

Parket generaal Antwerpen

Mercuriale 2021

De spijtoptanten of een onverteerbare brok strafprocedure- werd geschreven door ere-procureur-generaal en eerste advocaat-generaal Yves LIEGEOIS.

Onderstaande tekst is de samenvatting die uitgesproken werd door procureur-generaal Patrick Vandenbruwaene op de plechtige openingszitting van het hof van beroep Antwerpen van 1 september 2021.

Het arsenaal aan procedures en mogelijkheden voor het openbaar ministerie in de strijd tegen zware en georganiseerde criminaliteit is toegenomen in de laatste decennia. De memorie van toelichting van de wet van 22 juli 2018 geeft een volledig overzicht van alle wetgevende en andere initiatieven die tijdens de voorbije jaren hebben gewezen op de noodzaak van een regeling voor spijtoptanten¹. De terroristische aanslagen van 22 maart 2016 in de luchthaven Brussel-Nationaal en in het metrostation Maalbeek te Brussel hebben de doorslag gegeven om een wettelijke regeling voor burgerinfiltratie en spijtoptanten te realiseren.

De recente moordaanslag op misdadjournalist Peter R. de Vries in Amsterdam brengt de spijtoptantenregeling opnieuw in de brandende actualiteit. Peter R. de Vries trad op als juridisch consultant van de kroongetuige en spijtoptant Nabil B. in het “Marengo-proces” gelinkt aan de Mocromaffia. De broer van Nabil B. en zijn advocaat Derk Wiersum werden reeds tevoren dood geschoten. De recente gebeurtenissen in Amsterdam zijn getuigen van het ongebreidelde geweld en dreiging van de internationale drugsmaffia. Reden temeer om aandacht te schenken aan onze recente wetgeving.

Hierbij is vooreerst op te merken dat de wetgever in navolging van de rechtspraak van het EHRM de spijtoptantenregeling heeft omkaderd met een aantal adequate waarborgen voor het recht van verdediging van andere partijen, zoals onder meer het uitsluiten van de anonimiteit, de noodzaak van het bestaan van concorderende bewijsmiddelen, en de opname van alle elementen in het strafdossier op basis waarvan een tegensprekelijk debat kan worden georganiseerd².

In de Mercuriale gaat het echter voornamelijk om de juridische en procedurele inbedding van de spijtoptantenregeling in het strafprocesrecht.

Er worden elementen van wetsevaluatie besproken en suggesties aangereikt aan de wetgever. Er worden immers knelpunten vastgesteld aangaande de coherentie tussen de verschillende onderhandelde alternatieve afhandelingen, en lacunes en onzekerheden in de wet die dringend opgelost moeten worden.

¹ DOC 54 3016/001, p. 5 e.v.

² EHRM 17 januari 2017, HABRAN en DALEM t. België.

Tijdens de parlementaire voorbereiding werd veelvuldig gerefereerd naar de procedures van de verruimde minnelijke schikking en naar de voorafgaande erkenning van schuld.

De verwijzing naar deze twee procedures is relevant bij de bespreking van de spijtoptantenregeling. In het raam van de spijtoptantenregeling, de verruimde minnelijke schikking en de voorafgaande erkenning van schuld sluit de procureur des Konings een overeenkomst af met de verdachte, de inverdenkinggestelde of de beklaagde betreffende een strafmaat of een pecuniaire regeling. De rechter zal deze overeenkomst controleren, en dan ofwel bekrachtigen ofwel afwijzen.

Al deze procedures hebben – samen met deze van het verval van de strafvordering door de uitvoering van maatregelen en de naleving van voorwaarden³ – eveneens gemeen dat ze een belangrijke vermeerdering van de werklast van het openbaar ministerie teweeg brengen. Er ontstaat immers een verschuiving door het feit dat het openbaar ministerie in een onderhandelingspositie terecht komt waarbij afwegingen en toezeggingen moeten gemaakt worden die later aan een rechter ter goedkeuring moeten worden voorgelegd.

