds een legaal verblijf hebben in het Rijk of personen die een voorafgaandelijk onderlinge familieband kunnen aantonen.

- Een andere oplossing zou erin bestaan de regeling waarbij de wettelijke samenwoning geen recht op verblijf meer genereert. Op die manier blijft de strijd tegen schijnhuwelijken zijn efficiëntie en zijn nut behouden.
- Minstens moet het minder aantrekkelijk gemaakt worden om via wettelijke samenwoning een verblijfsrecht te verwerven. Aangezien de wettelijke samenwoning eenvoudig opzegbaar is, is het niet logisch om hieraan van in het begin een permanent verblijfsrecht te koppelen. Het is immers contradictorisch om aan een vrij preciaire samenlevingsvorm meteen een definitief verblijfsrecht te verbinden.
- Een preventieve controle op schijnsamenwoningen zoals bij de schijnhuwelijken ligt moeilijk omdat er geen duurzame levensgemeenschap moet beoogd worden door de samenwonende partners zoals bij het huwelijk en het bewijs van schijn de facto bijna onmogelijk wordt (nochtans is dit de strekking van een hangend voorontwerp).
- De nieuwe wet verleent hun dit verblijf niet (meer) indien er een in kracht van gewijsde getreden beslissing bestaat omtrent de weigering van de huwelijksvoltrekking op basis van art 167 BW (met dezelfde partners?). Helaas zal in de praktijk waarschijnlijk het verblijfsrecht al verleend zijn alvorens er een rechterlijke beslissing is tussen gekomen. De tendensen in de rechtspraak van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen getuigen vaak van een groot wantrouwen ten aanzien van beslissingen van de Dienst Vreemdelingenzaken (al dan niet op advies van parket). Zo trachtte DVZ – die in het verleden een beslissing diende te nemen over een verblijfsaanvraag op grond van een wettelijke samenwoning – de verblijfsaanvraag af te wijzen onder meer op basis van het advies van het openbaar ministerie aangaande het voorgenomen schijnhuwelijk, op basis van de redenering dat de elementen die wijzen op een voorgenomen schijnhuwelijk evenzeer aantonen dat de wettelijke samenwoning een schijnsamenwoning is die aldus niet het recht op verblijf mag openen. Deze motivering vond geen genade in de ogen van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen die er immers op wees dat het vreemdelingenrecht in eigen criteria voorziet ter beoordeling van de stabiele en duurzame relatie van de wettelijk samenwonenden, zodat de aanwezigheid van voldoende indicaties van een schijnhuwelijk niet bruikbaar zijn om een aanvraag voor verblijfsrecht gesteund op de wettelijke samenwoning af te wijzen.

Er is een reële kans dat het procederen en rekken van de procedure schering en inslag zal zijn vermits beslist moet worden binnen de 6 maanden na de aanvraag.

Wanneer het onderzoek naar een schijnhuwelijk loopt (146bis) kan deze termijn twee keer met 3 maanden verlengd worden.

Dit maakt het allemaal omslachtiger. 6 maanden (en zelfs één jaar) is een utopische termijn voor een onderzoek naar een schijnhuwelijk. Het is inherent aan de schijn dat deze enige tijd wordt volgehouden. Van artikel 167 BW (weigering huwelijksvoltrekking) is hier geen sprake.

▪ **Samenvatting verbeteringsvoorstellen – standpunt van het openbaar ministerie:**

Eerst en vooral stelt zich de vraag of de wettelijke samenwoning wel recht op verblijf moet geven. Deze rechtsfiguur was aanvankelijk enkel bedoeld om een oplossing te bieden voor homoseksuelen die op dat ogenblik nog geen recht hadden om te huwen.

Dit probleem is inmiddels achterhaald.

- De wettelijke samenwoning als vorm van een stabiele en duurzame relatie heeft te weinig inhoud, zeker in vergelijking met het huwelijk. De verklaring van wettelijke samenwoning opent reeds het recht op verblijf wanneer de partners effectief

samenwonen en beantwoorden aan de criteria van de Vreemdelingenwet (1 jaar samenwonen, 2 jaar relatie met voldoende contacten of gemeenschappelijk kind). Verder worden geen eisen gesteld aan de aard van de relatie of de intenties van de partners. Criteria die wijzen op een schijnhuwelijk (zoals een groot leeftijdsverschil, een gebrek aan een gemeenschappelijke taal, prostitutie, gebrek aan afdoende kennis van mekaars personalia of achtergrond) zijn hier niet van tel. Er wordt zelfs nergens expliciet verwoord dat de samenwonenden een affectieve en seksuele relatie moeten hebben (zoals b.v. bij de verzwarende omstandigheid die geldt voor slagen en verwondingen door de 'partner' in artikel 410 Sw.). Dit maakt het moeilijk om de waarachtigheid van de samenwoning te onderzoeken en tegelijk gemakkelijk om via deze weg verblijf te verwerven.

- Er is geen enkel wettelijk kader om enige voorafgaande controle uit te oefenen wanneer een vreemdeling voornemens is een verklaring van wettelijke samenwoning af te leggen. De ambtenaar van de burgerlijke stand heeft geen bevoegdheid om een eventuele frauduleuze samenwoning preventief te onderzoeken. Ook het parket kan in theorie niet worden ingeschakeld om een politieonderzoek te doen plaatsvinden.
- Het verblijfsrecht gekoppeld aan de wettelijke samenwoning dient ofwel afgeschaft te worden hetzij minder definitief te zijn dan het verblijfsrecht op basis van een huwelijk, b.v. door te werken met tijdelijke, jaarlijks verlengbare verblijfstitels. Een wettelijke samenwoning kan immers te allen tijde en eenzijdig opgezegd worden. Het is onlogisch om aan een aldus gemakkelijk te beëindigen relatie toch een duurzaam verblijfsrecht te verbinden.
- Ondanks de mogelijkheden om achteraf het verblijfsrecht in te trekken, dient waar mogelijk toch ook aan het voorkomen van valse samenlevingsvormen gewerkt te kunnen worden.

2) Afwezigheid van regeling voor draagmoeders (opgenomen sinds wetsevaluatie 2009-2010)

▪ *Moeilijkheden*

Ontbreken van een wettelijke reglementering omtrent afstamming voortvloeiende uit draagmoederschap.

Het draagmoederschapstoerisme door homoseksuele echtparen naar Oekraïne en Californië neemt toe omdat de wetgeving aldaar bezoldigd draagmoederschap toelaat.

Naar verluidt zou ook de universiteit Gent in 2012 starten met een project omtrent niet-bezoldigd draagmoederschap.

Telkenmale moet uitgezocht worden hoe de in het buitenland reeds gecreëerde feitelijke toestand op een humane en tegelijkertijd legale wijze kan opgelost worden met het risico dat de éne rechtbank de situatie bekrachtigt en een andere rechtbank een gelijkaardige situatie niet aanvaardt.

▪ *Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie*

Wetgeving dringt zich op om rechtszekerheid en eenheid van aanpak te bereiken. Er zijn reeds diverse wetsvoorstellen ingediend die ertoe strekken een regeling voor draagmoederschap in België uit te werken of commercieel draagmoederschap in België strafbaar te stellen. Het is echter wenselijk dat er ook een bepaling komt die het IPR-aspect regelt en bepaalt in welke mate in het buitenland voltrokken draagmoederschappen in België kunnen worden gehonoreerd. In de praktijk rijzen thans

immers talrijke problemen bij de al dan niet erkenning van in het buitenland opgemaakte geboorteakten die uit draagmoederschap voortvloeien.

Ook is het aangewezen hiertoe een duidelijke territoriale bevoegdheidsclausule te voorzien en/of één gespecialiseerde rechtbank aan te wijzen om forumshopping te vermijden.

3) Ontstentenis van adequate wetgeving ter afhandeling van de identiteitsproblematiek/identiteitswissel bij migratie - Artikel 99-100 BW en artikel 1383 e.v. Ger.W. - Artikel 196 Sw (opgenomen sinds wetsevaluatie 2010-2011)

▪ Moeilijkheden

De migratiestromen en de achtereenvolgende regularisatiecampagnes hebben een omvangrijke identificatieproblematiek m.b.t. nieuwe burgers teweeg gebracht.

De echte identiteit wordt bij de asielaanvraag verzwegen om diverse redenen:

- Angst om gerepatriëerd te worden
- Frauduleuze intenties
- Gebruik van documenten van anderen
- Translitteratieproblemen doen zich enorm vaak voor ...(zo is in het arrondissement Antwerpen het aantal dossiers van verbeteringen van akten van burgerlijke stand toegenomen van 100 naar 500 op jaarbasis)

Niet enkel de naam, nationaliteit en/of geboortedatum worden foutief opgegeven ook het al dan niet gehuwd zijn.

Het hoeft geen betoog dat het gebruiken van aliassen heel wat gevaren inhoudt. Een nep-identiteit kan grote maatschappelijke gevolgen hebben indien de betrokkenen het slecht zouden menen (internationaal terrorisme, ontvluchten van problemen in het thuisland door met een nieuwe identiteit verder te leven en schoon schip te maken met de vroegere identiteit, het zich toekennen van een andere nationaliteit om zo als vluchteling of staatloze erkend te kunnen worden, het onmogelijk maken om reeds bestaande internationale seiningen op de echte naam nog te controleren, bigamie,...).

Deze identiteitsproblematiek veroorzaakt veel werk voor de parketten:

De valse of foutieve identiteiten op de verblijfsvergunningen geven op hun beurt aanleiding tot foutieve aktes van burgerlijke stand die dan weer middels een rechtbankprocedure moeten worden verbeterd (art. 1383 BW e.v.). Pas als die akte verbeterd is, wordt de inschrijving in het rijksregister ook aangepast en van daaruit ook de RSZ, de schoolinschrijving, de fiscale gegevens en talloze andere administratieve documenten.

Deze aktes van burgerlijke stand en inschrijvingen in het Rijksregister zijn erg belangrijk voor de openbare orde omdat zij de basis van identificatie van personen zijn.

Zij vormen de basis waarop strafrechtelijke antecedenten worden geregistreerd en personen worden opgespoord en vervolgd.

Zij vormen ook de basis voor het eventueel toekennen van een aantal sociale voordelen (bv. Leeftijd voor de pensioenuitkering)

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

Een strenge strafrechterlijke aanpak van dit fenomeen is wenselijk, maar op zich niet voldoende. De ware identiteit komt soms pas na jaren aan het licht en het kwaad is dan al geschied.

Er dient reeds vanaf de eerste verblijfsaanvraag van de vreemdeling of vanaf de eerste vating van een illegale vreemdeling aandacht te worden besteed aan de zo correct mogelijke identificatie. Thans worden vreemdelingen geregistreerd op basis van loutere verklaringen. Voor de Dienst Vreemdelingenzaken dienen ze enkel een identiteitsdocument voor te leggen. De overige elementen van de burgerlijke staat worden op basis van loutere verklaringen geregistreerd. Zo gebeurt het dat vreemdelingen pas na jaren verblijf in België voor het eerst hun buitenlandse geboorteakte of huwelijksakte moeten voorleggen (bv. in een procedure om de Belgische nationaliteit te verkrijgen) en dan pas blijkt dat de in België geregistreeerde gegevens onjuist of onnauwkeurig waren en moeten de nodige aanpassingen in allerlei akten gebeuren. Het is wenselijk dat vreemdelingen vanaf de eerste registratie niet louter een identiteitsbewijs zouden moeten voorleggen, maar ook meteen alle op hen betrekking hebbende relevante akten. Zulks veronderstelt nieuwe wetgeving voor ten behoeve van de Dienst Vreemdelingenzaken en de burgerlijke stand.

4) Prenatale erkenning art. 328 BW en erkenning mits toestemming van de ouder wiens afstamming vaststaat (art. 329bis BW) (opgenomen sinds wetsevaluatie 2010-2011)

▪ **Moeilijkheden**

Thans worden wij meer en meer geconfronteerd met erkenningen door niet biologische en illegaal in het land verblijvende vaders.

