

## INHOUD

1. Inleiding
2. De spijtoptant
  - 2.1. Definitie
  - 2.2. Lijst misdrijven
  - 2.3. Rechtspersonen
  - 2.4. Minderjarigen
  - 2.5. Internering
  - 2.6. [Recht van verdediging](#)
3. Inhoud van de toezegging van het openbaar ministerie in het kader van de uitoefening van de strafvordering
  - 3.1. [Proportionaliteitstoets](#)
  - 3.2. [Subsidiariteitstoets – interpretatie van het Grondwettelijk Hof](#)
  - 3.3. Effect van de proportionaliteit
    - 3.3.1. [Lagere strafmaat](#)
    - 3.3.2. [Sui generis regeling](#)
  - 3.4. Toepassing tijdens het opsporingsonderzoek? Seponering ?
4. Het memorandum
  - 4.1. Inhoud – [bevoegdheid van het Openbaar Ministerie](#)
  - 4.2. Interne procedure
  - 4.3. Afsluiting van het memorandum
    - 4.3.1. [Bijstand advocaat](#)
    - 4.3.2. [Aantal exemplaren](#)
    - 4.3.3. [Rol van de federale procureur](#)
    - 4.3.4. [Rol van de onderzoeksrechter](#)
  - 4.4. [Voeging van het memorandum aan het strafdossier – termijn – interpretatie van het Grondwettelijk Hof](#)
5. De verklaring
  - 5.1. [Tijdstip en voorbereiding](#)
  - 5.2. [Bewijswaarde](#)
6. De bekrachtiging van het memorandum
  - 6.1. [Inhoud van de rechterlijke controle – art. 215/5 § 3](#)
  - 6.2. Procedure van bekrachtiging – bevoegde rechter
    - 6.2.1. [Korthedshalve](#)
    - 6.2.2. [Genese van de wettekst](#)
    - 6.2.3. [De lege lata en de lege ferenda](#)
  - 6.3. Procedure van bekrachtiging – rechten van partijen
    - 6.3.1. [Algemeen](#)
    - 6.3.2. [Bereidheid tot vergoeding van de schade](#)
    - 6.3.3. [Bekrachtiging door het onderzoeksgerecht – regeling van de rechtspleging](#)
    - 6.3.4. [Bekrachtiging van een memorandum in de fase van de feitenrechter; na dagvaarding van het openbaar ministerie](#)
  - 6.4. [Geen rechtsmiddel](#)
  - 6.5. [Vervangende straf](#)
    - 6.5.1. [Strafmaat](#)

- 6.5.2. Rechtsmiddel
- 7. Tijdstip van vervolging van de spijtoptant
- 8. De afwijzing – niet bekrachtiging van het memorandum
  - 8.1. Motivering
  - 8.2. Procedure na afwijzing van het memorandum
    - 8.2.1. Nieuw memorandum
    - 8.2.2. Geen nieuw memorandum
      - 8.2.2.1. Welke rechter
      - 8.2.2.2. Lot van de opgestelde documenten en mededelingen
      - 8.2.2.3. Geen rechtsmiddel tegen de afwijzing van het memorandum
- 9. De herroeping
  - 9.1. Twee onderscheiden procedurele scenario's
  - 9.2. Algemene bepaling – gronden van herroeping
  - 9.3. De herroeping in een beginfase van het strafonderzoek
  - 9.4. De herroeping na bekrachtiging
    - 9.4.1. Algemeen
    - 9.4.2. Termijn / materiële vergissingen in de wettekst
      - 9.4.2.1. Regel
      - 9.4.2.2. Niet naleving van de voorwaarden *bedoeld in artikel 216/3 Sv.*
      - 9.4.2.3. Niet naleving van de voorwaarden *bedoeld in artikel 216/3 (§1) 4° en 5° Sv.* – minimum termijn
  - 9.5. Procedure
- 10. Niet correctionaliseerbare misdaden
- 11. Toezegging van het openbaar ministerie over de strafuitvoering
- 12. Toezegging van het openbaar ministerie in de fase van de hechtenis
- 13. Parlementair toezicht
- 14. Beschermingsmaatregelen
- 15. De spijtoptant die eveneens burgerinfiltrant is
- 16. Epiloog en conclusie

## 1. Inleiding

De wet van 22 juli 2018<sup>1</sup> voegde een hoofdstuk II ter in Boek II, Titel I van het Wetboek van strafvordering, luidende “*Toezeggingen in het kader van de strafvordering, de strafuitvoering of de hechtenis wegens het afleggen van een verklaring*”. De spijtoptantenregeling wordt door de wetgever beschouwd als het sluitstuk in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit en het terrorisme naast de invoering van de bijzondere opsporingsmethode “burgerinfiltratie”<sup>2</sup>.

Het EHRM oordeelde dat het recht op een eerlijk proces niet in de weg staat aan het gebruik van spijtoptanten tijdens het vooronderzoek indien de aard van de misdrijven zulks noodzakelijk. Er dienen evenwel adequate en voldoende waarborgen te bestaan tegen misbruiken, waarbij werd verwezen naar de afwezigheid van anonimiteit, het bestaan van concorderende bewijsmiddelen, het verhoor in openbare zitting en de opname van alle elementen in het strafdossier op basis waarvan een tegensprekelijk debat wordt georganiseerd<sup>3</sup>.

De wet van 22 juli 2018 heeft getracht al deze waarborgen te voorzien. De uitgewerkte procedure lijkt echter op meerdere punten moeilijk in te passen in de huidige strafrechtspleging.

Het Grondwettelijk Hof heeft bij arrest van 6 februari 2020 de beroepen tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van de wet van 22 juli 2018 verworpen<sup>4</sup>. De opgeworpen grieven hadden in werkelijkheid slechts betrekking op de artikelen 4, 6, 8 en 12 van de wet. Het Hof heeft zijn onderzoek beperkt tot de bepalingen waartegen daadwerkelijk grieven zijn gericht. Het gaat dus enerzijds slechts om een gedeeltelijke toets van de wet, en anderzijds koppelt het Hof enkele interpretaties aan de verwerping van de beroepen. Op dit alles wordt verder ingegaan.

De hoofdvraag is hoe deze nieuwe procedure eigenlijk moet ingepast worden in het raam van de bestaande strafrechtspleging. In deze bijdrage wordt getracht hierop een antwoord te geven. Een grondige ontleding van de wet leidt dan weer tot meerdere vragen. Bovendien is een wetsevaluatie na een tijdsspanne van ruim twee jaar en een eerste toets van het Grondwettelijk Hof zeker aan de orde.

## 2. De spijtoptant

### 2.1. Definitie

De kerngedachte wordt weergegeven in artikel 216/1 Sv. De procureur des Konings kan aan een persoon die substantiële, onthullende, oprechte en volledige verklaringen aflegt inzake de betrokkenheid van derden en desgevallend de eigen betrokkenheid, over gepleegde of gepoogde misdrijven bedoeld in artikel 90ter, §§ 2 tot 4, en die zijn opgenomen in een memorandum, een toezegging verlenen in het kader van de uitoefening van de strafvordering, in het kader van de strafuitvoering of in het kader van de hechtenis

<sup>1</sup> Wet van 22 juli 2018 tot wijziging van het Wetboek van strafvordering betreffende toezeggingen in het kader van de strafvordering, de strafuitvoering of de hechtenis wegens het afleggen van een verklaring in het kader van de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit en het terrorisme (B.S. 7 augustus 2018).

<sup>2</sup> DOC 54 3016/004 – Verslag van de eerste lezing namens de commissie voor de Justitie, p. 9.

<sup>3</sup> EHRM 17 januari 2017, HABRAN en DALEM t. België.

<sup>4</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.2.1; B.2.5 en B.2.6.

mits het onderzoek zulks vereist en de overige middelen van het onderzoek niet lijken te volstaan om de waarheid aan de dag te brengen.

De mogelijkheid een toezegging te doen behoort ook, ten aanzien van dezelfde misdrijven, aan de arbeidsauditeur, de federale procureur en de procureur-generaal in hoger beroep en, ten aanzien van de personen bedoeld in de artikelen 479 en 483 aan de procureur-generaal bij het hof van beroep. Tijdens de procedure in cassatie is allicht geen overeenkomst met een spijtoptant meer mogelijk, aangezien de zaak reeds voor de feitenrechter is behandeld en de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie een louter adviserende taak heeft in de procedure<sup>5</sup>, en de strafvordering niet uitoefent. In geval van cassatie met verwijzing van de zaak kan de procureur-generaal bij het hof van beroep wel nog een overeenkomst met een spijtoptant sluiten.

Uit de verdere opbouw van de wet blijkt dat enkel het openbaar ministerie moet oordelen over de subsidiariteit, en dus over het feit of het onderzoek vereist om beroep te doen op een spijtoptant, en of de overige middelen van het onderzoek niet lijken te volstaan om de waarheid aan de dag te brengen. Dit wordt verder besproken onder punt 3.2.

Tijdens het parlementair debat werd er herhaalde malen op gewezen dat de term “spijtoptant” slecht gekozen is. Er werd onderstreept dat de praktijk in andere landen heeft uitgewezen dat de betrokken personen veeleer op wraak lijken uit te zijn dan spijt te betuigen<sup>6</sup>. De term werd steeds vervangen door te verwijzen naar “de persoon bedoeld in artikel 216/1 Sv.”<sup>7</sup>. In het raam van de verdere uiteenzetting wordt korthedshalve de term “spijtoptant” gebruikt.

## 2.2. Lijst misdrijven

De verklaring van de spijtoptant moet gepleegde of gepoogde misdrijven bedoeld in artikel 90ter, §§ 2 tot 4 Sv. tot voorwerp hebben. Op deze ruime omschrijving is kritiek geformuleerd. Sommige parlementsleden achtten de lijst te uitgebreid omdat de regeling daardoor op het hele Strafwetboek zou kunnen toegepast worden<sup>8</sup>. Volgens professor Frank Verbruggen ging de lijst niet ver genoeg en zou de regeling ook voor een dodelijk verkeersongeval moeten kunnen gelden. In het raam van een recente studiedag werd opgemerkt dat de spijtoptantenregeling precies interessant zou kunnen zijn in het raam van ernstige misdrijven in de financiële sector<sup>9</sup>.

Tijdens de parlementaire behandeling stelde de minister van Justitie<sup>10</sup> dat artikel 90ter Sv. 45 misdrijven omvat en het bij nader inzien moeilijk valt uit te maken welke soorten misdrijven niet de hulp van een spijtoptant verdienen. De minister haalde een hele reeks voorbeelden uit die lijst aan en stelde dat deze hoe dan ook het vertrekpunt voor elke reflectie zal zijn omdat deze lijst het resultaat is van rijp beraad. Hij onderstreepte dat die misdrijven van dergelijke aard zijn dat een ingrijpende inbreuk in het privéleven verantwoord is om ze op te lossen. Verder onderstreepte hij dat die lijst wordt gebruikt als

<sup>5</sup> Zie hierover J.-M. PIRET, “Het parket van cassatie”, rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1994, *R.W.* 1994-95, 1180; D. VANDERMEERSCH, “La place et le rôle du ministère public dans l’instance en cassation”, *R.D.P.* 2009, 780-792, M. DE SWAEF, “Cassatie en het Openbaar Ministerie”, in *Cassatie in strafzaken*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 127-129.

<sup>6</sup> DOC 54 3016/004, p. 9; p. 68.

<sup>7</sup> DOC 54 3016/002, Amendementen, p. 7.

<sup>8</sup> DOC 54 3016/004 – Verslag van de eerste lezing namens de commissie voor de Justitie, p. 31-34.

<sup>9</sup> «Les collaborateurs de justice », Studiedag georganiseerd door GREPEC op 19 maart 2021; THIBAUT SLINGENEYER « Les collaborateurs de Justice – Collaborer avec la justice en échange d’une récompense de nature pénale », *Les Cahiers du GEPS*, éditions Politeia, Bruxelles, 2020.

<sup>10</sup> DOC 54 3016/004 – Verslag van de eerste lezing namens de commissie voor de Justitie, p. 33.

voorwaarde voor een observatie, een infiltratie, een telefoontap, een anonieme getuigenis en de bescherming van getuigen. De lijst werd dus niet lichtzinnig opgesteld.

Aanvankelijk werd de spijtoptantenregeling bedoeld om de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit en het terrorisme aan te gaan. Er werd hierbij ook verwezen naar de invoering van de bijzondere opsporingsmethode “burgerinfiltratie”<sup>11</sup>. In het raam van de burgerinfiltratie werd de scope echter beperkt tot “strafbare feiten bedoeld in artikel 90ter, §§ 2 tot 4 Sv., met uitzondering van artikel 90ter, § 2, 11° Sv, op voorwaarde dat zij gepleegd zijn of zouden gepleegd worden in het kader van een criminele organisatie als bedoeld in artikel 324bis van het Strafwetboek, of een van de strafbare feiten bedoeld in boek 2, titel I ter van het Strafwetboek”<sup>12</sup>.

In het aanvankelijk wetsontwerp werden de misdrijven gepleegd in het kader van een criminele organisatie zoals bedoeld in artikel 324bis Sw. bijkomend vermeld<sup>13</sup>. Die zinsnede werd weggelaten omdat hij voor verwarring zorgde samen gelezen met 90ter, §§ 2 tot 4 Sv.<sup>14</sup>

Het Grondwettelijk Hof merkte op<sup>15</sup> dat de wetgever “de invoering van een algemene wettelijke regeling voor spijtoptanten in het kader van de bestrijding van de zware en georganiseerde criminaliteit” beoogde en onderstreepte dat “zelfs indien bepaalde van de opgesomde misdrijven niet onder de strikte omschrijving van “zware en georganiseerde criminaliteit” ressorteren, het tot de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever behoort om het toepassingsgebied van de spijtoptantenregeling vast te stellen”<sup>16</sup>.

Het Grondwettelijk Hof stelde verder dat uit geen enkel gegeven blijkt dat de vermelding of niet-vermelding van een bepaald misdrijf in de voormelde opsomming kennelijk onredelijk zou zijn. “Het feit dat bijvoorbeeld valsheid in informatica in de lijst is vermeld (artikel 90ter, § 2, 7°, van het Wetboek van strafvordering), terwijl valsheid in geschrifte niet is vermeld, kan weliswaar als weinig coherent worden beschouwd, maar niet als discriminerend”.

Het Grondwettelijk Hof onderstreepte bovendien dat<sup>17</sup> de vaststelling dat de regeling van de burgerinfiltratie, zoals bepaald in artikel 47novies/1 van het Wetboek van strafvordering, een meer gerichte omschrijving van de beoogde misdrijven bevat<sup>18</sup> en dat de spijtoptantenregeling niet in het opsporingsonderzoek zou<sup>19</sup> kunnen worden toegepast, in het licht van de appreciatiebevoegdheid van de wetgever niet kan volstaan om tot een ongrondwettigheid te besluiten”.

<sup>11</sup> DOC 54 3016/004 – Verslag van de eerste lezing namens de commissie voor de Justitie, p. 9.

<sup>12</sup> Wet van 22 juli 2018 tot wijziging van het Wetboek van strafvordering en van de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering met het oog op het invoeren van de bijzondere opsporingsmethode burgerinfiltratie; *B.S.7 augustus 2018*; zie artikel 47novies/1, § 1 eerste lid Sv. ingevoegd bij artikel 5 van voormelde wet.

<sup>13</sup> DOC 54 3016/001, p. 62 en 99.

<sup>14</sup> DOC 54 3016/003, amendement 2 en 11 van dhr Terwingen c.s.. Artikel 90ter, § 2, 11° Sv. vermeldt immers reeds de artikelen 324bis en 324ter Sv.

<sup>15</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.11.2.; DOC 54-3016/001, p. 5.

<sup>16</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.11.3.

<sup>17</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.11.4.

<sup>18</sup> Artikel 47novies/1 Sv. verwijst naar de strafbare feiten bedoeld in artikel 90ter, §§ 2 tot 4, met uitzondering van artikel 90ter, § 2, 11°, op voorwaarde dat zij gepleegd zijn of zouden gepleegd worden in het kader van een criminele organisatie als bedoeld in artikel 324bis van het Strafwetboek, of een van de strafbare feiten bedoeld in boek 2, titel I ter van het Strafwetboek.

<sup>19</sup> In de voorwaardelijke zin geschreven, en dus geen affinitie!

### 2.3. Rechtspersonen

De memorie van toelichting stelt dat rechtspersonen die strafrechtelijk aansprakelijk kunnen gesteld worden, eveneens als spijtoptant kunnen gekwalificeerd worden<sup>20</sup>. Dit zou impliceren dat de verklaringen zullen moeten worden afgelegd door een natuurlijke persoon die de rechtspersoon rechtsgeldig kan vertegenwoordigen vermits het gaat om de betrokkenheid van derden en desgevallend de eigen betrokkenheid bij misdrijven. Gelet op de procedure van bekrachtiging en deze van de vervangende straf lijkt het om die reden aangewezen een lasthebber ad hoc aan te stellen, in de zin van art. 2bis V.T.Sv.

### 2.4. Minderjarigen

Geen enkele bepaling van de spijtoptantenregeling sluit de toepassing ervan uit ten aanzien van minderjarigen. Vermits de spijtoptantenregeling uitgaat van een onderhandelde strafvermindering kan ze enkel worden toegepast indien een strafsanctie aan de orde is. Dit heeft tot gevolg dat deze regeling enkel zou kunnen toegepast worden ten aanzien van uithandengegeven minderjarigen. minderjarigen (art. 57bis § 1 wet 8 april 1965, gewijzigd door art. 7 Decreet 24 september 2019, B.S. 1 oktober 2019, thans geldend recht, en art. 38 Decreet 15 februari 2019, B.S. 26 april 2019, toekomstig recht, gelet op art. 10 Decreet 24 september 2019). Vanaf 1 september 2019 geldt voor minderjarigen met gezinsverblijfplaats in het Vlaams Gewest het jeugddelinquentierecht, waarbij de jeugdrechter een maatregel of sanctie oplegt, als 'reactie op het jeugddelict', rekening houdend met criteria zoals de ernst van de feiten, de persoonlijkheid van de minderjarige en zijn leefsituatie (art. 2, 16 § 1, 20 § 2, 2 § 2 en 89 Decreet 15 februari 2019). Het gaat niet om strafsancties, wat leedtoevoeging veronderstelt, maar om constructieve 'reacties', die voor alle partijen humaan, zinvol en zingevend moeten zijn (art. 3 § 2, 2° Decreet 15 februari 2019)<sup>21</sup>. Zolang de minderjarige onder toezicht staat van de jeugdrechtbank kan de spijtoptantenregeling dan ook niet worden toegepast.

### 2.5. Internering

De internering is een maatregel ter bescherming van de geestesgestoorde beklagde en de maatschappij en geen strafsanctie. Bovendien is het een maatregel waarover niet kan onderhandeld worden in de zin van een kortere duur. Ze valt volledig buiten de spijtoptantenregeling.

### 2.6. Recht van verdediging

In een arrest tegen België heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geoordeeld<sup>22</sup> *“dat het Verdrag niet belet dat in het stadium van het vooronderzoek en wanneer de aard van het misdrijf dat kan rechtvaardigen, wordt gesteund op bronnen zoals anonieme informanten. Het latere gebruik van dergelijke bronnen door de feitenrechter om een veroordeling te gronden, doet evenwel een ander probleem rijzen en is slechts aanvaardbaar wanneer het gepaard gaat met gepaste en voldoende waarborgen tegen misbruiken en met name met een duidelijke en voorzienbare procedure om de desbetreffende onderzoeksmaatregelen toe te staan, ten uitvoer te leggen en te controleren”*.

<sup>20</sup> DOC 54 3016/001, p. 37.

<sup>21</sup> J. PUT, "Het Vlaamse jeugddelinquentierecht in essentie", in *Het Vlaamse jeugddelinquentierecht*, Brussel, Larcier, 2019, 15; B. DE SMET, *Het jeugddelinquentierecht in Vlaanderen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 7-16.

<sup>22</sup> EHRM, 17 januari 2017, Habran en Dalem t. België, § 101; Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.14.3.

Het Europees Hof bracht daarbij met name in rekening dat de betrokken spijtoptanten niet anoniem waren<sup>23</sup> en dat hun verklaringen steun vonden in andersoortige bewijsmiddelen<sup>24</sup>.

Het Grondwettelijk Hof merkte op dat die voorwaarden worden gewaarborgd in de bestreden regeling respectievelijk door artikel 216/4, § 3 en § 2, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering<sup>25</sup>, en onderstreepte tevens dat het van essentieel belang is dat de personen die in de verklaringen van de spijtoptant worden geviseerd, de gelegenheid krijgen de betrouwbaarheid van de spijtoptanten en de inhoud en geloofwaardigheid van hun verklaringen in de loop van de procedure te betwisten<sup>26</sup>

Er wordt ook verwezen naar hetgeen verder wordt uiteengezet in verband met de termijn van neerlegging van het memorandum in het strafdossier en de herroeping (zie punt 4.4).

### **3. Inhoud van de toezegging van het openbaar ministerie in het kader van de uitoefening van de strafvordering**<sup>27</sup>

#### **3.1. Proportionaliteitstoets**

Het openbaar ministerie kan, mits het wordt vermeld in een memorandum, met inachtneming van de proportionaliteit ten aanzien van het door de spijtoptant<sup>28</sup> gepleegde misdrijf en ten aanzien van het misdrijf waarover verklaringen worden afgelegd, daarbij in het bijzonder rekening houdend met de ernst van de eventuele gevolgen, bepaalde toezeggingen doen waarop verder wordt ingegaan.

De toezegging moet dus rekening houden met de proportionaliteit tussen het toegekende voordeel ten aanzien van het door de spijtoptant gepleegde misdrijf, en de misdrijven waarover deze een verklaring wil afleggen, waarbij bovendien de ernst van de gevolgen doorweegt<sup>29</sup>. De toelichting stelt daarover: *“Telkenmale moet er in het bijzonder rekening worden gehouden met de ernst van de gevolgen van het door de spijtoptant aangebrachte misdrijf(en) en van de misdrijven die daar verder uit voortkomen. Het is logisch dat verklaringen die ertoe leiden dat misdrijven kunnen ophouden te bestaan, ernstigere misdrijven kunnen voorkomen, levens kunnen gespaard worden en zware letsels vermeden kunnen worden, in het bijzonder van belang zijn”*.<sup>30</sup>

De tekst van de wet verwijst ook expliciet naar het door de spijtoptant gepleegde misdrijf. De proportionaliteit omvat bijgevolg een gezamenlijke evaluatie van al deze factoren, wat belangrijk is in het licht van de omvang van de controle van de rechter aan dewelke het memorandum waarin de toezegging wordt opgenomen ter bekrachtiging wordt voorgelegd (zie punt 6.1 verder).

<sup>23</sup> EHRM, 17 januari 2017, Habran en Dalem t. België, § 104.

<sup>24</sup> EHRM, 17 januari 2017, Habran en Dalem t. België, § 105.

<sup>25</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.14.3.

<sup>26</sup> EHRM, 17 januari 2017, Habran en Dalem t. België, § 113; Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.14.3.

<sup>27</sup> Art. 11 van de wet van 22 juli 2018 heeft in het nieuwe hoofdstuk IIter, een afdeling V ingevoegd, luidende "Toezegging van het openbaar ministerie in het kader van de uitoefening van de strafvordering".

<sup>28</sup> Persoon bedoeld in artikel 216/1.

<sup>29</sup> DOC 54 3016/001, Memorie van toelichting, p. 26.

<sup>30</sup> DOC 54 3016/001, Memorie van toelichting, p. 27.

### 3.2. Subsidiariteitstoets – interpretatie van het Grondwettelijk Hof

Het Grondwettelijk Hof stelt in zijn arrest van 6 februari 2020 dat de bewijsgaring bestaat uit onthullingen, die in ruil voor een toezegging worden gedaan, zoals bepaald in een memorandum. Verder stelt het met verwijzing naar de parlementaire voorbereiding dat het openbaar ministerie zich in de beste positie bevindt om na te gaan of het beroep op een spijtoptant in een bepaald onderzoek noodzakelijk is en of de spijtoptant daadwerkelijk nuttige informatie aanlevert<sup>31</sup>.