In het raam van de procedure van voorafgaande schulderkenning spreekt de rechter die de overeenkomst goedkeurt, de voorgestelde straffen uit.

In het raam van de spijtoptantenregeling spreekt de rechter die de overeenkomst bekrachtigt, de toegezegde straf niet uit. Er volgt een tweede fase waarbij de feitenrechter op vordering van het openbaar ministerie een vervangende – zeg de “normale straf” – zal uitspreken voor het geval dat de betrokkene de voorwaarden van de overeenkomst of memorandum, niet nakomt of niet is nagekomen.

Bij de opmaak van de spijtoptantenregeling⁴ is de wetgever er eerst van uitgegaan dat steeds de feitenrechter diende te oordelen over de bekrachtiging van de toezeggingen die door het openbaar ministerie aan de spijtoptant werden gedaan. Men oordeelde dat de onderzoeksgerechten dit enkel zouden kunnen in het geval zij de grond van de zaak onderzoeken, zoals bijvoorbeeld bij het verlenen van opschorting. Uiteindelijk werd beslist de bekrachtiging van het memorandum tijdens het gerechtelijk onderzoek en bij de fase van de regeling van de rechtspleging toch bij de onderzoeksgerechten te laten. Hierbij stond de procedure van de verruimde minnelijke schikking model.

Deze plotse ommezwaai maakte niet het voorwerp uit van diepgaande debatten of een grondige herlezing van de wettekst in zijn geheel met het oog op het nastreven van een grotere coherentie.

Alle procedures of alternatieve afdoeningen van strafzaken wijzen dus naar een evolutie in de richting van een openbaar ministerie dat een grotere leidende rol neemt in het strafonderzoek, en een rechter die een meer controlerende rol invult. Deze invulling van de rechterlijke controle in de verschillende procedures vertoont sterke gelijkenissen. Er is wat dat aspect betreft sprake van kruisbestuiving.

³ Artikel 216ter Sv.

⁴ Zie punt 6.2.2.

Anderzijds vertonen deze procedures dan weer verschillen die moeilijk uitlegbaar zijn.

Zo bijvoorbeeld is de procedure van voorafgaande schulderkenning enkel mogelijk na de beschikking of het arrest van verwijzing naar de feitenrechter ingeval de zaak het voorwerp uitmaakt van een gerechtelijk onderzoek. De wetgever heeft blijkbaar – op het ogenblik van de voorbereiding van die wet in 2016⁵ – niet gewenst dat het gerechtelijk onderzoek wordt doorkruist door een eenzijdige beslissing van het parket. Er werd gesteld dat, op het ogenblik dat de procedure van voorafgaande schulderkenning wordt opgestart, er een afgerond onderzoek, met alle elementen à charge en à décharge, voorhanden moet zijn.

Voor een vereenvoudigde procedure door een uitbreiding van bevoegdheid van de raadkamer bij het afsluiten van het gerechtelijk onderzoek werd toen niet geopteerd om reden dat uit de praktijk blijkt dat de behandeling van zaken voor de raadkamer bij de regeling van de rechtspleging in vele zaken een knelpunt vormt⁶. Ik citeer.

Dit is een moeilijk te begrijpen redenering. Men zou eerder de omgekeerde conclusie verwachten om proces-economische redenen.

Deze argumentatie is bovendien moeilijk coherent te noemen indien men de procedures van verruimde minnelijke schikking en de spijtoptantenregeling ernaast legt.

Beide procedures kunnen wel aangewend worden tijdens het gerechtelijk onderzoek en maken wel het voorwerp uit van een “vereenvoudigde of bijzondere procedure” voor de raadkamer. Wat de verruimde minnelijke schikking betreft dient de procureur des Konings de precieze feiten te omschrijven waarvoor hij de betaling voorstelt. In fiscale en sociale zaken wordt dit nogmaals expliciet onderstreept. Dit brengt *de facto* met zich mee dat een minnelijke schikking pas kan worden voorgesteld als het onderzoek nagenoeg volledig is gevoerd. De parketmagistraat dient zich immers een volledig beeld te kunnen vormen van de concrete tenlasteleggingen die uit het onderzoek voortvloeien en waarvoor hij het voornemen heeft een minnelijke schikking voor te stellen⁷.