Zo maken Nigeriaanse illegale mannen vaak gebruik van de mogelijkheid tot erkenning op voorhand. Artikel 328 BW bepaalt dat de erkenning nog voor de geboorte kan geschieden ten gunste van een verwekt kind. De enige voorwaarde is dat de moeder toestemt in de erkenning (art. 329bis, § 2, eerste lid, BW). Omdat de erkenning van een Belgisch kind of van een kind van een verblijfsgerechtigde moeder voor de beweerde vader een manier is om zelf verblijf te verwerven en gelet op het feit dat op voorhand geen onderzoek kan gebeuren naar de werkelijke afstammingsband, doen deze erkenningen op voorhand twijfels rijzen omtrent hun waarachtigheid als de vader zich in een precaire of illegale verblijfstoestand bevindt.

Ook het omgekeerde gebeurt. Een Belgische man of een man die beschikt over een vast verblijf in het Rijk erkent een kind van een illegaal in het land verblijvende vrouw. Dit komt bijvoorbeeld voor bij moeders die in een asielcentrum verblijven in afwachting van repatriëring. Wanneer de vrouw haar papieren heeft, blijkt soms dat de erkener niet meer naar zijn kind omziet en niet bijdraagt in het onderhoud van het kind. De moeder heeft op die manier wel vast verblijf bekomen.

Het openbaar ministerie kan achteraf op basis van de openbare orde deze erkenningen aanvechten bij de rechtbank. Onnodig te signaleren dat dit zéér moeilijk te detecteren is. Dergelijke vriendendiensten gebeuren in een soort tribaal verband en veronderstellen een erg alerte ambtenaar van burgerlijke stand.

Vermits de schijnerkenning niet kan geweigerd worden door de ambtenaar en het OM pas post factum kan optreden – nl. als de akte al is opgesteld en het verblijf reeds verworven is – vormt artikel 329 bis BW een nieuwe migratiepoort.

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

Art. 329 § 2 lid 1 BW vormt thans een nieuwe toegangspoort voor illegalen om vast verblijf in het Rijk te bekomen.

Een oplossing zou erin kunnen bestaan om, naar analogie met de wetgeving inzake schijnhuwelijken, een wetgeving inzake schijnerkenningen uit te werken die het openbaar ministerie toelaat zowel burgerlijk als strafrechtelijk op te treden.

Op burgerlijk vlak dient een definitie van de schijnerkenning uitgewerkt te worden en een expliciet vorderingsrecht te worden voorzien voor het openbaar ministerie. Een schijnerkenning kan worden omschreven als een erkenning die niet beantwoordt aan de biologische werkelijkheid en die kennelijk niet tot doel heeft een socio-affectieve band te creëren tussen de erkenner en het kind, maar er enkel toe dient een verblijfsrechtelijk voordeel te verschaffen aan de erkenner of de moeder van het kind. Het openbaar ministerie dient de mogelijkheid te krijgen tot nietigverklaring van een dergelijke schijnerkenning. Eventueel kan aan de ambtenaar van de burgerlijke stand een mogelijkheid worden toegekend om een erkenning waarvan vermoed wordt dat het een schijnerkenning is, te weigeren, al dan niet na advies van het openbaar ministerie.

Tevens kan een strafrechtelijke bepaling worden ingevoerd die, zoals inzake schijnhuwelijken, geënt is op de burgerlijke definitie en voorziet in afdoende strenge straffen. Zulks is bv. reeds in Frankrijk het geval. Het is in dit verband ook nuttig om in het Wetboek van Strafvordering een wettelijke regeling uit te werken inzake DNA-onderzoek die – bovenop de huidige bepalingen inzake vergelijkend DNA-onderzoek tussen sporen en verdachten – toelaat DNA-onderzoek te doen met het oog op het bepalen van de afstammingsband. Momenteel dient voor DNA-afname van een minderjarige in een strafrechtelijke context steeds een beroep te worden gedaan op een onderzoeksrechter. Het zou een hele vereenvoudiging zijn indien bij schijnerkenning de DNA-afname van het kind kan gebeuren zonder tussenkomst van de onderzoeksrechter.

5) Problematiek van de schijnhuwelijken (opgenomen sinds wetsevaluatie 2010-2011)

▪ **Wetsbepalingen**

Art. 167 BW (voorgenomen schijnhuwelijken en weigering tot voltrekking)

Art. 146bis BW (nietigverklaring van schijnhuwelijk)

Art. 79bis Vreemdelingenwet en art. 391sexies Sw. (strafrechterlijke aanpak van schijnhuwelijken)

Art. 1475 BW e.v. zoals gekoppeld aan de vreemdelingenwet art 10- 40bis en *ter* (nieuwe wet op gezinshereniging)

▪ **Moeilijkheden en voorstel van oplossing**

a) Het probleem is onvoldoende gekend en derhalve miskend

Knelpunt

Er bestaan geen exacte cijfergegevens over de aard, de omvang en de repercussies van deze pseudo-legale migratiemethode. Noch de economische, noch de culturele (back to the roots versus integratie) noch de morele gevolgen (cfr. rubriek slachtoffers van schijnhuwelijken) ervan zijn ooit onderzocht geweest.

Voorstel van oplossing

Om het probleem te onderkennen en de opsporing en aanpak ervan te optimaliseren is het nodig dat dit fenomeen in kaart gebracht wordt door een wetenschappelijke studie. In een volgend stadium kunnen meetindicatoren of nuttige parameters uitgewerkt worden die toelaten de problematiek beter af te bakenen, prioriteiten vast te leggen, resultaten op te volgen zodat de efficiëntiegraad van een aanpak kan gemeten worden.

b) Geen of onvoldoende opvolging na nietigverklaring

Knelpunt

Doordat de gevolgen van nietigverklaring niet worden uitgevoerd wordt de nietigverklaring niet als een sanctie ervaren.

Door de nietigverklaring van een huwelijk, wordt het huwelijk geacht nooit te hebben plaatsgevonden en worden alle gevolgen die voortvloeien uit het huwelijk teniet gedaan.

- Na nietigverklaring, verliest de vreemdeling die zijn verblijf enkel te danken heeft aan het huwelijk, dit verblijfsrecht. Niettemin slagen deze vreemdelingen er na de nietigverklaring van hun huwelijk in om illegaal in België te blijven en toch nog gedoogd en later geregulariseerd te worden of desgevallend een nieuw schijnhuwelijk af te sluiten.
- Opsporing van illegalen is daarenboven tijdrovend voor de politiediensten, zodat uitwijzing de grote uitzondering is.
- De partner die ondertussen de Belgische nationaliteit heeft verkregen zal deze niet automatisch verliezen door de nietigverklaring.
- Evenmin wordt het verblijfsrecht van de personen die op basis van gezinshereniging geïmmigreerd zijn ontnomen.

Voorstel van oplossing

Consequent de gevolgen van nietigverklaring uitvoeren is een noodzaak indien men ontradend te werk wil gaan.

- Het vonnis dient te worden overgeschreven. Eventueel moet het openbaar ministerie zelf tot betekening van een vonnis tot nietigverklaring kunnen overgaan, indien de partijen zelf stilzitten, zodat de nietigverklaring definitief wordt en kan overgeschreven worden in de registers.
- De Dienst Vreemdelingenzaken moet op de hoogte worden gebracht (zoals in een aantal thans hangende wetsvoorstellen wordt voorgesteld) en onmiddellijk het nodige doen om de verblijfsvergunning in te trekken en een bevel om het grondgebied te verlaten af te leveren en desnoods gedwongen uit te voeren.

Indien de consequenties inzake nietigverklaring stipt worden uitgevoerd, is actie op strafrechtelijk vlak overbodig en kan deze beperkt worden tot de gevallen waarin er sprake is van herhaling, geweld, dwang, organisatie of tegen betaling (uitbuiting).

c) Behoud Belgische nationaliteit ondanks nietigverklaring

Knelpunt

Op basis van art. 23 WBN kunnen personen van hun nationaliteit vervallen verklaard worden indien zij deze nationaliteit hebben verkregen op grond van feiten die zij op een verdraaide manier hebben voorgesteld of die ze hebben achtergehouden of op grond van valse verklaringen of valse of vervalste documenten die van doorslaggevend belang zijn geweest bij de beslissing tot toekenning van de nationaliteit of indien ze ernstig tekortkomen aan hun verplichtingen als Belgisch burger.

Het probleem is dat het, behalve in geval de nationaliteit verworven is op basis van art. 16 WBN, doorgaans moeilijk te bewijzen is dat het huwelijk van doorslaggevend

belang is geweest om de Belgische nationaliteit te verkrijgen. Het huwelijk heeft meestal wel tot verblijfsrecht geleid en het verblijfsrecht zelf leidt na verloop van tijd tot de Belgische nationaliteit.

Bovendien dient in een eenvoudigere procedure te worden voorzien dan die van art. 23 WBN. Thans dient het parket-generaal een afzonderlijke procedure te beginnen voor het hof van beroep en is er een zware bewijslast.

Voorstel van oplossing

Het lijkt nuttig om bij de gronden tot vervallenverklaring van de nationaliteit vermeld in art. 23 WBN expliciet het geval toe te voegen dat het verblijfsrecht en de Belgische nationaliteit zijn verkregen door een nietigverklaard schijnhuwelijk of bigaam huwelijk.

Tegelijk moet worden nagegaan of het ontnemen van de Belgische nationaliteit van een vreemdeling die deze heeft verkregen op basis van zijn schijnhuwelijk met een Belgische onderdaan, niet kan worden versoepeld.

Voorgesteld wordt om over de ontneming van de Belgische nationaliteit ook te laten oordelen door de rechter die de nietigverklaring van het schijnhuwelijk heeft uitgesproken, zodat een procedure wordt uitgespaard en sneller op de bal wordt gespeeld.

Alleszins is er geen enkele verantwoording voor het feit dat de procedure tot vervallenverklaring thans onmiddellijk voor het hof van beroep moet worden gevoerd. Voorstel is dan ook dat de procedure tot vervallenverklaring voor de rechtbank van eerste aanleg wordt ingesteld, die immers in het algemeen bevoegd is inzake de nationaliteit.

d) Soepele Echtscheidingswetgeving of schijnscheidingen

Knelpunt

De nieuwe echtscheidingsprocedure heeft tot gevolg dat zeer vlug wordt overgegaan tot een huwelijk, met de wetenschap dat men zeer snel en soepel uit de echt kan scheiden. Dit kan een stimulans zijn om een schijnhuwelijk aan te gaan (hieruit resulteert ook het fenomeen van de carrouselhuwelijken).

Bovendien zorgt dit er ook voor dat men steeds de eenvoudigere, snellere en dus goedkopere procedure van ontbinding door echtscheiding verkiest boven de nietigverklaring van het huwelijk.

Een huwelijk gevolgd door echtscheiding kan alzo een zeer goedkope manier om iemand (en diens ascendenten) uit het thuisland te laten overkomen. Getuige hiervan zijn de talrijke carrouselhuwelijken (zodra men een vestigingsrecht heeft of de Belgische nationaliteit huwt men na echtscheiding terug met de eerste partner in het thuisland).

Voorstel van oplossing

Indien tijdens de echtscheidingsprocedure blijkt dat het om een schijnhuwelijk gaat, zou ambtshalve of op verzoek van de meest gereede partij en op advies van het openbaar ministerie de echtscheiding omgezet kunnen worden in een nietigverklaring zonder al te veel formaliteiten.

e) Slachtofferschap inzake schijnhuwelijken

Knelpunt

Nog al te vaak dient te worden vastgesteld dat slachtoffers (partners ter goeder trouw, kwetsbare personen, ontheemden, vrouwen die vanwege scheiding verstoten worden uit hun familie etc...) van schijnhuwelijken er niet voor durven uit te komen. Dit heeft uiteraard zijn gevolgen aangaande de bewijsvoering in dergelijke dossiers.

Erg onrustwekkend is de toename van het aantal kinderen dat verwekt wordt teneinde de oprechtheid van de huwelijksbeleving of -intentie kracht bij te zetten.

Voorstel van oplossing

Het is dan ook zeer belangrijk dat een meldpunt wordt opgericht waar slachtoffers van schijnhuwelijken terecht kunnen met hun vragen en het formuleren van hun klacht en dat hen het gevoel wordt gegeven niet de enige te zijn in dergelijke situatie. Discretie is hierbij zeer belangrijk.

