

Actualia straf- en strafprocesrecht

Een beknopt overzicht van enkele recente
ontwikkelingen

Andreo Gooris en Pieter van Rooij

Doctoraatsassistenten Instituut voor Strafrecht,
KU Leuven en UHasselt

februari 2023

Inhoud

I	De Drugswet: een (heel) bijzondere strafwet	7
§1.	<i>Inleiding.....</i>	<i>7</i>
§2.	<i>Strafbare voorbereidingshandelingen: een contradictie?</i>	<i>7</i>
§3.	<i>Vorbereidingshandelingen als autonoom, voltooid misdrijf in de Drugswet</i>	<i>9</i>
§4.	<i>Gevolg voor de straftoemeting.....</i>	<i>11</i>
A	<i>Vorbereiding strenger bestraft dan begin van uitvoering.....</i>	<i>11</i>
B	<i>Grondwettelijk Hof keurt goed</i>	<i>13</i>
§5.	<i>Voorstel: getrapte strafmaat.....</i>	<i>14</i>
A	<i>Strafmaat van de voorbereiding noodzakelijk lager</i>	<i>14</i>
B	<i>Strafbare deelneming en criminele organisatie</i>	<i>15</i>
§6.	<i>Conclusie</i>	<i>16</i>
II	Justitie: menselijker, sneller, straffer.....	17
§1.	<i>Inleiding.....</i>	<i>17</i>
§2.	<i>Wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering</i>	<i>17</i>
A	<i>Toezicht op het onderzoek</i>	<i>17</i>
B	<i>Volgberoep</i>	<i>20</i>
§3.	<i>Verzwarende factoren.....</i>	<i>22</i>
A	<i>Oorsprong en inhoud</i>	<i>22</i>
B	<i>Meer dan symbolisch?.....</i>	<i>23</i>
§4.	<i>Conclusie</i>	<i>24</i>
III	Voltooing van en poging tot schending beroepsgeheim.....	27
§1.	<i>Inleiding.....</i>	<i>27</i>
§2.	<i>Een schending van het beroepsgeheim</i>	<i>27</i>

A	Context en misdrijfomschrijving	27
B	Bekendmaking als constitutief bestanddeel	28
§3.	<i>Poging tot schending van het beroepsgeheim</i>	30
A	Voorwaarden van de poging.....	30
B	Strafbaarheid poging	31
§4.	<i>Conclusie</i>	32

Inleiding

Deze tekst is de schriftelijke basis voor een voordracht ter gelegenheid van de VRG-alumnidag. We bespreken enkele recente praktijkrelevante rechtspraak en wetgevende evoluties in het straf- en strafprocesrecht. We hebben drie thema's gekozen.

We starten met een bespreking van de strafbaarstelling van voorbereidende handelingen in de Drugswet. We stellen vast dat die strafbaarstelling met zich meebrengt dat voorbereiding strenger wordt bestraft dan poging. Het Grondwettelijk Hof deed in oktober 2022 uitspraak over die eigenaardigheid. We doen ook een voorstel voor een proportionele strafmaat.

Vervolgens gaan we in op de wijzigingen die de wet om justitie menselijker, sneller en straffer te maken *Ilbis* doorvoert in het strafprocesrecht. We focussen op de recente aanpassingen van de regels over het toezicht van de Kamer van Inbeschuldigingstelling op het onderzoek en de regels over het volgberoep. Om justitie menselijker, sneller en straffer te maken, vond de wetgever dat het tijd was voor een nieuw concept: verzwarende factoren. We belichten ook de impact daarvan op het strafrecht.

We eindigen met een sprekend voorbeeld uit de recente rechtspraak over het beroepsgeheim. Is een advocaat strafbaar als hij een *snap* verstuurt naar de broer van zijn cliënt met informatie die onder het beroepsgeheim valt maar die *snap* ongeopend blijft? Deze vraag zet de grens tussen poging tot en voltooiing van een schending van het beroepsgeheim op scherp. We bekijken of een recent cassatiearrest een eenduidig antwoord biedt.

I De Drugswet: een (heel) bijzondere strafwet

§1. Inleiding

1. DE DRUGSWET – De Drugswet¹ is een bijzondere strafwet die hoofdzakelijk strafbepalingen bevat.² Deze wet vormt een wettelijke basis om via koninklijke besluiten activiteiten te reguleren die betrekking hebben op welbepaalde stoffen, in het belang van de hygiëne en de volksgezondheid.³ Over de Drugswet valt heel wat te vertellen, want ze is niet alleen juridisch, maar ook in de letterlijke betekenis een bijzondere wet. Dit deel van onze bijdrage belicht de bijzonderheid dat handelingen die drugsmisdriften voorbereiden, strenger worden bestraft dan de poging tot de misdrijven die ze voorbereiden. Dit werd recent door het Grondwettelijk Hof aanvaard.⁴
2. STRUCTUUR – We gaan eerst kort in op het fenomeen van de strafbare voorbereidingshandelingen, dat kadert in de ambitie om in een vroeg voorbereidend stadium strafrechtelijk op te treden. We bespreken daarna de specifieke strafbaarstelling van voorbereidende handelingen in de Drugswet en de gevolgen voor de straftoemeting daarvan. Na een analyse van de tussenkomst van het Grondwettelijk Hof in die materie, eindigen we met een eigen voorstel voor een proportionele strafmaat.

§2. Strafbare voorbereidingshandelingen: een contradictie?

3. VOORBEREIDENDE HANDELINGEN VOOR DRUGSPRODUCTIE EN -HANDEL AFZONDERLIJK STRAFBAAR – De Drugswet stelt sinds 2014 voorbereidende handelingen voor drugsproductie en -handel afzonderlijk strafbaar (art. 2bis, § 6 Drugswet).⁵ Bij een dergelijke bepaling rijst de vraag wat de wetgever onder deze voorbereidende handelingen precies begrijpt, want een wettelijke definitie ontbreekt.⁶ Daarom vallen we terug op de klassieke opvatting van de criminele weg, de *iter criminis*, en het onderscheid tussen de voorbereidings- en de uitvoeringsfase. Op de weg van het criminele voornemen naar de effectieve uitvoering, liggen voorbereidende handelingen en uitvoeringshandelingen.⁷
4. VOORBEREIDINGSHANDELINGEN STRAFFELOOS, UITVOERINGSHANDELINGEN STRAFBAAR – De doctrine omschrijft voorbereidingshandelingen vaak als handelingen die nog geen begin van uitvoering zijn,

¹ Wet van 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van giftstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, psychotrope stoffen, ontsmettingsstoffen en antiseptica en van de stoffen die kunnen gebruikt worden voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen, BS 6 maart 1921, 1834.

² F. DERUYCK en Y. VAN LANDEGHEM, *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 10.

³ C. GUILLAIN, *Stupéfiants*, Brussel, Larcier, 2023, 107.

⁴ GwH 20 oktober 2022, nr. 132/2022, ECLI:BE:GHCC:2022:ARR.132.

⁵ Art. 3 wet van 7 februari 2014 tot wijziging van de wet van 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van giftstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, psychotrope stoffen, ontsmettingsstoffen en antiseptica en van de stoffen die kunnen gebruikt worden voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen, BS 10 maart 2014, 20376; E. DEKREM, “De strafbaarstelling van voorbereidende handelingen in de Drugswet” (noot onder Cass. 10 april 2018), NC 2018, (482) 482.

⁶ E. DEKREM, “De strafbaarstelling van voorbereidende handelingen in de Drugswet” (noot onder Cass. 10 april 2018), NC 2018, (482) 483; C. GUILLAIN, *Stupéfiants*, Brussel, Larcier, 2023, 171.