In het raam van de spijtoptantenregeling gaat de rechter bij de bekrachtiging van het memorandum na of de feiten met de correcte juridische kwalificatie overeenstemmen, en of de feiten waarvoor de spijtoptant wordt vervolgd en waarop de toezegging slaat, overeenstemmen met de werkelijkheid. Dit impliceert opnieuw *de facto* dat men ook beschikt over een voldoende uitgediept strafonderzoek.

Het Grondwettelijk Hof heeft trouwens bij arrest gesteld dat het bevoegde onderzoeks- of vonnisgerecht het memorandum niet bekrachtigt wanneer het vaststelt dat de spijtoptant nog geen

⁵ De wet van 5 februari 2016 tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie (B.S. 19 februari 2016) gekend als “potpourriwet II”.

⁶ DOC 54 1418/001, p. 91-92, memorie van toelichting van de wet van 5 februari 2016 tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie (B.S. 19 feb. 2016).

⁷ Omzendbrief COL 8/2018 van 24 mei 2018 van het college van procureurs-generaal bij de hoven van beroep, Specifieke richtlijnen voor de procedure eens de strafvordering is ingesteld, Omschrijving van de feiten in tijd en ruimte, p. 30.

verklaringen heeft afgelegd of dat de afgelegde verklaringen niet in verhouding staan tot de toezegging⁸.

Een tussentijds besluit : er zijn evenveel argumenten om geen onderscheid te maken en te bepalen dat de procedure van voorafgaande schulderkenning eveneens mogelijk moet zijn tijdens een gerechtelijk onderzoek of bij afsluiting ervan. Deze mogelijkheid zou bijdragen tot de coherentie in de wetgeving en in de toepassing ervan.

In de omgekeerde richting kan de vraag gesteld worden waarom de spijtoptantenregeling niet tijdens het opsporingsonderzoek zou mogen toegepast worden voor zover dezelfde wettelijke voorwaarden en transparantie worden gewaarborgd en de toezegging geen sepotbeslissing inhoudt.

Het is mogelijk dat een beklaagde na dagvaarding onthullingen wenst te maken, bijvoorbeeld over andere feiten. In dat geval kan in toepassing van de spijtoptantenregeling een memorandum worden afgesloten en voor bekrachtiging aan de feitenrechter worden voorgelegd. Waarom zou dan tijdens het opsporingsonderzoek geen memorandum kunnen worden gesloten met toezeggingen over de straf? Daarna zou betrokkene voor de feitenrechter kunnen gedagvaard worden teneinde het memorandum te bekrachtigen en nadien de vervangende straf te bepalen. In het raam van een voorafgaande schulderkenning kan dan weer een overeenkomst gesloten worden tijdens het opsporingsonderzoek. Aan de verdachte wordt in dat geval onmiddellijk een kopie van de overeenkomst overhandigd, en deze kennisgeving geldt dan als dagvaarding⁹.

In het raam van de Mercuriale wordt erop gewezen dat de toepassing van de spijtoptantenregeling tijdens het opsporingsonderzoek niet expliciet uitgesloten wordt door de wettekst, doch niet strookt met de geest van de wet zoals tijdens de parlementaire voorbereiding werd uitgelegd¹⁰, en moeilijk te rijmen valt met het geheel van de wetsbepalingen. Het feit of de procedure nu al dan niet kan aanvangen tijdens het opsporingsonderzoek zou eigenlijk best door de wetgever expliciet bepaald worden in plaats van aanleiding te moeten geven tot lange referaten over de wetsuitlegging.

Een ander pijnpunt is dat de spijtoptantenregeling ernstige lacunes vertoont en moeilijk past in de huidige strafprocedure.