Bovendien lijkt het noodzakelijk dat mensen gesensibiliseerd worden voor deze problematiek (bv. vlak voor vakantieperiodes).

Een belangrijke partner is hierbij de allochtone gemeenschap. Deze dient nauw betrokken te worden bij de oprichting van een meldpunt voor gearrangeerde huwelijken.

f) Uiteenlopende aanpak door de onderscheiden gemeenten en het ontbreken van een Nationale Gegevensbank

Knelpunt: Lokale aanpak is niet voldoende

1. Niet alle gemeenten beschikken over de nodige expertise of werken met een onderzoeksceel inzake schijnhuwelijken (voorlopig beperkt tot Antwerpen en Gent). "Huwelijksshopping" wordt hierdoor in de hand gewerkt en kandidaat-trouwers kiezen vaak een gemeente uit die niet beschikt over dergelijke cel.en waar het huwelijk dus ook zeer snel kan worden voltrokken.
In kleinere gemeenten heerst ook angst voor represailles.
2. Doordat er geen enkele verplichte inschrijving is of registratie stapt een koppel – nadat een gemeentedienst weigerde het huwelijk te erkennen of te voltrekken – vlug naar een andere gemeente om aldaar het geluk te beproeven.

Het hangt in de praktijk dan ook van de alertheid van de ambtenaren van de burgerlijke stand af of ze opmerken dat de kandidaat-echtgenoten kort voor de huwelijksaangifte zijn verhuisd en of ze contact opnemen met de ambtenaar van die andere gemeente om na te vragen of de betrokkenen al een huwelijks poging in hun vorige woonplaats hebben ondernomen. Het is eveneens mogelijk dat de illegale vreemdeling kort voor de huwelijksaangifte zich al in een andere gemeente had aangeboden om te huwen met iemand anders. Ook dat is een indicatie die kan wijzen op een schijnhuwelijk. Maar als het huwelijk niet werd voltrokken, is het vandaag niet terug te vinden in het rijksregister.

M.a.w. is het vandaag niet ondenkbaar dat er in gemeente X een grondig onderzoek naar het voorgenomen schijnhuwelijk is gebeurd, waarbij het parket om advies werd gevraagd en de politie een onderzoek heeft gevoerd dat heeft geleid tot de weigering van de huwelijksvoltrekking en waarover misschien zelfs werd geprocedeerd voor de rechtbank, maar dat betrokkenen vervolgens probleemloos in gemeente Y huwen, zonder dat de ambtenaar van gemeente Y ook maar een vermoeden van een

schijnhuwelijk heeft. Aldus zijn alle inspanningen in gemeente X (en parket X) om het huwelijk tegen te houden voor niets geweest.

Voorstel van oplossing

Door het oprichten van een **nationale gegevensbank** zou dit probleem ingeperkt kunnen worden. Hierin zouden alle gegevens omtrent procedures gerelateerd aan de staat van de persoon en voorgenomen huwelijken, pogingen schijnhuwelijken en nietig verklaarde huwelijken, kunnen opgenomen worden. Op die manier kunnen ook statistische gegevens worden bijgehouden en bepaalde (nieuwe) fenomenen worden opgespoord.

Het verdient de voorkeur om hiertoe een aantal rubrieken in het **Rijksregister** toe te voegen. Dit is immers dé nationale gegevensbank bij uitstek waarmee alle betrokken diensten reeds vertrouwd zijn. Ook m.b.t. buitenlandse huwelijken dienen de nodige gegevens geregistreerd te worden (zie hierna onder g).

g) Registratie van buitenlandse akten en vonnissen

Artikel 31 §3 WIPR voorziet in de mogelijkheid om een register aan te leggen van beslissingen welke wel erkend werden en welke niet erkend zijn.

1. Wat verstaat men dan onder erkenning?

Immers, het is duidelijk dat bepaalde overheden (zoals de DVZ m.b.t. huwelijksakten) incidenteel een beoordeling moeten maken aangaande een buitenlandse akte. Houdt een erkenning van dergelijke overheid een absolute erkenning in? Immers de ambtenaar van de burgerlijke stand is uitsluitend bevoegd om akten van de burgerlijke stand op te maken en de registers te houden. Wil dit zeggen dat een erkenning van de ambtenaar van de burgerlijke stand bindend is voor alle andere overheden? Het is meer dan denkbaar dat een ambtenaar, gelet op de hoeveelheid, niet alle akten tot in detail kan onderzoeken. Thans bepaalt het Wetboek IPR dan ook terecht dat elke overheid die met een buitenlandse akte wordt geconfronteerd deze in beginsel *de plano* dient te erkennen, maar ook het recht heeft de erkenning te weigeren.

Rechtszekerheid is zeer belangrijk. Wat zijn de gevolgen van een erkenning /niet-erkenning. Wanneer is deze definitief? Er is geen enkele wettelijke termijn waarbinnen iemand een buitenlandse akte van de burgerlijke stand bij de Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand moet aanbieden ter registratie. Er is evenmin een wettelijke termijn om beroep aan te tekenen bij de rechtbank tegen een beslissing tot weigering van de erkenning van een buitenlandse akte van de burgerlijke stand. Aldus kan het jaren duren vooraleer de Belgische overheid kennis krijgt van een buitenlands huwelijk.

Men kan minstens zeggen dat een erkenning definitief is wanneer een gerechtelijke overheid is tussengekomen met een vonnis/arrest dat kracht van gewijsde heeft. Indien in de databank echter enkel deze rechterlijke eindbeslissingen worden opgenomen, dan is deze geen nuttig instrument (te weinig gegevens, voorkomt de aangehaalde problemen niet zoals de hinkende rechtsverhoudingen).

2. Welke beslissingen moeten geregistreerd worden?

- Inzake de akten worden beslissingen genomen zoals een voorlopige niet-erkenning, gelet op een lopend onderzoek. Deze beslissing van voorlopige niet-erkenning/verder onderzoek bestaat op niveau van de ambtenaar van de burgerlijke stand en bij de ambassades/de Dienst Vreemdelingenzaken. Deze beslissingen zouden geregistreerd moeten worden om te vermijden dat men uitwijkt naar een andere gemeente, of dat één instantie bezig is met een onderzoek terwijl een andere instantie het huwelijk reeds aanvaard. Vervolgens moet de definitieve beslissing en eventuele hangende beroepen, vonnissen en arresten geregistreerd worden.

- Registratie buitenlandse huwelijken: buitenlandse huwelijksakten moeten worden aangeboden zowel aan een ambtenaar van de burgerlijke stand (aangifte wijziging burgerlijke staat) als bij diensten zoals de Dienst Vreemdelingenzaken (voor de aanvraag van een visum gezinshereniging, bij een aanvraag vestiging). Volgens art. 27 WIPR en 31 WIPR kan elke overheid die met een vreemde akte wordt geconfronteerd, deze onderzoeken naar rechtsgeldigheid, verenigbaarheid met onze openbare orde en het al dan niet plegen van wetsontduiking.

Voorstel van oplossing

- Verplichte melding van wijzigingen in de staat binnen de twee maanden voor alle personen die hun hoofdverblijf hebben in België. Veranderingen/wijzigingen m.b.t. de staat van personen moeten worden aangegeven binnen de maand. De staat van een persoon, waaronder de toestand op het vlak van het huwelijk behoort, belangt de openbare orde aan. Wijzigingen in de staat moeten derhalve verplicht aangegeven worden binnen een bepaalde termijn.
 - De databank dient door alle belangrijke partners geraadpleegd te kunnen worden, zoals de Dienst Vreemdelingenzaken, de parketten, de ambtenaren van de burgerlijke stand en tenslotte ook door de diplomatieke en consulaire posten, wanneer zij in de toekomst zullen kunnen weigeren een attest geen huwelijksbeletsel af te leveren, wanneer er sterke vermoedens van een schijnhuwelijk zijn. In plaats van een aparte databank op te richten, kan dan ook het best binnen het Rijksregister gewerkt worden.
 - Een éénvormige werkwijze en met de nodige discretie, om de gegevensbank te voeden, is uiteraard noodzakelijk.
 - De gegevensbank dient voldoende zoekacties te bevatten, bijvoorbeeld niet enkel op naam, opdat een kleine schrijffout kan leiden tot het melden van een onbestaand dossier, met alle gevolgen van dien.
 - Een verdere uitbreiding van dergelijke databank op internationaal vlak is naar de toekomst toe geen overbodigheid (bv. i.v.m. de België-route).
1. Invoering van een centrale autoriteit/overheid/instantie naar analogie van de Federale autoriteit m.b.t. buitenlandse adopties.

Thans wordt het systeem van de Belgische burgerlijke stand ondermijnd door de rechtsonzekerheid die nu tot stand is gekomen.

h) Herhaalde aanvragen

Knelpunt

De ambtenaar kan het verdachte huwelijk met twee maanden uitstellen, alvorens een beslissing te nemen over de al dan niet weigering van de huwelijksvoltrekking om het parket en de politie de tijd te geven een onderzoek te doen. Deze twee maanden vormen in zekere zin een wachtperiode voor de kandidaat-echtgenoten. Na de weigering huwelijksvoltrekking door de ambtenaar van de burgerlijke stand heeft een koppel vandaag twee mogelijkheden. Ofwel wordt beroep aangetekend tegen de weigeringsbeslissing bij de rechtbank van eerste aanleg, zetelend zoals in kort geding. Ofwel proberen ze het gewoon opnieuw bij dezelfde ambtenaar. Zo de kandidaat-echtgenoten geen nieuwe omstandigheden aanvoeren, die de motivering van de weigeringsbeslissing weerleggen, riskeren zij uiteraard opnieuw een weigering van de huwelijksvoltrekking door de ambtenaar. Niettemin veroorzaken deze tergende pogingen telkens opnieuw werklast voor de ambtenaar en desgevallend ook voor het parket dat om

advies wordt gevraagd en voor de politiediensten die telkens een nieuw onderzoek moeten doen om te achterhalen of de ingeroepen motieven voor weigering nog actueel zijn.

Voorstel van oplossing

Wachttijd tussen opeenvolgende huwelijks pogingen: voorgesteld wordt om na een eerdere weigering van de huwelijksvoltrekking een wachttijd op te leggen aan de kandidaat-echtgenoten alvorens zij een nieuwe aanvraag kunnen indienen voor de ambtenaar, ongeacht of ze hun nieuwe aanvraag in dezelfde gemeente doen. Een wachttijd van één jaar zou tot gevolg hebben dat er bij een nieuwe aanvraag alleszins zal rekening gehouden kunnen worden met het nieuwe gegeven dat de kandidaat-trouwers, ondanks het hebben moeten wachten, nog steeds met elkaar willen huwen, zodat het zinvol is een nieuwe aanvraag opnieuw in overweging te nemen. Illegalen die op het punt staan te worden gerepatriëerd, kunnen zich meestal geen wachttijd permitteren en zullen dus noodzakelijkerwijze moeten afzien van het sluiten van een schijnhuwelijk in België. Ook kan eventueel, wil men een nieuwe aanvraag indienen, de voorwaarde opgelegd worden effectief nieuwe argumenten aan te voeren, zoals bijvoorbeeld het samen een woning aangekocht te hebben, zodat hieruit kan worden afgeleid dat de partners wel degelijk met elkaar verder wensen te gaan.

i) Strafbaarstelling van schijnhuwelijken

Knelpunten

Door de Wet van 12 januari 2006 werd een artikel *79bis* in de Vreemdelingenwet ingevoegd dat het afsluiten van een schijnhuwelijk strafbaar stelt. Bepaalde verzwarende omstandigheden leiden tot strafverzwaring (met name het ontvangen van geld voor het afsluiten van een schijnhuwelijk en het gebruik van geweld of bedreigingen om iemand te dwingen een schijnhuwelijk af te sluiten). Ook de poging tot het afsluiten van een schijnhuwelijk is thans strafbaar.