⁷ E. DEKREM, “De strafbaarstelling van voorbereidende handelingen in de Drugswet” (noot onder Cass. 10 april 2018), NC 2018, (482) 483; F. DERUYCK en Y. VAN LANDEGHEM, *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 65.

maar die het misdrijf mogelijk maken of vergemakkelijken.⁸ Daarom zijn voorbereidingshandelingen in de regel niet strafbaar.⁹ Zij liggen te ver van de effectieve uitvoering van het misdrijf om strafbaarheid te verantwoorden. De mogelijke strafbaarheid treedt pas in vanaf de overgang naar uitvoeringshandelingen. Vanaf het begin van uitvoering kan er sprake zijn van een strafbare poging.¹⁰ Een dogmatische scheidingslijn tussen deze twee handelingstypes is in de praktijk moeilijk te trekken. De feitenrechter kwalificeert de concrete handeling soeverein, onder toezicht van het Hof van Cassatie.¹¹ Een goed criterium om de handelingstypes te onderscheiden is het multi-interpretabel karakter: een handeling die niet met zekerheid een misdrijf beoogt en waarvan het doel op verschillende manieren kan worden geïnterpreteerd, is geen strafbare uitvoeringshandeling.¹² Bovendien is het bij een loutere voorbereidingshandeling perfect mogelijk dat de dader afziet van het voornemen het misdrijf te plegen.¹³ De typologische kwalificatie hangt ook sterk af van de gebruikte pogingsleer, maar een gedetailleerde analyse van de consequenties van de objectieve en subjectieve leer valt buiten het bestek van deze bijdrage.¹⁴

5. VOORBEREIDINGSFASE KOMT IN HET STRAFRECHTELIJK VIZIER – De traditionele visie op de strafbaarheid van de beide handelingstypes brokkelt echter af. Steeds meer beweegt de voorbereiding zich ook in de strafbare sfeer om een strafrechtelijke interventie in een vroeger stadium toe te laten.¹⁵ Te denken valt aan specifieke gevallen van strafbare deelneming of aan gevaarzettingsmisdrijven waarbij slechts het gevaar voor schade aan een rechtsgoed volstaat voor de strafbaarheid, maar ook aan uitdrukkelijke strafbaarstellingen van voorbereidende handelingen, zoals het vervalsen van

⁸ E. DEKREM, “De strafbaarstelling van voorbereidende handelingen in de Drugswet” (noot onder Cass. 10 april 2018), *NC* 2018, (482) 483 en 485; C. GUILLAIN, *Stupéfiantes*, Brussel, Larcier, 2023, 170.

⁹ F. DERUYCK en Y. VAN LANDEGHEM, *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 65; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 304; C. VAN DEN WYNGAERT, S. VANDROMME en P. TRAEST, *Strafrecht & Strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Gompel & Svacina, 2022, 361.

¹⁰ C. VAN DEN WYNGAERT, S. VANDROMME en P. TRAEST, *Strafrecht & Strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Gompel & Svacina, 2022, 362; R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 117.

¹¹ Bijvoorbeeld Cass. 7 december 2021, *RABG* 2022, 621; Cass. 14 januari 2009, *Arr.Cass.* 2009, 128, *RDP* 2009, 452: een man had de opdracht gegeven om zijn ex-vrouw te vermoorden en had daartoe al iemand een geldbedrag gegeven, maar die persoon voerde het misdrijf nooit uit. Het Hof kwalificeerde dit als een voorbereidingshandeling, waardoor de man niet strafbaar was; F. DERUYCK en Y. VAN LANDEGHEM, *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 66; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 304; M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN en F. TULKENS, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Brussel, Kluwer, 2014, 421; R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 117-118.

¹² Cass. 24 maart 2010, *AR P.10.0473.F*, *Arr.Cass.* 2010, 897; C. GUILLAIN, *Stupéfiantes*, Brussel, Larcier, 2023, 170; M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN en F. TULKENS, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Brussel, Kluwer, 2014, 421; R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 117-118.

¹³ F. DERUYCK en Y. VAN LANDEGHEM, *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 66.

¹⁴ Voor een grondige bespreking, zie: E. DEKREM, “Naar een veralgemeende strafbaarheid van voorbereidende handelingen?”, *NC* 2020, 133-170; F. DERUYCK en Y. VAN LANDEGHEM, *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 65-73; C. VAN DEN WYNGAERT, S. VANDROMME en P. TRAEST, *Strafrecht & Strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Gompel & Svacina, 2022, 361-380; R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 117-118.

¹⁵ E. DEKREM, “Naar een veralgemeende strafbaarheid van voorbereidende handelingen?”, *NC* 2020, (133) 138; C. VAN DEN WYNGAERT, S. VANDROMME en P. TRAEST, *Strafrecht & Strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Gompel & Svacina, 2022, 363.

sleutels of wederrechtelijk wapenbezit.¹⁶ De uitdrukkelijke strafbaarstelling van voorbereidende handelingen in de drugswetgeving is een voorbeeld van de toenemende vervaging van de scheidingslijn tussen de twee handelingstypes.

6. VOORBEREIDING VAN ACTIVITEITEN IN GEORGANISEERD VERBAND IS NIET VEREIST – De correctionele rechtbank van Luik hanteerde in een vonnis van 11 januari 2022 een interessante, maar naar onze mening niet volledig correcte, zinsnede om de voorbereidende handelingen die de Drugswet sinds 2014 viseert, af te bakenen. Zij spreekt van handelingen die op zichzelf multi-interpretabel en niet strafbaar zijn (zoals het leveren van een opslagplaats, vrachtwagen of performant afzuigstelsysteem), maar strafbaar worden omdat ze andere personen ondersteunen die in georganiseerd verband drugs verbouwen, produceren of verhandelen.¹⁷ De rechtbank schuift zo de vereiste naar voren dat de voorbereidingshandeling moet kaderen in een georganiseerd verband, maar noch in de wettekst, noch in de parlementaire werken staat deze beperking uitdrukkelijk.¹⁸ De rechtbank onderbouwt haar argument met een arrest van het Hof van Cassatie van 27 april 2021.¹⁹ Het Hof bepaalt in dat arrest dat artikel 2bis, § 3, b, en § 6 Drugswet iemand strafbaar stelt die, in het kader van een vereniging, voorbereidende handelingen stelt om planten te verbouwen waaruit cannabis kan worden getrokken.²⁰ Hoewel het georganiseerd verband vanzelfsprekend aanwezig moet zijn voor de toepassing van de verzwaarde strafbaarstelling van artikel 2bis, § 3, b Drugswet en dus ook voor de voorbereiding van dat verzwaarde misdrijf, wat het Hof van Cassatie bevestigt, maakt de correctionele rechtbank volgens ons een redeneerfout door de algemene strafbaarheid van de voorbereiding te beperken tot voorbereidingen van georganiseerde activiteiten. Deze interpretatieve discussie is relevant, aangezien de rechtbank besluit dat een voorbereidende handeling voor een drugsmisdrijf dat mislukt buiten de wil van de dader, niet kan worden bestraft als een poging tot dat misdrijf bij gebrek aan uitdrukkelijke strafbaarstelling, maar ook niet als voorbereidingshandeling, omdat de handeling niet kadert in een georganiseerd verband.

§3. Voorbereidingshandelingen als autonoom, voltooid misdrijf in de Drugswet

7. MATERIEEL DELICTSBESTANDDEEL: DE WETTELIJKE VOORBEREIDINGSHANDELINGEN – De strafbaarstelling van voorbereidende handelingen in de Drugswet heeft een breed omschreven materieel delictsbestanddeel. Artikel 2bis, § 6 Drugswet somt de gedragingen op waarvan de voorbereiding

¹⁶ E. DEKREM, “De strafbaarstelling van voorbereidende handelingen in de Drugswet” (noot onder Cass. 10 april 2018), NC 2018, (482) 484; F. DERUYCK en Y. VAN LANDEGHEM, *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 66; C. VAN DEN WYNGAERT, S. VANDROMME en P. TRAEST, *Strafrecht & Strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Gompel & Svacina, 2022, 362.

¹⁷ Corr. Luik (afd. Luik) (18e k.) 11 januari 2022, JLMB 2022, 45; F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN (eds.), *Strafrecht geannoteerd. Deel 2 – Bijzonder strafrecht*, Brugge, die Keure, 2022, 27.

¹⁸ Art. 2bis § 6 wet van 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van giftstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, psychotrope stoffen, ontsmettingsstoffen en antiseptica en van de stoffen die kunnen gebruikt worden voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen, BS 6 maart 1921, 1834; Wetsontwerp van 7 november 2013 tot wijziging van de Drugswet, *Parl. St. Kamer* 2013-2014, nr. 3112/1, 9-11.