Een eerste lacune betreft de fase van de regeling van de rechtspleging die volgt op de bekrachtiging van het memorandum door het onderzoeksgerecht, en meer precies de wijze van het aanhangig maken van de zaak bij de feitenrechter om de zogenaamde vervangende straf op te leggen. Artikel 216/5 Sv. verschaft in hoofde van de spijtoptant een aparte nieuwe “straf-verminderende verschoningsgrond” die van toepassing is op de toegezegde straf.

Die straf-verminderende verschoningsgrond is echter niet van toepassing op de “vervangende straf”. Zoals reeds gezegd wordt die straf slechts van toepassing indien de spijtoptant de voorwaarden van

⁸ Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B. 32.2.

⁹ Artikel 216, § 3 Sv.; Artikel 96 van de wet houdende wijzigingen van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie van 5 februari 2016 (B.S. van 19.02.2016) (“Potpourri II wet”) voegt in boek II, titel I van het wetboek van strafvordering een hoofdstuk IIbis in luidende “Voorafgaande erkenning van schuld”. Artikel 97 van voornoemde wet voegt artikel 216 in dat de procedure uittekent.

¹⁰ Zie punt 3.4.

het memorandum niet nakomt of niet heeft nagekomen. In dat geval dient dus volgens de wet de normale sanctie opgelegd te worden.

Ingeval van correctionaliseerbare misdaden zal bij de verwijzing naar de correctionele rechtbank in hoofde van de spijtoptant bijgevolg toepassing moeten gemaakt worden van verzachtende omstandigheden of een (andere) verschoningsgrond op grond van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden.

De materiele bevoegdheidsregels dienen immers gerespecteerd te worden. De wet houdt het stilzwijgen over deze fase van de procedure. Er moet dus maar met gezond verstand zoveel mogelijk toepassing worden gemaakt van de bestaande wetsbepalingen.

Wat strafrechtspleging betreft is vanzelfsprekendheid of handelen naar analogie of gezond verstand niet echt de geschikte weg. Laten we de woorden van Talleyrand herinneren. Als iets gaat zonder het te zeggen, zal het nog beter gaan door het zeggen¹¹. Dit geldt zeker in het strafrecht en het strafprocesrecht.

Ook wat de eventuele bomcontrole betreft schiet de wet tekort. Aan de ene kant kan aan de betrokken spijtoptant het recht niet ontzegd worden op een controle van de eventueel aangewende bijzondere opsporingsmethoden vooraleer dat de rechtspleging wat hem betreft wordt geregeld. Aan de andere kant kan het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling niet tegengeworpen worden aan de andere partijen. Er dient bijgevolg een controleprocedure gevoerd te worden waarbij de spijtoptant overeenkomstig artikel 235ter Sv. wel betrokken wordt maar het arrest slechts voorlopig geldt ten aanzien van de overige niet betrokken partijen. Een procedure die dus het midden vindt tussen artikel 235ter en 235quater Sv., de naam Harry Potter-procedure waardig.

Zoals gezegd is de spijtoptantenregeling een sluitstuk in de strijd tegen zeer ernstige criminele feiten. Het is dus eens te meer jammer dat juist met betrekking tot criminele feiten die behoren tot de bevoegdheid van het hof van assisen de wet ernstige procedurele lacunes vertoont.

De procedure tot bekrachtiging van het memorandum tijdens de diverse stadia van de criminele procedure; de procedure voor het aanhangig maken bij het hof van assisen voor het opleggen van de vervangende straf; de behandeling en het verloop van de zaak ter terechtzitting; de invulling van de preliminaire zitting zijn allemaal elementen van onzekerheid die niet punctueel geregeld werden door de wet van 22 juli 2018. Het enige en schaarse artikel 346/1 Sv. maakt het eerste blad uit van een boek waarvan de overige bladzijden nog moeten geschreven worden.