1. Strafmaat

De straffen bepaald in art. *79bis* Vreemdelingenwet zijn bijzonder laag, bijna louter symbolisch. Het basismisdrijf wordt bestraft met een gevangenisstraf van 8 dagen tot 3 maanden of met een geldboete van 26 tot 100 euro. De poging wordt slechts bestraft met een geldboete van 26 tot 50 euro. Het afschrikkend effect dat van de strafbepaling moet uitgaan, is dan ook nihil. Zelfs bij gebruik van geweld of bedreigingen riskeert de beklaagde slechts een gevangenisstraf van maximum 2 jaar of een geldboete van hoogstens 500 euro.

Deze strafmaat staat in schril contrast met de straf bij bigamie, die opsluiting van 5 tot 10 jaar bedraagt. Bigamie werd door de wetgever immers opgevat als een combinatie van enerzijds valsheid in geschriften en anderzijds overspel (dat toen nog strafbaar was). Vóór de invoering van artikel *79bis* in de Vreemdelingenwet werd het sluiten van een schijnhuwelijk overigens ook gekwalificeerd als valsheid in geschriften³⁷. De echtgenoten begaan immers een intellectuele valsheid door te verklaren een duurzame levensgemeenschap te willen stichten, terwijl ze geenszins die intentie hebben en louter huwen omwille van het verblijfsrechtelijk voordeel dat is verbonden aan de staat van gehuwde. Valsheid in geschriften wordt bestraft met opsluiting van 5 tot 10 jaar en met een verplichte geldboete van 26 tot 2000 euro. Zelfs na correctionalisering riskeert de dader van valsheid in geschriften nog een gevangenisstraf van 1 maand tot 5 jaar en een verplichte geldboete van 26 tot 2000 euro.

³⁷ Zie bv. Corr. Hasselt 14 juni 1985, *R.W.* 1987-88, 541 met noot van A. VANDEPLAS. Ook het Hof van Cassatie bevestigde een veroordeling van een schijnhuwelijk op basis van valsheid in geschriften, zie Cass. 8 november 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 281.

2. Dubbele procedures

De hoofdbekommernis is steeds de nietigverklaring van het schijnhuwelijk te horen uitspreken door de burgerlijke rechter, aangezien dan alle gevolgen van huwelijk met terugwerkende kracht ongedaan kunnen worden gemaakt. De illegale vreemdeling die op basis van een schijnhuwelijk verblijfsrecht heeft verworven, verliest dan zijn verblijfsrecht en er kan hem een bevel om het grondgebied te verlaten worden betekend. De vordering tot nietigverklaring moet worden ingeleid bij de burgerlijke rechtbank die immers exclusief bevoegd is voor alles wat de staat van de persoon betreft.

Daarnaast voorziet de wet thans in de mogelijkheid om de dader van een schijnhuwelijk ook strafrechtelijk te vervolgen. Het betreft hier dan uiteraard een procedure voor de strafrechter (correctionele rechtbank).

Om zowel de nietigverklaring van het schijnhuwelijk als de strafrechtelijke veroordeling van de betrokkenen te bereiken, moeten dus beide procedures worden gevolgd, met alle gevolgen van dien. Er is niet alleen de dubbele werklast, maar er rijzen ook talrijke juridische problemen. Welke procedure heeft voorrang? Welke procedure dient eerst te worden opgestart? Heeft de beslissing van de burgerlijke rechter gezag van gewijsde voor de strafrechter of omgekeerd? Is het adagium *le criminel tient le civil en état*³⁸ van toepassing? Volgens de parlementaire voorbereiding en de meeste rechtsleer alvast wel. Gelet op de lichte straffen gaat de prioriteit van het parket thans uit naar de burgerlijke procedure tot nietigverklaring. Een strafprocedure kan achteraf nog worden gevoerd in die flagrante gevallen waar dat opportuun is. Maar de echtgenoot die het slachtoffer is geworden van een schijnhuwelijk kan zelf ook procederen, hetzij strafrechtelijk door rechtstreekse dagvaarding voor de correctionele rechtbank of door klacht met burgerlijke partijstelling bij de onderzoeksrechter, hetzij burgerrechtelijk door een vordering tot nietigverklaring. Het beleid van het parket kan dus worden doorkruist door de initiatieven van de betrokkenen zelf.

Vermeldenswaard is de mogelijkheid dat twee verschillende parketten bevoegd zijn omwille van de verschillende bevoegdheidscriteria die gelden voor de strafrechterlijke en de burgerrechterlijke afhandeling (art. 23 SV versus 638 Ger. Wb.).

Voorstel van oplossing – wetswijziging

De bevoegdheidscriteria voor de burgerlijke en de strafrechter dienen bij schijnhuwelijk op elkaar afgestemd te worden, zodat hetzelfde parket bevoegd is voor zowel de strafrechtelijke vervolging als de vordering in nietigverklaring. Er dient in voldoende aanknopingspunten voorzien te worden, met name:

- huidige woonplaats van elk der echtgenoten of plaats van aantreffen;
- plaats van de huwelijksvoltrekking of, bij buitenlandse huwelijken, plaats van de eerste registratie of aanbieding in België;
- laatste echtelijke verblijfplaats (zoals bij echtscheiding);

3. Buitenlandse schijnhuwelijken

Art. 79 bis Vreemdelingenwet bestraft het afsluiten van een schijnhuwelijk. Op grond van artikel 4 Sw wordt een misdrijf dat buiten het grondgebied van het Rijk wordt gepleegd, in België niet gestraft behalve in de gevallen bij de wet bepaald³⁹. Buitenlandse schijnhuwelijken kunnen in beginsel dus niet in België worden vervolgd. Nochtans leveren de buitenlandse schijnhuwelijken de meeste problemen op. Vandaag wordt ofwel terug een beroep gedaan op de kwalificatie van de valsheid in geschriften en het gebruik

³⁸ Volgens dit adagium dat voortvloeit uit art. 4 V.T.Sv. is de burgerlijke procedure die uit een misdrijf voortvloeit geschorst, totdat de strafrechter zich heeft uitgesproken. Hieruit vloeit tevens voort dat de burgerlijke rechter gebonden is door wat de strafrechter zeker en hoofdzakelijk heeft beslist.

³⁹ Deze gevallen zijn beschreven in art. 6 t.e.m. 14 V.T.Sv., doch bieden geen soelaas bij schijnhuwelijken, o.a. omwille van het vereiste van de dubbele incriminatie.

van de valse buitenlandse huwelijksakte in België om het misdrijf in België te situeren, ofwel op de ubiquiteitsleer⁴⁰. Bij de eerste oplossing heeft art. 79bis Vreemdelingenwet duidelijk zijn doel gemist, aangezien er wordt teruggегреpen naar de aloude kwalificaties. De tweede oplossing is - voor zover wij weten - nog niet door de rechtspraak bevestigd.

4. Verjaring van het misdrijf

Het misdrijf van art. 79bis Vreemdelingenwet is thans omschreven als een ogenblikkelijk of aflopend misdrijf. Het misdrijf is voltrokken zodra het huwelijk is afgesloten. Dit betekent dat de verjaring van de strafvordering ook vanaf dat ogenblik begint te lopen. Soms komt echter pas jaren later aan het licht dat het huwelijk een schijnhuwelijk was (bv. wanneer de vreemdeling plots de echtscheiding aanvraagt, zodra hij alle voordelen uit het huwelijk heeft verworven met inbegrip van de Belgische nationaliteit). De kans bestaat dat het misdrijf al verjaard is, wanneer het aan het licht komt.

Voorstel van oplossing

1. Strafmaat

De strafmaat voor het afsluiten van een schijnhuwelijk kan beter worden afgestemd op de straffen voor valsheid in geschriften en bigamie. Daarbij zou de strafmaat in art. 79bis Vreemdelingenwet kunnen worden opgetrokken tot de straffen voor valsheid en bigamie na correctionalisering, m.a.w. een gevangenisstraf van 1 maand tot 5 jaar. Bij verzwarende omstandigheden kan het minimum en/of het maximum worden verhoogd. Het is bovendien wenselijk de geldboete verplicht te maken (gevangenisstraf EN geldboete, i.p.v. gevangenisstraf OF geldboete), of minstens de combinatie van gevangenisstraf en geldboete mogelijk te maken (gevangenisstraf EN/OF geldboete).

2. Dubbele procedures vermijden

Het is niet wenselijk in alle gevallen van een schijnhuwelijk ook strafrechtelijke vervolging in te stellen. Vervolging lijkt vooral opportuun in geval van verzwarende omstandigheden of wanneer het afsluiten van de schijnhuwelijken een georganiseerd of herhaald karakter heeft. In de gevallen waarin wel tot strafrechtelijke vervolging wordt overgegaan, zou de strafrechter bevoegd moeten zijn om zich over alle consequenties uit te spreken die zijn beslissing dat het om een schijnhuwelijk ging, impliceert. Voorgesteld wordt om de strafrechter bevoegd te maken om de nietigverklaring van het schijnhuwelijk uit te spreken⁴¹ en zo nodig ook de intrekking van de Belgische nationaliteit die op basis van het huwelijk zou zijn verkregen. Aldus wordt vermeden dat een tweede procedure voor de burgerlijke rechter moet worden gevoerd. Deze werkwijze is proceseconomisch en efficiënter, maar is niet zonder risico. In strafzaken geldt immers het adagium in dubio pro reo. Twijfel komt de beklagde ten goede. Het risico bestaat dat, hoewel de definitie van een schijnhuwelijk in burgerlijke zaken en in strafzaken gelijklopend is, de strafrechter toch iets minder snel geneigd zal zijn een schijnhuwelijk bewezen te verklaren, precies omwille van de strafrechtelijke gevolgen. Bovendien dient rekening te worden gehouden met het onsplitsbaar karakter van de procedure tot nietigverklaring van een huwelijk. Dit principe houdt in dat beide echtgenoten in de procedure moeten betrokken, zodat wordt vermeden dat een huwelijk t.a.v. de ene echtgenoot wordt nietigverklaard en niet t.a.v. de andere echtgenoot. Er dient bijgevolg op te worden gelet dat, zo niet beide echtgenoten in de strafprocedure betrokken zijn (hetzij beiden als beklagde, hetzij de ene als beklagde en de andere eventueel als burgerlijke partij), dat de andere echtgenoot in de

⁴⁰ Volgens de ubiquiteitsleer kan een misdrijf in België worden gesitueerd, zodra één van de constitutieve elementen in België kan worden gelokaliseerd. Aangezien het opzet van een schijnhuwelijk erop gericht is een verblijfsrecht in België te bekomen, kan dit element als aanknopingspunt dienen om het sluiten van een buitenlands schijnhuwelijk toch in België te situeren. Hetzelfde geldt wanneer de verzwarende omstandigheden (het ontvangen van een geldsom of het gebruik van geweld of bedreigingen) (mede) in België hebben plaatsgevonden.

⁴¹ Zie bv. ook het Wetsvoorstel tot wijziging van de wetgeving tot nietigverklaring van het huwelijk in het kader van de strafrechtelijke betuugeling van een gedwongen huwelijk of een schijnhuwelijk (ingediend door mevr. Carina Van Cauter e.a. op 17 april 2008, Parl. St. Kamer, 2007-2008, nr. 52-1079/001).

procedure wordt betrokken als een soort partij in gedwongen tussenkomst en gemeenverklaring van het vonnis dat de nietigverklaring van het huwelijk uitspreekt.

3. Strafbaarstelling van buitenlandse huwelijken

Om buitenlandse schijnhuwelijken in België vervolgbaar te maken, zou het misdrijf kunnen worden ingelast in art. 10^{ter} V.T.Sv. Art. 10^{ter} V.T.Sv. vermeldt een aantal misdrijven waarvoor eenieder in België kan worden vervolgd, wanneer hij zich er buiten het grondgebied van het Rijk aan heeft schuldig gemaakt (zonder dat dubbele incriminatie wordt vereist en zonder dat er een klacht van de benadeelde of een vraag van de overheid van het land waar het misdrijf is gepleegd, wordt vereist). De enige beperking aan deze gevallen van quasi universele strafrechtsmacht is dat vervolging in België enkel mogelijk is wanneer de verdachte in België wordt aangetroffen (art. 12 V.T.Sv.), hetgeen echter vaak het geval zal zijn aangezien het de intentie van de vreemdeling is om verblijf in België te bekomen. Een schijnhuwelijk is immers bij uitstek een misdrijf waarvoor België in universele jurisdictie dient te voorzien aangezien ook buitenlandse schijnhuwelijken tot verblijfsvoordeel in België kunnen leiden.