¹⁹ De correctionele rechtbank stelt het volgende: ‘*La Cour de cassation, par un arrêt du 27 avril 2021, a précisé que l’article 2bis, paragraphe 6, de la loi du (24 février 1921) incriminait ceux qui posaient des actes préparatoires dans le cadre d’une association liée à la réalisation d’une plantation de cannabis. Il résulte donc de cet arrêt que les actes préparatoires visés sont ceux par lequel une personne commet des actes qui ne sont peut-être pas répréhensibles en tant que tels sur le plan pénal, au profit d’une organisation en charge de la culture de stupéfiants.*’

²⁰ Cass. 27 april 2021, P. 21.0080.N: ‘*Artikel 2bis, § 3, b, en § 6, Drugswet stelt onder meer strafbaar degenen die, in het kader van een vereniging, voorbereidende handelingen stellen met het oog op de verbouw van planten waaruit cannabis kan worden getrokken. Daaronder kan het helpen bij de opbouw van een cannabisplantage vallen.*’

strafbaar is. Het gaat om voorbereidingen voor de aanmaak, verkoop, levering of illegale verschafting van een verboden stof of voor de verbouw van planten waaruit die stoffen kunnen worden getrokken.²¹ Het Hof van Cassatie bevestigt deze ruime draagwijdte en oordeelt dat de strafbaarstelling niet alleen de voorbereiding van drugsproductie betreft, maar elke handeling viseert die de handel in verboden middelen voorbereidt en vergemakkelijkt, zoals bijvoorbeeld de organisatie van een legaal transport van een deklading die zal dienen voor toekomstig cocaïne-transport.²²

8. MOREEL DELICTSBESTANDDEEL: ALGEMEEN OPZET – De ruime draagwijdte van het materieel delictsbestanddeel wordt begrensd door het morele bestanddeel: algemeen opzet. De betreffende bepaling noemt dit niet en daarom volgt uit de toepassing van de heersende algemene regel dat bij gebrek aan uitdrukkelijke wetsbepaling algemeen opzet vereist is bij misdaden en wanbedrijven omschreven in het Strafwetboek en in bijzondere straffetten die hoofdzakelijk strafbepalingen bevatten, wat de Drugswet is.²³ Dit algemeen opzet is cruciaal voor de beperking van de strafbaarheid van de vaak intrinsiek legale voorbereidende handelingen. Een rechter moet zeker zijn dat een criminele intentie aanwezig is, want die intentie maakt de handeling strafwaardig.²⁴
9. RATIO VAN DE STRAFBAARSTELLING – De strafbaarstelling is een reactie op de evolutie dat de voorbereidingshandelingen steeds vaker zelf het voorwerp zijn van georganiseerde activiteiten met criminele intenties.²⁵ Vooral in de sectoren van cannabis en synthetische drugs is dat merkbaar, bijvoorbeeld in de vorm van *growshops*.²⁶ Een deel van de criminele activiteit richt zich specifiek op de voorbereidingsfase. Zoals gezegd, blijft die fase in beginsel straffeloos. De bekommernis ontstaat dat het strafrecht daardoor onvoldoende doeltreffend tegen de drugscriminaliteit kan optreden. Indien speurders in een ruimte materiaal aantreffen bestemd voor illegale drugsproductie, maar waar nog geen sprake is van enige vorm van uitvoering van een drugsmisdrijf omdat er geen cannabisstekken of grondstoffen voor synthetische drugs aanwezig zijn, kan volgens de memorie van toelichting het opslaan of aanleveren van het aangetroffen materiaal niet altijd bestraft worden als poging, bij gebrek aan het vereiste begin van uitvoering.²⁷ Om tegemoet te komen aan deze twijfels over de doeltreffendheid van de bestaande strafrechtelijke mechanismen, stelde de wetgever in 2014 de opzettelijke voorbereiding van drugshandel en -productie autonoom strafbaar.²⁸
10. VOORBEREIDING AANPAKKEN VIA DE DEELNEMING? – Het is opvallend dat de memorie van toelichting de strafbare deelneming niet bespreekt. Een voorbereidende handeling voor een misdrijf dat door een ander wordt gepleegd, kan in principe ook aangepakt worden op grond van de strafbare

²¹ C. GUILLAIN, *Stupéfiants*, Brussel, Larcier, 2023, 169.

²² Cass. 7 december 2021, P.21.0944.N., *RABG* 2022, 621; Cass. 10 april 2018, AR. P18.0039.N, *NC* 2018, 481.

²³ Verslag van de commissie 12 december 2013 bij wetsontwerp tot wijziging van de Drugswet, *Parl. St. Kamer* 2013-2014, nr. 3112/2, 8-9; C. GUILLAIN, *Stupéfiants*, Brussel, Larcier, 2023, 171; A. DE NAUW en F. DERUYCK, *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 10.

²⁴ E. DEKREM, “De strafbaarstelling van voorbereidende handelingen in de Drugswet” (noot onder Cass. 10 april 2018), *NC* 2018, (482) 484; C. GUILLAIN, *Stupéfiants*, Brussel, Larcier, 2023, 172.

²⁵ Wetsontwerp van 7 november 2013 tot wijziging van de Drugswet, *Parl. St. Kamer* 2013-2014, nr. 3112/1, 9-10.

²⁶ Wetsontwerp van 7 november 2013 tot wijziging van de Drugswet, *Parl. St. Kamer* 2013-2014, nr. 3112/1, 9; C. GUILLAIN, *Stupéfiants*, Brussel, Larcier, 2023, 170.

²⁷ Wetsontwerp van 7 november 2013 tot wijziging van de Drugswet, *Parl. St. Kamer* 2013-2014, nr. 3112/1, 10; A. DE NAUW, “Drugswet (2005-2013): Weinig beweging in de wetgeving, boeiende ontwikkelingen in de rechtspraak”, *RW* 2014-2015, 44.

²⁸ Wetsontwerp van 7 november 2013 tot wijziging van de Drugswet, *Parl. St. Kamer* 2013-2014, nr. 3112/1, 9; A. DE NAUW, “Drugswet (2005-2013): Weinig beweging in de wetgeving, boeiende ontwikkelingen in de rechtspraak”, *RW* 2014-2015, 44.

deelneming, tenzij het voorbereide misdrijf natuurlijk nooit wordt uitgevoerd.²⁹ De strafbaarstelling verruimt dus voornamelijk de strafbaarheid in de gevallen waarin de effectieve uitvoering van de voorbereide misdrijven niet plaatsvindt en er ook nog geen begin van uitvoering is. Dan kan de voorbereider immers niet gestraft worden als deelnemer aan het voltooid misdrijf of als deelnemer aan de poging. Met de aparte strafbaarstelling kan de voorbereider nu wel worden gestraft, ook als het misdrijf onvoltooid blijft. Vermoedelijk wilde de wetgever *growshops* en consorten ook kunnen bestraffen zonder dat de concrete voltooide misdrijven telkens mee moeten worden opgespoord en vervolgd.

11. NEDERLAND STELT DRUGSMISDRIJVEN VOORBEREIDEN OOK STRAFBAAR – Een bijkomende reden om voorbereidende handelingen strafbaar te stellen, is de ontwikkeling van parallelle wetgeving in Nederland. De memorie van toelichting stelt dat de Belgische wetgeving niet achterop kan blijven hinken, omdat de Nederlandse en de Belgische drugs wereld nauw zijn verstrengeld.³⁰ De Nederlandse Opiumwet stelt sinds 1984 voorbereidingen voor de handel en productie van harddrugs (lijst I) strafbaar (art. 10a Opiumwet).³¹ Sinds 2015 is dat aangevuld met bepaalde softdrugs (lijst II) (art. 11a Opiumwet).³² Die aanvulling is precies ingegeven vanuit dezelfde bekommernis dat het bestaande strafrecht niet voldoende doeltreffend is, omdat een begin van uitvoering vaak ontbreekt of het in Nederland vereiste dubbele opzet (zowel deelnemingsopzet als opzet tot het hoofdfeit) in hoede van de voorbereider niet kan worden bewezen.³³ De Nederlandse strafbaarstelling vertoont wel een belangrijk verschil met de Belgische op het vlak van het moreel bestanddeel. Voor de toepassing van artikel 10a en 11a Opiumwet kan een onachtzaamheid volstaan in de zin dat het voldoende is dat de voorbereider een ernstige reden heeft om te vermoeden dat het voorbereidingsmiddel bestemd is voor strafbare drugsfeiten.³⁴

§4. Gevolg voor de straftoemeting

A Voorbereiding strenger bestraft dan begin van uitvoering

12. STRAFFEN OP VOORBEREIDINGSHANDELINGEN GELIJKGESCHAKELD MET VOLTOOIDE MISDRIJVEN – De basisstraf voor een voltooid misdrijf, strafbaar op grond van artikel 2bis Drugswet, is een gevangenisstraf van drie maanden tot vijf jaar en een geldboete van duizend tot honderdduizend euro. De volgende paragrafen van artikel 2bis Drugswet voorzien in verzwarende omstandigheden die de strafmaat verhogen tot, in de zwaarste categorie, vijftien tot twintig jaar opsluiting. De strafmaat van de voorbereidende handelingen is gelijkgeschakeld met de voltooide misdrijven, wat

²⁹ E. DEKREM, “De strafbaarstelling van voorbereidende handelingen in de Drugswet” (noot onder Cass. 10 april 2018), *NC* 2018, (482) 488-489; C. GUILLAIN, *Stupéfiantes*, Brussel, Larcier, 2023, 175.