De procureur des Konings kan slechts een beroep doen op die methode indien de overige middelen van het onderzoek niet lijken te volstaan om de waarheid aan het licht te brengen<sup>32</sup>. Hij dient met andere woorden de subsidiariteit van het middel te eerbiedigen. Dit betekent dat de magistraat “*in abstracto*” de subsidiariteit moet beoordelen, doch niet eerst alle andere methoden moet hebben aangewend vooraleer hij de methode gebruikt die hem het efficiënts lijkt<sup>33</sup>. Volgens de memorie van toelichting betreft het een opportuniteitsbeslissing die door het openbaar ministerie moet beoordeeld worden<sup>34</sup>. De subsidiariteitstoets werd om die reden niet opgenomen in de opsomming van de door de rechter te controleren elementen in het raam van de procedure van bekrachtiging waarover verder sprake. Het Grondwettelijk Hof heeft dit genuanceerd in zijn arrest van 6 februari 2020.

De memorie van toelichting stelde dat de voorwaarde van subsidiariteit niet valt onder de controlebevoegdheid van het bevoegde onderzoeks- of vonnisgerecht<sup>35</sup>. Het Grondwettelijk Hof merkt evenwel op dat de vaststelling dat de procureur des Konings – binnen de perken van de bestreden regeling – vermag te bepalen in welke individuele gevallen hij een toezegging verleent, **hem niet toestaat het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie te miskennen of op willekeurige wijze te beslissen welke personen in aanmerking komen voor de spijtoptantenregeling**<sup>36</sup>. Het arrest stelt verder dat de toezegging door het openbaar ministerie dient te worden gemotiveerd en het bevoegde onderzoeks- of vonnisgerecht dient na te gaan of de wettelijke voorwaarden en de proportionaliteit van de toezegging zijn nageleefd<sup>37</sup>.

Het Grondwettelijk Hof **onderstreept dat het verbod van willekeur** evenwel tot de **wettelijke waarborgen behoort in een rechtsstaat**, en stelt: “*Het komt om die reden het bevoegde onderzoeks- of vonnisgerecht toe na te gaan of toepassing van de spijtoptantenregeling noodzakelijk is om de waarheid aan het licht te brengen en of de gelijke behandeling van alle in het onderzoek betrokken personen is nageleefd. De opportuniteit van de toepassing van de spijtoptantenregeling, wanneer aan alle wettelijke voorwaarden is voldaan, behoort daarentegen louter tot de bevoegdheid van het openbaar ministerie. De procureur des Konings kan evenwel geen memorandum afsluiten zonder de voorafgaande instemming van de bevoegde procureurs-generaal, noch zonder het voorafgaande advies van de federale procureur en van de getuigenbeschermingscommissie (artikel 216/2, § 2, van het Wetboek van strafvordering, zoals ingevoegd bij het bestreden artikel 6)*”

<sup>31</sup> Parl. St., Kamer, 2017-2018, DOC 54-3016/001, pp. 23 en 26; Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.7.2.

<sup>32</sup> Artikel 216/1, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering, zoals ingevoegd bij artikel 4 van de bestreden wet.

<sup>33</sup> DOC 54 3016/001, p. 28; DOC 54 3016/004, p. 58.

<sup>34</sup> DOC 54 3016/001, p. 28.

<sup>35</sup> DOC 54 3016/001, Memorie van toelichting, p. 30, 35 en 50.

<sup>36</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.7.3.

<sup>37</sup> Artikel 216/5, § 3 Sv. ingevoegd bij artikel 12 van de wet van 22 juli 2018.



Het Grondwettelijk besluit dat onder voorbehoud van deze interpretatie, de middelen niet gegrond zijn <sup>38</sup>. Het gaat hier om een bindende interpretatie.

### 3.3. Effect van de proportionaliteit

#### 3.3.1. Lagere strafmaat?

Art. 216/5, § 1 Sv. bepaalt de mogelijkheden van vermindering van de strafmaat die kan toegezegd worden en het gevolg is van de proportionaliteitsoefening. Die strafvermindering wordt toegepast op het misdrijf dat door de spijtoptant werd gepleegd.

Het openbaar ministerie kan mits de proportionaliteitsafweging te maken en te motiveren, de volgende toezeggingen maken:

- 1° een onmiddellijk lagere straf toezeggen met toepassing van een strafvermindering overeenkomstig de artikelen 80 en 81 van het Strafwetboek, inzake de door de spijtoptant gepleegde of gepoogde misdaden met geweld of bedreiging en de misdaden vervat in titel 1ter van boek 2 van het Strafwetboek;

Artikel 216/5, § 1 Sv. bepaalt dat de toezegging van het openbaar ministerie inzake de door de spijtoptant gepleegde of gepoogde misdaden met geweld of bedreiging en de misdaden vervat in titel 1ter van boek 2 van het Strafwetboek de toepassing van een onmiddellijk lagere straf behelzen overeenkomstig de artikelen 80 en 81 van het Strafwetboek. Wat de interpretatie van deze bepaling betreft merkte professor Verbruggen tijdens de hoorzitting op dat voor de zwaarste misdrijven het de bedoeling leek dat slechts de “eerstvolgende lagere straf” kan worden toegezegd en stelde een tekst voor die ongeveer overeenkomt met de huidige wettekst.

De memorie van toelichting stelt in dat verband dat de toezeggingen die door de procureur des Konings kunnen verricht worden in het kader van de strafvordering wettelijk begrensd zijn, en dat wat misdaden met geweld of bedreiging betreft en alle terroristische misdaden die niet gecorrectionaliseerd worden, een strafvermindering wordt toegepast overeenkomstig de verzachtende opstandigheden volgens artikelen 80 en 81 van het Strafwetboek<sup>39</sup>.

Artikel 80 en 81 Sw. – zoals gewijzigd bij de wet van 5 februari 2016<sup>40</sup> – maakt het mogelijk als het gaat om een misdaad gesanctioneerd met de hoogste criminele straffen binnen de werking van verzachtende omstandigheden een lagere straf te voorzien gaande tot minimum een gevangenisstraf van drie jaar.

Bij toezeggingen inzake vrijheidsbenemende straffen is in het achterhoofd te houden dat in een latere fase een vervangende straf moet gevorderd worden voor de bevoegde rechtbank of het bevoegde hof. De vervangende straf komt verder aan bod. Het is echter nuttig er reeds nu op te wijzen dat bij het vorderen en opleggen van de vervangende straf rekening is te houden met de gewone bevoegdheidsregels. De correctionele rechtbank is **immers** niet bevoegd om een criminele straf uit te spreken als vervangende straf, en

<sup>38</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.9 en B.7.3.

<sup>39</sup> DOC 54 2016/001, p. 47. De memorie van toelichting stelt: “Dit betekent dat een eerstvolgende lagere straf wordt toegepast (bv. levenslange opsluiting/hechtenis wordt vervangen door een opsluiting/hechtenis van 30 jaar; opsluiting van 30 jaar wordt vervangen door een straf van 20 jaar, 20 jaar wordt vervangen door 15 jaar,...)”. Deze uitleg strookt niet met huidig artikel 80 Sw.

<sup>40</sup> 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.

evenmin bevoegd ten aanzien van niet correctionaliseerbare misdaden. De memorie van toelichting onderstreept expliciet: “De regeling doet geen afbreuk aan de materiële en territoriale bevoegdheidsverdeling van de hoven en rechtbanken”.<sup>41</sup>. Op de [te volgen procedure bij](#) (niet correctionaliseerbare) criminele zaken die aan het hof van assisen moet worden voorgelegd ([art. 2 wet 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden](#)) wordt verder ingegaan (zie punt 10).

- 2° een lagere straf toezeggen met toepassing van een strafvermindering overeenkomstig artikel 85 van het Strafwetboek, inzake de door de spijtoptant gepleegde of gepoogde wanbedrijven met geweld of bedreiging en de wanbedrijven vervat in titel 1ter van boek 2 van het Strafwetboek;

Dit houdt in dat gevangenisstraffen, werkstraffen, autonome probatiestrafpen en de geldboeten respectievelijk tot beneden acht dagen, vijfenveertig uren, twaalf maanden en zesentwintig euro kunnen worden verminderd, zonder dat zij lager mogen zijn dan politiestrafpen.

- 3° een eenvoudige schuldigverklaring, dan wel een straf die lager kan zijn dan de wettelijk bepaalde minimumstraf, dan wel een straf onder elektronisch toezicht, een werkstraf of een autonome probatiestraf toezeggen, inzake de door de spijtoptant gepleegde misdaden zonder geweld of bedreiging en wanbedrijven zonder geweld of bedreiging, met uitsluiting van de misdaden en wanbedrijven vervat in titel 1ter van boek 2 van het Strafwetboek;

De memorie van toelichting preciseert hierover dat deze bepaling een autonome draagwijdte heeft en de voorwaarden van de artikelen 37ter tot 37undecies Sv. dus niet dienen te worden voldaan<sup>42</sup>.

Deze bepaling opent de beperkte mogelijkheid de eenvoudige schuldigverklaring als strafuitsluiting toe te zeggen. Dit heeft echter tot gevolg dat een opschorting of een buitenvervolginstelling niet het voorwerp kan uitmaken van een toezegging van het openbaar ministerie.

- 4° een verminderde geldboete, zelfs onder het wettelijk bepaalde minimum, of bijzondere verbeurdverklaring, zelfs bij een verplichte verbeurdverklaring, doch met uitzondering van de verbeurdverklaring van stoffen en voorwerpen die de openbare veiligheid of de veiligheid van personen in het gevaar brengen, toezeggen.

Deze laatste toezeggingen zijn van algemene gelding nu de wet ze niet koppelt aan bepaalde misdrijven.

Artikel 216/5 bepaalt verder dat er geen toezeggingen kunnen worden verricht over de straffen bedoeld in de artikelen 31 tot 34 van het Strafwetboek. Daardoor worden de sancties van ontzetting geïnviseerd. Artikel 216/5, § 1 Sv. heeft echter geen betrekking op verboden of ontzettingen uit bepaalde rechten gegrond op andere wetsbepalingen zoals bijvoorbeeld het Koninklijk besluit nr. 22 van 24 oktober 1934 betreffende het rechterlijk verbod aan bepaalde veroordeelden en gefailleerden om bepaalde ambten, beroepen of

<sup>41</sup> DOC 54 3016/001, p. 49; hierbij is op te merken dat de memorie van toelichting hieraan toevoegde: “*Het onderzoeksgerecht kan zich uitspreken over de toezegging indien het bevoegd is om deze uitspraak te gronde te doen (bvb. Een eenvoudige schuldigverklaring). In alle andere gevallen verwijst het onderzoeksgerecht de spijtoptant onverwijld naar de bevoegde rechtbank of het hof teneinde de toegezegde straf uit te spreken*”. Er werd reeds onderstreept dat de uiteindelijke wettekst volkomen verschilt van deze aanvankelijke visie.

<sup>42</sup> DOC 54 2016/001, p. 48.

werkzaamheden uit te oefenen<sup>43</sup>. Vermits deze verboden en facultatieve ontzettingen gericht zijn op de voorkoming van recidive is voorzichtigheid geboden bij het eventueel onderhandelen daarover in het raam van de spijtoptantenregeling.

Uit het voorgaande volgt dat het openbaar ministerie de toezeggingen met redenen moet omkleden. Bovendien moeten de toezeggingen het voorwerp uitmaken van een memorandum.

Er is in herinnering te brengen dat mogelijk toepassing te maken is van andere straf-uitsluitende of straf-verminderende stelsels van verschoningsgronden in hoofde van verdachten die het bestaan van bepaalde misdrijven of de identiteit van mededaders of medeplichtigen aan de overheid ter kennis brengen<sup>44</sup>. Indien de wettelijke toepassingsvoorwaarden van deze verschoningsgronden voorhanden zijn moeten ze toegepast worden. Indien het om straf-uitsluitende verschoningsgronden gaat kunnen ze niet gecombineerd worden met de spijtoptantenregeling. Indien de toepassingsvoorwaarden niet verenigd zijn bijvoorbeeld omdat een onthulling plaats vond nadat de vervolging reeds was ingesteld is er eventueel een ruimte voor de toepassing van de spijtoptantenregeling.

### 3.3.2. Sui generis regeling

In het raam van de vernietigingsprocedure voor het Grondwettelijk Hof werd aangevoerd dat de eenvoudige schuldigverklaring niet behoort tot de verschillende soorten straffen, opgesomd in artikel 7 van het Strafwetboek en enkel is voorzien wanneer de duur van de strafvervolging de redelijke termijn overschrijdt<sup>45</sup>. Er werd tevens aangevoerd dat de werkstraf en de autonome probatiestraf wel zijn opgenomen in artikel 7 van het Strafwetboek, maar de nadere bepalingen van het Strafwetboek inzake de werkstraf<sup>46</sup> en inzake de autonome probatiestraf<sup>47</sup> de toepassing van die straffen uitsluiten voor bepaalde misdaden en wanbedrijven zonder geweld.

Het Grondwettelijk Hof onderstreepte dat de wetgever met de bestreden bepaling zelf in een uitzondering op de algemene regeling heeft voorzien, zodat geen afbreuk is gedaan aan het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel. De vaststelling van de ernst van een misdrijf en van de zwaarwichtigheid waarmee dat misdrijf kan worden bestraft, behoort tot de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever. Hij vermag te oordelen dat het een essentieel onderdeel van een toezegging aan een spijtoptant is, dat de toegezegde straf verschilt van de algemeen geldende straf. Het Grondwettelijk Hof maakte hierbij wel de opmerking dat artikel 216/5, § 1, eerste lid, 3°, van het Wetboek van strafvordering weliswaar als weinig coherent kan worden beschouwd ten aanzien van de artikelen 7, 37quinquies en 37octies van het Strafwetboek, maar de toezegging aan de spijtoptant van een eenvoudige schuldigverklaring, een werkstraf of een autonome probatiestraf voor misdaden en wanbedrijven zonder geweld of bedreiging, met uitzondering van terroristische misdrijven, niet leidt tot een kennelijk onredelijk verschil in behandeling<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> Zie ook o.a. artikel 378, lid 2, 382, § 2 en 3, artikel 382bis Sw.

<sup>44</sup> Zie bijvoorbeeld artikelen 136, 192, 299 en 300, 303-304 en artikel 326 Sw. of nog artikel 411-415 Sw. inzake verschoonbare doodslag, verschoonbare verwondingen en verschoonbare slagen; artikel 10, § 5, van de wet 15 juli 1985 betreffende het gebruik bij dieren van stoffen met hormonale, anti-hormonale, beta-adrenergische of productiestimulerende werking; artikel 6 van de wet van 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van de gifstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, ontsmettingsstoffen en antiseptica, zoals gewijzigd door de wet van 9 juli 1975.

<sup>45</sup> Artikel 21ter van de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering.

<sup>46</sup> Artikel 37quinquies Sw.

<sup>47</sup> Artikel 37octies Sw.

<sup>48</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.20.2 en B.20.3.

### 3.4. Toepassing tijdens het opsporingsonderzoek? Seponering?

In de oorspronkelijke tekst van het ontwerp werd bij de definitie van “spijtoptant” verwezen naar “een verdachte, een in verdenkinggestelde, een beklaagde, een beschuldigde of een veroordeelde persoon”. De Raad van State merkte op dat in meerdere ontworpen bepalingen op meerdere plaatsen naar de fase van vervolging werd verwezen. De Raad van State merkte verder op dat de toepassing ten aanzien van een “verdachte” – dus tijdens het opsporingsonderzoek – in strijd leek met de overige bepalingen van het wetsontwerp waaruit bleek dat de strafvordering reeds op gang dient gebracht te zijn opdat de aan te nemen spijtoptantenregeling zou kunnen worden toegepast<sup>49</sup>.

De gemachtigde van de regering verklaarde in dit verband dat de regeling effectief slechts kan worden toegepast wanneer de strafvordering is ingesteld, en om die reden zou de vermelding “verdachte” worden geschrapt<sup>50</sup>. De vermelding “verdachte” werd dus weggelaten uit de tekst. Het woord “vervolging” verdween later uit meerdere wetsbepalingen maar bleef in art. 216/2 § 1, 4° a) dat de inhoud van het memorandum preciseert en verwijst naar het gerechtelijk arrondissement waar de spijtoptant wordt vervolgd of waar hij veroordeeld is. De definitie zelf van “spijtoptant” in artikel 216/1 Sv. maakt geen onderscheid meer tussen de fases van het strafproces tijdens welke een toezegging zou kunnen gedaan worden. In de uiteindelijke wettekst werd de opsomming van personen in functie van de stand van de procedure<sup>51</sup> volledig weggelaten, zodat daaruit geen argument meer kan geput worden.

De Raad van State merkte verder op dat de ontworpen regeling geen afbreuk doet aan de prerogatieven van het openbaar ministerie inzake seponering<sup>52</sup>. Het College van procureurs-generaal stelde in het advies betreffende het wetsontwerp dat het geen voorstander is van een systeem waarin het klasseren zonder gevolg in ruil voor het meedelen van informatie zou worden geregeld door de wet. Het stelt dat het principe van de opportuniteit van de vervolging volstaat om te kunnen beslissen om geen vervolging in te stellen in ruil voor het meedelen van pertinente informatie in het kader van het uitoefenen van de strafvordering in een bepaalde zaak. De uitvoering van deze mogelijkheid zou dan moeten worden georganiseerd middels een omzendbrief van het College van procureurs-generaal<sup>53</sup>.

De memorie van toelichting stelde daarover hetgeen volgt: “De spijtoptantenregeling doet geen afbreuk aan de seponeringsbevoegdheid van het openbaar ministerie. Het openbaar ministerie kan dus om redenen van opportuniteit steeds beslissen om de strafvordering niet in te stellen, zonder dat dit het voorwerp uitmaakt van een memorandum. De minister van Justitie legt de richtlijnen van het strafrechtelijk beleid vast, inclusief die van het opsporings- en vervolgingsbeleid, en de coherente uitwerking en de coördinatie wordt verzekerd door het College van procureurs-generaal. Indien evenwel, na een seponering, de strafvordering alsnog wordt ingesteld (bijvoorbeeld door de burgerlijke partij), kan de spijtoptantenregeling alsnog worden toegepast”<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> DOC 54 3016/001, p. 86.

<sup>50</sup> DOC 54 3016/001, p. 86-87. Zie eveneens L. VAN PUYENBROECK, “Toezeggingen aan medewerkers met het gerecht. Een eerste analyse van de wet van 22 juli 2018 en de vraag naar de legitimiteit van het gebruik van spijtoptanten”, *Nullum Crimen*, 2019, p. 107. Zie ook verder het hoofdstuk genese van de wettekst waar hierop dieper wordt ingegaan.

<sup>51</sup> DOC 54 2016/001, p. 49.

<sup>52</sup> In verdenkinggestelde, beklaagde, beschuldigde of verdachte.

<sup>53</sup> DOC 54 3016/001, p. 89.

<sup>54</sup> DOC 54 3016/001, Memorie van toelichting, p. 145.

<sup>54</sup> DOC 54 3016/001, Memorie van toelichting, p. 39.

In het raam van het opsporingsonderzoek zou zich nochtans een ander probleem stellen. Stel dat een zogenaamde “spijtoptant” verklaringen inzake de betrokkenheid van derden en desgevallend de eigen betrokkenheid, over gepleegde of gepoogde misdrijven bedoeld in artikel 90ter, §§ 2 tot 4 Sv. zou willen afleggen binnen het raam van een opsporingsonderzoek in ruil voor een seponering en zonder dat een memorandum zou worden afgesloten. Indien nadat de verklaring(en) zijn afgelegd een burgerlijke partijstelling zou tussenkomen met betrekking op de misdrijven die door de spijtoptant werden gepleegd, kan de ontworpen regeling geen toepassing meer vinden. Artikel 216/2, § 7 Sv. stelt immers expliciet dat de “onthullende” verklaring na ondertekening van het memorandum wordt afgelegd.

In zulk geval zou de reeds afgelegde onthullende verklaring niet meer in aanmerking kunnen genomen worden om een toezegging te doen. De spijtoptant zou door deze gang van zaken benadeeld worden en niet meer kunnen genieten van een seponering.

Tijdens de parlementaire behandeling onderstreepte de minister dat een seponering geen toezegging mag zijn<sup>55</sup>. Tijdens de hoorzittingen wees professor Marie-Aude BEERNAERT dat de ontworpen regeling niet bestaanbaar is met een seponeringsbeleid waarbij geen memorandum zou worden opgesteld en het openbaar ministerie zou beslissen geen strafvervolgning in te stellen in ruil voor de samenwerking met een spijtoptant: *“Een dergelijke praktijk is in strijd met het recht op een eerlijk proces, waar de door de spijtoptant in opspraak gebrachte personen recht op hebben: zij zouden immers kunnen worden veroordeeld (soms louter) op grond van verklaringen waarvan de rechter noch de verdediging weten dat ze zijn afgelegd door een spijtoptant in ruil voor strafvermindering”<sup>56</sup>; ... “Dit is dus duidelijk in tegenspraak met de vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM); het EHRM vereist immers transparantie”<sup>57</sup>.*

Er is dus grote voorzichtigheid geboden. Dat het openbaar ministerie tijdens het opsporingsonderzoek toezeggingen zou kunnen doen die geen seponering inhouden doch een strafvermindering, en dit zou kunnen opnemen in een memorandum wordt door de wet echter niet expliciet uitgesloten. Het arrest van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof spreekt zich daar niet expliciet over uit<sup>58</sup>.

Gelet op het feit dat een memorandum door een rechter moet bekrachtigd worden zal deze bekrachtiging inderdaad slechts kunnen plaats vinden nadat de strafvordering is ingesteld. Artikel 216/5, § 3 Sv. bepaalt dat de bevoegde rechtbank of hof eveneens de toezegging kan bekrachtigen. Louter theoretisch zou men kunnen voorhouden dat een memorandum rechtstreeks ter bekrachtiging aan de feitenrechter zou kunnen worden voorgelegd met een rechtstreekse dagvaarding waarbij het openbaar ministerie zowel de bekrachtiging zou vragen als de straf die overeenkomstig art. 216/5, § 2 Sv. van toepassing zou worden indien de voorwaarden opgenomen in het memorandum niet worden nagekomen (de vervangende straf). Die werkwijze strookt echter niet met de geest van de wet zoals tijdens de parlementaire voorbereiding uitgelegd en is af te raden gelet op hetgeen voorafgaat (zie verder punt 6.3.4.).

<sup>55</sup> DOC 54 3016/004, p. 22.

<sup>56</sup> DOC 54 3016/004, p. 16.

<sup>57</sup> DOC 54 3016/004, p. 81.

<sup>58</sup> Zie bijvoorbeeld in het arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.6 en B.11.4 in de voorwaardelijke wijze opgesteld.

#### 4. Het memorandum<sup>59</sup> (art. 216/2 Sv.)

##### 4.1. Inhoud – bevoegdheid van het Openbaar Ministerie

Zodra het openbaar ministerie en de spijtoptant tot een vergelijk komen en een toezegging kan worden geformuleerd, wordt een memorandum opgemaakt. Op dat ogenblik heeft de spijtoptant nog geen “[officiële](#)” verklaring afgelegd. Daarop wordt verder teruggekomen.

Professor Frank Verbruggen merkte terecht op tijdens de hoorzittingen dat de term “memorandum” niet gepast is omdat het hier om een overeenkomst gaat over straftoemeting waarbij beide partijen belangrijke verbintenissen opnemen<sup>60</sup>.

Art. 216/2 § 1 Sv. bepaalt de inhoud van het memorandum. De procureur des Konings en de spijtoptant ondertekenen een schriftelijk memorandum.

Het memorandum wordt gedateerd en bevat de volgende vermeldingen:

- 1° de identiteitsgegevens van de spijtoptant;
- 2° de naam van de advocaat die bijstand verleent aan de spijtoptant bij het afsluiten van het memorandum;
- 3° de procureur des Konings van het gerechtelijk arrondissement waar de misdrijven waarover de spijtoptant te kennen geeft een verklaring te zullen afleggen werden gepleegd en de procureur des Konings van het gerechtelijk arrondissement waar de spijtoptant wordt vervolgd of waar hij veroordeeld is;
- 4° de nauwkeurige en omstandige opgave van:
  - a) de feiten waarvoor de spijtoptant wordt vervolgd of waarvoor hij reeds veroordeeld is, alsmede de straffen die hem in dat laatste geval werden opgelegd, en die het voorwerp uitmaken van de toezegging van de procureur des Konings;
  - b) de feiten waarover de spijtoptant te kennen geeft een verklaring te zullen afleggen;
  - c) de inhoud van de toezegging van de procureur des Konings;
  - d) de voorwaarden die met de toezegging van de procureur des Konings gepaard gaan, die in elk geval bestaan uit de voorwaarden zoals opgenomen in artikel 216/3, § 1, 2° tot 5° Sv (zie verder de gronden van herroeping);
  - e) de voorwaarden en de nadere regels die betrekking hebben op het afleggen van de verklaring door de spijtoptant. Hieronder vallen bijvoorbeeld de termijn binnen welke de verklaring van de spijtoptant dient afgelegd te worden, of de eventuele audiovisuele opname van die verklaring(en);
  - f) de bereidheid tot het vergoeden van de schade.