Een andere oplossing zou erin bestaan het misdrijf van art. 79^{bis} Vreemdelingenwet als een voortdurend misdrijf te omschrijven: niet het afsluiten van het schijnhuwelijk, maar het gehuwd zijn op basis van een schijnhuwelijk. Wanneer de betrokkenen dan naar België komen, wordt het misdrijf in België voortgezet en worden de Belgische strafrechtbanken vanzelf bevoegd.

4. Schijnhuwelijk onverjaarbaar maken

Ook om het probleem van de verjaring van de strafvordering op te vangen, zou ervoor geopteerd kunnen worden om van het misdrijf schijnhuwelijk een voortdurend misdrijf te maken. De verjaring van de strafvordering zou dan pas beginnen te lopen vanaf de ontbinding van het schijnhuwelijk, bv. door echtscheiding. Dat geeft het openbaar ministerie meer tijd om de strafvordering uit te oefenen. De verjaring van de strafvordering zou dan pas beginnen te lopen vanaf de beëindiging van de delictuele toestand. Deze delictuele toestand wordt in feite pas beëindigd door de nietigverklaring van het huwelijk die er immers toe leidt dat alle gevolgen worden uitgewist. Een gewone echtscheiding laat het huwelijk bestaan en kan dus niet gezien worden als een beëindiging van de delictuele toestand. Men kan ook, zonder de delictsomschrijving te moeten wijzigen, eenvoudig in de wet bepalen dat de verjaring van het misdrijf pas een aanvang neemt vanaf de nietigverklaring van het huwelijk.

j) Loodzware bewijslast in hoofde van de klagende partner en /of van het openbaar ministerie

Knelpunt

Thans moet bewezen worden dat de partner het uitsluitend oogmerk had om een verblijfsvoordeel te verwerven. Dit moet beoordeeld worden op het ogenblik van de huwelijksvoltrekking. M.a.w. er moet een negatief bewijs geleverd worden van een intentie: nl. geen duurzame levensgemeenschap te willen stichten. Dit is zeer moeilijk en diverse rechtbanken en hoven wijzen de vordering af omdat het bewijs niet onomstotelijk vaststaat.

De basis inzake de bewijsvoering (op burgerlijk vlak) is eigenlijk het eerste afgenomen interview door de ambtenaar. De vraagstelling door de ambtenaar dient dan ook zeer grondig en voldoende diepgaand te gebeuren. Tevens dient eenzelfde werkwijze gehanteerd te worden door de verschillende gemeenten en steden. Ook de vragen die door de politiediensten gehanteerd worden dienen voldoende professioneel te zijn en er dient voldoende te worden ingespeeld op de reeds gegeven antwoorden.

Ook de samenwoningcontrole is een zeer belangrijk maar delicaat (recht op privacy) bewijselement. Deze worden echter vaak uitgevoerd door de wijkagenten, niet altijd de geschikte personen om een grondig onderzoek te voeren gelet op de tijdsdruk ed. De voorkeur dient dan ook uit te gaan naar goed opgeleide politiemensen met voldoende kennis aangaande de schijnhuwelijksproblematiek. De samenwoningcontroles dienen tevens niet aangekondigd en meerdere malen op verschillende tijdstippen te worden uitgevoerd, nu gebeurt dit vaak éénmalig. Een kort buurtonderzoek kan tevens de argumenten versterken aangaande het al of niet samenleven van betrokkenen.

Omkering van de bewijslast: de verblijfszoekers moeten het bewijs leveren dat hun gemeenschap een duurzaam en stabiel karakter heeft.

Stabiliteit kan alleen bewezen worden wanneer men voldoende lang (minstens 5 jaar) deze gemeenschap aanhoudt. Thans zijn we vaak aangewezen om af te gaan op gegevens van het bevolkingsregister. We weten dat dit maar een kleine indicatie is. De nieuwe wet op de gezinshereniging neemt de samenwoning in het buitenland aan als basis van een soepelere hereniging (de hereniger moet dan geen verblijfstitel van één jaar of meer hebben)

In de praktijk is het onmogelijk te controleren wat er in het buitenland is gebeurd.

Het hebben van een gemeenschappelijk kind geboren in het buitenland is ook niet controleerbaar. (valse documenten)

Evenmin is het mogelijk na te gaan of er tussen partijen geen huwelijksbeletsels bestaan in de zin van art 163 BW (ooms en tantes gehuwd met nichten en neven).

k) Aanzuigefect – gezinshereniging

Knelpunt

De Vreemdelingenwet was tot voor kort te soepel wat het recht op gezinshereniging op basis van het huwelijk betreft. Nadien kunnen de vreemde echtgenoten vrij eenvoudig een machtiging tot verblijf of een machtiging tot vestiging voor onbepaalde duur aanvragen. Aldus is het instituut van het huwelijk voor de (potentiële) partners van Belgen of vreemdelingen met verblijfsrecht in België het ultieme en tegelijk vrij eenvoudige instrument om verblijfsrecht in België te verkrijgen.

De Europese Richtlijn 2003/86/EG van 22 september 2003 van de Raad van de Europese Unie inzake het recht op gezinshereniging laat toe strengere voorwaarden inzake gezinshereniging op te leggen aan niet-EU-vreemdelingen. Verschillende Europese lidstaten maken van deze richtlijn gebruik om bijkomende voorwaarden op te leggen bij gezinshereniging.

De nieuwe wet op de gezinshereniging is een tegemoetkoming aan deze verstrenging maar lijkt niet van aard het aanzuigefect op significante wijze te verminderen. Het is erg moeilijk om nu al een prognose te maken omtrent het effect van deze wet op langere termijn.

Voorstel van oplossing

De problematiek van de schijnhuwelijken zal enkel afnemen, wanneer de toekenning van het verblijfsrechtelijk voordeel dat het huwelijk met zich meebrengt, aan bijkomende voorwaarden wordt onderworpen en dus niet langer automatisch gebeurt. Zo zou de toekenning van een verblijfsrecht van meer dan 3 maanden aan de niet-EU-vreemdeling afhankelijk gemaakt kunnen worden van integratievoorwaarden, huisvestingsvoorwaarden en inkomensvoorwaarden.

De inkomenseis moet er alleszins voor zorgen dat gezinshereniging in België maar mogelijk is wanneer het gezin beschikt over stabiele en regelmatige inkomsten die volstaan om de verblijfsgerechtigde vreemdeling en zijn gezin te onderhouden. De definitieve verblijfsvergunning zal dan pas afgeleverd kunnen worden als aan alle voorwaarden voldaan is.

Er kan tevens een wachtperiode worden ingebouwd van bv. 5 jaar alvorens een definitieve verblijfsvergunning kan worden toegekend. Na verloop van die 5 jaar kan dan worden nagegaan of er nog steeds sprake is van een duurzame relatie en samenwonen.

Dit is nu van 2 jaar opgetrokken naar drie jaar en dus een stap in de goede richting.

l) Gezinshereniging op basis van samenwonen (zie afzonderlijk punt)

m) Ontbreken van een eenvormig beleid – versnippering van bevoegdheden

Knelpunt

Verschillende overheden zijn bevoegd (ABS – DVZ – PK's), verschillende procedures worden al dan niet gelijktijdig gevoerd (administratieve en gerechtelijke) en interpreteren de begrippen op verschillende wijze.

De informatie waarover zij beschikken wordt niet uitgewisseld of men is zelfs niet op de hoogte van een procedure elders.

Gevolg:

Contradictorische beslissingen

Dubbel werk en dubbel kosten

Niet alle parketten in België besteden evenveel aandacht aan de problematiek van de schijnhuwelijken. Dit is enerzijds te wijten aan onvoldoende kennis van het fenomeen en de juridische mogelijkheden om ertegen op te treden (vaak wegens niet opgevulde kaders) en anderzijds aan de verschillende prioriteiten bij de onderscheiden parketten waardoor de strijd tegen de schijnhuwelijken niet overal als prioritair wordt beschouwd.

Ook de houding van de verschillende rechtbanken is erg uiteenlopend. Daar waar de nietigverklaring eerder een uitzonderlijke procedure is, lijkt de rechtbank geneigd om de vordering af te wijzen wegens onvoldoende bewijs dat partijen op het ogenblik van het huwelijk geen duurzame levensgemeenschap maar uitsluitend een verblijfsvoordeel beoogden.

Sommige steden investeren in de aanpak van schijnhuwelijken door gespecialiseerde ambtenaren aan te stellen die interviews afnemen bij voorgenomen huwelijken (preventieve aanpak). Helaas beperkt dit zich tot enkele, voornamelijk grote steden. Dit heeft een kostprijs temeer er ook bijstand van een advocaat nodig is om zich te verdedigen bij verzet voor de rechtbank.

De grote versnippering van het administratief en gerechtelijk landschap is de oorzaak dat beleidsaanpak en rechtspraak zéér uiteenlopend is zodat het huwelijkstoerisme wordt aangewakkerd en er in de steden waar wordt opgetreden tegen schijnhuwelijken misnoegdheid is.

Voorstel van oplossing

1. Een minister die bevoegd is voor alle materies zodat wat nu verspreid is over diverse departementen in zijn geheel wordt gerund.

2. Inmiddels is de COL van 2010 een nationaal draaiboek schijnhuwelijken (waarin wetgeving, procedure, knelpunten en beleidsprioriteiten uitvoerig in beschreven worden betreffende voorgenomen huwelijken, en voltrokken schijnhuwelijken) uitgevaardigd. Justitie, DVZ en Biza zijn daar rond de tafel gaan zitten.

Het aspect buitenlandse huwelijken ontbreekt nog en de opvolging van de toepassing op het terrein is door gebrek aan goede informatica vrij moeilijk.

Deze omzendbrieven zijn uiteraard niet bindend voor de rechtbanken, maar zouden rechters wel kunnen wijzen op het fenomeen en hen sensibiliseren.

3. Een tweede oplossing is het creëren van gespecialiseerde secties van parketten en rechtbanken en politiediensten op het niveau van het ressort of het hertekende arrondissement (na de gerechtelijke hervorming), wat rechtszekerheid ten goede komt en proceseconomisch noodzakelijk is.

n) IPR-problemen

1. onbetrouwbaarheid van documenten / corrupte administraties – ambtenaren,
2. geloofwaardigheid van sommige ambassades of consulaten,
3. landen zonder of met beperkte of recente burgerlijke stand,
4. kwaliteit van de vertaling,
5. beschikbaarheid van de meest recente wetgeving,
6. magistraten en ambtenaren zijn niet vertrouwd met de buitenlandse wetgeving en rechtspraktijk,
7. identiteitsverschillen door transliteraties.

Zowel ambtenaren van de burgerlijke stand, als de Dienst vreemdelingenzaken, als de parketten, rechtbanken enz. worden geconfronteerd met documenten van vreemde oorsprong. Door de toename van personen van vreemde origine/nationaliteit in België heeft het internationaal privaatrecht aan belang toegenomen.

Het internationaal privaatrecht tracht een oplossing te bieden voor vragen zoals het toepasselijk recht, bevoegdheid en ook de aanvaarding van buitenlandse documenten (akten en beslissingen).

Wanneer een buitenlands document wordt voorgelegd, stelt zich steeds de vraag van rechtsgeldigheid. Niet alleen de rechtsgeldigheid van het document (d.w.z. of het overeenkomstig de wetgeving van het land van herkomst opgesteld werd en in authentieke vorm opgemaakt) kan twijfelachtig zijn, maar ook de authenticiteit van de inhoud van het document.

Gangbare praktijk

Onze ambassades spelen een belangrijke rol in deze materie. Immers alle buitenlandse akten/beslissingen moeten gelegaliseerd worden, voor zover er geen vrijstelling van legalisatie is. Gelet op de ervaring en deskundigheid van de medewerkers op een ambassade, zullen onregelmatigheden m.b.t. tot een akte/document opgemerkt (kunnen) worden.

De ambassades kunnen opmerkingen aanbrengen, los van het document, met hun bevindingen. Zo kan vermeld worden of het document overeenkomstig de lokale wetgeving werd opgesteld.