³⁰ Wetsontwerp van 7 november 2013 tot wijziging van de Drugswet, *Parl. St. Kamer* 2013-2014, nr. 3112/1, 10; C. GUILLAIN, *Stupéfiantes*, Brussel, Larcier, 2023, 169.

³¹ T.A.J. BLOM, “Voorbereidingshandelingen” in *Tekst & Commentaar Strafrecht*, 2010, actueel tot 1 juli 2022; J.A. RENDERING, “Opiumwet artikel 10a”, *Sdu Commentaar Strafrecht*, 2019.

³² E. DEKREM, “De strafbaarstelling van voorbereidende handelingen in de Drugswet” (noot onder Cass. 10 april 2018), *NC* 2018, (482) 486.

³³ M. BORGERS en E. VAN POECKE, “Op weg naar het einde: de strafbaarstelling van voorbereiding en vergemakkelijking van professionele hennepcultuur”, *Ars Aequi* 2012, (171) 173-175; P.M. VAN RUSSEN GROEN, “Het growshopverbod”, *NJB* 2013, 1674.

³⁴ M. BORGERS en E. VAN POECKE, “Op weg naar het einde: de strafbaarstelling van voorbereiding en vergemakkelijking van professionele hennepcultuur”, *Ars Aequi* 2012, (171) 175; J. DE HULLU, *Materieel strafrecht. Over de algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer, Kluwer, 2021, 406.

inhoudt dat de voorbereiding met dezelfde straffen wordt gesanctioneerd als de uitvoering (art. 2bis, § 6 Drugswet).

13. GEMEENRECHTELIJKE STRAFTOEMETINGSREGELS BIJ POGING – De wetgever had met de strafbaarstelling van voorbereidende handelingen uitdrukkelijk niet de bedoeling om af te wijken van de gemeenrechtelijke straftoemetingsregels bij een poging.³⁵ De wet verklaart uitdrukkelijk Boek 1 Sw. van toepassing, tenzij de Drugswet zelf afwijkt (art. 6, lid 1 Drugswet).
14. GEVOLG: POGING NIET OF MINDER ZWAAR BESTRAFT DAN VOORBEREIDING – De gelijkschakeling van de strafmaat van voorbereiding met die van uitvoering, in combinatie met de normale pogingsregels, leidt tot een bizarre situatie.³⁶ De misdrijven die worden bestraft met de sanctie uit de eerste paragraaf van artikel 2bis Drugswet zijn wanbedrijven. De poging tot deze wanbedrijven is niet strafbaar, omdat deze niet uitdrukkelijk strafbaar is gesteld (art. 53 Sw.).³⁷ Het resultaat is dat de voorbereiding van de misdrijven van de eerste paragraaf strafbaar is en de poging niet. Aangezien de poging zich situeert in een latere fase op de weg naar de voltooiing, is dat, zacht uitgedrukt, een juridische eigenaardigheid. Deze eigenaardigheid uit zich nog nadrukkelijker bij de verzwaarde misdrijven uit paragrafen twee tot vijf van artikel 2bis Drugswet. Deze misdrijven zijn misdaden, waarvan de poging strafbaar is met de straf die in artikel 80 Sw. onmiddellijk lager staat dan de straf van de voltooide misdaad (art. 52 Sw.). De combinatie van deze regels maakt dat een poging tot een van de misdaden uit artikel 2bis Drugswet minder streng wordt bestraft dan de voorbereiding van hetzelfde misdrijf. De kwalificatie van een handeling als daad van voorbereiding dan wel van uitvoering is, zoals gezegd, een feitenkwestie die de feitenrechter finaal beslecht, waardoor hij een uitvoeringshandeling kan aanmerken als een daad van voorbereiding en op die manier ook een poging kan bestraffen.³⁸ Onderstaande figuur³⁹ bevat een schematische weergave van de gevolgen voor de straftoemeting:

FASE 1	FASE 2	FASE 3	FASE 4
PLAN	VOORBEREIDING	UITVOERING	VOLTOOIING
NIET STRAFBAAR	STRAFBAAR ALS FASE 4	POGING NIET STRAFBAAR OF LAGERE STRAF DAN FASE 2	STRAFBAAR

³⁵ F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN (eds.), *Strafrecht geannoteerd. Deel 2 – Bijzonder strafrecht*, Brugge, die Keure, 2022, 27; C. GUILLAIN, *Stupéfiantes*, Brussel, Larcier, 2023, 174 en 231.

³⁶ E. DEKREM, “De strafbaarstelling van voorbereidende handelingen in de Drugswet” (noot onder Cass. 10 april 2018), *NC* 2018, (482) 487-490; C. GUILLAIN, *Stupéfiantes*, Brussel, Larcier, 2023, 174-175.

³⁷ C. GUILLAIN, *Stupéfiantes*, Brussel, Larcier, 2023, 174 en 233.

³⁸ E. DEKREM, “Naar een veralgemeende strafbaarheid van voorbereidende handelingen?”, *NC* 2020, (133) 150.

³⁹ De vier criminele fasen zijn gebaseerd op: E. DEKREM, “Naar een veralgemeende strafbaarheid van voorbereidende handelingen?”, *NC* 2020, (133) 148.

B Grondwettelijk Hof keurt goed

15. **GELIJKHEIDSBEGINSEL GESCHONDEN?** – De correctionele rechtbank van Antwerpen stelde over het verschil in strafmaat tussen de twee handelingen een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof. De rechtbank vraagt of de hogere strafmaat van de voorbereidingshandelingen in vergelijking met de strafbare poging tot dezelfde misdrijven een schending uitmaakt van artikelen 10 en 11 van de Grondwet, terwijl beide handelingen vóór de uitvoering van het misdrijf plaatsvinden en de strafbare poging bovendien dichterbij het beoogde criminele resultaat ligt.⁴⁰
16. **GRONDWETTELIJK HOF VERWIJST NAAR DE RATIO VAN DE STRAFBAARSTELLING...** – Het Hof erkent in het arrest van 20 oktober 2022 dat de voorbereidende handelingen strenger worden bestraft dan de poging en stelt vast dat artikel 2bis, § 6 Drugswet inderdaad een verschil in behandeling tot stand brengt. Het is echter aan de wetgever om te bepalen hoe zwaarwichtig laakbare gedragingen moeten worden bestraft. Het enige wat het Hof kan nagaan is of het verschil in behandeling uit een objectief criterium volgt en niet leidt tot een kennelijk onredelijke behandeling of kennelijk onevenredige straf.⁴¹ In dat kader verwijst het Hof naar de ratio van de strafbaarstelling waaruit blijkt dat de wetgever wilde reageren op de evolutie dat criminele activiteiten zich steeds professioneler toespitsen op de voorbereidingsfase.⁴²
17. **... EN STEUNT DE WETGEVER VOLMONDIG** – De afzonderlijke, doelgerichte bedrijvigheid die gericht is op het voorbereiden van drugs misdrijven zonder zelf noodzakelijk bij de uitvoering betrokken te zijn, is voor het Grondwettelijk Hof voldoende redelijk om de voorbereidingshandelingen even zwaar te straffen als de voltooide drugs misdrijven die zij voorbereiden en faciliteren. Het Hof vervolgt dat het niet kennelijk onredelijk is om de opzettelijke voorbereiding van drugs misdrijven te bestraffen, onafhankelijk van de effectieve uitvoering van de misdrijven. Het is om deze redenen ook niet kennelijk onredelijk dat voorbereidende handelingen zwaarder worden bestraft dan de poging om een drugs misdrijf te plegen. Het maakt volgens het Hof geen verschil dat de poging dichterbij het beoogde criminele resultaat ligt dan de voorbereiding.⁴³ Het Hof ziet dus geen schending van het gelijkheidsbeginsel.