Wat betreft bovenvermeld punt d) is op te merken dat artikel 216/3, § 1 Sv ook nog een 6° grond van herroeping bevat die bij de bepaling van de inhoud van het memorandum uit de opsomming is weggevallen. Het gaat om het geval waarbij de spijtoptant teneinde de vervolging betreffende de bedoelde feiten te belemmeren, poogt bewijzen te laten verdwijnen of zich te verstaan met derden. Deze lacune moet worden aangevuld en is een punt van wetsevaluatie. In afwachting zal het openbaar ministerie dit best telkens opnemen in de memoranda.

[Wat de bevoegdheid van het Openbaar Ministerie betreft wordt ook verwezen naar wat gezegd werd bij de subsidiariteitstoets \(punt 3.2\).](#)

<sup>59</sup> Art. 5 van de wet van 22 juli 2018 voegt een afdeling II in hoofdstuk II ter, luidende "Memorandum met de persoon bedoeld in artikel 216/1".

<sup>60</sup> DOC 54 2016/004, p. 76.

## 4.2. Interne procedure

De wetgever heeft het afsluiten van een memorandum door het openbaar ministerie bovendien onderworpen aan een interne procedure:

[Art. 216/2 § 2 Sv.](#) bepaalt dat het memorandum slechts kan worden afgesloten mits:

1° een voorafgaand akkoord van de bevoegde procureurs-generaal. Zijn er meer procureurs-generaal betrokken omdat de feiten de grenzen van de ressorten overschrijden is een beslissing bij consensus van de bevoegde procureurs-generaal nodig ([art. 216/2 § 3 Sv.](#)). Bij afwezigheid van consensus gaat de spijtoptantenregeling niet door.<sup>61</sup> Dit veronderstelt dat op basis van de toelichtingen van de spijtoptant het openbaar ministerie de plaats kan bepalen waar de misdrijven waarover verklaring wordt afgelegd gepleegd of gepoogd werden, en de nodige informatie wordt gedeeld tussen alle betrokken procureurs en procureurs-generaal;

2° een voorafgaand advies van de getuigenbeschermingscommissie is noodzakelijk wat betreft de mogelijkheid tot nemen van beschermingsmaatregelen waar later over beslist kan worden;

3° een voorafgaand advies van de federale procureur;

4° indien de spijtoptant het voorwerp uitmaakt van een gerechtelijk onderzoek of diens verklaringen afgelegd worden in het kader van een lopend gerechtelijk onderzoek, een voorafgaand advies van de onderzoeksrechter over de stand van zaken van het gerechtelijk onderzoek ([zie verder punt 4.3.4.](#)).

## 4.3. Afsluiting van het memorandum (Art. 216/2, § 4 Sv.)

### 4.3.1. Bijstand advocaat

Het memorandum wordt gesloten en ondertekend in het bijzijn van een advocaat naar keuze van de spijtoptant of een door de stafhouder aan hem toegewezen advocaat<sup>62</sup>.

De spijtoptant kan te allen tijde een vertrouwelijk overleg hebben met zijn advocaat buiten de aanwezigheid van de procureur des Konings. [De memorie van toelichting onderstreept verder](#)<sup>63</sup>: *“Indien de spijtoptant over onvoldoende inkomsten beschikt, zijn de artikelen 508/13 tot 508/18 van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de toekenning van de gedeeltelijke of volledige kosteloosheid van de juridische tweedelijnsbijstand onverminderd van toepassing”*.

### 4.3.2. Aantal exemplaren (Art. 216/2, § 5 Sv.)

Het memorandum wordt opgesteld in drie ondertekende exemplaren. Eén exemplaar wordt overhandigd aan de spijtoptant, een tweede wordt toegevoegd aan het strafdossier betreffende het misdrijf waarvoor de spijtoptant wordt vervolgd of werd veroordeeld en een derde wordt door de procureur des Konings bijgehouden.

Indien de verklaring van de spijtoptant wordt aangewend in verschillende strafdossiers, wordt in elk van deze strafdossiers een voor eensluidend verklaard afschrift van het memorandum gevoegd.

<sup>61</sup> DOC 54 3016/001, p. 146, advies van het College van procureurs-generaal.

<sup>62</sup> DOC 54 3016/001, p. 42.

<sup>63</sup> DOC 54 3016/001, p. 42.

Het Grondwettelijk Hof stelt daarover: *“Bovendien maakt elk proces-verbaal waarin een verklaring van de spijtoptant wordt opgenomen, krachtens artikel 216/4, § 2, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering melding van het memorandum”*<sup>64</sup>.

#### **4.3.3. Rol van de federale procureur (Art. 216/2, § 6 Sv.)**

De federale procureur houdt een register bij van alle opgestelde memoranda. Van elk door de procureur des Konings ondertekend memorandum wordt een voor eensluidend verklaard afschrift overgezonden aan de federale procureur en toegevoegd aan het register. De memorie van toelichting stelt dat de federale procureur hierdoor op snelle en efficiënte wijze kan controleren of de spijtoptant in kwestie reeds elders een toezegging heeft gekregen en voor welke informatie<sup>65</sup>.

#### **4.3.4. Rol van de onderzoeksrechter**

Indien de spijtoptant het voorwerp uitmaakt van een gerechtelijk onderzoek of diens verklaringen afgelegd worden in het kader van een lopend gerechtelijk onderzoek, bepaalt artikel art. 216/2 § 2 Sv. dat het memorandum slechts kan worden afgesloten mits de onderzoeksrechter voorafgaandelijk advies verleent over de stand van zaken van het gerechtelijk onderzoek (zie punt 4.2.).

Het Grondwettelijk Hof stelt dat nu een daadwerkelijk rechterlijk toezicht op het memorandum is gewaarborgd en voor het overige niet blijkt dat de bestreden regeling een dwangmaatregel is of een inbreuk pleegt op individuele rechten of vrijheden, de wetgever vermocht toe te staan dat zij zonder de toestemming van een onderzoeksrechter kan worden toegepast, waarbij van zijn advies een wezenlijke voorwaarde wordt gemaakt. Het Hof onderstreept<sup>66</sup>: *“Aldus moet de onderzoeksrechter een betrouwbaarheidscontrole uitvoeren teneinde na te gaan of de spijtoptant werkelijk in staat is nuttige informatie te verstrekken in het kader van het zoeken naar de waarheid. Aldus verleent hij ook een advies over de stand van het onderzoek, en kan [hij] daarbij vrij de inhoud van het advies bepalen, teneinde het openbaar ministerie volledig in te lichten”*.

Het Grondwettelijk Hof onderstreepte verder dat hoewel de onderzoeksrechter de leiding heeft van het gerechtelijk onderzoek, zijn toestemming niet is vereist voor het sluiten van een memorandum tussen de procureur des Konings en de spijtoptant. *“Zoals de bevoegde minister in de parlementaire commissie heeft bevestigd, is het voorafgaande advies van de onderzoeksrechter niet bindend”*<sup>67</sup>. De betrouwbaarheidscontrole waarnaar het Grondwettelijk Hof verwijst is niet expliciet opgenomen in de wet.

#### **4.4. Voeging van het memorandum aan het strafdossier – termijn – interpretatie van het Grondwettelijk Hof**

Het Grondwettelijk Hof stelt dat wanneer de wetgever geen termijn heeft bepaald voor de toevoeging van een eensluidend verklaard afschrift van het memorandum aan het strafdossier, redelijkerwijze mag worden aangenomen dat het exemplaar van het

<sup>64</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.14.1.

<sup>65</sup> DOC 54 3016/001, Memorie van toelichting, p. 43.

<sup>66</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.8.; Parl. St., Kamer, 2017-2018, DOC 54-3016/004, p. 23.

<sup>67</sup> Parl. St., Kamer, 2017-2018, DOC 54-3016/004, p. 23; Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.6.



memorandum onmiddellijk in het strafdossier komt<sup>68</sup>. Het Grondwettelijk Hof onderstreept bovendien dat onder voorbehoud van deze interpretatie, het middel niet gegrond is<sup>69</sup>.

Verder onderstreept het Grondwettelijk Hof dat het niet of laattijdig toevoegen van een eensluidend verklaard afschrift van het memorandum aan het strafdossier kan worden bestraft wegens de schending van het recht op een eerlijk proces, die door het bevoegde onderzoeks- of vonnisgerecht wordt vastgesteld. *“Het is voor dat onderzoeks- of vonnisgerecht dat de andere inverdenkinggestelden of beklaagden hun recht op tegenspraak kunnen uitoefenen. Dat is het geval wanneer de spijtoptant gelijktijdig met de andere inverdenkinggestelden of beklaagden dan wel afzonderlijk voor de bevoegde rechter wordt gebracht”*.

Het Grondwettelijk Hof kadert de voeging van het memorandum aan het strafdossier in het door artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens gewaarborgde recht op een eerlijke behandeling dat de wapengelijkheid voor de procespartijen inhoudt, waarmee het recht om tegenspraak te voeren nauw is verbonden. *“Hieruit vloeit voort dat elke partij de mogelijkheid moet hebben om haar argumenten te doen gelden in omstandigheden die haar niet kennelijk benadelen ten opzichte van de tegenpartij”*<sup>70</sup>.

Bovendien wordt onderstreept dat het van essentieel belang is dat de personen die in de verklaringen van de spijtoptant worden geïdencieerd, de gelegenheid hadden de betrouwbaarheid van de spijtoptanten en de inhoud en geloofwaardigheid van hun verklaringen in de loop van de procedure te betwisten.

Het onmiddellijk voegen van het memorandum aan het strafdossier zou bijgevolg best reeds als richtlijn worden aanbevolen door het Openbaar Ministerie vermits het om een voorbehouden interpretatie van het Grondwettelijk Hof gaat.

Het feit dat het memorandum de inhoud van de toezegging(en) van de procureur des Konings bevat en dat de spijtoptant zijn verklaring(en) na het afsluiten van het memorandum zal afleggen (zie verder punt 5) kan problemen veroorzaken. Zo kan het voorkomen dat bij het afsluiten van het memorandum men nog niet beschikt over voldoende elementen om de eventuele verbeurdverklaringen – die deel moeten uitmaken van de toezeggingen – precies te begroten. Het lijkt vanzelfsprekend dat in het memorandum wat dit aspect betreft een algemene formulering wordt gehanteerd met verwijzing naar de onthulde feiten en dat op een later tijdstip de verbeurdverklaringen in een bijvoegsel of addendum gepreciseerd worden.

#### **4.5. Lot van de stukken**

In het raam van de vernietigingsprocedure voor het Grondwettelijk Hof werd opgeworpen dat de wet nalaat uitdrukkelijk te bepalen dat de stukken die door de partijen worden overgemaakt tijdens de onderhandelingen met het oog op het sluiten van een memorandum, niet aan het strafdossier mogen worden toegevoegd zolang de onderhandelingen niet resulteren in de bekrachtiging van het memorandum.

Het Grondwettelijk Hof antwoordde hierop dat er geen aanleiding bestaat voor de wetgever om in een ruimere bescherming van de vertrouwelijkheid van de stukken te voorzien *“aangezien de spijtoptant geen verklaringen aflegt vooraleer het memorandum is*

<sup>68</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.14.2.

<sup>69</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.14.2; B.14.5 en B.15.

<sup>70</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.14.4 en B.14.5; EHRM, 27 oktober 1993, *Dombo Beheer B.V. t. Nederland*, § 33; 12 maart 2003, *Öçalan t. Turkije*, § 140; 24 april 2003, *Yvon t. Frankrijk*, § 31.

*ondertekend*” (zie ook verder) en de documenten die werden opgemaakt en de mededelingen die werden gedaan tijdens het overleg in het kader van de procedure, alsook alle andere gerelateerde procedurestukken, krachtens artikel 216/5, § 3, vierde lid Sv. uit het dossier worden verwijderd wanneer de rechter het memorandum niet bekrachtigt<sup>71</sup>.

## 5. De verklaring (Art. 216/2, § 7 Sv.)

### 5.1. Tijdstip en voorbereiding

Artikel 216/2 § 7 Sv. bepaalt dat de spijtoptant na de ondertekening van het memorandum binnen de termijn opgelegd in het memorandum overgaat tot het afleggen van de verklaring. Artikel 216/4 § 1 Sv. bepaalt dat de spijtoptant moet gevolg geven aan elke oproeping door het openbaar ministerie, de onderzoeksrechter en de onderzoeks- en vonnisgerechten.

Het door de wetgever uitgewerkt systeem is voor kritiek vatbaar. Het openbaar ministerie moet immers een overeenkomst sluiten waarin een verminderde straf wordt toegezegd in ruil voor het afleggen van een verklaring waarvan de inhoud en de draagwijdte moeilijk op voorhand kan ingeschat worden, en die volgens de duidelijke tekst van de wet slechts nadien wordt afgelegd. Het verder verloop van de procedure houdt echter gevaren in. [Bij afwijzing van het memorandum door de rechter kan een ernstig probleem van bewijs ontstaan en dit zou zelfs eventueel kunnen leiden tot de volledige instorting van het onderzoek.](#)

[Het openbaar ministerie moet zeker over voldoende informatie beschikken omtrent hetgeen de spijtoptant in zijn verklaring wenst ter kennis te brengen wil het dit risico beperken en wil het tot een goed uitgebalanceerde toezegging komen.](#)

De wetgever heeft niet voorzien in de mogelijkheid een soort voorafgaande “kluisverklaring” [af te nemen](#) van de kandidaat spijtoptant die in een vertrouwelijk dossier wordt gevoegd waarbij de officiële verklaring slechts afgelegd wordt na de ondertekening van het memorandum, zodat in een latere fase een betere controle van de volledigheid van de verklaring van de spijtoptant zou kunnen worden uitgevoerd. Aan de andere kant [zou](#) dergelijke werkwijze dan weer het risico in [houden](#) dat het openbaar ministerie aan de hand van wat zij reeds “vertrouwelijk” [heeft](#) vernomen op deloyale wijze verder onderzoek zou doen en de essentie van de latere officiële verklaring van de spijtoptant zou kunnen ondergraven. Er is in elk geval een doorgedreven onderhandelingsfase noodzakelijk alvorens tot een memorandum te kunnen komen, en dat lijkt de enige goede manier om onderhavige wet enigszins werkbaar te maken. Het openbaar ministerie bevindt zich immers in een onbehaaglijke situatie. [De verklaring kan in elk geval enkel afgelegd worden na de ondertekening van het memorandum](#)<sup>72</sup>.

De wet bepaalt geen termijn binnen welke de verklaring moet afgelegd worden. Het is aan het openbaar ministerie om die termijn te bepalen en in het memorandum op te nemen. De memorie van toelichting stelt hierover<sup>73</sup>: *“Dit zal in principe steeds binnen een korte termijn moeten gebeuren”*<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.28 en B. 29.

<sup>72</sup> Zie eveneens arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B. 29.

<sup>73</sup> DOC 54 3016/001, p. 43.

<sup>74</sup> Zie eveneens arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.32.2.

Teneinde het risico te beperken dat een geheel onderzoek zou worden onderuit gehaald door een afwijzing van het memorandum zou het aangewezen kunnen lijken dat de verklaring zo snel mogelijk plaats moet vinden na het afsluiten van het memorandum, en dat de bekrachtigingsprocedure nadien eveneens zo snel mogelijk daarop zou volgen. Het risico op afwijzing van het memorandum is in dat geval echter veel groter omdat er nog geen volledig onderzoek plaats vond zodat de waarde van de verklaring van de spijtoptant moeilijk kan getoetst worden.

De wet voorziet niet expliciet dat de verklaring van de spijtoptant moet voorafgaan aan de bekrachtiging, dit volgt echter uit de hele context van de wet, en maakt thans de interpretatie uit die het Grondwettelijk Hof aan de wet geeft, zoals verder zal blijken. De spijtoptant moet substantiële, onthullende, oprechte en volledige verklaringen afleggen. Dit betekent dat de verklaringen nuttig en relevant moeten zijn, elementen moeten aanbrengen die nog niet gekend waren bij de overheid<sup>75</sup>, dat betrokkene moet overtuigd zijn van de waarheid van de informatie die hij naar voor brengt, en hij bovendien niets achter zou houden. Het is niet noodzakelijk dat de spijtoptant vervolgd wordt of veroordeeld werd wegens de feiten waarover hij een verklaring aflegt.

Uit artikel 216/5 § 3 Sv. volgt dat de rechter de proportionaliteit van de toezegging moet controleren. Zoals reeds aangehaald is de inhoud van de verklaringen van de spijtoptant en de weerslag ervan op misdrijven en de gevolgen ervan cruciaal en zelfs de essentie van het spijtoptantenverhaal. Het is een element dat niet uit de proportionaliteitstoets van de rechter weg te denken is. De verklaringen maken de juist beoordeling van de voorgestelde toezegging mogelijk. Wat de rechterlijke controle betreft bij de bekrachtiging (zie verder) moet het onderzoeks- of vonnisgerecht onder meer nagaan of de feiten waarvoor de spijtoptant wordt vervolgd en waarop de toezegging betrekking heeft, overeenstemmen met de werkelijkheid en met de juridische kwalificatie ervan. Het is pas door de verklaringen die de spijtoptant als gevolg van het akkoord zal afleggen dat dezelfde feiten met andere personen in verband zullen worden gebracht<sup>76</sup>.

Dit houdt ongetwijfeld in dat op het ogenblik van de rechterlijke controle reeds voldoende verklaringen van de spijtoptant moeten voorliggen die de beoordeling mogelijk maken om te besluiten dat de toezegging in het raam van de strafvordering proportioneel is. Het Grondwettelijk Hof bevestigt dit trouwens en stelt dat uit het feit dat de afgelegde verklaringen uit het dossier worden verwijderd wanneer de rechter het memorandum niet bekrachtigt volgt dat de wetgever er bijgevolg van uitging dat de spijtoptant zijn verklaringen in de regel aflegt tussen de ondertekening van het memorandum en de bekrachtiging ervan. Het Hof voegt er zelfs aan toe dat het bevoegde onderzoeks- of vonnisgerecht het memorandum niet bekrachtigt wanneer het vaststelt dat de spijtoptant nog geen verklaringen heeft afgelegd of dat de afgelegde verklaringen niet in verhouding staan tot de toezegging<sup>77</sup>. Het Hof heeft de beroepen tot nietig verklaring verworpen rekening houdend met deze overwegingen<sup>78</sup>.

De rechter moet ook nagaan of de wettelijke voorwaarden zijn nagekomen, waarbij het feit dat de verklaring werd afgelegd binnen de termijn bepaald in het memorandum toch wel de kern uitmaakt van de spijtoptantenregeling en ook een van de redenen van herroeping uitmaakt. Er kan verder ten overvloede verwezen worden naar de procedure van bekrachtiging opgenomen in artikel 216/5 § 4 Sv dat bepaalt dat de bevoegde de spijtoptant of zijn advocaat wordt gehoord over het memorandum en over de feiten

<sup>75</sup> Het openbaar ministerie en de politiediensten.

<sup>76</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B. 17.2.

<sup>77</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B. 32.2.

<sup>78</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, beschikkend gedeelte.

waarvoor de spijtoptant wordt vervolgd. Deze procedure lijkt ook weinig zinvol indien de spijtoptant, die normaal gezien opkomt voor de toezegging die hij bekam, zijn verklaring(en) **niet zou hebben** afgelegd.

## 5.2. Bewijswaarde

Artikel 216/4 § 2 Sv. bepaalt dat de verklaringen die door de spijtoptant worden afgelegd alleen mogen in aanmerking genomen worden als bewijs op voorwaarde dat zij in afdoende mate steun vinden in andersoortige bewijsmiddelen. Deze formulering wijkt enigszins af van de formulering die bijvoorbeeld gebruikt werd inzake volledig anonieme getuigen. Artikel 189bis Sv. bepaalt dat een veroordeling van een persoon niet uitsluitend of zelfs in overheersende mate mag gegrond zijn op anonieme getuigenverklaringen die met toepassing van de artikelen 86bis en 86ter zijn verkregen. Die laatste moeten in afdoende mate steun vinden in andere bewijsmiddelen.

De verklaringen van de spijtoptant moet wel in afdoende mate steun vinden in andersoortige bewijsmiddelen, maar indien dat het geval is kan een veroordeling er dus in overheersende mate op gesteund worden. Dit onderstreept des te meer dat het horen van de spijtoptant ter zitting in het kader van de procedure ten gronde ten laste van personen ten aanzien van wie hij verklaringen aflegde van cruciaal belang is voor de eerbiediging van het recht van verdediging. Hierbij is te onderstrepen dat het openbaar ministerie reeds in eerste instantie oordeelde dat het onderzoek vereiste dat beroep werd gedaan op een spijtoptant en dat de overige middelen van het onderzoek niet leken te volstaan om de waarheid aan de dag te brengen. Verder geniet de spijtoptant van beschermingsmaatregelen en vereist de spijtoptantenregeling een volledige transparantie wat een verhoor in openbare zitting impliceert alsmede de opname van alle elementen in het strafdossier op basis waarvan een tegensprekelijk debat kan worden georganiseerd<sup>79</sup>.

In het raam van de vernietigingsprocedure voor het Grondwettelijk Hof werd door een partij aangevoerd dat het onderzoeks- of vonnisgerecht niet meer onafhankelijk en onpartijdig zou kunnen oordelen over de schuld van de andere betrokken personen, aangezien het bij de bekrachtiging van de toezegging reeds heeft aangenomen dat de feiten waarover de spijtoptant verklaringen heeft afgelegd waarheidsgetrouw zijn. Wat betreft het feit dat het onderzoeks- of vonnisgerecht onder meer nagaat of “de feiten waarvoor de persoon bedoeld in artikel 216/1 wordt vervolgd en waarop de toezegging slaat, overeenstemmen met de werkelijkheid”<sup>80</sup> wees het Grondwettelijk Hof erop dat krachtens artikel 6, lid 2, van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens eenieder die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd voor onschuldig wordt gehouden totdat zijn schuld volgens de wet wordt bewezen<sup>81</sup>. Wat de toetsing bij gelegenheid van de bekrachtiging van het memorandum betreft wordt verder verwezen naar het punt 6.1.

Indien de spijtoptant niet samen vervolgd wordt met andere medebeklaagden kan hij als getuige worden gehoord. Wat de aanwending van de verklaring van de spijtoptant in het raam van de strafprocedure betreft onderstreept het Grondwettelijk Hof dat de personen die in de verklaringen van de spijtoptant worden geïdentificeerd in ieder geval de mogelijkheid behouden om de betrouwbaarheid van de spijtoptant en de inhoud en geloofwaardigheid van diens verklaringen voor het bevoegde onderzoeks- of vonnisgerecht te betwisten, zodat niet op discriminerende wijze afbreuk wordt gedaan aan het recht op een eerlijk proces. De rechter kan besluiten dat de verklaring niet betrouwbaar is en dat er geen

<sup>79</sup> DOC 54 3016/001, p. 15 e.v. arrest van 17 januari 2017 EHRM, HABRAN en DALEM/België.

<sup>80</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B. 17.2.

<sup>81</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B. 17.1

rekening mee kan worden gehouden bij de bewijswaardering<sup>82</sup>. Het beschikkend gedeelte van het arrest van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof verwijst naar deze overwegingen bij de verwerping van de beroepen die betrekking hebben op de situatie die ontstaat bij herroeping van de toezegging, inzonderheid het gebruik ten laste van de verklaringen van de spijtoptant die in dat geval niet uit het dossier verwijderd worden.

Op grond van artikel 216/3 Sv. kan het openbaar ministerie de toezegging herroepen. Dat is met name het geval wanneer de spijtoptant wetens en willens onvolledige, onoprechte of niet-onthullende verklaringen heeft afgelegd. De herroeping betreft niet een beoordeling van de wettigheid en proportionaliteit van de toezegging, zoals dat het geval is bij de bekrachtiging of afwijzing van die toezegging, maar een beoordeling van de loyale medewerking van de spijtoptant bij de tenuitvoerlegging van het memorandum. Bij herroeping kunnen de verklaringen van de spijtoptant worden aangewend tegen de andere beklaagden of in verdenkinggestelden, terwijl in geval van een afwijzing van het memorandum artikel 216/5, § 3 Sv. voorziet in de verwijdering van het ondertekende memorandum en de documenten die werden opgemaakt en de mededelingen die werden gedaan tijdens het overleg in het kader van de procedure, alsook alle andere gerelateerde proceduredstukken, en de neerlegging ervan ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg<sup>83</sup>.