Wat betreft de inhoud van het document, kan bij twijfel, de lokale overheid / ambassade in België geconsulteerd worden. Doch wanneer er een gebrekkige burgerlijk stand is, of corrupte ambtenaren in het spel zijn, of originele akten (die op de zwarte markt verkocht

worden) worden gebruikt, kan niet achterhaald worden of de inhoud met de werkelijkheid overeenstemt.

Voor dit probleem is er geen directe oplossing.

Er kan nagegaan worden bij de buitenlandse ambassades in België of de akte een correct document betreft, maar ook deze piste biedt geen oplossingen, immers de ambassades beschikken niet altijd over deze informatie, doch zouden het document moet doorsturen naar het herkomstland of zijn niet altijd even betrouwbaar.

Teneinde te vermijden dat er teveel werklast bij het Belgische personeel wordt gelegd, kan steeds gevraagd worden - bij twijfel - om een attest van de ambassade te voegen met bevestiging van de inhoud van de akte. Doch dit zal zoals reeds gezegd niet steeds mogelijk/betrouwbaar zijn.

Voorstel van oplossing

Een nationale dienst gespecialiseerd in de controle van buitenlandse documenten waar men rechtstreeks beroep op kan doen via de meest snelle communicatiemiddelen (naar het voorbeeld van Nederland).

o) Hinkende rechtsverhoudingen

Knelpunt

Vermits het concept openbare orde, wetsontduiking een aan evolutie of cultuur onderhevige concepten zijn, kan men tot een situatie komen dat het ene land een akte/beslissing erkent/aanvaard, en het andere land niet.

Eventuele problemen zijn dan de onmogelijkheid om een bewijs van ongehuwde staat voor te leggen. De onduidelijke (internationale) rechtspositie: de persoon is in het ene land wel gehuwd, in het andere land niet. Dit kan een probleem geven met documenten waarin de burgerlijke staat vermeld wordt. Indien de personen nadien toch in België huwen, heeft men verschillende huwelijksdata, dit kan dan weer gevolgen hebben op de afstamming van kinderen. Welk huwelijk zal men voorleggen in het buitenland?

Is het wenselijk om zoals bij een nietig verklaard huwelijk, toch in beperkte mate rechtsgevolgen aan een buitenlandse huwelijk toe te kennen, bv. voor de kinderen of de partner te goeder trouw?

Voorstel van oplossing

Het is van uitermate groot belang om, wanneer een beslissing genomen wordt om geen rechtsgevolgen toe te kennen aan een akte, deze beslissing en zijn gevolgen duidelijk kenbaar te maken aan betrokken partijen (mogelijkheden om beroep aan te tekenen, ...). Het is echter even belangrijk om deze beslissing de nodige publiciteit te geven. Immers bij niet erkenning blijft iemand zijn burgerlijke staat ongewijzigd en verkrijgt een persoon geen verblijfsrecht. Beide zaken zijn van openbare orde.

Het gevolg van niet erkenning mag niet dubbelzinnig zijn. De databank zou kunnen voorkomen dat men zich gewoonweg bij een andere gemeente aanbiedt waar men wel erkend wordt. Immers bij verhuis terug naar de oorspronkelijke gemeente/stad waar de weigering heeft plaatsgevonden zou men opnieuw geweigerd kunnen worden.

p) Coördinatie van Europese wetgevingen

België heeft een soepele wetgeving. Indien enige verstrenging plaatsvindt, kan dit best in overeenstemming zijn met de buurlanden, teneinde bijvoorbeeld de “Belgiërouté” en de gevolgen hiervan in te perken. Grenzen worden door het Europese recht gelegd.

q) Exorbitante kosten

Vermits hangende procedures een belemmering zijn voor de uitwijzing door de DVZ is het onnodig te zeggen dat door een uitermate soepel systeem van juridische bijstand de procedureslag hevig gevoerd wordt.

De kosten die verbonden zijn aan kosteloze rechtshulp – bijstand van een advocaat – kosten van experts bv DNA - kosten van vertalers en tolken zijn exorbitant.

6) Nood aan actualisatie van afstammings- en adoptiewetgeving (opgenomen sinds wetsevaluatie 2010-2011)

▪ Moeilijkheden

Het Grondwettelijk Hof heeft in verschillende arresten schendingen vastgesteld van artikelen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot de afstamming:

- Grondwettelijk Hof 16/12/2010:

“Artikel 329bis, §2, derde lid van het Burgerlijk Wetboek schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre het de rechter bij wie een vordering tot erkenning aanhangig is gemaakt, gedurende het eerste levensjaar van het te erkennen minderjarige niet-ontvoogde kind, door een man die de biologische vader is, niet ertoe in staat stelt controle uit te oefenen op het belang van het kind bij het vaststellen van die afstamming.”

- Grondwettelijk Hof 3/02/2011:

“Artikel 318, § 1, van het Burgerlijk Wetboek schendt artikel 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees verdrag voor de rechten van de mens, in zoverre de vordering tot betwisting van vaderschap niet ontvankelijk is indien het kind bezit van staat heeft ten aanzien van de echtgenoot van de moeder.”

- Grondwettelijk Hof 6/04/2011:

“Artikel 330, § 1, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre de daarin bepaalde vervalttermijn voor de persoon die de afstamming opeist, kan aanvangen vooraleer de betwiste erkenning plaatsvindt.”

- Grondwettelijk Hof 31/05/2011:

“Artikel 318 § 2 van het Burgerlijk Wetboek schendt de artikelen 10, 11 en 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 8 en 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens in zoverre het vermoeden van vaderschap van de echtgenoot van de moeder, niet meer kan worden betwist na het verstrijken van de aldaar voorziene verjaringstermijnen indien het vermoeden van vaderschap niet overeenstemt met de biologische waarheid, noch met de socio-affectieve waarheid.

- Grondwettelijk Hof 03/05/2012:

“Artikel 332quinquies, § 2, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre het de rechter bij wie een vordering op grond van artikel 318, § 5, van het Burgerlijk Wetboek aanhangig is gemaakt, gedurende het eerste levensjaar van een kind, door een man die beweert de biologische vader te zijn van dat kind, niet ertoe in staat stelt controle uit te oefenen op het belang van het kind bij het vaststellen van de afstamming.”

- Grondwettelijk Hof 12/07/2012:

“De artikelen 343, § 1, b), 356-1 en 356-2 van het Burgerlijk Wetboek schenden de artikelen 10, 11 en 22bis van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 21 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, in zoverre zij niet erin voorzien dat een minderjarig kind, in de in B.4 omschreven omstandigheden, ten volle kan worden geadopteerd door de voormalige partner van de wettelijke ouder van dat kind, met behoud van de juridische banden tussen het kind en zijn oorspronkelijke familie overeenkomstig artikel 356-1, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek en met toepassing van de in artikel 356-2, § 2, tweede en derde lid, van hetzelfde Wetboek vervatte bepalingen betreffende de naam van het kind.”

- Grondwettelijk Hof 12/07/2012:

“De artikelen 348-3 en 348-11 van het Burgerlijk Wetboek schenden de artikelen 10, 11, 22 en 22bis van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 8 en 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, in zoverre zij de rechter die ermee belast is een adoptie uit te spreken in de omstandigheden beschreven in B.1.2, slechts toelaten geen rekening te houden met de weigering van de moeder om in die adoptie toe te stemmen, in het geval waarin zij zich niet meer om het kind heeft bekommerd of wanneer de gezondheid, de veiligheid of de zedelijkheid van het kind in het gedrang is gebracht.”

- Grondwettelijk Hof 09/08/2012:

“Artikel 325 van het Burgerlijk Wetboek schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre het de rechter bij wie een verzoek tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap is ingediend, verhindert dat verzoek in te willigen indien hij vaststelt dat de vaststelling van de afstamming overeenstemt met de belangen van het kind.”

▪ **Samenvatting standpunt van het openbaar ministerie**

Een actualisatie en aldus aanpassing van de specifieke wetsartikelen conform bovenvermelde rechtspraak dringt zich op. Er dient in deze materie bovendien rekening te worden gehouden met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

G.2. Nieuwe aandachtspunten – Burgerlijk recht

1) Onduidelijke regeling van de gevolgen van transseksualiteit op de afstamming

Art. 62bis BW bevat de wettelijke regeling inzake transseksualiteit. Een geslachtsverandering heeft belangrijke gevolgen op de afstamming. Diverse vragen rijzen. Kan t.a.v. een man die vrouw geworden is, nog het vaderschap worden vastgesteld van kinderen die hij eventueel verwekt heeft toen hij nog man was? Of kan de man die vrouw geworden is, nog kinderen erkennen (als vader) die geboren zijn toen hij nog man was? Wordt een vrouw die man geworden is, ook voor de toepassing van de vaderschapsregel volwaardig als een man beschouwd, of m.a.w. speelt het vermoeden dat de echtgenoot van de moeder geacht wordt de vader te zijn ook t.a.v. een echtgenoot die vroeger een vrouw was? Of moet men er in tegendeel van uitgaan dat een man die vrouw geworden is of een vrouw die man geworden is, onder geen beding na die geslachtsverandering onder zijn nieuwe geslacht zijn ouderschap kan laten vaststellen (vermits hij biologisch nooit in staat kan zijn onder zijn nieuw geslacht kinderen te verwekken) en dus enkel via adoptie een fictieve afstammingsband kan creëren?

Voor al deze vragen is er slechts een zeer summiere regeling terug te vinden in art. 62bis § 8 BW. die bovendien dermate cryptisch is geformuleerd dat er in de rechtsleer diverse mogelijke interpretaties aan gegeven worden. Ook de Omzendbrief van 1 februari 2008 betreffende de transseksualiteitswetgeving biedt onvoldoende soelaas.

Er is derhalve nood aan een duidelijke wettekst die heldere begrippen hanteert. De huidige tekst heeft het over “de persoon van het mannelijk geslacht die aangifte deed volgens artikel 62bis en waarvoor een akte houdende vermelding van het nieuwe geslacht is opgesteld”. Deze tekst laat ruimte voor verwarring: verwijst “de persoon van het mannelijke geslacht” naar zijn nieuwe of zijn oude geslacht? De persoon die aangifte doet volgens art. 62bis heeft op het moment van de aangifte immers nog zijn oude geslacht. Maar als de akte houdende vermelding van zijn nieuwe geslacht is opgesteld, dan heeft hij natuurlijk al zijn nieuwe geslacht.

Tegelijk dient er in deze regeling over gewaakt te worden dat er geen discriminerende situaties ontstaan voor de kinderen naargelang het tijdstip waarop hun afstamming komt vast te staan zich voor of na de geslachtsverandering van de transseksuele ouder situeert.

H. Diverse punten (Kieswetboek - Wetboek Registratierechten – Wetboek Belgische Nationaliteit)

H.1. Punten reeds aangehaald in voorgaande rapporten wetsevaluatie, met eventuele actualisatie

1) Artikel 95, § 4 van het Kieswetboek: deelname magistraten van het openbaar ministerie versus ambtsverplichtingen (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2008-2009)

Door art. 27 van de wet van 14 april 2009 houdende verscheidene wijzigingen inzake verkiezingen (B.S. 15 april 2009) werd artikel 95, § 4 van het Kieswetboek gewijzigd. Luidens dit nieuw artikel 95, § 4 kan de voorzitter van het kantonhoofdbureau, bij aanwijzing van de voorzitters, bijzitters en plaatsvervangende bijzitters van stemopnemingsbureaus en stembureaus beroep doen op:

- 1° magistraten van de Rechterlijke Orde,
- 2° de gerechtelijke stagiars.

Voorheen was uitsluitend sprake van rechters, vrederechters of politierechters, terwijl thans alle magistraten, dus ook de leden van het openbaar ministerie zouden kunnen aangewezen worden. De memorie van toelichting van de wet is vaag en geeft geen verduidelijkingen.

De vroegere onverenigbaarheid voor de staande magistratuur om conform art. 296 Gerechtelijk Wetboek, voor deze openbare dienst te worden opgevorderd (zie J. Matthijs, “openbaar ministerie”, APR, nr. 596), lijkt bijgevolg niet meer te kunnen worden ingeroepen. Nochtans is het niet opportuun om als parketmagistraat deze openbare dienst te vervullen.