⁴⁰ GwH 20 oktober 2022, nr. 132/2022, ECLI:BE:GHCC:2022:ARR.132, 1-2.

⁴¹ GwH 20 oktober 2022, nr. 132/2022, ECLI:BE:GHCC:2022:ARR.132, overw. B.5.

⁴² GwH 20 oktober 2022, nr. 132/2022, ECLI:BE:GHCC:2022:ARR.132, overw. B.6.; Wetsontwerp van 7 november 2013 tot wijziging van de Drugswet, *Parl. St. Kamer* 2013-2014, nr. 3112/1, 9-10.

⁴³ GwH 20 oktober 2022, nr. 132/2022, ECLI:BE:GHCC:2022:ARR.132, overw. B.7.

§5. Voorstel: getrapte strafmaat

A Strafmaat van de voorbereiding noodzakelijk lager

18. STRAFBARE VOORBEREIDING MOET DUIDELIJK EN DOORDACHT WORDEN GEREGLD – De subjectieve leer, die focust op de gevaarlijkheid van de dader, wint met de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen aan terrein. Bij een dergelijke evolutie is het naar onze mening belangrijk dat de strafbaarstelling duidelijk in de wet wordt omschreven om het legaliteitsbeginsel te honoreren. De consequenties voor de straftoemeting moeten ook proportioneel blijven.⁴⁴
19. LEGALITEIT – Voor de concrete strafbaarstelling van de voorbereidingsfase in de Drugswet is het bijvoorbeeld de vraag of het ontbreken van een definitie van voorbereidende handelingen aan het legaliteitsbeginsel voldoet. De bekommernis over een te brede strafbaarstelling bestaat nog meer in Nederland. Het onduidelijke concept “ernstige reden om te vermoeden” betekent immers dat een strafbare voorbereiding ook uit een vorm van onachtzaamheid kan worden gepleegd.⁴⁵ In België is de afbakening gelukkig duidelijker door het vereiste algemeen opzet (zie *supra*).
20. PROPORTIONALITEIT – Minstens even belangrijk is de besproken consequentie dat de voorbereiding strenger wordt bestraft dan de poging. Hoewel we begrijpen dat de wetgever ook de criminele industrie wil bestraffen die zich specifiek richt op de voorbereidingsfase, ook als de voorbereide misdrijven nooit worden uitgevoerd of opgespoord, vinden we het geen goede zaak dat de strafmaat gelijkgeschakeld is met het voltooide misdrijf. In tegenstelling tot wat het Grondwettelijk Hof beweert, is dit wel degelijk een disproportionele straf, omdat de voorbereiding verder af ligt van de voltooiing van een misdrijf dan het begin van uitvoering. Bij situaties zonder begin van uitvoering, beschreven in de memorie van toelichting, is de schade aan de beschermde rechtsgoederen ook kleiner. Dan is een lichtere straf op zijn plaats. Als het misdrijf voltooid is, zal de voorbereider strafbaar zijn als hoofddader als hij zijn eigen misdrijf voorbereidde, of wanneer het voorbereide misdrijf door een derde wordt uitgevoerd, zal de voorbereiding vaak strafbaar zijn als deelneming (art. 66, lid 3 en 67, lid 4 Sw.).⁴⁶ Een strafbare voorbereidingsfase lijkt ons bijgevolg slechts in lijn met het proportionaliteitsbeginsel als ze wordt bestraft volgens de logica van de *iter criminis*.
21. GETRAPTE STRAFMAAT – De wetgever zou dus moeten voorzien in een getrappt systeem. Het voltooide misdrijf krijgt de hoogste straf, de poging de straf van een trap lager en de voorbereiding nog een trap lager. Wanneer de poging niet strafbaar is, zoals momenteel het geval is bij drugswanbedrijven, kan de voorbereiding ook niet strafbaar zijn. Indien de poging tot wanbedrijven strafbaar zou worden – wat het voorstel tot een nieuw strafwetboek zou invoeren – moet de maximumstraf van de voorbereiding lager zijn dan de maximumstraf van de poging. In Nederland is de strafmaat van de voorbereiding van drugsmisdrijven telkens lager dan die van de voltooide

⁴⁴ E. DEKREM, “De strafbaarstelling van voorbereidende handelingen in de Drugswet” (noot onder Cass. 10 april 2018), *NC* 2018, (482) 488-489.

⁴⁵ M. BORGERS en E. VAN POECKE, “Op weg naar het einde: de strafbaarstelling van voorbereiding en vergemakkelijking van professionele hennepcultuur”, *Ars Aequi* 2012, (171) 173-175; P.M. VAN RUSSEN GROEN, “Het growshopverbod”, *NJB* 2013, 1674.

⁴⁶ Voor een uitvoerige bespreken van de voorwaarden voor een strafbare deelneming zie: C. VAN DEN WYNGAERT, S. VANDROMME en P. TRAEEST, *Strafrecht & Strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Gompel & Svacina, 2022, 363; 381-405; F. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 123-137.

misdrijven.⁴⁷ Nederland heeft ook een strafbaarstelling voor de voorbereidingsfase in het algemeen, buiten de drugscontext. Sinds 1994 is de voorbereiding van ernstige misdrijven met een gevangenisstraf van meer dan acht jaar strafbaar in een algemene bepaling van het Nederlandse Strafwetboek (art. 46 Nederlands Wetboek van strafrecht).⁴⁸ De strafmaat is in dat geval maximaal de helft van de maximumstraf van het voltooide misdrijf (art. 46 lid 2 Nederlands Wetboek van strafrecht). Het morele delictsbestanddeel is daarbij wel algemeen opzet, in tegenstelling tot de bijzondere strafbaarstelling van voorbereiding in de Opiumwet.⁴⁹

B Strafbare deelneming en criminele organisatie

22. STRAFBARE DEELNEMING – De wetgever hoeft niet te vrezen dat de drugscriminaliteit minder doeltreffend kan worden aangepakt als de voorbereiding een lagere strafmaat heeft dan de poging. Iemand die wetens en willens een misdrijf voorbereidt dat iemand anders daadwerkelijk uitvoert, is strafbaar als deelnemer. In het geval van mededaderschap is de deelnemer strafbaar met dezelfde straffen als de hoofddader. De strafmaat van de voorbereiding is dus ofwel gelijk aan het voltooide misdrijf, ofwel een trap lager op de schaal van artikel 80 Sw. in het geval van medeplichtigheid (wat overigens in de praktijk zelden wordt aangewend⁵⁰). Als het concrete misdrijf of de poging tot dat misdrijf niet plaatsvindt of niet kan worden aangetoond, is het proportioneel om de steller van voorbereidende handelingen volgens het hierboven beschreven getrapte systeem te bestraffen met een strafmaat die lager is dan de poging. Wanneer het concrete voltooide misdrijf of de poging daartoe echter kan worden vastgesteld en bewezen, kan de voorbereider als mededader of medeplichtige worden gestraft als alle voorwaarden voor een strafbare deelneming zijn vervuld.
23. CRIMINELE ORGANISATIE – Daarnaast kan de bestaande strafbaarstelling van deelname aan een criminele organisatie (art. 324*bis* en 324*ter* Sw.) soelaas bieden in de strijd tegen degenen die drugsmisdrijven voorbereiden en vergemakkelijken. Ook wie niet wetens en willens deelneemt aan de misdrijven die een criminele organisatie beoogt, is strafbaar als hij weet dat zijn deelneming bijdraagt tot het oogmerk van de criminele organisatie.⁵¹ De combinatie van deze strafbaarstelling en de strafbare deelneming kan een voldoende performant vangnet zijn voor de evoluerende en georganiseerde drugscriminaliteit, zonder onlogische consequenties in de straftoemeting te veroorzaken.