Nu de federale procureur de bijzondere proceduremoeilijkheden die de behandeling van de terroristische aanslagen van 22 maart 2016 voor een hof van assisen aan de kaak heeft gesteld, zou de eventuele opheffing van het hof van assisen minstens opnieuw ter sprake moeten kunnen komen in een parlementair debat.

¹¹ TALLEYRAND: "Si cela va sans dire, cela ira encore mieux en le disant ».

De oprichting van een criminele kamer, zoals voorgesteld door de commissie tot hervorming van het strafprocesrecht, zou meteen een antwoord bieden op al de vragen betreffende de behandeling van dergelijke criminele zaken¹².

Een andere lacune van de wet van 22 juli 2018 betreft de voorbereidende fase, namelijk de fase waarbij de onderhandelingen tussen een kandidaat spijtoptant en het openbaar ministerie worden opgestart. Vooraleer men tot een memorandum kan komen moet aardig wat overleg plaats vinden. Opdat het openbaar ministerie een proportionele toezegging zou kunnen formuleren moet het reeds een duidelijk zicht hebben op de inhoud van de verklaringen die de kandidaat spijtoptant wenst af te leggen.

Buiten een vage verwijzing naar het lot van de stukken die eventueel zouden zijn opgemaakt tijdens dit overleg indien de rechter het memorandum later zou afwijzen, blijft heel de overlegfase onder de wettelijke radar. In het wetsvoorstel houdende het Wetboek van Strafrecht wordt deze fase wel opgenomen in de ontworpen wettekst¹³.

Het onmiddellijk voegen van het memorandum aan het strafdossier dient ingevolge het arrest van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof in de wet opgenomen te worden¹⁴. De wet zou ook best ingevolge dit arrest aangevuld worden met de precisering dat de spijtoptant zijn verklaringen aflegt tussen de ondertekening van het memorandum en de bekrachtiging ervan. Het bevoegde gerecht bekrachtigt het memorandum dan niet wanneer het vaststelt dat de spijtoptant nog geen verklaringen heeft afgelegd of dat de afgelegde verklaringen niet in verhouding staan tot de toezegging¹⁵.

De wet vertoont tot slot meerdere te verbeteren materiële vergissingen die in de Mercuriale worden aangeduid¹⁶.

De wet blijft bovendien zorgen voor rechtsonzekerheid met betrekking tot essentiële punten zoals onder meer het lot van de procedurestukken bij afwijzing van een memorandum, en in het bijzonder de bewijswaarde ervan ten aanzien van derden.

Na het arrest van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof is de situatie betreffende de wet op de spijtoptanten bijgevolg nog niet opgeklaard.

Art. 11 van de wet van 25 april 2007 tot oprichting van een Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie bepaalt dat de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie en het College van procureurs-generaal aan dit Comité in de loop van de maand oktober een verslag toezenden, dat

¹² DOC 55 1239/001; Wetsvoorstel houdende het Wetboek van strafprocesrecht, p. 46 e.v.

¹³ DOC 55 1239/001, artikel 342.

¹⁴ Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.14.2.

¹⁵ Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.23.3 en 32.2 en beschikkend gedeelte.

¹⁶ Zie punt 4.1 betreffende de inhoud van het memorandum waar de verwijzing naar artikel 216/3, § 6° werd vergeten in punt d) betreffende de voorwaarden die met de toezegging van de procureur des Konings gepaard gaan; zie punt 9.4.2.1 betreffende de maximumtermijn om de vervangende straf te kunnen vorderen en de foutieve verwijzing naar een niet bestaande paragraaf van artikel 216/3; zie punt 9.5 betreffende de foutieve vermelding van het onderzoeksgerecht in artikel 216/5, § 5, tweede lid Sv.

een overzicht bevat van de wetten die voor de hoven en de rechtbanken tijdens het voorbije gerechtelijk jaar moeilijkheden bij de toepassing ervan hebben opgeleverd.

Werkoverlast heeft teweeg gebracht dat het College van procureurs-generaal sedert enkele jaren geen verslag wetsevaluatie meer kan opstellen. Dit is ook een gevolg van de massa aan nieuwe wetgeving waarvan de kwaliteit soms te wensen overlaat, en de lineaire besparingen die jarenlang in het verleden werden toegepast.