Het komt immers aan het parket toe gebeurlijke vervolgingen in te stellen wegens inbreuken die gepleegd worden in het kader van de verkiezingen, waarbij de parketmagistraat, bij vaststelling van een inbreuk tijdens het verloop van de kiesverrichtingen, verplicht zal zijn onmiddellijk op te treden uit hoofde van zijn functie die hij uiteraard blijft bekleden. De wettelijke uitoefening van deze ambtsverplichtingen zijn van aard om het goede verloop van de kiesverrichtingen in het gedrang brengen, en zijn niet cumuleerbaar met de taak opgelegd binnen het kader van de kieswetgeving.

Een wetswijziging, minstens verduidelijking, is derhalve noodzakelijk.

2) Niet verschijnende bijzitters – vervolgingen (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2008-2009)

De vervolging van niet verschijnende bijzitters geeft bij elke verkiezing aanleiding tot problemen die in huidige stand van wetgeving niet opgelost kunnen worden en de parketten steeds voor een voldongen feit stellen.

Zo werd in het kader van het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie benadrukt dat voorafgaande excuses wegens medische redenen of afwezigheden de dag zelf wegens onverwachte medische redenen dienen gestaafd te worden door een duidelijk medisch attest. Er werd vooropgesteld dat een medisch attest zich niet mag beperken tot het louter feit dat betrokkene zijn/haar woning niet mag verlaten, en zuiver vormelijke attesten werden te licht bevonden. Op 30 september 2006 oordeelde de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren echter terecht dat deze aanbevelingen indruisen tegen de vigerende wetgeving en de deontologie van de arts en diens waardigheid. De Nationale Raad adviseerde bijgevolg dat de dokterattesten dienden beperkt te blijven tot het verklaren van de medische onbekwaamheid van de bijzitter, zonder vermelding van een diagnose.

In het licht van deze opmerkingen, en rekening houdend met de teneur van art. 458 SW inzake de schending van het beroepsgeheim, lijkt het de lege ferenda nodig dat de wetgever dit steeds weer terugkerend probleem zou oplossen door het opleggen van een uitgebreider medisch attest in het kader van het absentisme tijdens de verkiezingen, teneinde een efficiëntere controle op de ongeoorloofde afwezigheden mogelijk te maken, en een wettelijk noodzakelijke afwijking van het gesanctioneerde beroepsgeheim in te voegen. Hierbij kan naar analogie verwezen worden naar het “omstandig medisch attest” zoals opgenomen in de wet van 26 juni 1990 betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke.

- **Verjaringstermijn**

De lege ferenda zou de zeer korte verjaringstermijn bovendien opnieuw moeten bekeken worden. Met inachtneming van een mogelijke stuitingsdatum wordt de **drempel van maximum 1 jaar thans vrij gemakkelijk gehaald en overschreden.**

3) Wetboek Belgische Nationaliteit – diverse moeilijkheden (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2010-2011)

- **Moeilijkheden**

a) Misbruik van artikel 12bis §1, 2° Wetboek Belgische nationaliteit:

Thans wordt vastgesteld dat meer en meer vreemdelingen trachten de wetgeving inzake verblijf te omzeilen door een nationaliteitsverklaring af te leggen – op basis van de afstamming van een Belgische ouder – dit meteen bij aankomst en op hetzelfde moment als de verblijfsaanvraag zonder de uitkomst van deze verblijfsaanvraag af te wachten. In afwachting van de behandeling van hun verblijfsaanvraag worden zij namelijk in het bezit gesteld van een attest van immatriculatie dat 6 maanden geldig is, waardoor de vreemdeling op het moment van de verklaring toegelaten lijkt te zijn om langer dan drie maanden in het Rijk te verblijven. Er is op dat moment echter slechts sprake van een tijdelijke gedogen van het verblijf in het land, in afwachting van de behandeling van de aanvraag tot verblijf en de definitieve beoordeling van de verblijfstoestand van betrokkene. Het is mogelijk dat na onderzoek het attest van immatriculatie komt te vervallen en dat betrokkene een beslissing tot weigering van verblijf krijgt.

Bovendien bestaat in de praktijk het probleem dat het onmogelijk is om de waarachtigheid van de beweerde afstammingsband te controleren zonder DNA-

onderzoek vermits in sommige landen van oorsprong vaak geen georganiseerde burgerlijke stand bestaat en corruptie er geen uitzondering is.

Voorstel van oplossing: het continue bezit van staat met de Belgische ouder (art 331nonies Burgerlijk Wetboek) gedurende de 10 jaar onmiddellijk voorafgaandelijk aan de aanvraag moet aangetoond worden door de verzoeker.

b) Onvoldoende uitwisseling van informatie tussen de overheden onderling en deze van andere landen:

Dikwijls is niet geweten of de betrokkene in het buitenland veroordeeld werd. Wanneer toch (via DVZ / politie) gemeld wordt dat betrokkene een veroordeling zou opgelopen hebben in het buitenland, is het geen evidentie het buitenlandse strafregister te bekomen. Zo gebeurt het dan ook dat mensen met een (ernstig) strafrechtelijk verleden in het buitenland, toch door de mazen van het net glippen en de Belgische nationaliteit verkrijgen.

Ook de burgerlijke staat in het buitenland is niet altijd gekend. Zo is het reeds voorgevallen dat het politieel onderzoek naar de verblijfplaats van de betrokkene uitwees dat de persoon in kwestie het merendeel van de tijd in Marokko verblijft met zijn Marokkaanse vrouw, terwijl zijn Belgische echtgenote (!) hier blijft.

c) De verblijfsvoorwaarden zijn thans onvoldoende gepreciseerd in het Wetboek Belgische nationaliteit:

Duidelijke definiëring van het begrip wettelijk verblijf, de verlenging van het aanrekenbaar verblijf en de voorwaarde van onbeperkt verblijf op het ogenblik van de aanvraag alsook de uitsluiting van kort verblijf en het voorzien van integratiecriteria zullen de Belgische nationaliteit terug opwaarderen en heel wat toepassingsproblemen op de werkvloer oplossen.

Wat de uitsluiting van korte verblijfstitels bij de berekening van het totale verblijf betreft, dient te worden benadrukt dat het logisch is dat louter gedogende verblijfstitels die lopende de procedure worden toegekend in afwachting van een beslissing ten gronde over het verblijfsrecht, op geen enkele wijze in rekening gebracht mogen worden. Er kan immers niet worden aangenomen dat er al een binding met de Belgische samenleving ontstaat, zolang de vreemdeling niet zeker is dat hij in België zal kunnen blijven. Vandaag is het perfect denkbaar dat iemand gedurende 5 jaar procedeert in het kader van zijn asielaanvraag of meerdere opeenvolgende asielaanvragen en vervolgens 3 jaar medische regularisaties (art. 9ter) inroept, om uiteindelijk beloond te worden met een verblijfsvergunning op basis van humanitaire regularisatie (art. 9bis). Omdat deze vreemdeling gedurende 8 jaar geprocedeerd heeft en dit verblijf gedekt werd door tijdelijke verblijfstitels, zou hij al deze jaren in aanmerking kunnen nemen als wettelijk verblijf en meteen de Belgische nationaliteit kunnen krijgen. Dit is uiteraard absurd, zeker nu het perfect denkbaar is dat zijn asielaanvragen en zijn medische regularisatieaanvraag volkomen ongegrond of zelfs frauduleus waren. Frauduleuze of afgewezen verblijfsaanvragen mogen op geen enkele wijze gehonoreerd worden.

Opmerking:

De opname – in een K.B. – van een lijst van documenten die als titel van verblijf van onbeperkte duur gelden is een noodzakelijke voorwaarde om de wet werkbaar te maken en een uniforme toepassing van de wet te waarborgen.

d) Het begrip ‘hoofdverblijfplaats’ dient geherdefinieerd te worden:

Het Wetboek van Belgische Nationaliteit maakt thans in meerdere artikelen gebruik van de term “hoofdverblijfplaats”. Waarom i.p.v. de term "hoofdverblijfplaats" niet de term

gebruiken die ook meer en meer in de aanpassingen van het Burgerlijk Wetboek gebruikt wordt: "plaats van inschrijving in het bevolkings- of vreemdelingenregister".

De inschrijving in het rijksregister is een proceduriële noodzaak.

Indien een persoon niet is ingeschreven:

- kan de bevoegdheid van de ambtenaar van burgerlijke stand immers niet nagekeken worden
- kan een persoon gelijktijdig diverse aanvragen indienen
- dient er verificatie ter plekke gebeuren door de politie van het daadwerkelijk verblijf

e) De bevoegdheid van de ambtenaar van de burgerlijke stand dient uitgebreid te worden:

De procedure zou zeker efficiënter verlopen indien de ambtenaar van burgerlijke stand de mogelijkheid kreeg om de onterechte aanvraag te weigeren wegens

- manifest niet voldoen aan de verblijfsduur
- niet voldoen aan vormvoorwaarden
- verschillende identiteit in rijksregister en op de noodzakelijke documenten
- gebrek aan de noodzakelijke en / of voldoende bewijskrachtige documenten (o.a. niet voorleggen van talenattest of geboorteakte)

Alzo vermijdt men het opstarten van talloze overbodige dossiers op parketniveau, wat dan weer de vertraging van de andere dossiers veroorzaakt.

Er zou kunnen voorzien worden in een procedure zoals bij het weigeren van de aangifte van huwelijk wegens het ontbreken van documenten:

- gemotiveerde brief van weigering opgesteld door de ambtenaar van burgerlijke stand aangetekend opsturen of tegen ontvangstbewijs overhandigen
- tegelijk dossier overmaken aan de procureur
- beroepsmogelijkheid tegen deze weigering bij de rechtbank

f) Om het huwelijk als migratiepoort minder aantrekkelijk te maken zouden volgende wijzigingen nog nuttig kunnen zijn:

- Doorbreken van de ketting Belg door huwelijk (art.16 WBN):
- Een persoon die zelf Belg werd middels art. 16 WBN, kan op zijn beurt de Belgische nationaliteit niet meer via art. 16 WBN doorgeven tenzij bijkomende strenge voorwaarden qua tijdsverloop tussen de opeenvolgende huwelijken.
- Om alle discussies over interpretaties van art 16 uit te sluiten zou het nieuwe artikel 16 WBN als volgt moeten worden geherformuleerd:

“ §2.De vreemdeling die huwt met een Belg of wiens echtgenoot gedurende het huwelijk de Belgische nationaliteit verkrijgt, kan, zolang zij in België samenleven, de Belgische nationaliteit verkrijgen door een overeenkomstig artikel 15 afgelegde verklaring, op voorwaarde dat de vreemdeling op het ogenblik van deze verklaring toegelaten of gemachtigd is tot een verblijf van onbepaalde duur, zijn hoofdverblijf sinds vijf jaar gevestigd is op grond van ononderbroken wettelijk verblijf, het huwelijk minstens vijf jaar geleden werd afgesloten en de echtgenoten sindsdien samen ononderbroken in België hebben gewoond als echtgenoten, en tenslotte dat hij voldoet aan de integratiecriteria.

De duur van gedurende vijf jaar samen te hebben verbleven vóór het afleggen van de verklaring wordt verminderd tot één jaar indien de vreemde echtgenoot vóór het sluiten van het huwelijk, zijn hoofdverblijf in België heeft gevestigd op grond van een ononderbroken wettelijk verblijf sedert ten minste vijf jaar.”

g) Integratiecriteria voor alle procedures van nationaliteitsverrijking:

Thans voorziet het Wetboek van Belgische Nationaliteit geen enkele vereiste van integratie. Hierdoor kan de Belgische nationaliteit aangevraagd worden door

vreemdelingen die geen van de drie landstalen beheersen en blijf geven van een totale onverschilligheid ten opzichte van de Belgische samenleving.

Een talentest en inburgeringscursus invoeren zou ervoor zorgen dat de Belgische nationaliteit enkel bekomen kan worden door geïntegreerde vreemdelingen.