⁴⁷ Art. 10a Opiumwet voorziet in een maximale gevangenisstraf van zes jaar voor de voorbereiding van misdrijven met een maximale gevangenisstraf van acht en twaalf jaar. Art. 11a Opiumwet voorziet in een maximale gevangenisstraf van drie jaar voor de voorbereiding van misdrijven die strafbaar zijn met zes jaar gevangenisstraf.

⁴⁸ J. DE HULLU, *Materieel strafrecht. Over de algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer, Kluwer, 2021, 394-396; E. DEKREM, "De strafbaarstelling van voorbereidende handelingen in de Drugswet" (noot onder Cass. 10 april 2018), NC 2018, (482) 486; K. LINDENBERG en H.D. WOLSWIJK, *Het materiële strafrecht*, Deventer, Kluwer, 2021, 231; C. VAN DEN WYNGAERT, S. VANDROMME en P. TRAEST, *Strafrecht & Strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Gompel & Svacina, 2022, 363.

⁴⁹ J. DE HULLU, *Materieel strafrecht. Over de algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer, Kluwer, 2021, 406.

⁵⁰ J. VANHEULE, "Strafbare deelneming door schuldig hulpverzuim?", *T. Strafr.* 2012, (454) 459.

⁵¹ Voor een grondige bespreking zie: J. DE HERDT, "Criminele organisatie" in *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, bijgewerkt tot 1 januari 2020, 1-31; A. DE NAUW en F. DERUYCK, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2020, 151-159.

§6. Conclusie

Op basis van het voorgaande kunnen we concluderen dat het bestraffen van de voorbereiding met dezelfde straffen als de uitvoering tot disproportionele straffen leidt. De strafmaat staat niet in verhouding met de schade aan het beschermde rechtsgoed. Op de *iter criminis* situeert de voorbereiding, die traditioneel straffeloos blijft, zich in de fase voor de uitvoering. Indien de wetgever toch kiest voor een strafbare voorbereiding, moet de bestraffing geconstrueerd zijn als een getrapte systeem. De maximumstraf van de voorbereiding moet lager zijn dan de maximumstraf van de poging. De invloed van de subjectieve leer mag niet zo groot zijn dat de straftoemeting onlogisch wordt. De gevaarlijkheid van een individu zou zich eerder moeten vertalen in een verhoogde maatschappelijke alertheid en begeleiding, dan in een hogere strafmaat.

In de gevallen waarin de voorbereiding een doorslaggevende of noodzakelijke rol heeft gespeeld in de totstandkoming van het uiteindelijke misdrijf, kan zij bestraft worden op grond van de strafbare deelneming. In het geval van mededaderschap zal de strafmaat gelijk zijn aan die van de hoofddader. Bij medeplichtigheid een trap lager op de schaal van artikel 80 (of in het voorstel voor een nieuw strafwetboek een strafniveau lager). Als de voorbereider wetens en willens bijdraagt aan de activiteiten van een criminele organisatie, kunnen de voorbereidingshandelingen bestraft worden op grond van deelname aan een criminele organisatie.

Slotsom, de bestaande strafrechtelijke mechanismen, aangevuld met een voorbereidingsfase die op een proportionele, getrapte manier wordt bestraft, bieden een doordacht theoretisch kader om de drugscriminaliteit aan te pakken.

II Justitie: menselijker, sneller, straffer

§1. Inleiding

24. ZEG NIET POTPOURRI TEGEN POTPOURRI – Met een reeks wetten “om justitie menselijker, sneller en straffer te maken” heeft de wetgever in het afgelopen anderhalf jaar heel wat wijzigingen doorgevoerd over alle rechtstakken heen, inclusief in het straf- en strafprocesrecht. Het eerste salvo in de reeks werd afgevuurd met de wet van 28 november 2021⁵², dat voor het strafrecht en strafprocesrecht slechts enkele kleine wijzigingen doorvoerde.⁵³ De wetgever breidde daaraan met de wet van 30 juli 2022⁵⁴ een vervolg. Op vlak van het straf- en strafprocesrecht zijn er in deze wet opnieuw enkele kleine wijzigingen doorgevoerd.⁵⁵ Het was wachten op de meest recente wet in de reeks, de wet van 6 december 2022⁵⁶, voor meer noemenswaardige aanpassingen. Het is deze laatste wet die we hier bespreken.
25. OVERZICHT – In afwachting van grotere hervormingen in het strafrecht en strafprocesrecht is de wetgever dus niet geheel blijven stilzitten en poogt ze in de tussentijd op sommige plaatsen het lekkende dak te dichten. In dat opzicht is vooral de wetgever in zekere zin menselijk. Of de meest recente wet in het rijtje potten kan breken bespreken we in deze bijdrage. In een eerste deel gaan we in op twee ingrepen in het Wetboek van Strafvordering: de invoering van een toezicht op het opsporingsonderzoek en enkele wijzigingen aan de regels over het volgberoep. In een tweede deel bekijken we het relatief nieuwe concept van de verzwarende factoren en haar impact op de straftoemeting.

§2. Wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering

A Toezicht op het onderzoek

26. ARTIKEL 136 EN 136BIS SV. – Het Wetboek van Strafvordering voorziet klassiek al in de mogelijkheid voor de Kamer van Inbeschuldigingstelling (hierna: K.I.) om een vorm van

⁵² Wet 28 november 2021 om justitie menselijker, sneller en straffer te maken.

⁵³ Het Strafwetboek werd in overeenstemming gebracht met het nieuwe Wetboek van Vennootschappen door een wijziging van artikel 5 Sw. Zie artikel 14 Wet 28 november 2021 om justitie menselijker, sneller en straffer te maken. In het Wetboek van Strafvordering werd een nieuw artikel 46^{quater} §2 ingevoerd dat toegang verleent aan de procureur des konings tot het Centraal Aanspreekpunt van de NBB. Zie artikel 5 Wet 28 november 2021. Daarnaast heeft de wet ook de onderzoeksbevoegdheden van de SUO-magistraat in het strafrechtelijk uitvoeringsonderzoek uitgebreid. Zie artikel 12 Wet 28 november 2021. Tot slot vonden er ook enkele kleine en vooral terminologische wijzigingen plaats op vlak van de Wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie: zie artikelen 63 tot en met 92 Wet 28 november 2021.

⁵⁴ Wet 30 juli 2022 om justitie menselijker, sneller en straffer te maken II.

⁵⁵ De wet corrigeerde het Strafwetboek op enkele punten in de artikelen ingevoerd met de Wet van 21 maart 2022 houdende wijzigingen van het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht. Zie artikelen 4 tot en met 8 Wet 30 juli 2022 om justitie menselijker, sneller en straffer te maken II. Het Wetboek van Strafvordering werd gewijzigd in verband met de audiovisuele opname van een zitting van het hof van assisen. Zie artikelen 2 en 3 Wet 30 juli 2022. Daarnaast wijzigde de wet ook de Wet Externe Rechtspositie op enkele punten, onder andere de vervroegde vrijlating. Zie artikelen 42 tot 54 Wet 30 juli 2022.