Er wordt verder verwezen naar de punten 8 en 9 waar verder wordt ingegaan op de afwijzing en de herroeping van de toezegging.

## **6. De bekrachtiging van het memorandum**

### **6.1. Inhoud van de rechterlijke controle – art 215/5 § 3 Sv.**

Artikel 216/5 § 3 Sv. bepaalt dat de toezegging door het openbaar ministerie met redenen wordt omkleed.

Alvorens dieper in te gaan op het aspect van de voor de bekrachtiging bevoegde rechter, wordt stilgestaan bij de inhoud van de controle die de rechter moet uitvoeren.

De rechter moet de volgende punten verifiëren:

- de proportionaliteit van de toezegging,
- of de wettelijke voorwaarden zijn nagekomen,
- of de spijtoptant het memorandum uit vrije wil en weloverwogen heeft aanvaard,
- of de feiten met hun correcte juridische kwalificatie overeenstemmen,
- of de feiten waarvoor de spijtoptant wordt vervolgd en waarop de toezegging slaat, overeenstemmen met de werkelijkheid,
- of de gronden tot verval niet aanwezig zijn,
- en of de bereidheid tot vergoeding van de eventuele schade aanwezig is.

Vervolgens bekrachtigt de rechter de toezegging. De beslissing wordt met redenen omkleed. Op strafgebied staat geen rechtsmiddel open.

Het Grondwettelijk Hof onderstreepte met betrekking tot deze controle hetgeen volgt: *“Bij de toetsing van het memorandum gaat het onderzoeks- of vonnisgerecht onder meer na of*

<sup>82</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.23.3; Parl. St., Kamer, 2017-2018, DOC 54-3016/001, p. 31.

<sup>83</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.22.

*“de feiten waarvoor de persoon bedoeld in artikel 216/1 wordt vervolgd en waarop de toezegging slaat, overeenstemmen met de werkelijkheid” (artikel 216/5, § 3, van het Wetboek van strafvordering, zoals ingevoegd bij het bestreden artikel 12). Die toetsing vereist dat wordt nagegaan of de feiten waarvoor de spijtoptant wordt vervolgd en waarop de toezegging betrekking heeft, overeenstemmen met de werkelijkheid en met de juridische kwalificatie ervan. Het is pas door de verklaringen die de spijtoptant als gevolg van het akkoord zal afleggen dat dezelfde feiten met andere personen in verband zullen worden gebracht<sup>84</sup>.*

In het raam van de vernietigingsprocedure voor het Grondwettelijk Hof werd door een verzoeker aangevoerd dat wanneer de bekrachtiging van het memorandum plaatsvindt alvorens de spijtoptant is overgegaan tot het afleggen van zijn verklaringen, de rechterlijke toetsing enkel kan slaan op de gegevens die op dat ogenblik voorhanden zijn. Daardoor zou de rechter over onvoldoende informatie beschikken om een effectieve inhoudelijke toetsing uit te voeren<sup>85</sup>. Er wordt wat betreft het tijdstip van het afleggen van een verklaring terug verwezen naar punt 5.1. waaruit blijkt dat de verklaring zo snel mogelijk plaats moet vinden na het afsluiten van het memorandum en voor de bekrachtiging. Zoals gezegd onderstreept het Grondwettelijk Hof dat het bevoegde onderzoeks- of vonnisgerecht het memorandum niet bekrachtigt wanneer het vaststelt dat de spijtoptant nog geen verklaringen heeft afgelegd of dat de afgelegde verklaringen niet in verhouding staan tot de toezegging<sup>86</sup>.

Het Grondwettelijk Hof stelt verder dat de rechterlijke toetsing bij de bekrachtiging of afwijzing van het memorandum, een beoordeling van de wettigheid en proportionaliteit van de toezegging betreft<sup>87</sup>, en herhaalt dat de proportionaliteit slaat op de verhouding tussen het toegekende voordeel, het door de spijtoptant gepleegde misdrijf en het misdrijf waarover verklaringen worden afgelegd, daarbij in het bijzonder rekening houdend met de ernst van de eventuele gevolgen, en dat die elementen volstaan om een daadwerkelijke rechterlijke controle uit te oefenen.

Wat de subsidiariteitstoets betreft wordt hetgeen werd uiteengezet onder punt 3.2. in herinnering gebracht. Het behoort enkel tot de bevoegdheid van de procureur des Konings te bepalen in welke individuele gevallen hij een toezegging verleent. Het staat hem echter niet toe het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie te miskennen of op willekeurige wijze te beslissen welke personen in aanmerking komen voor de spijtoptantenregeling.

Het Openbaar Ministerie beslist over de opportuniteit, maar moet rekening houden met het verbod van willekeur dat tot de wettelijke waarborgen behoort in een rechtsstaat. Het Grondwettelijk Hof onderstreepte in dat verband dat *“het bevoegde onderzoeks- of vonnisgerecht toekomt na te gaan of toepassing van de spijtoptantenregeling noodzakelijk is om de waarheid aan het licht te brengen<sup>88</sup>”*. De facto houdt dit minstens onrechtstreeks een beoordeling in van de subsidiariteit.

<sup>84</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B. 17.2.

<sup>85</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.31.

<sup>86</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B. 32.2.

<sup>87</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.32.1.

<sup>88</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.7.3 en B.9.

## 6.2. Procedure van bekrachtiging – bevoegde rechter

### 6.2.1. Korthedshalve

Artikel 216/5 § 3 Sv. bepaalt: “De bevoegde rechtbank, het hof of, tijdens het gerechtelijk onderzoek en bij de regeling van de rechtspleging, en binnen de beoordeling van de bezwaren, het onderzoeksgerecht, **verifieert** de proportionaliteit van de toezegging bedoeld in paragraaf 1, of de wettelijke voorwaarden zijn nagekomen, of de persoon bedoeld in artikel 216/1 Sv. het memorandum uit vrije wil en weloverwogen heeft aanvaard, of de feiten met hun correcte juridische kwalificatie overeenstemmen, of de feiten waarvoor de persoon bedoeld in artikel 216/1 Sv. wordt vervolgd en waarop de toezegging slaat, overeenstemmen met de werkelijkheid, of de gronden tot verval niet aanwezig zijn en of de bereidheid tot vergoeding van de eventuele schade aanwezig is. **Vervolgens bekrachtigt ze de toezegging.** De beslissing wordt met redenen omkleed. Op strafgebied staat geen rechtsmiddel open”.

Het onderzoeksgerecht is volgens deze duidelijke tekst bijgevolg bevoegd om het memorandum te bekrachtigen niet enkel in het geval zij bevoegd is ten gronde, doch eveneens wanneer ze de bezwaren beoordeelt. Deze **heldere** wettekst kan niet anders geïnterpreteerd worden, en strijdige visies die uit de parlementaire voorbereiding tot uiting kwamen kunnen niet tot een andere interpretatie leiden<sup>89</sup>. Uiteraard is het onderzoeksgerecht enkel bevoegd indien er een gerechtelijk onderzoek werd geopend. In de andere gevallen is de feitenrechter bevoegd (rechtstreekse dagvaarding, oproeping bij proces-verbaal).

De wettekst verleent aan het onderzoeksgerecht de volheid van bevoegdheid om tijdens het gerechtelijk onderzoek en bij de regeling van de rechtspleging een memorandum inhoudende toezeggingen van het openbaar ministerie aan een spijtoptant te bekrachtigen. Zoals verder zal blijken spoort dit ook met de te volgen rechtspleging eens het memorandum bekrachtigd is. De term bekrachtiging (of homologatie) houdt niet in dat de toegezegde straf wordt uitgesproken. Het gaat enkel om de homologatie van een overeenkomst betreffende strafvermindering.

Op de criminele zaken – zowel correctionaliseerbare als niet correctionaliseerbare misdaden – wordt verder ingegaan ([zie punten 6.3.4 en 10](#)).

### 6.2.2. Genese van de wettekst

Vermits het memorandum een toezegging bevat van het openbaar ministerie waarin straffen worden overeengekomen die eveneens vrijheidsbenemende straffen kunnen omvatten heeft de wetgever met de vraag geworsteld of het onderzoeksgerecht dergelijk memorandum kan bekrachtigen.

De tekst van het wetsontwerp onderging meerdere wijzigingen die getuigen van een aanzienlijke begripsverwarring. Uit de genese van het wetsontwerp dat leidde tot de wet van 22 juli 2018 blijkt dat de wetgever zich gaandeweg heeft geïnspireerd op de tekst van artikel 216bis Sv.

<sup>89</sup> Contra: L VAN PUYENBROECK, “Toezeggingen aan medewerkers met het gerecht. Een eerste analyse van de wet van 22 juli 2018 en de vraag naar de legitimiteit van het gebruik van spijtoptanten”, *Nullum Crimen*, 2019, p. 113. Zie ook verder het hoofdstuk genese van de wettekst waar hierop dieper wordt ingegaan.

De memorie van toelichting stelt<sup>90</sup>: *“Het openbaar ministerie maakt de zaak op gemotiveerde wijze aanhangig bij de bevoegde rechtbank die of het hof dat de straf kan uitspreken. De regeling doet geen afbreuk aan de materiële en territoriale bevoegdheidsverdeling van de hoven en rechtbanken. Wanneer de zaak al is vastgesteld voor de rechter ten gronde, wordt toezegging op die zitting voorgelegd. Het onderzoeksgerecht kan zich uitspreken over de toezegging indien het bevoegd is om deze uitspraak ten gronde te doen (bvb. eenvoudige schuldigverklaring). In alle andere gevallen verwijst het onderzoeksgerecht de spijtoptant onverwijld naar de bevoegde rechtbank of het hof teneinde de toegezegde straf uit te spreken.”*

Professor Marie-Aude BEERNAERT stelde de vraag tijdens de hoorzitting hoe de voorgestelde straf zou kunnen uitgesproken worden door het onderzoeksgerecht, aangezien geen enkele van de in artikel 216/5 § 1 Sv. vervatte nadere regels onder de bevoegdheid van de onderzoeksgerechten ressorteert. Zij merkte bovendien op dat in tegenstelling tot wat wordt aangegeven in de memorie van toelichting, de onderzoeksgerechten niet bevoegd zijn om een eenvoudige schuldigverklaring uit te spreken.

Het is echter nodig te onderstrepen dat de tekst van het aanvankelijk ontworpen art. 216/5 § 3 waarover het debat werd gevoerd de bevoegdheid om de toezegging en het memorandum te bekrachtigen enkel aan de feitenrechter toevertrouwd die meteen ook de toegezegde straf uitsprak<sup>91</sup>. Duidelijkheidshalve wordt die tekst hierna geciteerd:

*“§ 3. De rechtbank verifieert de proportionaliteit van de toezegging zoals bedoeld in paragraaf 1, de wettelijkheid van de toezegging en het memorandum, of de feiten met hun correcte juridische kwalificatie overeenstemmen, de gronden tot verval niet aanwezig zijn en de bereidheid tot vergoeding van de eventuele schade. Vervolgens spreekt ze de voorgestelde toegezegde straf uit.*

*De rechtbank beslist, binnen de perken van de op het misdrijf gestelde straffen, alsook van de wet, op grond waarvan de zaak voor hem werd gebracht, over de vervangende straf die overeenkomstig paragraaf 2 wordt gevorderd.”*

In een latere tekst werd het onderzoeksgerecht wel ingevoegd en werd bepaald dat ze net zoals de rechtbank de toegezegde straf uitspreekt, en zelfs desgevallend de vervangende straf en in voorkomend geval de herroeping<sup>92</sup>. Duidelijkheidshalve wordt die tekst hierna geciteerd:

*“§ 3. De toezegging door het openbaar ministerie wordt gemotiveerd. De **bevoegde rechtbank of het hof, desgevallend het onderzoeksgerecht**, verifieert de proportionaliteit van de toezegging zoals bedoeld in paragraaf 1, of de wettelijke voorwaarden zijn nagekomen, of de spijtoptant het memorandum uit vrije wil en weloverwogen heeft aanvaard, of de feiten met hun correcte juridische kwalificatie overeenstemmen, of de feiten waarvoor de spijtoptant wordt vervolgd en waarop de toezegging slaat, overeenstemmen met de werkelijkheid, of de gronden tot verval niet aanwezig zijn en of de bereidheid tot vergoeding van de eventuele schade aanwezig is. **Vervolgens spreekt ze de voorgestelde toegezegde straf uit.** De beslissing wordt met redenen omkleed. Op strafgebied staat geen rechtsmiddel open”. /.../.../... “§ 5. Het openbaar ministerie maakt de zaak aanhangig bij de rechtbank, het hof, **desgevallend het onderzoeksgerecht, dat de vervangende straf heeft uitgesproken** indien het meent dat de spijtoptant de voorwaarden zoals opgenomen in het memorandum overeenkomstig artikel 216/3 § 1 niet nakomt of niet heeft nagekomen .../.../.../”.*

<sup>90</sup> DOC 54 2016/001, p. 49.

<sup>91</sup> DOC 54 2016/001, p. 65.

<sup>92</sup> DOC 54 3016/001, p. 103-104.



Uit de toelichting die de gemachtigde van de regering aan de Raad van State verschaftte kan afgeleid worden dat deze uitging van het feit dat de feitenrechter instaat voor de bekrachtiging van het memorandum en de uitspraak van de "toegezegde straf" (wat later uit de tekst verdween)<sup>93</sup>. Duidelijkheidshalve wordt de voetnoot in het advies van de Raad van State hier weergegeven:

*"De gemachtigde verklaarde dienaangaande wat volgt: "Het openbaar ministerie zal een straf voorstellen (= de toezegging), rekening houdend met de voorwaarden en binnen de perken van de grenzen zoals opgenomen in paragraaf 1. Vervolgens zal de rechter deze toegezegde straf uitspreken die door het openbaar ministerie wordt voorgesteld, waarbij de rechter enkel de volgende aspecten beoordeelt: — proportionaliteit van de toezegging, — de wettelijkheid van de toezegging en het memorandum, — of de feiten met hun correcte juridische kwalificatie overeenstemmen, — of de gronden tot verval niet aanwezig zijn en — de bereidheid tot vergoeding van de eventuele schade. **Indien de rechter acht dat de toezegging proportioneel is en aan de andere voorwaarden is voldaan, wordt de toegezegde straf aldus uitgesproken. De appreciatiemarge van de rechter is dus beperkt. Dit betreft dezelfde systematiek als bij de procedure inzake de voorafgaandelijke erkenning van schuld zoals voorzien in artikel 216 Sv. Daarnaast zal de rechter autonoom, rekening houdend met de wet, een vervangende straf bepalen die van toepassing wordt indien blijkt dat de spijtoptant de voorwaarden niet naleeft of nageleefd heeft.**"*

Er werd eveneens verwezen naar het advies van het College van procureurs-generaal waarin met betrekking tot het wetsontwerp de mogelijke bevoegdheid van het onderzoeksgerecht werd aangekaart en werd verwezen naar de mogelijkheden van opschorting (feitenbeoordeling) of buitenvervolginstelling (bezwarenbeoordeling of beoordeling van een strafuitsluitende verschoningsgrond)<sup>94</sup>.

Duidelijkheidshalve wordt het desbetreffend uittreksel van dit advies hierna geciteerd: *"Paragraaf 3 behandelt de bekrachtiging van het memorandum door de rechtbank. De tekst lijkt aan te geven dat enkel een rechtbank de toezegging kan bekrachtigen. **De tekst dient op dat gebied te worden verduidelijkt. Immers, uit de memorie van toelichting blijkt dat de onderzoeksgerechten ook kunnen tussenkomen indien de toezegging een opschorting van uitspraak of een buitenvervolginstelling betreft.** Deze laatste beslissing draagt mogelijk bij tot een verwarring tussen de strafuitsluitende verschoningsgrond en een buitenvervolginstelling. Immers, de memorie van toelichting stelt dat, indien de raadkamer een strafuitsluitende verschoningsgrond vaststelt, zij een buitenvervolginstelling uitspreekt (p. 8). De vaststelling van een strafuitsluitende verschoningsgrond geeft echter geen aanleiding tot een buitenvervolginstelling, maar wel tot het niet uitspreken van een straf.".../.../ "Paragraaf 2 van de eerste versie verduidelijkt: "De procureur des Konings gaat over tot de dagvaarding van de spijtoptant voor de rechter ten gronde, ter bekrachtiging van de toezegging omtrent de strafvordering vervat in het memorandum. Wanneer de zaak al is vastgesteld voor de rechter ten gronde, wordt de toezegging omtrent de strafvordering op die zitting ter bekrachtiging voorgelegd. **Wanneer de toezegging een opschorting als voorwerp heeft, kan het memorandum ter bekrachtiging aan het onderzoeksgerecht worden voorgelegd. In alle andere gevallen verwijst het onderzoeksgerecht de spijtoptant naar de bevoegde rechtbank alwaar het de toezegging ter bekrachtiging wordt voorgelegd.**"*

<sup>93</sup> DOC 54 3016/001, p. 93, voetnoot nr. 25 in het advies van de Raad van state.

<sup>94</sup> DOC54 3016/001, p. 147.

Zoals reeds gezegd was de aanvankelijke bedoeling de bekrachtiging van het memorandum alleen aan het onderzoeksgerecht over te laten indien het over de grond van de zaak kon beslissen<sup>95</sup>. Hierbij werd verwezen naar de eventualiteit van het verlenen van een opschorting, of foutief verwezen naar de eenvoudige schuldverklaring<sup>96</sup>. Naar aanleiding van een terminologische opmerking van de *Juridische dienst* in verband met de woorden “il homologue” in de Franstalige tekst werd tussen haakjes de volgende opmerking gevoegd: “(Het ligt in de bedoeling de gebruikte terminologie af te stemmen op die van artikel 216 van het Wetboek van strafvordering betreffende de procedure tot voorafgaande erkenning van schuld, dat **bepaalt dat de overeenkomst tussen de verdachte en de procureur des Konings ter bekrachtiging moet worden voorgelegd aan de bodemrechter**).<sup>97</sup>”

Tijdens de verdere parlementaire voorbereiding van de wet van 22 juli 2018 werd herhaaldelijk onderstreept dat de “toezegging” bekrachtigd wordt door het onderzoeksgerecht, de rechtbank of het hof<sup>98</sup>. De memorie van toelichting stelde met betrekking tot de rechterlijke tussenkomst hetgeen volgt op: “Deze rechterlijke tussenkomst is afgestemd op de opmerkingen in arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 83/2016 van 2 juni 2016, en is vergelijkbaar met de regeling van de voorafgaande erkenning van schuld zoals voorzien in artikel 216 Sv., rekening houdend met de specificiteit van de spijtoptantenregeling. De Raad van State merkt in haar advies 62.710/3 van 5 februari 2018 op dat de voorgestelde regeling “globaal genomen, in overeenstemming (lijkt) te zijn met de (in het arrest van het Grondwettelijk Hof) uiteengezette beginselen”.<sup>99</sup>

Doch de vergelijkbaarheid met de procedure van voorafgaande erkenning van schuld gaat niet op vermits de procedure van voorafgaande erkenning van schuld ingeval een onderzoeksrechter werd belast met een gerechtelijk onderzoek enkel in de fase na verwijzing naar de feitenrechter door het onderzoeksgerecht kan worden toegepast<sup>100</sup>.

Bij de uiteindelijke aanpassing van de wettekst vond de vermelding “binnen de beoordeling van de bezwaren” zijn intrede. Dit werd blijkbaar ontleend aan de formulering van de bevoegdheid van het onderzoeksgerecht wanneer die overeenkomstig artikel 216bis Sv. geroepen wordt een minnelijke schikking te bekrachtigen.

Tijdens het gerechtelijk onderzoek en bij de regeling van de rechtspleging beoordeelt het onderzoeksgerecht de proportionaliteit van de voorgestelde minnelijke schikking binnen de beoordeling van de bezwaren. De wet van 18 maart 2018 die artikel 216bis Sv. wijzigde

<sup>95</sup> DOC 54 2016/001, p. 49.

<sup>96</sup> Zie de reeds geciteerde tussenkomst van professor Marie-Aude BEERNAERT.

<sup>97</sup> DOC54 3016/007, p. 9.

<sup>98</sup> DOC 54 3016/004: uiteenzetting van de minister p. 6; tussenkomst van mevrouw ONKELINX, p. 14: “**Volgens het wetsontwerp bekrachtigt de strafrechter de toezegging na het toetsen van de proportionaliteit en de wettigheid. De rechtbank, het hof of het onderzoeksgerecht gaat na of de toezegging proportioneel is, of de voorwaarden vervuld zijn, of de spijtoptant het memorandum uit vrije wil en welingelicht heeft aanvaard, of de feiten juridisch correct werden gekwalificeerd, of de feiten bewezen zijn, of er geen gronden tot verval zijn en of de bereidheid tot vergoeding aanwezig is. De beslissing wordt met redenen omkleed; er kan geen beroep tegen worden ingesteld**”; Antwoorden van de minister: p. 27: “**Aldus wordt het vonnisgerecht, dan wel het onderzoeksgerecht, dat de verklaring als bewijsmiddel waardeert, op de hoogte gesteld, ten eerste van het feit zelf dat deze werd verkregen in het kader van de spijtoptantenregeling en verder van de aard en de inhoud van het akkoord**”; p. 29: “De minister wijst erop dat de verruimde minnelijke schikking in strafzaken eveneens op die manier werkt: het **openbaar ministerie formuleert een voorstel, dat door de raadkamer of de bodemrechter al dan niet wordt bekrachtigd. De bodemrechter kan geen zwaardere straf opleggen dan die welke werd toegezegd, behalve indien de voorwaarden van het memorandum niet in acht werden genomen**”. Zie eveneens DOC 54 3016/007, p. 11-12.

<sup>99</sup> DOC 54 3016/001, p. 35.

<sup>100</sup> Artikel 216 § 2 Sv. bepaalt: “Wanneer de onderzoeksrechter met een onderzoek is gelast, kan de procureur des Konings slechts de toepassing van de in huidig artikel omschreven procedure voorstellen na de beschikking of het arrest van verwijzing naar de feitenrechter. Hij kan dit ook voorstellen wanneer de zaak reeds bij de feitenrechter aanhangig is gemaakt, voor zover er nog geen eindvonnis of arrest is gewezen op strafgebied”.

hield rekening met het arrest nr. 83/2016 van 2 juni 2016 van het Grondwettelijk Hof<sup>101</sup>. In de redengeving van zijn arrest nr. 83/2016 van 2 juni 2016 maakte het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de controle van de rechter op het niveau van het onderzoeksgerecht zeer nadrukkelijk de vergelijking met de “buitenvervolginstelling en de verwijzing” binnen het raam van de regeling van de rechtspleging, en niet met de gevallen waarbij het onderzoeksgerecht ten gronde oordeelt (met name in het geval van internering of opschorting).

Het Grondwettelijk Hof stelde daarover<sup>102</sup>: “Zoals in B.9.4 is vermeld, is de onderzoeksrechter na afloop van het gerechtelijk onderzoek niet gemachtigd om te beslissen tot buitenvervolginstelling of de zaak naar de feitenrechter te verwijzen, aangezien die beslissing enkel tot de bevoegdheid van de onderzoeksgerechten behoort.

Op dezelfde wijze gebieden het recht op een eerlijk proces en de daaraan inherente onafhankelijkheid van de onderzoeksrechter dat aan de strafvordering maar een einde kan worden gemaakt via een minnelijke schikking in strafzaken op voorwaarde dat de raadkamer of de kamer van inbeschuldigingstelling bij de regeling van de rechtspleging, zoals zij dat in de twee andere hiervoor bedoelde gevallen doet, een toezicht kan uitoefenen op de voorgenomen minnelijke schikking. Dat toezicht kan slechts als een daadwerkelijke rechterlijke controle worden beschouwd indien de beslissing inzake de minnelijke schikking wordt gemotiveerd”.

De schending van de Grondwettelijke en Verdragsrechtelijke bepalingen vloeide volgens het Grondwettelijk Hof voort uit het gemis aan een daadwerkelijke rechterlijke controle van het onderzoeksgerecht zoals ingeval van buitenvervolginstelling of verwijzing naar de feitenrechter.