Ook valt het geregeld voor dat vreemdelingen die in België nooit gewerkt hebben en leven van een uitkering toch Belg worden. Dit zou vermeden kunnen worden door als criterium te voorzien dat de aanvrager dient te beschikken over voldoende eigen inkomsten naar analogie met de nieuwe wet op de gezinshereniging.

h) Vervallenverklaring van de Belgische nationaliteit:

De logge procedure voor het hof van beroep met verlies van één aanleg zoals deze thans bestaat zou vermeden moeten worden. Het lijkt logisch dat alle procedures van vervallenverklaring van de Belgische nationaliteit door dezelfde rechter zouden behandeld worden als degene die zich uitsprekt over de gegrondheid van de toekenning ervan.

Ook dient voorzien te worden dat de strafrechter zich kan uitspreken over de vervallenverklaring op hetzelfde moment als de uitspraak van de veroordeling. Indien een nieuwe Belg veroordeeld wordt tot een gevangenisstraf van vijf jaar kan hij dan op hetzelfde besluiten tot de vervallenverklaring van de Belgische nationaliteit.

De vervallenverklaring zou ook gevorderd moeten kunnen worden voor de nieuwe Belg die de afgelopen 10 jaar – sedert het verkrijgen van de Belgische nationaliteit – feiten heeft gepleegd die *gezamenlijk* een gevangenisstraf van 5 jaar of meer opleverden.

Het gebeurt dat het huwelijk met een Belgische onderdaan, dat aanleiding heeft gegeven tot het bekomen van de Belgische nationaliteit, een schijnhuwelijk is. In die gevallen zou het mogelijk moeten zijn voor de vervallenverklaring te vorderen op hetzelfde moment als de nietigverklaring. De burgerlijke rechter die het huwelijk nietig verklaart zou zich dan meteen ook kunnen uitspreken over de vervallenverklaring.

i) Documenten ter staving van de aanvraag:

Artikel 5 W.B.N. voorziet dat in uitzonderlijke omstandigheden de identiteit bewezen kan worden aan de hand van consulaire attesten, een akte van bekendheid of een beëdigde verklaring indien de betrokkene 'in de onmogelijkheid' verkeert om zich een geboorteakte te verschaffen of om een beëdigde verklaring af te leggen. De praktijk leert ons dat bepaalde consulaten niet voldoende uitgerust zijn om de identiteit adequaat te verifiëren en dat attesten worden afgeleverd louter op basis van verklaringen van betrokkenen zelf. Consulaire attesten bezitten immers geen authentieke bewijskracht en leveren het gevaar op dat ze onnauwkeurigheden bevatten. Op termijn levert dit meer verzoeken tot verbetering van de akten van burgerlijke stand op. In het verleden werd het gebruik van consulaire attesten trouwens geweerd omwille van fraude bij het opstellen ervan.

Art. 5 W.B.N. wordt inderdaad dikwijls te soepel toegepast. Thans worden grote afstand en de kostprijs als argument aanvaard. Documenten kunnen vaak per post verzonden worden.

De echte onmogelijkheid zou moeten bewezen worden aan de hand van een attest van de desbetreffende vreemde overheid waarin bevestigd wordt (met vermelding van de reden) waarom er geen geboorteakte kan bekomen worden (met uitzondering voor erkende politieke vluchtelingen).

Het laten voorleggen van de geboorteakte (en eventueel andere akten), is juist een gelegenheid om de identiteitsgegevens te controleren, gegevens die dikwijls op verklaring ingeschreven werden.

Anderzijds dient te worden vermeden dat vreemdelingen die met recht en reden een gehomologeerde akte van bekendheid hebben verkregen of machtiging hebben gekregen tot het afleggen van een beëdigde verklaring ter vervanging van hun geboorteakte, dit vonnis telkens opnieuw kunnen gebruiken, zolang er geen gewijzigde omstandigheden zijn. De draagwijdte van art. 72ter BW kan worden doorgetrokken naar art. 5 WBN. Een akte van bekendheid voor een huwelijk zou ook dienstig kunnen zijn in een nationaliteitsdossier en omgekeerd.

j) Gewichtige feiten:

Het zou de uniforme toepassing van de wet bevorderen indien de wet preciseert dat niet enkel zware veroordelingen maar ook frequente lichtere veroordelingen of laakbare feiten, lopende onderzoeken en recente feiten een beletsel kunnen vormen voor het verwerven van de Belgische nationaliteit op grond van gewichtige feiten. Hetzelfde geldt voor oudere maar zéér zware feiten waarvan het zwaarwichtig karakter niet verdwijnt na verloop van tijd. Er dient alleszins over gewaakt te worden dat er een voldoende ruime appreciatiemarge blijft in hoofde van het parket en de rechtbank om eender welk ongunstig feit als “gewichtig feit” in aanmerking te kunnen nemen.

k) Rechtsplegingvergoeding:

Door een vergetelheid in de wet op de verhaalbaarheid van erelonen wordt de Belgische staat nu veroordeeld tot een bijkomende gerechtskost die varieert van 75 euro tot 1200 euro wanneer het negatief advies van het parket door de rechtbank ongegrond wordt verklaard. Dit zou de onafhankelijkheid van het parket kunnen aantasten, die immers zou kunnen worden afgeschrikt worden negatief te adviseren omwille van de eventuele budgettaire gevolgen voor de overheid. Dergelijke mogelijke neveneffecten zijn niet wenselijk, omdat het openbaar ministerie dan zou tekortschieten in haar opdracht om de door de wet voorgeschreven bescherming van maatschappelijke belangen te garanderen.

Thans is de wet er maar nog niet de uitvoeringsbesluiten.

l) Onbeperkt aantal aanvragen zijn thans mogelijk:

- Diverse gelijklopende en achtereenvolgende aanvragen uitgaande van één persoon zijn mogelijk
- Hangende de procedure ter zitting blijkt soms dat de betrokkene inmiddels Belg geworden is via naturalisatie of omgekeerd.

O oplossingen zijn:

- een systeem van centrale registratie van aanvragen
- een registratierecht heffen
- een minimum wachttijd tussen twee aanvragen voorzien Indien de eerste aanvraag geweigerd werd omdat er zich gewichtige feiten voordeden in hoofde van de aanvrager. In dat geval kan het automatisch verval van de meest recente aanvraag voorzien worden.

m) Terminologie:

- ‘advies’: in de dossiers van naturalisatie wordt er inderdaad advies gegeven, naast de adviezen van de VS en DVZ. In nationaliteitsverklaringen wordt ook de term ‘advies’ gebruikt, terwijl dit een beslissing is.

n) Problematiek van correcte schrijfwijze van de namen:

Er wordt vastgesteld dat de schrijfwijze van de naam en voornaam niet steeds identiek vermeld wordt in de registers van de dienst bevolking, op het inlichtingenbulletin of strafregister, op de geboorteakte, in het paspoort...

Dit maakt het moeilijk om het verblijf en het gerechtelijk verleden van de aanvrager na te gaan. Dit zou vermeden kunnen worden door wettelijk te voorzien dat de identiteitsdocumenten en inschrijvingen in de registers op elkaar moeten afgestemd worden alvorens een nationaliteitsaanvraag kan gebeuren. Dit voorkomt ook dat nadien de aktes van burgerlijke stand via een afzonderlijke procedure moeten aangepast worden of dat een persoon met verschillende identiteiten in het maatschappelijk verkeer circuleert.

o) Naam / voornaam na Belg worden:

Het gebeurt steeds regelmatig dat vreemdelingen die geen naam of voornamen hebben, Belg worden. De wet schrijft voor dat een Belg een naam en voornamen heeft.

Waarom voor deze personen niet bij hun procedure van het Belg worden automatisch een procedure opstarten waarbij zij moeten kiezen voor een naam (via KB) of voornamen (via ministerieel besluit), naargelang het geval. Op die manier kunnen zij beter maatschappelijk integreren en zullen zowel zichzelf als hun kinderen veel minder administratieve problemen ondervinden.

▪ Algemene samenvatting standpunt van het openbaar ministerie

Algemeen kan gesteld worden dat het Wetboek Belgische Nationaliteit dringend nood heeft aan verduidelijking van de verschillende bepalingen en verstrenging van de voorwaarden.

Er dient wel opgemerkt te worden dat verschillende van bovenstaande opmerkingen werden verwerkt in het wetsvoorstel van de Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers (zie *Parl.St.* Kamer, nr. 53-476). Indien dit voorstel tot wet gestemd wordt, zouden veel van de momenteel vastgestelde knelpunten uit de weg geruimd zijn.

4) Art. 274 ter W. Reg. – problematiek van de verschuldigde expeditierechten die op één en hetzelfde verzoek en voor één en dezelfde zaak niet meer mogen bedragen dan 1 250 EUR (opgenomen sinds rapport wetsevaluatie 2010-2011)

▪ Moeilijkheden

Problemen:

- In financiële en fiscale dossiers, die enorm omvangrijk zijn, wordt door de advocaten geen inzage meer genomen van het dossier.
- Er wordt simpelweg een elektronische versie besteld van het dossier met voorbehoud om ook nog een papieren versie te bestellen. In een bepaald dossier vroeg en kreeg een inverdenkinggestelde tot 4 maal toe een volledige papieren kopie van het dossier (28 kartons, gemakkelijk 1000 pagina's per karton!) en ook een elektronische versie van het dossier, tegen telkens het maximumtarief, wat nog geen fractie vertegenwoordigt van de werkelijke kostprijs.
- Aangezien de overtuigingsstukken deel uitmaken van het strafdossier, zijn een aantal advocaten nu ook de mening toegedaan dat ze voor dat maximum tarief ook nog recht hebben op een kopie van alle ter griffie neergelegde overtuigingsstukken, zonder dat ze een selectie dienen te maken van de gewenste stukken. (60 dozen, o.a. de eigen volledige boekhouding, vele tienduizenden stukken)

- verlamt de werking van de griffies
- zeer hoge kostprijs (personeelskost, gebruik kopiemachine, papier....)
- er wordt tactisch besteld (dilatoir) om uitstel te krijgen en te verhinderen dat rechters het dossier kunnen inzien;
- ***Samenvatting van het standpunt van het openbaar ministerie***
 - elke partij zou slechts recht mogen hebben op één kopie van het strafdossier;
 - wordt een papieren versie gevraagd dat dient het maximumtarief te worden afgeschaft, zodat de partijen verplicht zijn een selectie door te voeren
 - wanneer kopie wordt gewenst van de neergelegde overtuigingsstukken dient er vooraf geselecteerd te worden en per stuk betaald.

V. Overzicht van bijlagen

Voor bijlagen waarnaar verwezen wordt in het huidige rapport, maar die reeds gevoegd werden bij vorige rapporten wetsevaluatie, wordt verwezen naar deze rapporten; het overzicht van de nieuwe bijlagen wordt hieronder opgenomen:

1. Advies m.b.t. het voorstel van Europese richtlijn betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en het recht op communicatie bij aanhouding
2. Advies betreffende de strekking van het artikel 43/5, §4, tweede lid, van de wet van 30 november 1998 houdende de regeling van de inlichtingen –en veiligheidsdienst
3. Extract van de strikt vertrouwelijke omzendbrief COL 9/2012, nl. hoofdstuk IX. Arrest Grondwettelijk Hof
4. Mercuriale van de procureur-generaal van Antwerpen dd. 3 september 2012
5. Uiteenzetting van de procureur-generaal te Antwerpen inzake forensisch onderzoek, gegeven bij gelegenheid van het door de Senaat georganiseerd colloquium van 22 juni 2012 “Expertise Judiciaire: quelle réalité pour la preuve scientifique en Belgique”
6. Brief aan de minister van Justitie dd. 9 januari 2012 betreffende het heffen van BTW (21 %) op de prestaties van gerechtsdeurwaarders uitgevoerd op vordering van het Openbaar Ministerie
7. Overzicht van de wetten die toepassings- of interpretatiemoeilijkheden hebben gesteld, overgemaakt door de Eerste Voorzitter van het Arbeidshof te Antwerpen.



College van procureurs-generaal
Ernest Allardstraat 42, 1000
Brussel
T 02 500 86 01
F 02 500 86 13
<http://www.openbaarministerie.be>