⁵⁶ Wet 6 december 2022 om justitie menselijker, sneller en straffer te maken IIbis.

preventieve controle uit te voeren op langdurige gerechtelijke onderzoeken.⁵⁷ Enerzijds is er de ambtshalve controlemogelijkheid die de K.I. heeft om toezicht te houden op het verloop van het gerechtelijk onderzoek (artikel 136, lid 1 Sv.), waarmee ze verslag kan vragen over de stand van zaken en kennis kan nemen van de dossiers.⁵⁸ In het geval van langdurige gerechtelijke onderzoeken opent er zich daarnaast nog een nieuwe weg voor de K.I. om preventief toezicht uit te oefenen. Zo kan de in verdenking gestelde of de burgerlijke partij met een gemotiveerd verzoekschrift via de griffie van het hof van beroep de zaak bij de K.I. aanhangig maken wanneer een gerechtelijk onderzoek na een jaar⁵⁹ nog niet is afgesloten.⁶⁰ De K.I. hoort de procureur-generaal in het kader van de rechtspleging.⁶¹ Ze kan in deze procedure ook de in verdenking gestelde of de burgerlijke partij horen, maar is daartoe niet verplicht.⁶² Zij kan ook de onderzoeksrechter horen om zo meer inzicht te krijgen in de redenen voor de duurtijd van het onderzoek, eventueel buiten de aanwezigheid van de partijen om.⁶³

27. GRONDWETTELIJK HOF – De procedure in artikel 136, tweede lid en artikel 136*bis* was uitsluitend van toepassing op langdurige gerechtelijke onderzoeken. De vraag stelde zich echter of dit onderscheid wel grondwetsconform was. Het antwoord van het Grondwettelijk Hof volgde op 3 februari 2022, toen het besliste dat artikel 136, tweede lid Sv. de artikelen 10 en 11 van de Grondwet samen met de artikelen 6 en 13 EVRM schendt omdat op dat moment niet in een gelijkaardig preventief toezicht werd voorzien dat versnellend kan werken in het geval van een langdurig opsporingsonderzoek.⁶⁴ Het Hof was daarmee niet aan haar proefstuk toe wanneer het aankomt op kritische arresten met betrekking tot het onderscheid tussen het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek.⁶⁵ Het gevolg van het arrest was dat de procedure in artikel 136, tweede lid Sv. bij analogie moest worden toegepast op het opsporingsonderzoek in afwachting van een reactie van de wetgever.⁶⁶
28. TOEZICHT OP HET OPSPORINGSONDERZOEK – Die reactie kwam er met de wet van 6 december 2022. Deze wet voegt een nieuw artikel 28*decies* Sv. toe aan het Wetboek van strafvordering waarmee een vorm van toezicht door de K.I. wordt ingevoerd op langdurige opsporingsonderzoeken.⁶⁷ Omdat het opsporingsonderzoek een andere strafprocesrechtelijke context kent, kon de bepaling uit het gerechtelijk onderzoek niet zomaar worden overgenomen. De mate waarin het nieuwe artikel moest lijken op de reeds bestaande artikelen 136 en 136*bis* Sv. was tijdens de

⁵⁷ Artikelen 136, lid 1 Wetboek van Strafvordering; F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 326.

⁵⁸ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 326.

⁵⁹ Deze periode van een jaar begint te lopen vanaf de saisine van de onderzoeksrechter, zijnde hetzij de vordering tot gerechtelijk onderzoek, hetzij de burgerlijke partijstelling, hetzij de betrapting op heterdaad of ten slotte in het kader van een mini-instructie krachtens artikel 28*septies* Sv. Zie F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 326.

⁶⁰ Art. 136, lid 2 Wetboek van Strafvordering; F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 326.

⁶¹ Art. 136*bis*, lid 4 Wetboek van Strafvordering; F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 326.

⁶² Art. 136*bis*, lid 5 Wetboek van Strafvordering; F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 326.

⁶³ Art. 136*bis*, lid 5 Wetboek van Strafvordering; F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 326.

⁶⁴ GwH nr. 15/2022 van 3 februari 2022.

⁶⁵ Zie ook GwH nr. 6/2017 van 25 januari 2017 en GwH nr. 97/2020 van 25 juni 2020.

⁶⁶ GwH nr. 15/2022 van 3 februari 2022.

⁶⁷ Artikelen 4 en 5 Wet 28 november 2021 om justitie menselijker, sneller en straffer te maken.

voorbereidende werken voorwerp van discussie.⁶⁸ Een aantal aanpassingen in het nieuwe artikel zijn voor de hand liggend. Over sommige aanpassingen bestond echter discussie. Bovendien creëert het nieuw artikel mogelijks nieuwe ongelijkheden. In wat volgt gaan we hier wat dieper op in.

29. ARTIKEL 235 SV. – Het oorspronkelijke ontwerp nam in het derde lid van artikel 28*decies* Sv. op dat de K.I. verslag kan vragen (ook ambtshalve) over de stand van zaken en kennis kan nemen van de dossiers en de bij artikelen 235 en 235*bis* Sv. bepaalde maatregelen kan nemen.⁶⁹ De verwijzing naar artikelen 235 en 235*bis* Sv. stuitte op verzet.⁷⁰ Het feit dat de K.I. dan de mogelijkheid zou hebben gehad om de zaak te evoceren werd als in strijd gezien met het principe dat het Openbaar Ministerie beslist over de opportuniteit van de vervolging. Het voorstel werd geamendeerd en in de huidige wet is daar geen sprake meer van. VERSTRAETEN⁷¹ wijst terecht op het merkwaardig onderscheid dat hierdoor ontstaat tussen de twee procedures. In het geval van een gerechtelijk onderzoek zal de K.I. namelijk, in tegenstelling tot in het opsporingsonderzoek, de strafvordering kunnen instellen. Het gaat in beide gevallen nochtans om feiten die nog niet tot een formele strafvordering hebben geleid en via een gelijkaardige procedure bij de K.I. terechtkomen.
30. ENKEL VERHOORDE VERDACHTE – Het nieuwe artikel spreekt van de verdachte en de geregistreerde⁷² benadeelde persoon die het recht hebben om een verzoekschrift in te dienen en omwille van de andere context (opsporingsonderzoek i.p.v. gerechtelijk onderzoek) niet van de in verdenking gestelde en de burgerlijke partij.⁷³ In het geval van de verdachte beperkt het artikel het toepassingsgebied enkel tot die verdachten die reeds als dusdanig werden verhoord op basis van artikel 47*bis*, § 2 Sv. De redelijke termijn vangt echter niet noodzakelijk aan op het moment van het eerste verhoor van de verdachte, maar meer in het algemeen al vanaf het moment waarop een persoon het voorwerp is van maatregelen die een verdenking impliceren of wanneer die persoon ingrijpend geraakt wordt door handelingen gesteld in het kader van het onderzoek.⁷⁴ Sommige verdachten zullen bijgevolg op basis van artikel 28*decies* Sv. uit de boot vallen. Er is dus opnieuw een ongelijkheid, maar deze keer binnen het opsporingsonderzoek.⁷⁵
31. NIEUWE ONGELIJKHEDEN – Een ander opvallend verschil in het nieuwe artikel ten opzichte van de situatie in het gerechtelijk onderzoek is dat de K.I. verplicht de procureur-generaal en de verzoeker moet horen.⁷⁶ Deze verplichting bestaat niet in artikel 136 Sv., waardoor een nieuwe ongelijkheid ontstaat tussen het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek.⁷⁷ Een ander merkwaardig verschil is dat artikel 28*decies* Sv. in tegenstelling tot artikel 136 Sv. een termijn

⁶⁸ Zo verwees het oorspronkelijke niet-geamendeerde voorstel naar artikelen 235 en 235*bis* Sv. naar analogie met artikelen 136 en 136*bis* Sv. Dat kwam op kritiek te staan van het expertisenetwerk strafrechtspleging in de schoot van het College van Procureurs-generaal. Voor meer informatie hierover, zie R. VERSTRAETEN, “Het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek: een nieuwe maar moeizame romance”, NC 2022, 465-67.

⁶⁹ Wetsontwerp houdende het Wetboek van Strafprocesrecht, *Parl.St.* Kamer, nr. 2824/001, 6-7 en 135.

⁷⁰ R. VERSTRAETEN, “Het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek: een nieuwe maar moeizame romance”, NC 2022, 465-66.

⁷¹ R. VERSTRAETEN, “Het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek: een nieuwe maar moeizame romance”, NC 2022, 465-67

⁷² Art. 5*bis* VT.Sv.

⁷³ Art. 28*decies*, lid 1 Sv.

⁷⁴ R. VERSTRAETEN, “Het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek: een nieuwe maar moeizame romance”, NC 2022, 466.

⁷⁵ R. VERSTRAETEN, “Het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek: een nieuwe maar moeizame romance”, NC 2022, 466.

⁷⁶ Artikel 28*decies*, lid 5 Sv.