De wetgever omschreef op grond van dit arrest en deze passage de inhoud van de rechterlijke controle als volgt in artikel 216bis Sv.<sup>103</sup>: “Op een met redenen omklede vordering van de procureur des Konings en na te hebben nagegaan of voldaan is aan de wettelijke toepassingsvoorwaarden van paragraaf 1, eerste lid, of het slachtoffer en de fiscale of sociale administratie werden vergoed overeenkomstig paragrafen 4 en 6, tweede lid, of de verdachte de voorgestelde minnelijke schikking uit vrije wil en weloverwogen heeft aanvaard en of de door de procureur des Konings voorgestelde minnelijke schikking proportioneel is met de ernst van de feiten en de persoonlijkheid van de verdachte, oordeelt de bevoegde rechter over de wettigheid van de voorgestelde minnelijke schikking en bekrachtigt deze. Tijdens het gerechtelijk onderzoek en bij de regeling van de rechtspleging beoordeelt het onderzoeksgerecht de proportionaliteit van de voorgestelde minnelijke schikking binnen de beoordeling van de bezwaren”.

De verwoording van de procedure van bekrachtiging van een minnelijke schikking en de inhoud van de controle in artikel 216bis Sv. heeft duidelijk model gestaan voor artikel 216/5 § 3 Sv. en dit blijkt uit de parlementaire voorbereiding<sup>104</sup>. De verantwoording van het amendement dat ter zake werd neergelegd en bepalend was voor de uiteindelijke tekst stelt duidelijk: “Punt 16, 17, 18 en 21: Het ontwerp bepaalt dat de toezegging kan bekrachtigd worden door het onderzoeksgerecht. De voorgestelde aanpassing stemt de regeling in dat opzicht af op de regeling die overeenkomstig het artikel 216bis Sv. inzake het verval van strafvordering tegen betaling van een geldsom (zoals ingevoerd met de wet

<sup>101</sup> Arrest nr. 83/2016 van 2 juni 2016 Grondwettelijk Hof, B.S. 1 juli 2016).

<sup>102</sup> Arrest nr. 83/2016 van 2 juni 2016 Grondwettelijk Hof, B.S. 1 juli 2016), B.10.2.

<sup>103</sup> De wet van 18 maart 2018 houdende wijzigingen van diverse bepalingen van het strafrecht, de strafvordering en het gerechtelijk recht, (B.S. 2 mei 2018) DOC 54 2753/001.

<sup>104</sup> DOC 54 2016/004, p. 43 en 46 met verwijzing naar amendementen nrs. 2, 16° tot 18° en 2, 21° DOC 54 2016/002 p. 10.

van 18 maart 2018 en rekening houdend met de opmerkingen van het Grondwettelijk Hof). Het onderzoeksgerecht zal in dat geval de toezegging bekrachtigen, en vervolgens het dossier verwijzen naar de bevoegde rechtbank of het hof teneinde het dossier ten gronde te beoordelen, en autonoom de straf te doen uitspreken waarvan de tenuitvoerlegging wordt uitgesteld mits het naleven van de voorwaarden die worden opgelegd in het kader van het toepassen van deze regeling.”<sup>105</sup>

De vermelding “binnen de beoordeling van de bezwaren” in artikel 216bis Sv. beperkt geenszins de bevoegdheid van het onderzoeksgerecht om een voorgestelde schikking te bekrachtigen. Het onderstreept enkel dat een volwaardige rechterlijke controle door het onderzoeksgerecht mogelijk is binnen de beoordeling van de bezwaren.

Tijdens het gerechtelijk onderzoek of in de fase van de regeling van de rechtspleging is het zodoende enkel het onderzoeksgerecht dat de proportionaliteit van de minnelijke schikking toetst aan de ernst van de feiten en de persoonlijkheid van de verdachte binnen het raam van het onderzoek naar de bezwaren, waarbij het onderzoeksgerecht niet gehouden is de zaak ten gronde te behandelen of de zaak om die reden te verwijzen naar de feitenrechter<sup>106</sup>. Nochtans is de beslissing tot bekrachtiging van het voorstel tot schikking een eindbeslissing die bij uitvoering van de schikking het verval van de strafvordering tot gevolg zal hebben. De betaling van de geldsom in het raam van de minnelijke schikking geldt als onweerlegbaar vermoeden van fout.<sup>107</sup>

De tekst van artikel 216bis Sv. bepaalt duidelijk wanneer het onderzoeksgerecht bevoegd is – namelijk tijdens het gerechtelijk onderzoek of bij de regeling van de rechtspleging – en wanneer de feitenrechter bevoegd is.

De uiteindelijke tekst van artikel 216/5 § 3 Sv. is duidelijk en niet voor een andere interpretatie vatbaar: “De bevoegde rechtbank, het hof of, **tijdens het gerechtelijk onderzoek en bij de regeling van de rechtspleging, en binnen de beoordeling van de bezwaren, het onderzoeksgerecht, verifieert .../.../... Vervolgens bekrachtigt ze de toezegging**”. De vermelding “**en binnen de beoordeling van de bezwaren**” is in die tekst niet geformuleerd als beperkende voorwaarde voor de bevoegdheid van het onderzoeksgerecht, doch grammaticaal een aanduiding dat het onderzoeksgerecht eveneens bevoegd is om een memorandum te bekrachtigen indien ze van de zaak kennis neemt in de gevallen waarin ze de bezwaren beoordeeld<sup>108</sup>. Bovendien past het aannemen van verzachtende omstandigheden en redenen van verschoning in de normale bevoegdheid van het onderzoeksgerecht, en levert de spijtoptantenregeling een “strafverminderende verschoningsgrond”<sup>109</sup>.

Er wordt verder op gewezen dat het onderzoeksgerecht het voorgelegd memorandum – wat een overeenkomst is tussen de spijtoptant en het openbaar ministerie met betrekking tot strafvermindering – bekrachtigd (wat een andere term is voor homologatie), maar dat ze

<sup>105</sup> DOC 54 2016/002 p. 10.

<sup>106</sup> DOC 54 2753; wetsontwerp houdende wijzigingen van diverse bepalingen van het strafrecht, de strafvordering en het gerechtelijk recht, Memorie van toelichting, p. 27 e.v.

<sup>107</sup> Artikel 216bis, § 4 Sv.: “De eventueel aan een ander veroorzaakte schade dient geheel vergoed te zijn vooraleer de schikking kan worden voorgesteld. De schikking kan evenwel ook worden voorgesteld op voorwaarde dat de dader in een geschrift zijn burgerlijke aansprakelijkheid voor het schadeverwekkend feit heeft erkend en hij het bewijs heeft geleverd van de vergoeding van het niet-betwiste gedeelte van de schade en de regeling ervan. In ieder geval kan het slachtoffer zijn rechten doen gelden voor de bevoegde burgerlijke rechtbank. **In dat geval geldt de betaling van de geldsom door de dader als een onweerlegbaar vermoeden van fout**”.

<sup>108</sup> Indien de wetgever de bevoegdheid van het onderzoeksgerecht wilde beperken tot de gevallen waarin ze in de huidige bij wet voorziene gevallen de grond van de zaak mag beoordelen diende de wet de gevallen waarin het onderzoeksgerecht enkel de bezwaren beoordeelt uit te sluiten.

<sup>109</sup> DOC 54 3016/001, p. 34.

de toegezegde straf niet uitspreekt. Nadien verwijst ze de zaak naar de feitenrechter om uitspraak te doen over de “vervangende straf”, waarover verder meer.

Ten slotte is op te merken dat de homologatie van een memorandum waarin een spijtoptant volledige bekentenissen aflegt over zijn aandeel van de feiten en met het openbaar ministerie een overeenkomst heeft afgesloten met betrekking tot zijn straf in ruil voor zijn verklaringen een nieuwe vorm is van alternatieve afhandeling van een strafzaak. Zoals reeds opgemerkt is de term “memorandum” niet gepast, en gaat het om een onderhandelde overeenkomst betreffende straftoemeting waarbij de “spijtoptant” zich verbindt tot het afleggen van substantiële, onthullende, oprechte en volledige verklaringen inzake de betrokkenheid van derden en ook schoon schip maakt over zijn eigen betrokkenheid bij gepleegde of gepoogde misdrijven.

De “werkelijkheid van de feiten” en de proportionaliteit kan net zo goed beoordeeld worden door het onderzoeksgerecht als door een feitenrechter, en de beoordeling van de onderhandelde overeenkomst verschilt niet echt van deze van een minnelijke schikking die eveneens binnen de beoordeling van de bezwaren past. De wetgever vermag bovendien deze bevoegdheid aan het onderzoeksgerecht te verlenen, wat hij met artikel 216/5 § 3 Sv. uitdrukkelijk gedaan heeft, en wat bijgevolg een nieuwe bevoegdheid van het onderzoeksgerecht uitmaakt.

De moeilijkheden die de wet van 22 juli 2018 teweeg brengt, en tekenend zijn voor de verwarring die uit het parlementair debat blijkt, is een gevolg van het feit dat de bepalingen een amalgaam maken van fundamenteel verschillende kwesties en procedures die volgens een eigen juridische en institutionele logica moeten worden beoordeeld<sup>110</sup>.

Het resultaat is – zoals professor Verbruggen het tijdens zijn hoorzitting terecht stelde – een cocktail die samengesteld is uit verschillende aspecten van bestaande regelingen. De nieuwe rechtsfiguur vertoont tegelijkertijd gelijkenissen met andere, bestaande rechtsfiguren, maar wijkt daar toch nog van af. *“Dat is een recept voor grondwettelijke twijfels en dus rechtsonzekerheid, terwijl men (terecht) net meer rechtszekerheid wil brengen”<sup>111</sup>.*

Er wordt volledigheidshalve aan herinnerd dat internering volledig buiten de scope valt van de spijtoptantenregeling. Internering is geen straf maar een maatregel, en bovendien ziet men niet in hoe een persoon die daarvoor in aanmerking komt een overeenkomst zou kunnen sluiten als ruil voor “strafvermindering”.

### **6.2.3. De lege lata en de lege ferenda**

Het principiële standpunt dat door sommigen werd verdedigd – dat het onderzoeksgerecht enkel een memorandum zou mogen bekrachtigen indien ze er als feitenrechter kennis kan van nemen – zou tot bijkomende procedurele problemen leiden. Indien voor de bekrachtiging van het memorandum de zaak steeds naar de feitenrechter zou moeten verwezen worden, en deze weigert te bekrachtigen, zou het gevolg daarvan zijn dat de spijtoptant zijn rechten in het raam van de regeling van de procedure op niveau van het onderzoeksgerecht dreigt te verliezen en er dus een ongelijkheid ontstaat op gebied van het recht van verdediging. De wet stelt immers dat ingeval de toezegging wordt afgewezen, afgezien of er nu en een nieuw memorandum wordt voorgelegd of niet, de zaak tegen de

<sup>110</sup> DOC 54 2016/004, p. 72. Hoorzitting – tussenkomst van professor Verbruggen.

<sup>111</sup> DOC 54 2016/004, p. 73.

spijtoptant wordt toegewezen aan een anders samengestelde kamer<sup>112</sup>. In dergelijke procedure zou het onderzoeksgerecht een louter doorgeefluik worden en gaat de betrokkene niet terug naar “start”. [De huidige regeling is om die reden te verkiezen.](#)

### **6.3. Procedure van bekrachtiging – rechten van partijen**

#### **6.3.1. Algemeen**

Artikel 216/5 § 4 Sv. bepaalt dat de bevoegde rechtbank, het bevoegde hof of desgevallend het bevoegde onderzoeksgerecht, de spijtoptant of zijn advocaat hoort over het memorandum en over de feiten waarvoor de spijtoptant wordt vervolgd.

In voorkomend geval, hoort de bevoegde rechtbank, het bevoegde hof of het bevoegde onderzoeksgerecht, ook het slachtoffer of zijn advocaat over de feiten en over de vergoeding van de schade.

Het slachtoffer kan zich op de zitting van de bevoegde rechtbank, het bevoegde hof of desgevallend het bevoegde onderzoeksgerecht burgerlijke partij stellen. De spijtoptant wordt gehoord met betrekking tot de burgerlijke rechtsvordering.

[Artikel 216/5, § 4 Sv. verwijst dus naar het/de slachtoffer\(s\) van de feiten waarvoor de spijtoptant wordt vervolgd en niet naar de slachtoffers van feiten waarover hij verklaringen heeft afgelegd maar waarbij hij niet zelf betrokken was als dader, mededader of medeplichtige.](#) De spijtoptant wordt gehoord met betrekking tot de burgerlijke rechtsvordering.

[Met betrekking tot deze procedure wordt in een zekere rechtsleer gesteld dat de rechter de burgerlijke belangen zo nodig zal aanhouden tot er een uitspraak is over de andere beklagden. De andere inverdenkinggestelden, of medebeklaagden worden niet gehoord of betrokken in het raam van de bekrachtigingsprocedure<sup>113</sup>. Indien het onderzoeksgerecht zich moet uitspreken over de bekrachtiging van het memorandum tijdens het gerechtelijk onderzoek of bij afsluiting ervan zal het wellicht toepassing moeten maken van artikel 4, tweede lid van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van strafvordering omdat in die fase er nog geen uitspraak is omtrent de eventuele medebeklaagden en de zaak om die reden niet in staat is van wijzen wat de burgerlijke belangen betreft. In het raam van de bekrachtigingsprocedure vereist de wet enkel dat de rechter controleert of de bereidheid tot vergoeding van de eventuele schade aanwezig is in hoofde van de spijtoptant \(zie punt 6.1\).](#)

De wet maakt geen melding van het openbaar ministerie. Het spreekt voor zich dat het hof, de rechtbank of het onderzoeksgerecht niet regelmatig samengesteld is indien het openbaar ministerie niet aanwezig zou zijn en gehoord zou worden. Bovendien moet het openbaar ministerie de toezegging met redenen omkleden, wat impliceert dat het aangewezen is dat alle aspecten die tot de controle van de rechter behoren reeds door het openbaar ministerie zouden getoetst worden en vervolgens aan de rechter worden voorgelegd met een gemotiveerde vordering tot bekrachtiging van het memorandum.

<sup>112</sup> Art. 216/5 § 3 Sv.

<sup>113</sup> L VAN PUYENBROECK, “Toezeggingen aan medewerkers met het gerecht. Een eerste analyse van de wet van 22 juli 2018 en de vraag naar de legitimiteit van het gebruik van spijtoptanten”, *Nullum Crimen*, 2019, p. 113.

### 6.3.2. Bereidheid tot vergoeding van de schade

In het raam van de procedure van artikel 216bis Sv. – de minnelijke schikking – moet de aan een ander veroorzaakte schade geheel vergoed zijn vooraleer de minnelijke schikking kan worden voorgesteld. De minnelijke schikking kan evenwel ook worden voorgesteld op voorwaarde dat de dader in een geschrift zijn burgerlijke aansprakelijkheid voor het schadeverwekkend feit heeft erkend. De dader dient eveneens het bewijs te leveren van de vergoeding van het niet-betwiste gedeelte van de schade en de regeling ervan. Het slachtoffer kan als dusdanig zijn rechten doen gelden voor de bevoegde burgerlijke rechtbank. In dat geval geldt de betaling van de geldsom door de dader als een onweerlegbaar vermoeden van fout.

Tijdens de parlementaire voorbereiding van de spijtoptantenregeling stelde de minister van Justitie dat het memorandum een onweerlegbaar vermoeden van fout impliceert inzake de door de spijtoptant gepleegde misdrijven waarover hij verklaringen aflegt. Hij stelde verder: *“In het memorandum geeft de spijtoptant aan bereid te zijn de schade te vergoeden. De regeling doet geen afbreuk aan de rechten van het slachtoffer in het raam van de burgerlijke vordering”*<sup>114</sup>. Er kwam kritiek van onder andere de balie omdat een onweerlegbaar vermoeden van fout ten aanzien van de misdrijven waarvan de spijtoptant dader, mededader of medeplichtige is vragen doet rijzen inzake de inachtneming van de rechten van verdediging<sup>115</sup>. De Raad van State merkte bovendien van zijn kant op dat het onweerlegbaar vermoeden van fout voorkwam in de ontworpen spijtoptantenregeling doch niet in de voorafgaande erkenning van schuld en dat daar geen verantwoording voor wordt gegeven<sup>116</sup>. Daar waar het eerste ontwerp van de spijtoptantenregeling nog voorzag dat de ondertekening van het memorandum een onweerlegbaar vermoeden van fout inzake de door de spijtoptant gepleegde misdrijven teweeg brengt<sup>117</sup>, werd dit in de uiteindelijke tekst weggelaten.

Wat de vergoeding van de schade betreft kan naar meerdere bepalingen verwezen worden. Artikel 216/2 §1 Sv. bepaalt de vermeldingen die het memorandum moet bevatten. Punt 4°, f vermeldt de bereidheid tot het vergoeden van de schade. Artikel 216/3 Sv. dat de herroeping van de toezegging behandelt bepaalt onder punt 4° dat de toezegging kan worden herroepen indien de spijtoptant de schade niet vergoedt. Artikel 216/5 § 3 Sv. dat de rechterlijke controle behandelt bepaalt dat de rechter verifieert of de bereidheid tot vergoeding van de eventuele schade aanwezig is.

Uit al deze bepalingen volgt dat de bereidheid tot vergoeding moet aanwezig zijn en dat de toezegging eventueel (kan) herroepen worden bij afwezigheid van vergoeding van de schade. Het slachtoffer wordt bovendien betrokken bij de procedure van bekrachtiging.

### 6.3.3. Bekrachtiging door het onderzoeksgerecht – regeling van de rechtspleging

Met de procedure van bekrachtiging, die op niveau van het onderzoeksgerecht tijdens het gerechtelijk onderzoek of bij de regeling van de rechtspleging kan plaats vinden, is de opdracht van het onderzoeksgerecht echter niet ten einde.

De wet bevat geen bijzondere bepalingen betreffende regeling van de rechtspleging, wellicht omdat tijdens de parlementaire behandeling werd uitgegaan van sterk

<sup>114</sup> DOC 54 2016/004, p. 5.

<sup>115</sup> DOC 54 2016/004, p. 12.

<sup>116</sup> DOC 54 2016/001, p. 90.

<sup>117</sup> DOC 54 2016/001, p. 43.

uiteenlopende ontwerp teksten gaande van een minimale bevoegdheid van het onderzoeksgerecht inzake bekrachtiging tot een maximale. Indien het onderzoeksgerecht de toezegging heeft bekrachtigd bepaalt artikel 216/5 § 3, tweede lid Sv., dat ze de zaak naar de bevoegde rechtbank of het hof verwijst om uitspraak te doen over de zogenaamde ‘vervangende straf’.

Of dit nu plaats vindt “tijdens het gerechtelijk onderzoek” of “bij de regeling van de rechtspleging in het raam van artikel 127 Sv.”, de bekrachtiging brengt wat de spijtoptant betreft een einde aan het gerechtelijk onderzoek, en gaat dus in elk geval gepaard met een soort regeling van de rechtspleging. Dit volgt ook uit de verdere procedure. Enkel indien het onderzoeksgerecht de bekrachtiging afwijst blijft de zaak op niveau van het gerechtelijk onderzoek, waarover verder meer.

De bekrachtiging van het memorandum dient met redenen omkleed te zijn<sup>118</sup>. Enerzijds bevat de beslissing tot bekrachtiging het resultaat van de controle van het memorandum, inzonderheid de verificatie van de proportionaliteit van de toezegging, of de wettelijke voorwaarden zijn nagekomen, of de spijtoptant het memorandum uit vrije wil en weloverwogen heeft aanvaard, of de feiten met hun correcte juridische kwalificatie overeenstemmen, of de feiten waarvoor de spijtoptant wordt vervolgd en waarop de toezegging slaat, overeenstemmen met de werkelijkheid, of er geen gronden tot verval aanwezig zijn en of de bereidheid tot vergoeding van de eventuele schade aanwezig is.

Artikel 216/5 Sv. verschaft een aparte nieuwe straf-verminderende verschoningsgrond die van toepassing is op de toegezegde straf die in het memorandum is opgenomen. Die straf-verminderende verschoningsgrond is echter niet van toepassing op de vervangende straf, vermits die straf overeenkomstig art. 216/5, § 2 Sv. slechts van toepassing wordt indien de spijtoptant de voorwaarden van het memorandum niet nakomt of niet heeft nagekomen. In dat geval dient dus de normale sanctie opgelegd te worden.

Het is mogelijk dat de feiten die ten laste kunnen gelegd worden aan de spijtoptant een correctionaliseerbare misdaad uitmaken en gesanctioneerd worden met een criminele straf. De verwijzing naar de correctionele rechtbank zal in dat geval verzachtende omstandigheden of een verschoningsgrond bij toepassing van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden of van een andere bijzonder wet moeten viseren vermits de feitenrechter gevat wordt om in die specifieke setting een “gewone” straf te bepalen. Het openbaar ministerie zal verder bouwend op dezelfde logica in dat geval bij de verwijzing naar de correctionele rechtbank – teneinde de vervangende straf op te leggen – de omstandigheden die de correctionele rechtbank bevoegd maken moeten viseren zoals bij een normale eindvordering. Hetzelfde geldt voor de motivering van de beschikking tot verwijzing door het onderzoeksgerecht.

Het onderzoeksgerecht zal in de praktijk eerst moeten vaststellen dat aan de voorwaarden voldaan is en de toezegging bekrachtigen, om in een tweede beweging vast te stellen dat in hoofde van de betrokken spijtoptant verzachtende omstandigheden bestaan (of een andere verschoningsgrond) en hem dienvolgens verwijzen naar de correctionele rechtbank met het oog op het opleggen van de “vervangende” (normale) straf. Bij deze beschikking zal het onderzoeksgerecht de onderzoeksrechter ontlasten ten aanzien van de spijtoptant.

<sup>118</sup> Artikel 216/5 § 3 eerste lid Sv.



Dit betekent in feite dat toepassing wordt gemaakt van de gewone procedureregels. De wetgever heeft immers geen wijzigingen willen aanbrengen aan de materiële bevoegdheden van de hoven en rechtbanken<sup>119</sup>.

#### 6.3.4. Bekrachtiging van een memorandum in de fase van de feitenrechter; na dagvaarding van het openbaar ministerie

Het is mogelijk dat na een verwijzing door het onderzoeksgerecht naar de feitenrechter een memorandum tot stand zou komen. We gaan hier echter vooral focussen op de zaken waarin geen gerechtelijk onderzoek werd geopend. Eens de zaak is gedagvaard dient het openbaar ministerie de bekrachtiging van een memorandum voor te leggen aan de rechter die met de zaak belast werd. Dit kan bijvoorbeeld wanneer de spijtoptant na dagvaarding onthullende verklaringen wil afleggen over andere misdrijven dan deze waarvoor hij vervolgd wordt<sup>120</sup>. Artikel 216/1 Sv. stelt immers algemeen dat die substantiële, onthullende, oprechte en volledige verklaringen betrekking hebben op de betrokkenheid van derden en desgevallend de eigen betrokkenheid, bij gepleegde of gepoogde misdrijven bedoeld in artikel 90ter, §§ 2 tot 4 Sv.

Er wordt verwezen naar punt 3.4 wat betreft de vraag of een toezegging tijdens het opsporingsonderzoek zou kunnen onderhandeld worden en een memorandum tijdens die fase zou kunnen worden afgesloten.

Wat de bekrachtiging van het memorandum betreft preciseert artikel 216/5 § 3 Sv. expliciet de controleopdracht van de rechtbank. Deze bepaling samen gelezen met de bij art. 216/5 § 1 Sv. omschreven teneur van de mogelijke toezeggingen **verschafft** een **eigen/ nieuwe soort** straf-verminderende of verschoningsgrond<sup>121</sup>. In het raam van de procedure van bekrachtiging moet de bevoegde rechtbank of het hof de controle uitvoeren die de wet oplegt. **Vermits de spijtoptantenregeling** geen afbreuk doet aan de materiële en territoriale bevoegdheidsverdeling van de hoven en rechtbanken<sup>122</sup> dient de rechtbank of het hof dus in de eerste plaats zijn bevoegdheid te controleren om van de zaak ten gronde kennis te kunnen nemen.

Na de bekrachtiging dient de bevoegde rechtbank of het hof immers overeenkomstig artikel 215/5 § 3 Sv. binnen de perken van de op het misdrijf gestelde straffen, alsook van de wet op grond waarvan de zaak voor de rechtbank of het hof werd gebracht, over de ‘vervangende’ straf te beslissen die door het openbaar ministerie wordt gevorderd en waarvan de tenuitvoerlegging wordt uitgesteld mits de voorwaarden worden nagekomen. Het openbaar ministerie zal in zijn dagvaarding in voorkomend geval de omstandigheden of een (andere<sup>123</sup>) reden van verschoning **moeten** opnemen die op grond van art. 2, tweede lid van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden de correctionele

<sup>119</sup> DOC 54 3016/001, p. 49: “...Het openbaar ministerie maakt de zaak op gemotiveerde wijze aanhangig bij de bevoegde rechtbank die of het hof dat de straf kan uitspreken. De regeling doet geen afbreuk aan de materiële en territoriale bevoegdheidsverdeling van de hoven en rechtbanken”.