Deze mercuriale kadert in de wetsevaluatie en onderstreept het belang gebreken en tekortkomingen van de wetgeving te signaleren. Er kan verwezen worden naar de woorden van senator Hugo VANDENBERGHE die destijds onderstreepte dat de rechtszekerheid de assepoester is van deze tijd, en stelde: *“Het recht heeft juist als doel, ook wanneer in het verloop van het leven alles onzeker is en de toekomst altijd open is, een stabiliteitskader te scheppen dat tegemoet komt aan die onzekerheid. Dat is de essentiële bijdrage van de cultuur in een beschaving....”*¹⁷.

Terug naar vandaag. Met de beleidsnota van 2021 wil de huidige regering inzetten op digitalisering met als streefdoel een volledig digitaal dossier te realiseren¹⁸. Andere streefdoelen zijn een justitie die iedereen begrijpt en een nodige herfinanciering van Justitie.

In het regeerakkoord wordt de wil uitgedrukt Justitie kordater te maken, onder meer door het strafrecht, strafprocesrecht en strafuitvoeringsrecht te hervormen, het accurater, eenvoudiger en meer coherent te maken.

Het voorstel van de expertencommissie die een nieuw Wetboek van Strafvordering heeft voorbereid waarbij een ééngemaakt strafonderzoek onder de leiding van het openbaar ministerie wordt ingesteld, en de rechten van partijen worden gelijk getrokken, wordt door de regering verlaten omdat het aanleiding geeft tot controverse.

Men kan er echter niet naast kijken dat het onderscheid tussen het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, zowel moeilijk uitlegbare verschillen veroorzaakt op het vlak van de rechten van de betrokken partijen¹⁹ als in de uitwerking van de procedures. Dit leidt tot de onvermijdelijke vraag waarom nog gehouden wordt aan een strafrechtspleging met twee snelheden zeker in een tijd van een onderhandelde Justitie.

Met de spijtoptantenregeling is de wetgever ook verder gegaan in het toevoegen van moeilijke wetteksten aan een reeds weinig leesbaar en verouderd Wetboek van strafvordering.

Dit betekent voor het openbaar ministerie een enorme investering in tijd en moeite om te trachten zelf te doen wat de regering als streefdoel vooropstelt, namelijk moeilijk leesbare wetteksten om te zetten in commentaren die iedereen begrijpt en bruikbaar zijn voor rechtspractici.

¹⁷ Parl. St.; Senaat, zitting 2006 – 2007; 3-648/4; Verslag van 27 maart 2007 namens de commissie voor de institutionele aangelegenheden uitgebracht door de heer DELPÉRIÉ; p. 142.

¹⁸ Beleidsnota Justitie 2021 en Regeerakkoord Vivaldi, Luik Justitie.

¹⁹ Yves LIEGÉOIS & Frank BLEYEN, *“Na een schijnhuwelijk en een schijnscheiding thans een gedwongen opname? Of de (uitoefening) van de rechten van de natuurlijke personen bij de verwerking van diens persoonsgegevens in het strafproces”*, *Nullum Crimen*, December 2020; Epiloog en slotwoord.

Inzetten op digitalisering is uiteraard extreem nodig. Op organisatorisch vlak is het een onmisbaar hulpmiddel dat bovendien kan bijdragen tot het beter garanderen van rechten indien deze in duidelijke wetteksten gegoten zijn²⁰. Het blijft echter een hulpmiddel dat de structuren van het recht niet vervangt en niet recht maakt wat krom is.

Nu het belang van de spijtoptantenregeling nogmaals brandend in het nieuws kwam mag van de wetgever verwacht worden dat hij het werk dringend opnieuw ter hand zou nemen.

²⁰ Denk bijvoorbeeld aan artikel 21bis Sv. en het recht om inzage te krijgen in het strafdossier of er een afschrift van te kunnen vragen.