<sup>120</sup> De hypothese van “onthullende” verklaringen over de misdrijven waarvoor hijzelf reeds gedagvaard of veroordeeld werd lijkt minder waarschijnlijk.

<sup>121</sup> DOC 54, 3016/1, p. 34: “Dit betreft aldus een nieuwe wettelijke strafverminderende of -uitsluitende verschoningsgrond, bestaande uit de samenwerking met justitie bij de vervolging van zware en georganiseerde criminaliteit, door het afleggen van een belastende getuigenverklaring”; Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.1.2.

<sup>122</sup> DOC 54 3016/001, p. 49; hierbij is op te merken dat de memorie van toelichting hieraan toevoegde: “Het onderzoeksgerecht kan zich uitspreken over de toezegging indien het bevoegd is om deze uitspraak te gronde te doen (bv. Een eenvoudige schuldverklaring). In alle andere gevallen verwijst het onderzoeksgerecht de spijtoptant onverwijld naar de bevoegde rechtbank of het hof teneinde de toegezegde straf uit te spreken”. Er werd reeds onderstreept dat de uiteindelijke wettelijke volkomen verschil van deze aanvankelijke visie.

<sup>123</sup> De bij artikel 216/5 § 1 Sv. omschreven teneur van de mogelijke toezeggingen inhoudende een (nieuwe) soort straf-verminderende of verschoningsgrond is niet van toepassing op de vervangende straf vermits deze straf wordt opgelegd voor het geval de voorwaarden niet worden nageleefd.

rechtbank bevoegd maken om kennis te nemen van de zaak. [De correctionele rechtbank is dan tevens bevoegd](#) om een memorandum te bekrachtigen betreffende een (correctionaliseerbare) misdaad strafbaar met criminele straffen, maar waarbij overeenkomstig artikel 216/5 § 1 Sv. een correctionele straf wordt bedongen, omdat zoals hierboven reeds gezegd artikel 215/5 Sv. een specifieke straf-verminderende verschoningsgrond verschaft. Binnen die verificatie dient de feitenrechter ook toezicht te houden op de proportionaliteit van de toezegging en de correcte juridische kwalificatie.

Indien niet voldaan is aan een van de verificatiecriteria zal de rechtbank de toezegging afwijzen. Er wordt verwezen naar de specifieke procedure bij afwijzing (zie verder).

[Stel dat](#) de vervangende straf die bij toepassing van artikel 216/5 §§ 2 en 3 Sv. moet gevorderd en opgelegd worden een criminele straf zou meebrengen waarvoor alleen het hof van assisen bevoegd is. [In dat geval zal de correctionele rechter](#) het memorandum moeten afwijzen omdat hij onbevoegd is om er kennis van te nemen. Het lijkt bijgevolg niet mogelijk het aspect “bekrachtiging” en het aspect “vervangende straf” te splitsen ingeval de bekrachtiging van het memorandum wordt voorgelegd aan de feitenrechter. Beide aspecten moeten als het ware dan samen behandeld worden. Het openbaar ministerie dient bijgevolg beide stappen tegelijk te vorderen (zie verder bij afwijzing blijft de zaak eveneens hangend voor dezelfde rechtbank).

[De spijtoptantenregeling voegt bovendien een aparte fragmentarische procedure in voor criminele zaken. Deze procedure wordt verder toegelicht \(zie punt 10\).](#)

Kortom, bij de beoordeling van het memorandum in de fase van bekrachtiging is dus ook steeds rekening te houden met de daaropvolgende fase waarbij de “vervangende straf” zal moeten uitgesproken worden.

#### **6.4. Geen rechtsmiddel**

Op strafgebied staat geen rechtsmiddel open tegen de beslissing tot bekrachtiging.

#### **6.5. Vervangende straf**

##### **6.5.1. Strafmaat**

Artikel 216/5 § 2 Sv. bepaalt dat het openbaar ministerie, binnen de perken van de op het misdrijf gestelde straffen en binnen de perken van de wet, de straf vordert die van toepassing wordt ingeval de spijtoptant de voorwaarden zoals opgenomen in het memorandum overeenkomstig artikel 216/3 Sv. niet nakomt of niet heeft nagekomen.

Artikel 216/5 § 3, tweede lid Sv. bepaalt dat de bevoegde rechtbank of het hof beslist binnen de perken van de op het misdrijf gestelde straffen, alsook van de wet op grond waarvan de zaak voor de rechtbank of het hof werd gebracht, over de straf die overeenkomstig paragraaf 2 wordt gevorderd en waarvan de tenuitvoerlegging wordt uitgesteld mits de voorwaarden worden nagekomen. Indien het onderzoeksgerecht de toezegging heeft bekrachtigd, verwijst het de zaak naar de bevoegde rechtbank of het hof om uitspraak te doen over de vervangende straf .

Tijdens de parlementaire voorbereiding werd onderstreept dat de rechter autonoom oordeelt binnen de perken van de op het misdrijf gestelde straffen, van de wet en van zijn saisine over de straf die van toepassing kan worden ingeval de spijtoptant de voorwaarden

niet naleeft<sup>124</sup>. Het gaat dus om een vrije beoordeling binnen de bevoegdheid van de rechtbank.

### **6.5.2. Rechtsmiddel**

De memorie van toelichting onderstreept dat tegen de vervangende straf alle rechtsmiddelen open staan. *“In dit geval is immers geen sprake van een vrijwillige en met kennis gedane afstand van het recht op hoger beroep: de rechter beoordeelt de vervangende straf immers volledig autonoom, binnen de perken van de wet”*<sup>125</sup>.

## **7. Tijdstip van vervolging van de spijtoptant**

De memorie van toelichting onderstreept dat het openbaar ministerie de vervolging tegen de spijtoptant gelijktijdig met de mededaders en medeplichtigen kan instellen. Dit kan het geval zijn indien de spijtoptant eveneens vervolgd wordt voor de feiten waarover hij verklaringen aflegt<sup>126</sup>. De dagvaarding / vervolging van de spijtoptant is echter niet afhankelijk van de vervolging van de misdrijven waarover de spijtoptant verklaringen heeft afgelegd. De spijtoptant kan immers verklaringen afleggen over misdrijven waarbij hij zelf niet betrokken was als mededader of medeplichtige, en in ruil een toezegging verkrijgen in het kader van een strafvordering die tegen hem wordt ingesteld voor een ander misdrijf. De memorie van toelichting merkt op dat het onredelijk zou zijn om de vervolging tegen de spijtoptant te schorsen tot de andere zaak voor de rechter wordt gebracht terwijl er onderling geen enkele samenhang bestaat tussen de zaak waarin hij vervolgd wordt en deze waarover hij verklaringen aflegt<sup>127</sup>.

In feite geniet het openbaar ministerie een grote vrijheid met betrekking tot het organiseren van de vervolging. Stel dat een spijtoptant deel uitmaakt van een criminele bende. Het openbaar ministerie kan afhankelijk van de omstandigheden, de spijtoptant meteen voor de bevoegde rechter brengen met het oog op het uitspreken van de “vervangende straf”, of **dit** gelijktijdig met de **vervolging van de** andere leden van de criminele bende **vorderen**.

## **8. De afwijzing – niet bekrachtiging van het memorandum**

### **8.1. Motivering**

Art. 216/5 § 3, derde lid Sv. bepaalt dat de afwijzing gebeurt in een beslissing die met redenen wordt omkleed. Er kan verwezen worden naar alle elementen die het voorwerp uitmaken van de rechterlijke controle bij de procedure van bekrachtiging. De wet bepaalt bovendien de te volgen procedure na afwijzing waarbij twee scenario's mogelijk zijn, die hierna worden toegelicht.

### **8.2. Procedure na afwijzing van het memorandum**

#### **8.2.1. Nieuw memorandum**

Indien, nadat de toezegging wordt afgewezen, een nieuw memorandum wordt voorgelegd, wordt de zaak tegen de spijtoptant toegewezen aan een anders samengestelde kamer (art.

<sup>124</sup> DOC 54 3016/001, p. 51.

<sup>125</sup> DOC 54 3016/001, p. 51.

<sup>126</sup> DOC 54 2016/001, p. 51.

<sup>127</sup> DOC 54 2016/001, p. 51.

216/5 § 3, derde lid Sv.). Deze regel geldt zowel bij afwijzing van het memorandum door het onderzoeksgerecht als **door** de feitenrechter.

## **8.2.2. Geen nieuw memorandum**

### **8.2.2.1 Welke rechter**

Indien de toezegging wordt afgewezen en geen nieuw memorandum wordt voorgelegd, wordt de zaak tegen de spijtoptant toegewezen aan een anders samengestelde kamer (art. 216/5 § 3, vierde lid Sv.). Deze regel geldt **zowel** bij afwijzing van het memorandum door het onderzoeksgerecht als **door** de feitenrechter. In dat geval wordt de gewone strafprocedure opnieuw gevolgd.

Het Grondwettelijk Hof onderstreept dat in beide gevallen (nieuw memorandum of geen nieuw memorandum) de wetgever het *“niet wenselijk achtte dat de ‘spijtoptant’ voor dezelfde rechter wordt gebracht eens de toezegging is afgewezen, teneinde te verhinderen dat de rechter kennis zou hebben van de inhoud van het memorandum en eventuele verklaringen die de kandidaat-spijtoptant over zichzelf naar aanleiding van het opstellen van het memorandum zou hebben afgelegd, wat het eerlijke verloop van het proces in het gedrang zou brengen”*<sup>128</sup>.

### **8.2.2.2. Lot van de opgestelde documenten en mededelingen**

Indien de toezegging wordt afgewezen en geen nieuw memorandum wordt voorgelegd bepaalt artikel 216/5 § 3, vierde lid Sv. dat het ondertekende memorandum en de documenten die werden opgemaakt en de mededelingen die werden gedaan tijdens het overleg in het kader van de procedure, alsook alle andere gerelateerde procedurestukken, uit het dossier worden verwijderd en alsdan neergelegd ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg.

Zij kunnen – volgens de letterlijke tekst van de wet – niet ten laste van de spijtoptant worden aangewend in een andere strafrechtelijke, burgerrechtelijke, administratieve, arbitrale of andere procedure **en** ze zijn niet toelaatbaar als bewijs, zelfs niet als buitengerechtelijke bekentenis.

Wat betreft de verwijdering van het ondertekende memorandum en de documenten die werden opgemaakt en de mededelingen die werden gedaan tijdens het overleg in het kader van de procedure is de wet duidelijk. Het gaat om de voorbereidende fase tot en met de afsluiting van het memorandum. Hierbij is evenwel op te merken dat de wet geen enkele bepaling bevat betreffende de zogenaamde “voorbereidende fase”.

De term “gerelateerde procedurestukken” kan beperkt worden geïnterpreteerd als werkelijke akten van de procedure zoals een rechtsvordering waarbij het memorandum wordt voorgelegd aan het onderzoeksgerecht en de stukken van de procedure van bekrachtiging. Het kan ook ruim geïnterpreteerd worden zodat het de verklaringen en processen-verbaal van het onderzoek zou behelzen. Volgens de ruime interpretatie zou bij afwijzing van het **memorandum van de spijtoptant** door de rechter het lot van de stukken bijgevolg op het geheel van het onderzoek betrekking **kunnen** hebben dat verder gebouwd werd op grond van de verklaring van de spijtoptant, en **ten minste op die onderzoeksda**

<sup>128</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.26.2; Parl. St., Kamer, 2017-2018, DOC 54-3016/002, p. 10.

die er rechtstreeks op steunen. Het Grondwettelijk Hof bracht ter zake enige verduidelijking bij.

In het raam van de vernietigingsprocedure voor het Grondwettelijk Hof voerde een verzoeker een verschil in behandeling aan doordat de verklaringen die de spijtoptant heeft afgelegd, in geval van een herroeping van het memorandum, nog steeds kunnen worden aangewend tegen de andere beklaagden of in verdenking gestelden, terwijl in geval van een afwijzing van het memorandum voorzien is in de verwijdering van het memorandum en de gerelateerde procedurestukken uit het strafdossier<sup>129</sup>. Het Grondwettelijk Hof stelde daarover dat krachtens artikel 216/5, § 3, van het Wetboek van strafvordering het onderzoeks- of vonnisgerecht de toezegging kan afwijzen, en dat indien vervolgens geen nieuw memorandum wordt voorgelegd, het ondertekende memorandum en alle gerelateerde procedurestukken uit het dossier worden verwijderd en neergelegd ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg, om te vermijden dat zij ten laste van de spijtoptant kunnen worden aangewend<sup>130</sup>. Het Grondwettelijk Hof stelt verder nog duidelijker: *“Uit het onderzoek van het vorige middel is gebleken dat de afgelegde verklaringen uit het dossier worden verwijderd wanneer de rechter het memorandum niet bekrachtigt. De wetgever ging er bijgevolg van uit dat de spijtoptant zijn verklaringen in de regel aflegt tussen de ondertekening van het memorandum en de bekrachtiging ervan”*.<sup>131</sup> In het beschikkend gedeelte van het arrest van 6 februari 2020 verwijst het Grondwettelijk Hof bij de verwerping van de beroepen uitdrukkelijk naar deze overwegingen.

In het licht van deze interpretatie blijft de vraag is of dit alleen geldt ten aanzien van de spijtoptant dan wel ten aanzien van de personen – mededaders of medeplichtigen – ten aanzien van wie de spijtoptant verklaringen heeft afgelegd. De memorie van toelichting en de verdere parlementaire voorbereiding van de wet bevatten weinig informatie betreffende dit nochtans zeer essentiële punt. De toelichting stelt enkel: *“Een afwijzende beslissing van de rechter wordt gemotiveerd. De documenten die in het kader van de spijtoptantenregeling aan het strafdossier werden toegevoegd worden op dat moment uit het dossier verwijderd en afzonderlijk neergelegd ter griffie”*<sup>132</sup>.

De wet preciseert op algemene wijze dat die stukken en mededelingen (het ondertekende memorandum en de documenten die werden opgemaakt en de mededelingen die werden gedaan tijdens het overleg in het kader van de procedure, alsook alle andere gerelateerde procedurestukken) niet toelaatbaar zijn als bewijs. Samen met het feit dat die stukken ook materieel verwijderd worden uit het strafdossier en neergelegd worden ter griffie lijkt dit geïnterpreteerd te kunnen worden als een algemene uitsluiting ten aanzien van derden.

Deze situatie is bijgevolg volledig verschillend van deze die ontstaat bij herroeping van de toezegging (zie punt 5.2 – bewijswaarde – en zie verder punt 9). Het Grondwettelijk Hof koppelde een bindende interpretatie aan de situatie die ontstaat bij herroeping van de toezegging overeenkomstig artikel 216/3 Sv., inhoudende dat de personen die in de verklaringen van de spijtoptant worden geïdencieerd in ieder geval de mogelijkheid behouden om de betrouwbaarheid van de spijtoptant en de inhoud en geloofwaardigheid van diens verklaringen voor het bevoegde onderzoeks- of vonnisgerecht te betwisten, zodat niet op discriminerende wijze afbreuk wordt gedaan aan het recht op een eerlijk proces.

Bij afwijzing van de toezegging moeten – overeenkomstig de bovenvermelde interpretatie van het Grondwettelijk Hof – de verklaringen van de spijtoptant verwijderd worden. Een

<sup>129</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.22.

<sup>130</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.23.1

<sup>131</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.32.2, tweede lid.

<sup>132</sup> Parl. St., Kamer, 2017-2018, DOC 54-3016/001, p. 51.

andere zienswijze zou tot gevolg hebben dat bij afwijzing elk spoor naar de spijtoptantenregeling zou komen te verdwijnen uit het dossier, behoudens de belangrijkste, namelijk precies de bekomen verklaring, wat een ernstige schending van het recht van verdediging van de andere betrokkenen zou veroorzaken.

Vermits de verklaringen van de spijtoptant zelfs in het geval dat het memorandum bekrachtigd wordt alleen mogen in aanmerking genomen worden op voorwaarde dat zij in afdoende mate steun vinden in andersoortige bewijsmiddelen<sup>133</sup>, zal de bewijswaarde van deze verklaringen bij afwijzing nog geringer zijn, zodat de regel dat ze niet toelaatbaar zijn als bewijs een algemene regel lijkt die eveneens van toepassing is ten aanzien van derden.

De verklaringen van de spijtoptant zijn trouwens het rechtstreeks gevolg van het afgesloten memorandum. Het verder gebruik mogen maken van deze verklaringen zou de zin van de wetsbepaling betreffende het verbod van verder gebruik van documenten en mededelingen volledig uithollen.

De stukken van het strafonderzoek die niet steunen op de verklaringen van de spijtoptant of ook zonder die verklaring konden vergaard worden en autonoom bewijs bijbrengen vallen niet onder deze regeling. De vraag blijft echter of en waarom verklaringen van andere betrokken verdachten die gelet op de verklaring van de spijtoptant tot bekentenis overgingen zouden moeten verwijderd worden omdat de toezegging werd afgewezen. De formulering artikel 216/5 § 3, vierde lid Sv. laat teveel ruimte voor discussie en zou best door de wetgever uitgeklaard worden, zodat zowel ten aanzien van de spijtoptant als ten aanzien van andere verdachten en/of beklaagden duidelijk wordt gepreciseerd welke documenten / stukken / verklaringen of onderzoekdaden bij afwijzing van de toezegging moeten verwijderd of ten laste mogen aangewend worden.

### **8.2.2.3. Geen rechtsmiddel tegen de afwijzing van het memorandum**

De wet bepaalt duidelijk wat het gevolg is van een afwijzing van het memorandum, waarbij naar de twee hierboven gerelateerde mogelijke procedurele alternatieven wordt verwezen. Bovendien stelt artikel 216/5 § 3, eerste lid Sv. duidelijk dat er tegen de beslissing betreffende de bekrachtiging van het memorandum op strafgebied geen rechtsmiddel openstaat. De afwijzing heeft ook geen implicaties op het vlak van de burgerlijke vordering die onverkort kan uitgeoefend worden in de loop van de verdere procedure.

## **9. De herroeping**

### **9.1. Twee onderscheiden procedurele scenario's**

De herroeping kan tijdens twee fases van de strafprocedure tussenkomen. Ze moet onderscheiden worden van de afwijzing of niet bekrachtiging van een memorandum. Het openbaar ministerie kan de toezegging enerzijds herroepen in een beginfase zodat het nooit tot een bekrachtiging komt, of anderzijds nadat het memorandum reeds bekrachtigd werd. Dat is steeds het gevolg van het niet nakomen door de spijtoptant van de afgesproken voorwaarden. Het openbaar ministerie is dus bevoegd om de toezegging zelf te herroepen in een beginfase of ze te vorderen nadat het memorandum bekrachtigd werd.

<sup>133</sup> Artikel 216/4 § 2 Sv.

## 9.2. Algemene bepaling – gronden van herroeping

Artikel 216/3 Sv. stelt dat de toezegging “kan” worden herroepen om volgende redenen, namelijk:

1° indien de spijtoptant de door hem in het memorandum aanvaarde voorwaarden niet heeft nageleefd;

2° indien de spijtoptant voor misdrijven gepleegd na datum van het sluiten van het memorandum bij vonnis of arrest dat in kracht van gewijsde is gegaan wordt veroordeeld tot een hoofdgevangenisstraf van ten minste zes maanden;

3° indien de spijtoptant niet overgaat tot het afleggen van de verklaringen zoals bepaald in het memorandum;

4° indien de spijtoptant de schade niet vergoedt;

5° indien de spijtoptant, wetens en willens, onvolledige, onoprechte of niet-onthullende verklaringen betreffende de bedoelde feiten heeft afgelegd;

6° indien de spijtoptant, teneinde de vervolging betreffende de bedoelde feiten te belemmeren, heeft gepoogd bewijzen te laten verdwijnen of zich te verstaan met derden.

Het feit dat op grond van de afgelegde verklaringen van de spijtoptant uiteindelijk geen vervolging kon ingesteld worden tegen de personen ten aanzien van wie de verklaring werd afgelegd is geen grond van herroeping.

## 9.3. De herroeping in een beginfase van het strafonderzoek

Indien, nadat de toezeggingen werden opgenomen in een memorandum maar vooraleer sprake is van een procedure van bekrachtiging van dat memorandum, blijkt dat de “spijtoptant” een van de bovenvermelde voorwaarden heeft geschonden kan het openbaar ministerie meteen een einde maken aan de nog niet bekrachtigde toezegging. De wet hecht **in dat geval** geen gevolgen aan de herroeping wat betreft de documenten, stukken of mededelingen die werden gedaan.

Het Grondwettelijk Hof onderstreepte dat het openbaar ministerie op grond van artikel 216/3 Sv. de toezegging kan herroepen, en dat dit met name het geval is wanneer de spijtoptant wetens en willens onvolledige, onoprechte of niet-onthullende verklaringen heeft afgelegd. Het Hof stelde verder dat de herroeping niet een beoordeling van de wettigheid en proportionaliteit van de toezegging betreft, zoals dat het geval is bij de bekrachtiging of afwijzing van die toezegging, maar een beoordeling van de loyale medewerking van de spijtoptant bij de tenuitvoerlegging van het memorandum<sup>134</sup>.

Er kan eveneens een probleem van loyaliteit ontstaan ingeval het openbaar ministerie op grond van inlichtingen die van de kandidaat spijtoptant verkregen werden tijdens de voorbereidingsfase van een toezegging reeds onderzoekshandelingen stelt die tot gevolg zouden hebben dat de “officiële” verklaring van de spijtoptant afgelegd na het memorandum eigenlijk op dat ogenblik niet meer onthullend is. Een herroeping zou in dat geval de loyaliteit van de verdere procedure in het gedrang kunnen brengen. Voorzichtigheid is dus geboden.

Verder is te onderstrepen dat de herroeping in de beginfase – dus vóór de fase van bekrachtiging – niet onderworpen is aan enige rechterlijke controle. De memorie van

<sup>134</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.23.2.

toelichting stelt<sup>135</sup>: “*Het openbaar ministerie stelt de niet-nakoming van de voorwaarden vast en is vervolgens niet langer gebonden door haar toezeggingen.*”.

Bij een afwijzing – de niet bekrachtiging van het memorandum door de rechter – worden zoals reeds gezegd het ondertekende memorandum en de documenten die werden opgemaakt en de mededelingen die werden gedaan tijdens het overleg in het kader van de procedure, alsook alle andere gerelateerde procedurestukken, uit het dossier verwijderd en alsdan neergelegd ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg. Bij herroeping gebeurt dat niet, de wet en de toelichtingen vermelden daarover niets. Dit heeft tot gevolg dat voormelde documenten, stukken en mededelingen wel ten laste van de spijtoptant kunnen worden aangewend en toelaatbaar zijn als bewijs ten laste van de spijtoptant en van derden (daders, mededaders of medeplichtigen). [Wat dit betreft is te verwijzen naar punt 5.2 en 8.2.2.2., inzonderheid naar de bindende interpretatie van het Grondwettelijk Hof met betrekking tot artikel 216/3 Sv. en de rechten van de andere partijen.](#)

## **9.4. De herroeping na bekrachtiging**

### **9.4.1. Algemeen**

Zoals reeds uiteengezet vordert het openbaar ministerie overeenkomstig artikel 216/5 § 2 Sv. de straf die van toepassing wordt ingeval de spijtoptant de voorwaarden zoals opgenomen in het memorandum overeenkomstig artikel 216/3 niet nakomt of niet heeft nagekomen. Vervolgens spreekt de bevoegde rechtbank of het hof overeenkomstig artikel 216/5 § 3, tweede lid Sv. de vervangende straf uit.

Artikel 216/5 § 5 Sv. bepaalt dat indien het openbaar ministerie meent dat de spijtoptant de voorwaarden zoals opgenomen in het memorandum overeenkomstig artikel 216/3 niet nakomt of niet heeft nagekomen het bij de rechtbank of het hof de toepassing van de straf vordert die door die rechtbank of dat hof is uitgesproken.

De woorden “niet nakomt of niet heeft nagekomen” viseren klaarblijkelijk twee verschillende situaties. Het is mogelijk dat vooraleer de vervangende straf kon uitgesproken worden reeds aan het licht is gekomen dat de spijtoptant de voorwaarden van het bekrachtigde memorandum niet nakomt. In dat geval kan het openbaar ministerie meteen de vervangende straf vorderen alsmede de effectieve toepassing (uitvoering) ervan. Indien de vervangende straf reeds was uitgesproken zal het openbaar ministerie de zaak ten laste van de spijtoptant opnieuw aan de rechtbank [die](#), of het hof dat deze straf uitsprak voorleggen teneinde te beslissen over de effectieve toepassing ervan. De wetgever heeft een procedure ter zake uitgewerkt (zie verder).

### **9.4.2. Termijn / materiële vergissingen in de wettekst**

#### **9.4.2.1. Regel**

Bij het vorderen van de effectieve toepassing van de vervangende straf moet een maximumtermijn in acht genomen worden. [Artikel 216/5, § 5 Sv.](#) omschrijft dit als volgt: “*Indien het openbaar ministerie meent dat de persoon bedoeld in artikel 216/1 de voorwaarden zoals opgenomen in het memorandum overeenkomstig artikel 216/3 niet nakomt of niet heeft nagekomen binnen de termijn die gelijk is aan de duur van de straf die*

<sup>135</sup> DOC 54 3016/001, p. 44. [De memorie van toelichting stelt verder: “Indien de toegezegde straf echter door de rechter \(in de fase van de strafvordering\) werd uitgesproken, moet de niet-nakoming eveneens door die rechter worden vastgesteld”.](#) Hierbij is op te merken dat de rechter de “toegezegde straf” niet uitspreekt, doch wel de “vervangende straf”. Deze passus strookt niet met de uiteindelijke wettekst.



*uitgesproken is overeenkomstig paragraaf 3, tweede lid, vordert het bij de rechtbank of het hof de toepassing van de straf die door die rechtbank of dat hof is uitgesproken. Bij niet-naleving van de voorwaarden bedoeld in artikel 216/3, § 1, 4° en 5°, bedraagt deze termijn ten minste vijf jaar”.*

De memorie van toelichting stelt in verband met de noodzaak de termijn voor de (effectieve) toepassing van de vervangende straf te beperken hetgeen volgt: *“De termijn waarbinnen toepassing van de vervangende straf kan worden gemaakt wordt in de tijd beperkt. Het is immers onwenselijk dat de spijtoptant jaren in onzekerheid leeft over een eventuele toepassing van de vervangende straf. De regeling zou hierdoor onaantrekkelijk worden en in de praktijk onwerkbaar zijn. Deze termijn bedraagt de termijn die gelijk is aan de duurtijd van de vervangende straf. De Raad van State stelt voor om deze termijn op adequate en objectieve wijze te bepalen. Deze termijn is objectief motiveerbaar daar deze wordt afgeleid van de tijdsvoorwaarden bij voorwaardelijke invrijheidstelling, die eveneens gekoppeld is aan het uitvoerbaar gedeelte van de straf”<sup>136</sup>.*

De verwijzing naar “*de voorwaarden bedoeld in artikel 216/3, § 1, 4° en 5°*” in artikel 216/5 § 5 Sv. is foutief. Bedoeld artikel bevat immers geen paragrafen. De wetgever viseerde wellicht “*de voorwaarden bedoeld in artikel 216/3, 4° en 5°*”. Maar die opsomming is op de koop toe verkeerd *zoals verder wordt aangetoond*. In afwachting van de rechtspraak of een reparatiewet is het dus aanbevolen enkel rekening te houden met de kortste termijn. Er is dus theoretisch sprake van twee onderscheiden termijnen naargelang van de voorwaarden die *niet* nageleefd werden.

#### **9.4.2.2. Niet naleving van de voorwaarden bedoeld in artikel 216/3 Sv.**

Indien de spijtoptant de voorwaarden zoals opgenomen in het memorandum overeenkomstig artikel 216/3 niet nakomt of niet heeft nagekomen binnen de termijn die gelijk is aan de duur van de straf die uitgesproken is overeenkomstig artikel 216/5 § 3, tweede lid – dit is de vervangende straf – vordert het openbaar ministerie bij de rechtbank of het hof de toepassing van de straf die door die rechtbank of dat hof is uitgesproken. Ten gevolge van de hogervermelde fout in de wettekst *lijkt* deze termijn *best in acht genomen te worden bij het* niet nakomen van alle in artikel 216/3 Sv. opgesomde voorwaarden. De foutieve verwijzing naar de onbestaande paragraaf moet dan wel rechtgezet worden door de wetgever.

#### **9.4.2.3. Niet naleving van de voorwaarden bedoeld in artikel 216/3 (§ 1) 4° en 5° Sv. – minimum termijn**

De bedoeling van de wetgever was een strenger regime in te voegen bij niet naleving van bepaalde voorwaarden. Hierdoor zou de hogervermelde termijn binnen dewelke de spijtoptant de hier specifiek geviseerde voorwaarden niet zou hebben nageleefd gebracht wordt op een minimumtermijn van vijf jaar. De wettekst verwijst hierbij naar:

4° indien de spijtoptant de schade niet vergoedt;

5° indien de spijtoptant, wetens en willens, onvolledige, onoprechte of niet-onthullende verklaringen betreffende de bedoelde feiten heeft afgelegd.

Deze verwijzing is klaarblijkelijk een materiële vergissing. Enerzijds is de vergoeding van het slachtoffer nergens gesteld als een absolute voorwaarde (zie supra), doch enkel de bereidheid de schade te vergoeden. Anderzijds stelt de memorie van toelichting

<sup>136</sup> DOC 54 3016/001, p. 52.

betreffende deze strengere termijn hetgeen volgt: *“Indien het niet nakomen van de voorwaarden echter verband houden met het afleggen van leugenachtige verklaringen of het doen verdwijnen van bewijzen of zich verstaan met derden met het oogmerk om de vervolging te belemmeren, is deze termijn ten minsten vijf jaar. Immers, deze vaststelling kan soms pas enige tijd later gebeuren, bijvoorbeeld voor de rechter ten gronde die moet oordelen over de daders en medeplichtigen van de misdrijven waarover de spijtoptant verklaringen heeft afgelegd”<sup>137</sup>.*

De bedoeling was dus duidelijk de uitgebreidere termijn ook te laten gelden voor het 6° punt van artikel 216/3 Sv. dat betrekking heeft op de spijtoptant die teneinde de vervolging betreffende de bedoelde feiten te belemmeren, heeft gepoogd bewijzen te laten verdwijnen of zich te verstaan met derden, maar niet voor het punt 4°.

Ten gevolge van de foutieve verwijzing naar de eerste (onbestaande) paragraaf van artikel 216/3 Sv. lijkt in afwachting van een wetswijziging [zoals gezegd de eerst vermelde termijn best in acht genomen te worden](#).

### 9.5. Procedure

Artikel 216/5 § 5 Sv. schetst de procedure die gevolgd moet worden om de reeds uitgesproken vervangende straf effectief te kunnen toepassen. Indien het openbaar ministerie meent dat de spijtoptant de voorwaarden zoals opgenomen in het memorandum niet nakomt of niet heeft nagekomen binnen de voormelde termijn vordert het bij de rechtbank of het hof de toepassing van de straf die door die rechtbank of dat hof is uitgesproken.

[Artikel 216/5 § 5 Sv. bepaalt dat de rechtbank, het hof of “desgevallend het onderzoeksgerecht”, de persoon bedoeld in artikel 216/1 en zijn advocaat en het openbaar ministerie hoort.](#)

Indien het voorwaarden betreft die in het belang van het slachtoffer zijn opgelegd, wordt het slachtoffer hieromtrent gehoord. Het slachtoffer kan zijn opmerkingen voordragen.

De rechtbank of het hof doet op autonome en gemotiveerde wijze uitspraak over de toepassing van deze straf.

[De verwijzing in artikel 216/5, § 5 Sv. naar het onderzoeksgerecht is foutief. Het onderzoeksgerecht spreekt zoals reeds gezegd geen vervangende straf uit en verwijst na bekrachtiging van het memorandum de zaak naar de feitenrechter om die straf uit te spreken. Zelfs indien de toezegging opgenomen in het door het onderzoeksgerecht bekrachtigd memorandum de opschorting van de straf zou behelzen, zou het onderzoeksgerecht in toepassing van artikel 216/5 § 3, tweede lid Sv. de zaak naar de bevoegde rechtbank of het hof moeten verwijzen om uitspraak te doen over de vervangende straf. Er werd echter reeds op gewezen dat een opschorting niet het voorwerp kan uitmaken van een toezegging van het openbaar ministerie \(zie punt 3.3.1\). Dat het onderzoeksgerecht de opschorting zou verlenen als “vervangende straf” is om de reeds aangehaalde redenen niet mogelijk.](#)

<sup>137</sup> DOC 54 3016/001, p. 52-53.

## **10. Niet correctionaliseerbare misdaden**

Artikel 346/1 Sv. bepaalt dat indien de veroordeelde spijtoptant de voorwaarden van het memorandum niet nakomt, de procureur-generaal bij het hof van beroep de toepassing vordert van de straf overeenkomstig artikel 216/5 § 2, namelijk de “vervangende straf”.

Artikel 346/1 Sv. bepaalt verder dat het hof, zonder de jury, op met redenen wijze uitspraak doet over de toepassing van deze straf. De tweede volzin heeft betrekking op de effectieve toepassing van de reeds uitgesproken vervangende straf.

Vooreerst is op te merken dat de wet met betrekking tot de procedure van bekrachtiging van een memorandum geen specifieke bepaling bevat [met betrekking tot niet correctionaliseerbare misdaden](#). Dit heeft tot gevolg dat de wetgever ervan uitgaat dat de spijtoptantenregeling wat de toezegging en bekrachtiging betreft onverkort van toepassing is op deze misdaden.

[Het openbaar ministerie kan bijgevolg een toezegging maken](#) met betrekking tot misdaden waarvan de beoordeling overeenkomstig artikel 150 van de Grondwet voorbehouden wordt aan de jury. Artikel 150 van de Grondwet stelt de jury in voor alle criminele zaken. Weliswaar kunnen overeenkomstig de wet van 4 oktober 1867 een aantal misdaden gecorrectionaliseerd worden. De wetgever poogde een veralgemeende correctionaliseerbaarheid in te voegen met de wet van 5 februari 2016<sup>138</sup>. Het Grondwettelijk hof vernietigde de artikelen 6, 121, 122, 123 van de wet van 5 februari 2016 bij arrest nr. 148/2017 van 21 december 2017<sup>139</sup>. Dit had tot gevolg dat artikel 2 van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden werd hersteld in zijn vorige toestand, namelijk deze zoals vervangen bij de wet van 21 december 2009 en gewijzigd bij de wetten van 27 december 2012 en 14 januari 2013, [en dit met ingang op 12 januari 2018](#).

[De toepassing van de spijtoptantenregeling impliceert “de facto” dat de spijtoptant schuld bekent<sup>140</sup> en bovendien moet de rechter die het memorandum bekrachtigt controleren of de spijtoptant het memorandum uit vrije wil en weloverwogen heeft aanvaard<sup>141</sup>. Betrokkene wordt bijgevolg niet tegen zijn wil afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent<sup>142</sup>. De jury wordt in dit geval volledig uitgesloten van de beoordeling van de schuld.](#)

[Wat de bekrachtiging van het memorandum betreft zijn er procedureel meerdere variaties mogelijk. Het memorandum kan bekrachtigd worden tijdens het gerechtelijk onderzoek of bij afsluiting ervan. In dat geval is het onderzoeksgerecht bevoegd. Normaal gezien kan de raadkamer in die fase van de procedure het memorandum bekrachtigen en hierbij toepassing maken van de “nieuwe soort straf verminderende verschoningsgrond”.](#)

[Het afsluiten van en de bekrachtiging van een memorandum zou theoretisch ook kunnen tussenkomen na de overmaking van het dossier door de raadkamer aan de procureur-generaal overeenkomstig artikel 133 Sv. zodat de kamer van inbeschuldigingstelling zich over de bekrachtiging zou moeten uitspreken en ze de zaak in voorkomend geval aan het hof van assisen zou moeten overmaken voor het opleggen van de vervangende straf. In de](#)

<sup>138</sup> 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.

<sup>139</sup> Arrest nr. 148/2017 van het Grondwettelijk Hof, *B.S.* 12 januari 2018.

<sup>140</sup> [Zie punt 6.3.2.: De wet voorziet niet dat de ondertekening van het memorandum een onweerlegbaar vermoeden van fout inzake de door de spijtoptant gepleegde misdrijven teweeg brengt.](#)

<sup>141</sup> [Zie punt 6.1.](#)

<sup>142</sup> [Zie artikel 13 van de Grondwet.](#)

hypothese dat een memorandum na het arrest van verwijzing naar het hof van assisen zou afgesloten worden en ter bekrachtiging zou worden voorgelegd aan het hof van assisen ontbreekt de bekrachtigingsprocedure die zou moeten gevolgd worden. De jury lijkt in dat geval niet uitgesloten te kunnen worden van de beoordeling van het memorandum. Krachtens artikel 216/5 § 3 Sv. moet trouwens nagegaan worden of de feiten waarvoor de spijtoptant wordt vervolgd en waarop de toezegging slaat overeenstemmen met de werkelijkheid.

Wat de vervangende straf betreft zou krachtens het nieuw artikel 346/1 Sv. het hof van assisen op vordering van de procureur-generaal de vervangende straf uitspreken. Op welke wijze dat geschiedt bepaalt de wet niet. De verwijzing naar “het hof van assisen” kan niet anders begrepen worden dan onder zijn wettelijk vastgestelde samenstelling, en bijgevolg inclusief de jury. Dat volgt ook a contrario uit het feit dat de wet wat de effectieve toepassing van de uitgesproken straf betreft preciseert dat dit door het hof gebeurt zonder jury.

Zoals reeds onderstreept voegde de wet van 22 juli 2018 een nieuwe soort straf verminderende verschoningsgrond in die mogelijk maakt een lagere straf toe te zeggen (zie hoofdstuk effect van de proportionaliteit). Eens het memorandum inhoudende de toezegging bekrachtigd is dient de vervangende straf gevorderd te worden voor de bevoegde rechter, en op die vervangende straf is de strafverminderende verschoningsgrond niet van toepassing vermits die straf slechts kan toegepast worden indien de spijtoptant de voorwaarden niet heeft of zou hebben nageleefd.

Vermits geen uitspraak is te doen over de schuld – gelet op het reeds bekrachtigde memorandum – zal de jury zich samen met de beroepsmagistraten enkel moeten uitspreken over de vervangende straf die uiteindelijk de straf is die normaal zou worden uitgesproken. Bij gebreke aan enige wettelijke toelichting moet aangenomen worden dat voor het overige de normale assisenprocedure moet toegepast worden, namelijk inclusief preliminaire zitting en getuigenverhoor.

Betreffende de procedure blijven nog tal van vragen. Indien een memorandum wordt opgesteld met betrekking tot niet correctionaliseerbare misdaden kan de raadkamer op grond van de reeds besproken wetsbepalingen de zaak voor het uitspreken van de vervangende straf rechtstreeks naar het hof van assisen verwijzen, wat een uitzondering is op de gewone wijze van aanhangig making van criminele zaken. Dit zou betekenen dat de procedure van art. 133 Sv. en deze voor de kamer van inbeschuldigingstelling wordt uitgeknipt, er geen arrest van verwijzing komt, en bijgevolg geen akte van beschuldigingstelling zou worden opgesteld of betekend. De te volgen voorbereidende procedure en de procedure ten gronde worden impliciet gewijzigd. Artikel 275 Sv. bepaalt dat de procureur-generaal in één exploit de akte van beschuldiging en de dagvaarding voor de preliminaire zitting aan de partijen betekent. In dit geval zal er wellicht enkel sprake zijn van een dagvaarding.

Artikel 49 van de wet van 5 mei 2019 houdende diverse bepalingen in strafzaken en inzake erediensten, en tot wijziging van de wet van 28 mei 202 betreffende de euthanasie en van het sociaal strafwetboek<sup>143</sup>, modelleerde de verplichting van het voorlezen van de akte van beschuldiging en maakte een gedeeltelijke voorlezing van de akte door de procureur-generaal mogelijk onder welbepaalde voorwaarden. Dit alles lijkt te vervallen. Wat er niet is kan je niet voorlezen. Hoe de procedure verloopt in de fase van het debat na afsluiting van het getuigenverhoor is evenmin duidelijk. Er mag van uitgegaan worden dat de fase van de

<sup>143</sup> B.S 24 mei 2019.

beantwoording van de schuldvragen en de beraadslaging over de schuld wegvalt en enkel over de vervangende straf zal beraadslaagd worden overeenkomstig artikel 343 Sv. en volgende.

Stel voor dat de jury na het aanhoren van alle getuigenissen van oordeel zou zijn dat betrokkene niet schuldig is. Zal het zich dan kunnen uitdrukken door bijvoorbeeld geen vervangende straf op te leggen? Een wetgeving op maat had de rechtszekerheid wellicht beter gediend dan impliciet toepassing te moeten maken van niet aangepaste rechtsregels.

Er is dus sprake van rechtsonzekerheid op tal van procedurepunten. Artikel 346/1 Sv. – artikel 21 van de wet van 22 juli 2018 – maakte niet het voorwerp uit van het bij het Grondwettelijk Hof ingesteld beroep tot vernietiging van de wet van 22 juli 2018. In afwachting van een noodzakelijke reparatiewet lijkt het aanwenden van de spijtoptantenregeling voor niet correctionaliseerbare misdaden een weg vol onzekerheden.

### **11. Toezegging van het openbaar ministerie over de strafuitvoering**

Het openbaar ministerie kan toezeggingen doen aan een spijtoptant in het kader van de strafuitvoering. Hierbij dient het openbaar ministerie binnen zijn bevoegdheid-radius te blijven. De wetgever heeft in artikel 216/6 Sv. de basis proportionaliteitsvoorwaarden herhaalt, evenals het feit dat een memorandum moet worden opgesteld. Van een rechterlijke controle en bekrachtiging van de toezeggingen is geen sprake. Het openbaar ministerie beslist hier autonoom over.

De toezegging van het openbaar ministerie opgenomen in het memorandum moet proportioneel zijn:

- ten aanzien van het door de spijtoptant gepleegde misdrijf;
- ten aanzien van het misdrijf waarover verklaringen worden afgelegd;
- en hierbij in het bijzonder rekening houden met de ernst van de eventuele gevolgen.

Bovendien moet het openbaar ministerie erover waken dat de spijtoptant geen gevaar oplevert voor de openbare veiligheid.

De mogelijke toezeggingen zijn wat betreft de uitvoering van vrijheidsbenemende straffen beperkt tot wat past in de gewone bevoegdheid van het openbaar ministerie. De toezeggingen kunnen dus inhouden:

1° een gunstig advies als bepaald in titel VI van de wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten, uit te brengen;

2° binnen zijn bevoegdheden, een gunstige beslissing in het kader van de strafuitvoering te nemen.

De memorie van toelichting stelt daarover dat de toezeggingen, die eveneens in een memorandum worden opgenomen, kunnen omvatten:

*“— het uitbrengen van een gunstig advies, zoals bepaald in Titel VI van de wet 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.*

*Het gaat hierbij om een gunstig advies inzake beperkte detentie en het elektronisch toezicht, de voorwaardelijke invrijheidstelling, de voorlopige invrijheidstelling met het oog op verwijdering van het grondgebied of met het oog op overlevering en de vermindering van de duur van de door de rechter uitgesproken ontzetting van het recht in een bepaalde aangewezen zone te wonen, te verblijven of er zich te vertonen”.*

In de ontwerp teksten was het toekennen van een uitgaansvergunning of penitentiair verlof<sup>144</sup> eveneens opgenomen. Deze mogelijkheid werd echter uit de wettekst weggelaten.

Verder is te onderstrepen dat de strafuitvoeringsrechtbank niet gebonden is door dergelijk gunstig advies. De situatie van de betrokkene blijft dus precair. De wet voegde zoals gezegd geen formele procedure in van rechterlijke controle en bekrachtiging, maar de facto kan de strafuitvoeringsrechtbank een controle uitvoeren en niet ingaan op het advies van het openbaar ministerie.

Wat de toezeggingen betreffen inzake vrijheidsstraffen onder de 3 jaar is de minister van Justitie momenteel nog bevoegd. Thans is te verwijzen naar de wet van 16 maart 2021 tot uitstel van de inwerkingtreding van de bepalingen inzake externe rechtspositie van veroordeelden tot een vrijheidsstraf voor vrijheidsstraffen van drie jaar of minder. Deze wet wijzigde andermaal de inwerkingtredingsdatum. In artikel 26 van de wet van 5 mei 2019 – tot wijziging van de wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten tot aanpassing van de procedure voor de strafuitvoeringsrechter voor de vrijheidsstraffen van drie jaar of minder, gewijzigd bij de wet van 31 juli 2020 – werden de woorden "en uiterlijk op 1 april 2021" vervangen door de woorden "en uiterlijk op 1 december 2021"<sup>145</sup>.

De memorie van toelichting stelt hierover<sup>146</sup>: "... bij gebreke aan de installatie van de strafuitvoeringsrechters, zal de minister van Justitie hierover een richtlijn uitvaardigen teneinde de toepassing ook mogelijk te maken in afwachting van de inwerkingtreding van de wet".

Bij afwezigheid van dergelijke richtlijnen en in afwachting van de inwerkingtreding van voormelde wet van 5 mei 2019 kan het openbaar ministerie ter zake geen toezeggingen doen.

Gelet op de algemene formulering van artikel 216/6 Sv. 2° Sv. (zie supra) kan het openbaar ministerie eveneens een gunstige beslissing nemen wat betreft de tenuitvoerlegging van geldboetes en bijzondere verbeurdverklaring. De memorie van toelichting stelt als voorbeeld: "... het nemen van een voor de betrokken spijtoptant

<sup>144</sup> DOC 54 3016/001, p. 54.

<sup>145</sup> Artikel 26 van de wet van 5 mei 2019 tot wijziging van de wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten tot aanpassing van de procedure voor de strafuitvoeringsrechter voor de vrijheidsstraffen van drie jaar of minder (B.S. 14 juni 2019) trad normaal gezien in werking op een door de Koning te bepalen datum en ten laatste op 1 oktober 2020. De wet van 16 maart 2021 tot uitstel van de inwerkingtreding van de bepalingen inzake externe rechtspositie van veroordeelden tot een vrijheidsstraf voor vrijheidsstraffen van drie jaar of minder (B.S 26 maart 2021) wijzigde de datum van inwerkingtreding van voormeld artikel 26 en van artikel 109 van de wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten, laatstelijk gewijzigd bij de wet van 31 juli 2020, door de woorden "en uiterlijk op 1 april 2021" te vervangen door de woorden "en uiterlijk op 1 december 2021".

Wat de inwerkingtreding betreft stelt artikel 25 dat de bepalingen van deze wet van toepassing zijn op veroordeelden die uitsluitend veroordelingen tot vrijheidsbenemende straffen van drie jaar of minder die in kracht van gewijsde zijn getreden na de inwerkingtreding van deze bepalingen in uitvoering hebben tenzij de veroordeelde schriftelijk verzoekt om toch toepassing te maken van deze wet. "Ingeval een veroordeelde overeenkomstig het eerste lid, het voorwerp uitmaakt van de toepassing van de bepalingen van deze wet en er ten aanzien van hem nadien een straf in uitvoering komt die in kracht van gewijsde is getreden voor de inwerkingtreding van deze wet, blijven de bepalingen van deze wet van toepassing.

In afwijking van het eerste en tweede lid zijn de bepalingen van deze wet onmiddellijk van toepassing op de veroordeelde die het voorwerp uitmaakt van één of meer veroordelingen tot een vrijheidsstraf waarvan het totaal uitvoerbaar gedeelte drie jaar of minder bedraagt voor zover er aan één van de veroordelingen een terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank verbonden is. Het elektronisch toezicht dat de veroordeelde toegekend werd vóór het moment van inwerkingtreding van deze wet, wordt verder opgevolgd overeenkomstig de bepalingen van deze wet". Zie thans eveneens: wet van 29 juni 2021 tot operationalisering van de procedure voor de uitvoering van vrijheidsstraffen van drie jaar of minder (B.S 14 juli 2021)

<sup>146</sup> DOC 54 3016/001, p. 54.

*gunstige beslissing in het kader van de strafuitvoering, zoals een beslissing om niet, of mits het nakomen van voorwaarden niet onmiddellijk, over te gaan tot strafuitvoering*<sup>147</sup>. *“De situatie kan immers ontstaan dat de spijtoptant door de veroordeling tot het betalen van een geldboete of tot de bijzondere verbeurdverklaring van een bepaalde som of voorwerp, bvb. zijn woning zou moeten verkopen teneinde de straf te kunnen uitvoeren. Indien de spijtoptant echter zeer substantiële en nuttige informatie heeft kunnen aanbrengen over deze of andere criminele feiten, is de uitvoering van deze geldstraf in sommige concrete gevallen niet wenselijk*<sup>148</sup>.

Het openbaar ministerie krijgt hier een zeer ruime bevoegdheid waartegenover geen rechterlijke controle bestaat.

Uiteraard kan dergelijke gunstige beslissing geen betrekking hebben op de verbeurdverklaring als veiligheidsmaatregel betreffende stoffen en voorwerpen die de openbare veiligheid of de veiligheid van personen in gevaar brengen, zoals drugs of verboden wapens<sup>149</sup>.

## **12. Toezegging van het openbaar ministerie in de fase van de hechtenis**

Het openbaar ministerie kan ook toezeggingen doen inzake de plaatsing en overplaatsing als bedoeld in artikel 18 van de wet van 12 januari 2005 betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van de gedetineerden. Die toezeggingen betreffende de detentie moeten voldoen aan proportionaliteitsvereisten. Met detentie wordt zowel strafuitvoering als voorlopige hechtenis bedoeld<sup>150</sup>. Wat de voorlopige hechtenis betreft is op te merken dat toezeggingen enkel betrekking kunnen hebben op de plaats en de wijze van uitvoering van de hechtenis, doch niet op de titel van hechtenis die onderworpen is aan het toezicht van de onderzoeksgerechten. Evenmin wordt geraakt aan de bevoegdheden van de onderzoeksrechter.

Overeenkomstig artikel 216/7 Sv. moet de toezegging van het openbaar ministerie die wordt opgenomen in het memorandum proportioneel zijn:

- ten aanzien van het door de spijtoptant gepleegde misdrijf;
- ten aanzien van het misdrijf waarover verklaringen worden afgelegd<sup>151</sup>.

Bovendien moet de directeur-generaal van de Penitentiaire Inrichtingen voorafgaand zijn akkoord hebben gegeven. Van een rechterlijke controle en bekrachtiging van de toezeggingen is echter geen sprake.

De memorie van toelichting stelt hierover<sup>152</sup>: *“De mogelijke toezeggingen houden verband met de plaatsing, en overplaatsing van de gedetineerde, zoals voorzien in artikel 18 van de wet van 12 januari 2005 betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van de gedetineerden, of de daarmee verband houdende faciliteiten. Op basis van de toezeggingen kan de gedetineerde in een andere gevangenis worden geplaatst (bvb. dichterbij de familie, onder een lichter regime, waar ruimere faciliteiten aanwezig zijn op het gebied van sport, bezoek, telefoongesprekken, detentieregime of arbeid). De concrete uitoefening van de rechten van de gedetineerde maken immers het voorwerp uit van de*

<sup>147</sup> DOC 54 3016/001, p. 53.

<sup>148</sup> DOC 54 3016/001, p. 55.

<sup>149</sup> DOC 54 3016/001, p. 55.

<sup>150</sup> DOC 54 3016/001, p. 55.

<sup>151</sup> De wet voorziet hier niet dat bijzonder rekening is te houden met de ernst van de eventuele gevolgen.

<sup>152</sup> DOC 54 3016/001, p. 55-56.

*huishoudelijke reglementen van de gevangenen, goedgekeurd door de minister van Justitie, waardoor tussen de gevangenen afwijkingen bestaan”.*

De wet bepaalt bovendien dat deze toezeggingen geen afbreuk kunnen doen aan de bevoegdheden van de gevangenisdirecteur in het kader van de tucht, orde en veiligheid binnen de gevangenis. De memorie van toelichting stelt hierover<sup>153</sup>: *“Deze toezeggingen kunnen geen afbreuk doen aan de bevoegdheden van de gevangenisdirecteur in het kader van de tucht, orde en veiligheid binnen de gevangenis. De gevangenisdirecteur kan dus alle noodzakelijke maatregelen nemen die nodig zijn om de orde en veiligheid in de gevangenis te bewaren, ook ten aanzien van de spijtoptant. Indien de toezeggingen hierdoor niet kunnen worden uitgevoerd, spreekt het voor zich dat de gevangenisdirecteur de procureur des Konings in die gevallen op de hoogte stelt”.*

Artikel 216/7 Sv. bepaalt in fine dat de minister bevoegd voor justitie de noodzakelijke maatregelen neemt met betrekking tot de uitvoering van de faciliteiten die verband houden met de plaatsing en overplaatsing, en dat de tenuitvoerlegging van de maatregelen binnen de gevangenis wordt verzorgd door het directoraat-generaal Penitentiaire Inrichtingen.

De memorie van toelichting onderstreept dat de minister van Justitie instaat voor de praktische tenuitvoerlegging van dit artikel middels een richtlijn aan het openbaar ministerie en aan het Directoraat-generaal penitentiaire inrichtingen<sup>154</sup>. De Raad van State merkte in dit verband op: dat het niet duidelijk is waarop die bevoegdheid juist slaat. *“Indien het zou gaan om een delegatie van reglementaire bevoegdheid, dient erop te worden gewezen dat die delegatie aan de Koning zou dienen te worden verleend in plaats van aan de minister bevoegd voor justitie. De wetgever vermag zich immers in beginsel niet te mengen in de organisatie van de uitvoerende macht, die overeenkomstig artikel 37 van de Grondwet bij de Koning berust. Het komt derhalve hem, en niet de wetgever, toe om delegaties aan ministers te verlenen, nog daargelaten de vraag of die delegatie van regelgevende bevoegdheid aan de minister aanvaardbaar is”*<sup>155</sup>. De wetgever ging niet in op deze opmerking omdat de penitentiaire administratie wordt geregeld in de basiswet van 12 januari 2005 betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van de gedetineerden<sup>156</sup>. In elk geval lijkt het voor het openbaar ministerie niet mogelijk toezeggingen te doen bij afwezigheid van bovenvermelde richtlijnen.

### **13. Parlementair toezicht**

De wetgever legt een jaarlijkse evaluatie en controle op ten aanzien van de toepassing van de wet van 22 juli 2018. Artikel 216/8 bepaalt dat de minister bevoegd voor justitie elk jaar verslag uitbrengt aan de kamer van volksvertegenwoordigers over de toepassing van de wet. De minister bevoegd voor justitie brengt hierbij de Kamer van volksvertegenwoordigers op de hoogte van:

- het aantal onderzoeken die aanleiding gegeven hebben tot de maatregelen bedoeld in de artikelen 216/1 tot 216/7 Sv.,
- van het aantal betrokken personen,
- en van de behaalde resultaten.

**Uit het verslag dat op 3 augustus 2021 door het federaal parket aan de minister van Justitie werd overgemaakt blijkt dat er slechts één dossier lopende is waar sprake is van de**

<sup>153</sup> DOC 54 3016/001, p. 56.

<sup>154</sup> DOC 54 3016/001, p. 56.

<sup>155</sup> DOC 54 3016/001, p. 97.

<sup>156</sup> DOC 54 3016/001, p. 56.



toepassing van de spijtoptantenregeling. In vier dossiers werd een verzoek aan het openbaar ministerie gericht om toepassing te maken van deze regeling doch kwam het niet tot de ondertekening van een memorandum en werden bijgevolg geen toezeggingen gedaan.

#### **14. Beschermingsmaatregelen**

Artikel 216/2 § 2, 2° Sv. bepaalt dat het memorandum slechts kan worden afgesloten met een voorafgaand advies van de getuigenbeschermingscommissie wat betreft de mogelijkheid tot nemen van beschermingsmaatregelen waar later kan over beslist worden. Vermits de spijtoptantenregeling tot gevolg heeft dat ook vervolgte personen moeten kunnen genieten van beschermingsmaatregelen werd artikel 104, § 4 Sv. aangevuld. De bijkomende maatregelen, viseren de spijtoptanten niet exclusief, maar [zijn](#) er wel primair op gericht<sup>157</sup>.

Er werd toegevoegd dat de persoon aan wie bijzondere beschermingsmaatregelen worden toegekend (zowel een spijtoptant als een andere bedreigde getuige) recht heeft op de vrijwaring van zijn sociale en administratieve rechten. Indien een nieuwe identiteit wordt gegeven ontstaan actueel tal van administratieve problemen bij het verder toekennen van lonen, wedden, pensioenen, uitkeringen e.a. Het aangevuld artikel 104 § 4 Sv. bepaalt thans dat de federale procureur hiertoe de medewerking kan vorderen van de ambtenaren en agenten van de openbare diensten en besturen. De getuigenbeschermingsdienst staat in voor de uitvoering van deze vordering.

Tevens wordt een geheimhoudingsplicht ingeschreven ten aanzien van eenieder die uit hoofde van zijn functie kennis krijgt van deze maatregelen of daaraan zijn medewerking verleent. Iedere schending van het geheim wordt gestraft overeenkomstig artikel 458 van het Strafwetboek. Op die wijze wordt verzekerd dat de maatregelen in de grootste discretie kunnen toegepast worden. Die geheimhouding strekt zich onder meer uit tot de hoger vermelde ambtenaren, en financiële instellingen die geconsulteerd worden en hun medewerking moeten verlenen bij het regelen van financiële transacties<sup>158</sup>.

Artikel 104 Sv. wordt bovendien aangevuld met een vijfde paragraaf waarbij de mogelijkheid wordt ingevoerd tot het nemen van preventieve toezichtmaatregelen op de bedreigde getuige of spijtoptant. De federale procureur kan, indien daartoe grond bestaat, toelating verlenen om de noodzakelijke, preventieve toezichtmaatregelen te nemen ter vrijwaring van de veiligheid en de fysieke, psychische en morele integriteit van de beschermde persoon en de andere met hem opgenomen personen in het programma (gezinsleden en andere bloedverwanten).

Artikel 108, § 4 tweede lid Sv. bepaalde dat de aan een bedreigde getuige toegekende beschermingsmaatregelen in elk geval worden ingetrokken wanneer deze formeel in verdenking gesteld wordt of vervolgd wordt door het openbaar ministerie voor feiten die het voorwerp uitmaken van zijn getuigenis. Ingevolge het openstellen van de bescherming van bedreigde getuigen voor spijtoptanten diende deze bepaling te worden opgeheven (artikel 20 van onderhavige wet van 22 juli 2018).

<sup>157</sup> DOC 54 3016/001, p. 57.

<sup>158</sup> DOC 54 3016/001, p. 57.

## **15. De spijtoptant die eveneens burgerinfiltrant is**

Artikel 216/4 § 4 Sv. bepaalt dat indien de spijtoptant in dezelfde zaak ook optreedt als burgerinfiltrant in het kader van een burgerinfiltratie (zoals bepaald in onderafdeling 4bis van het boek I, hoofdstuk IV, afdeling III [van het Wetboek van strafvordering](#)), het openbaar ministerie hiervan onverwijld [melding maakt](#) in het vertrouwelijk dossier bedoeld in artikel 47novies/3 § 1, tweede lid Sv. Het openbaar ministerie moet in een proces-verbaal vermelden dat de persoon bedoeld in artikel 216/1 in dezelfde zaak heeft opgetreden als burgerinfiltrant. Dit proces-verbaal wordt slechts door het openbaar ministerie bij het strafdossier gevoegd op het ogenblik dat de kamer van inbeschuldigingstelling kennisneemt van de zaak op basis van artikel 235ter, [namelijk om de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden – observatie, infiltratie en burgerinfiltratie – te controleren](#).

De wet verwijst niet naar artikel 235quinquies Sv. dat de driemaandelijke controle van de kamer van inbeschuldigingstelling op de regelmatigheid van de burgerinfiltratie betreft. Deze driemaandelijke controle gebeurt buiten het weten van de partijen en buiten hun aanwezigheid. Het betreft een geheime procedure die volledig buiten het strafdossier wordt gehouden tot het tijdstip van de bomcontrole. Het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling wordt slechts door het openbaar ministerie bij het strafdossier gevoegd op het ogenblik dat de zaak bij deze kamer wordt aanhangig gemaakt op basis van artikel 235ter Sv.<sup>159</sup> Dit alles staat echter volkomen los van de procedure van bekrachtiging van het memorandum.

De samenloop tussen de hoedanigheid van spijtoptant en deze van burgerinfiltrant is niet vanzelfsprekend. De spijtoptant kan niet van anonimiteit genieten zodat zijn identiteit finaal zal gekend zijn, terwijl de burgerinfiltrant normaal gezien wel geniet van de bescherming van het anonimiteit. De burgerinfiltrant kan op grond van artikel 47 novies/1 § 3, tweede lid Sv. mits uitdrukkelijk voorafgaand akkoord van de procureur des Konings strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen en blijft vrij van straf krachtens artikel 47novies/1 § 3, vierde lid Sv. Die strafbare feiten mogen niet ernstiger zijn dan die waarvoor de burgerinfiltratie wordt aangewend, moeten noodzakelijkerwijze evenredig zijn met het nagestreefde doel en mogen geen afbreuk doen aan de fysieke integriteit van personen. Niettemin is het samen gaan van het enerzijds afleggen van verklaringen ten laste en het anderzijds misdrijven plegen niet evident.

<sup>159</sup> Artikel 14 van de wet van 22 juli 2018 tot wijziging van het Wetboek van strafvordering en van de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering met het oog op het invoeren van de bijzondere opsporingsmethode burgerinfiltratie, (*B.S. 7 augustus 2018*).

## **11. Epiloog en conclusie**

Het arsenaal aan procedures en mogelijkheden voor het openbaar ministerie in de strijd tegen zware en georganiseerde criminaliteit is ongetwijfeld 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 decennia hebben gewezen op de noodzaak van een regeling voor spijtoptanten<sup>160</sup>. De terroristische aanslagen van 22 maart 2016 in de luchthaven Brussel-Nationaal en in het metrostation Maalbeek te Brussel hebben de doorslag gegeven om de voorbereiding van een wettelijke regeling voor burgerinfiltratie en spijtoptanten werkelijk aan te vatten en de huidige wet tot stand te brengen.

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 consulent 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 processen tegen de Siciliaanse maffia hebben in Italië de grote waarde van het werken met spijtoptanten bewezen. De recente gebeurtenissen in Amsterdam belichten het voor niets terugdeinzend geweld en dreiging van de internationale drugsmafia. 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 anonimiteit, het bestaan van concorderende bewijsmiddelen, en de opname van alle elementen in het strafdossier op basis waarvan een tegensprekelijk debat kan worden georganiseerd<sup>161</sup>. Er werd ook aandacht gegeven aan de bescherming van de spijtoptant en zijn naasten. In deze bijdrage gaat het echter voornamelijk om de juridische en procedurele inbedding van de spijtoptantenregeling in het strafprocesrecht.

Tijdens de parlementaire voorbereiding werd veelvuldig gerefereerd naar de procedures van de verruimde minnelijke schikking<sup>162</sup> en de voorafgaande erkenning van schuld<sup>163</sup>. 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 een betrokken verdachte, in verdenkinggestelde of beklaagde betreffende een strafmaat of pecuniaire regeling met betrekking tot de ten zijne laste gelegde feiten. De rechter zal deze overeenkomst controleren, en dan bekrachtigen of afwijzen.

Al deze procedures hebben – samen met deze van het verval van de strafvordering door de uitvoering van maatregelen en de naleving van voorwaarden<sup>164</sup> – eveneens gemeen dat ze een belangrijke vermeerdering van de werklast van het openbaar ministerie teweeg brengen. Er ontstaat immers een verschuiving ten gevolge van het feit dat het openbaar ministerie in een onderhandelingspositie terecht komt waarbij afwegingen en toezeggingen

<sup>160</sup> DOC 54 3016/001, p. 5 e.v.

<sup>161</sup> EHRM 17 januari 2017, HABRAN en DALEM t. België.

<sup>162</sup> Artikel 216ter Sv.

<sup>163</sup> Artikel 216 Sv.

<sup>164</sup> Artikel 216ter Sv.

moeten gemaakt worden die later aan een rechter ter goedkeuring moeten worden voorgelegd. Deze procedures hebben elk hun eigen klemtonen.

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/toezegging bekrachtigt of homologeert de daarin toegezegde straf niet uit. Er volgt een tweede fase waarbij de feitenrechter op vordering van het openbaar ministerie een vervangende – lees de “normale straf” – zal uitspreken voor het geval dat de betrokkene de voorwaarden van het memorandum niet nakomt of niet heeft nagekomen.

Bij de opmaak van de spijtoptantenregeling<sup>165</sup> 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 en in een memorandum werden opgenomen. 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 waarvan zojuist sprake wijzen 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. De invulling van de rechterlijke controle op de overeenkomst in de verschillende procedures vertoont sterke gelijkenissen. Er is wat dat aspect betreft sprake van kruisbestuiving. 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<sup>166</sup> – niet gewenst dat het gerechtelijk onderzoek wordt doorkruist en dat onderzoeksrechters hun onderzoek zouden moeten stopzetten ingevolge 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 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 vormt<sup>167</sup>. Met deze redenering zou men eerder de omgekeerde conclusie verwachten.

Deze argumentatie is bovendien moeilijk coherent te noemen indien men de procedures van verruimde minnelijke schikking (art. 216bis Sv.) en de spijtoptantenregeling (art. 216/1) ernaast legt. Beide procedures kunnen aangewend worden tijdens het gerechtelijk

<sup>165</sup> Zie punt 6.2.2.

<sup>166</sup> 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”.

<sup>167</sup> 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).

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 omschreven in tijd en ruimte te bepalen 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 stellen<sup>168</sup>.

In het raam van de spijtoptantenregeling bepaalt artikel 216/5, § 3 Sv. dat de rechter bij de bekrachtiging van het memorandum verifieert of de feiten met hun correcte juridische kwalificatie overeenstemmen, en of de feiten waarvoor de spijtoptant wordt vervolgd en waarop de toezegging slaat, overeenstemmen met de werkelijkheid. Dit impliceert *de facto* ook dat men beschikt over een voldoende uitgediept strafonderzoek. Het Grondwettelijk Hof heeft bij arrest gesteld dat het bevoegde onderzoeks- of vonnisgerecht het memorandum niet bekrachtigt wanneer het vaststelt dat de spijtoptant nog geen verklaringen heeft afgelegd of dat de afgelegde verklaringen niet in verhouding staan tot de toezegging<sup>169</sup>.

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.

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 beklagde 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 omtrent de straf waarna betrokkene voor de feitenrechter zou gedagvaard worden teneinde dit memorandum te bekrachtigen en nadien de vervangende straf te bepalen? In het raam van een voorafgaande schulderkenning kan 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 dagvaarding<sup>170</sup>.

In het raam van de omstandige uiteenzetting werd 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 uitgelegd<sup>171</sup>, en moeilijk te rijmen valt met het geheel van de wetsbepalingen. Het feit of de procedure nu al dan niet kan aangevangen worden

<sup>168</sup> 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.

<sup>169</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B. 32.2.

<sup>170</sup> 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.

<sup>171</sup> Zie punt 3.4.

tijdens het opsporingsonderzoek zou eigenlijk best door de wetgever expliciet bepaald worden in plaats van aanleiding te moeten geven tot lange referaten.

Verder is op te merken dat de spijtoptantenregeling ernstige lacunes vertoont en moeilijk past in de huidige strafprocedure.

Een eerste lacune betreft de fase van 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 ten einde 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 in het memorandum is opgenomen. Die straf-verminderende verschoningsgrond is echter niet van toepassing op de “vervangende straf”, vermits die straf slechts van toepassing wordt indien de spijtoptant de voorwaarden van het memorandum niet nakomt of niet heeft nagekomen. In dat geval dient dus 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 spijtoptantenwet houdt het stilzwijgen over deze fase van de procedure. Er moet dus maar naar 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. Er is te herinneren aan de woorden van Talleyrand. Als iets gaat zonder het te zeggen, zal het nog beter gaan door het zeggen<sup>172</sup>.

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 bij deze controle niet betrokken 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, zoals de terroristische aanslagen van 22 maart 2016. Het is dus des te spijtiger dat juist met betrekking tot die 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. Allemaal elementen van onzekerheid die niet punctueel geregeld werden door de wet van 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 blanco bleven.

<sup>172</sup> TALLEYRAND: “*Si cela va sans dire, cela ira encore mieux en le disant* ».

Nu de bijzondere proceduremoeilijkheden die de behandeling van de terroristische aanslagen van 22 maart 2016 voor een hof van assisen teweeg zullen brengen door de federale procureur aan de kaak werden gesteld, zou de eventuele opheffing van het hof van assisen minstens opnieuw ter sprake moeten kunnen komen in een parlementair debat. 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 zaken<sup>173</sup>.

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 radar. In het wetsvoorstel houdende het Wetboek van Strafrecht wordt deze fase wel opgenomen in de ontworpen wettekst<sup>174</sup>.

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 worden<sup>175</sup>. 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, en dat het bevoegde onderzoeks- of vonnisgerecht het memorandum niet bekrachtigt wanneer het vaststelt dat de spijtoptant nog geen verklaringen heeft afgelegd of dat de afgelegde verklaringen niet in verhouding staan tot de toezegging<sup>176</sup>.

De wet vertoont verder meerdere bij te stellen materiële vergissingen die in het raam van de uitgebreide ontleding ervan werden aangeduid<sup>177</sup>.

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 inzonderheid de bewijswaarde ervan ten aanzien van derden.

Na het arrest van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof is de situatie betreffende de wet van 22 juli 2018 bijgevolg nog verre van opgeklaard. Het Grondwettelijk Hof werd slechts gevat met betrekking tot enkele artikelen en beperkte zich tot een antwoord te geven op de grieven met betrekking tot die artikelen.

Art. 11 van de wet 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 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. Werkoverlast heeft teweeg gebracht dat het

<sup>173</sup> DOC 55 1239/001; Wetsvoorstel houdende het Wetboek van strafprocesrecht, p. 46 e.v.

<sup>174</sup> DOC 55 1239/001, artikel 342.

<sup>175</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.14.2.

<sup>176</sup> Arrest nr. 16/2020 van 6 februari 2020 van het Grondwettelijk Hof, B.23.3 en 32.2 en beschikkend gedeelte.

<sup>177</sup> 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.

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 erg te wensen laat, en de lineaire besparingen die jarenlang zijn toegepast.

Deze bijdrage kadert in de wetsevaluatie en onderstreept het belang gebreken en tekortkomingen van de wetgeving te signaleren. Er kan verwezen worden naar de woorden van 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....”*<sup>178</sup>.

Terug naar 2021. Met de beleidsnota van 2021 wil de huidige regering inzetten op digitalisering met als streefdoel een volledig digitaal dossier te realiseren<sup>179</sup>. Een ander streefdoel is een justitie die iedereen begrijpt. 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 blijven kijken dat het onderscheid tussen het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, de tweedeling van het strafonderzoek, zowel moeilijk uitlegbare verschillen veroorzaakt op het vlak van de rechten van de betrokken partijen<sup>180</sup> als in de uitwerking van de procedures. Dit leidt tot de inevitabele vraag waarom nog gehouden wordt aan een strafrechtspleging met twee snelheden.

Met de spijtoptantenregeling is de wetgever ook verder gegaan in het toevoegen van moeilijke of onverteerbare wetteksten aan een reeds weinig leesbaar en verouderd Wetboek van strafvordering. Dit betekent voor het openbaar ministerie telkenmale een enorme investering in tijd en moeite om te trachten zelf te doen wat de regering zo mooi als streefdoel vooropstelt, namelijk moeilijk leesbare wetteksten om te zetten in commentaren die iedereen begrijpt en bruikbaar zijn voor rechtspractici. Assepoester heeft dus nog heel veel werk en een prins is nog niet in zicht.

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 die in duidelijke wetteksten gegoten zijn<sup>181</sup>. Het blijft echter een hulpmiddel dat de structuren van het recht niet vervangt en niet recht maakt wat krom is. Digitalisering van een wankel gebouw kan het gevaar voor verzakking of instorting niet voorkomen. Nu het belang van de spijtoptantenregeling nogmaals brandend in het nieuws kwam mag van de wetgever verwacht worden dat hij zijn huiswerk dringend opnieuw ter hand zou nemen.

<sup>178</sup> 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 DELPÉRIÉE; p. 142.

<sup>179</sup> Beleidsnota Justitie 2021 en Regeerakkoord Vivaldi, Luik Justitie.

<sup>180</sup> 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.

<sup>181</sup> Denk bijvoorbeeld aan artikel 21bis Sv. en het recht om inzage te krijgen in het strafdossier of er een afschrift van te kunnen vragen.