⁷⁷ R. VERSTRAETEN, “Het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek: een nieuwe maar moeizame romance”, NC 2022, 466-67.

oplegt van 15 dagen vanaf de neerlegging van het verzoek waarbinnen de K.I. uitspraak moet doen.⁷⁸ De termijn kan wel geschorst worden gedurende het uitstel verleend op vraag van een verzoeker of een gehoorde partij.⁷⁹

32. VOORSTEL NIEUW WETBOEK VAN STRAFPROCESRECHT – De regels rond het toezicht op langdurige onderzoeken worden, als gevolg van de hervorming naar een eengemaakt vooronderzoek, anders opgebouwd in het wetsvoorstel betreffende het nieuw Wetboek van Strafprocesrecht.⁸⁰ Daarin worden drie controlerechten ter beschikking gesteld van de verdachte en de geregistreerde benadeelde persoon. De statuten van in verdenkinggestelde en de burgerlijke partij verdwijnen immers uit beeld.⁸¹ De drie controlerechten zijn opgebouwd rond respectievelijk het verstrijken van één jaar na het eerste proces-verbaal⁸², vijf jaar na het eerste proces-verbaal⁸³ en ten slotte het verstrijken van de verjaringstermijn⁸⁴. Het gaat daarbij telkens om een verzoekschrift aan de rechter van het onderzoek.

B Volgberoep

33. VOLGBEROEP – Naast de invoering van een toezicht op het opsporingsonderzoek nam de wet van 6 december 2022 nog een ander stuk van het Wetboek van Strafvordering onder de loep: het volgberoep. Dat beroep kent wat betreft het openbaar ministerie haar oorsprong in de wet van 5 februari 2016.⁸⁵ Die wet voorzag in een bijkomende beroepstermijn van tien dagen voor het openbaar ministerie om een zogenaamd volgberoep in te stellen na een eerder beroep van de beklaagde of de civielrechtelijk aansprakelijke partij (hierna: CAP).⁸⁶ De termijn van dat volgberoep begon te lopen de dag nadat de beklaagde of CAP beroep aantekende.⁸⁷ Omgekeerd kregen de beklaagde of de CAP geen mogelijkheid tot volgberoep na een eerder beroep van het openbaar ministerie. Daarnaast bestond er al een tijdje vóór de wet van 5 februari 2016 nog een ander type “volgberoep”, namelijk dat van de burgerlijke partij: wanneer een hoger beroep tegen de burgerlijke partij is gericht, heeft zij een bijkomende termijn van tien dagen om andere beklaagden en CAP's in het beroep mee te betrekken.⁸⁸ Deze termijn ging in op de dag die volgt op de laatste dag van de beroepstermijn van de beklaagde die tegen de burgerlijke partij hoger beroep heeft ingesteld.⁸⁹ Er is de laatste jaren al heel wat inkt gevloeid over het volgberoep. Met de wet van 6 december 2022 krijgt het verhaal een vervolg.
34. SCHENDING VAN WAPENGELIJKHEID – Wat opvalt in de wet van 5 februari 2016 is dat de beklaagde en CAP dus geen mogelijkheid tot volgberoep kregen. Dit zorgde in de eerste plaats voor een

⁷⁸ R. VERSTRAETEN, “Het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek: een nieuwe maar moeizame romance”, *NC* 2022, 467.

⁷⁹ Art. 28*decies*, lid 6 Sv.

⁸⁰ Wetsvoorstel houdende het Wetboek van Strafprocesrecht, *Parl.St.* Kamer, nr. 55-1239-1.

⁸¹ R. VERSTRAETEN, “Het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek: een nieuwe maar moeizame romance”, *NC* 2022, 451.

⁸² Art. 225 §1 wetsvoorstel houdende het Wetboek van strafprocesrecht, *Parl.St.* Kamer, nr. 55-1239-1.

⁸³ Art. 226 §1 wetsvoorstel houdende het Wetboek van strafprocesrecht, *Parl.St.* Kamer, nr. 55-1239-1.

⁸⁴ Art. 227 §1 wetsvoorstel houdende het Wetboek van strafprocesrecht, *Parl.St.* Kamer, nr. 55-1239-1.

⁸⁵ Met Potpourri II voerde de wetgever ook het dwingend grievenstelsel in en ze sleutelde daarnaast ook aan de termijnen voor hoger beroep: de standaardberoepstermijn werd opgetrokken van 15 naar 30 dagen na het vonnis (of na de betekening daarvan bij verstek of vonnis geacht op tegenspraak). Zie artikel 203 § 1, eerste lid Sv; Art. 88 wet van 5 februari 2016 tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie.

⁸⁶ Art. 203 § 1, tweede lid Sv. (vóór 6 december 2022).

⁸⁷ Cass. 29 november 2017.

⁸⁸ Art. 203 § 2 Sv. (vóór 6 december 2022).

⁸⁹ Art. 203 § 2 Sv. (vóór 6 december 2022).

ongelijkheid met de positie van het openbaar ministerie. Er deden zich situaties voor die bezwaarlijk eerlijk konden worden genoemd. Wanneer bijvoorbeeld het openbaar ministerie op de laatste dag van haar termijn hoger beroep instelde met betrekking tot de strafmaat, dan had de verdachte niet meer of amper de kans om daar daarna nog op te reageren. Als die verdachte eerst berustte in zijn strafmaat, maar naar aanleiding van het beroep van het openbaar ministerie toch zijn schuldvraag naar hoger beroep wilde tillen, dan was dit in het beschreven voorbeeld bijna niet meer mogelijk omwille van de aflopende termijn. In 2019⁹⁰ stelde het Grondwettelijk Hof vast dat dit onderscheid een schending inhoudt van het gelijkheidsbeginsel in samenhang met artikel 6.1 EVRM. Het Grondwettelijk Hof stelde in 2021⁹¹ opnieuw een schending van het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van wapengelijkheid vast omwille van het gebrek aan een volgeroep voor de beklaagde en BAP wanneer het openbaar ministerie beroep aantekent bij het appelgerecht.⁹²

35. NIEUWE REGELS VOLGBEROEP: EENVOUD EN UNIFORMITEIT – De arresten van het Grondwettelijk Hof hadden tot gevolg dat de beklaagde en CAP naar analogie met het OM een recht op volgeroep kregen. Sindsdien bestaan er dus drie volgeroepen, namelijk dat van het OM, dat van de beklaagde en CAP, en dat van de burgerlijke partij. In afwachting van een nieuw Wetboek van Strafrecht wilde de wetgever niet wachten met de codificatie van de arresten van het Grondwettelijk Hof. Naast de wijziging van de regels over het volgeroep, schafte de wetgever ook artikel 205 Sv. af dat voorzag in een beroepsmogelijkheid voor het openbaar ministerie bij het appelgerecht.⁹³ De wetgever koos voor een aanpak die de regels rond het volgeroep vooral duidelijker en uniform moesten maken. Naast de bestaande volgeroepen van het openbaar ministerie en de burgerlijke partij voorziet de wet dus ook in een volgeroep voor de beklaagde en de CAP.⁹⁴ In alle gevallen gaat het daarbij om een termijn van 10 dagen die begint te lopen vanaf het verstrijken van de beroepstermijn van de partij op wie wordt gereageerd. Op deze manier is het volgeroep en de berekening van haar termijn voor iedereen gelijkgeschakeld.
36. VONNIS BIJ VERSTEK – Het uniforme aanvangspunt van de termijn voor het volgeroep heeft het voordeel van de duidelijkheid. Toch doet het nieuwe systeem een nieuwe vraag rijzen wanneer het openbaar ministerie volgeroep wil instellen tegen een vonnis dat op verstek was gewezen. De berekening van de termijn voor het volgeroep van het openbaar ministerie zorgt niet voor problemen wanneer het vonnis waartegen beroep wordt ingesteld op tegenspraak is gewezen. De termijn van het volgeroep begint dan te lopen vanaf het verstrijken van de beroepstermijn van de beklaagde, eventueel rekening houdend met artikel 644 Sv. Het is echter wanneer het vonnis bij verstek is gewezen (of wordt geacht op tegenspraak te zijn) dat er zich eventueel een probleem stelt. De beroepstermijn voor de beklaagde verstrijkt in dat geval na afloop van 30 dagen na de dag van de betekening van het verstekvonnis aan de beklaagde. De beroepstermijn voor het openbaar ministerie verstrijkt echter na afloop van 30 dagen na het vonnis. Omdat de termijn van het volgeroep pas begint te lopen vanaf het verstrijken van de beroepstermijn van de beklaagde, en die beroepstermijn van de beklaagde in geval van verstek dus later verstrijkt indien de betekening niet op de dag van de uitspraak gebeurt, is er een zogenaamde “dode periode” volgens een strikte lezing van de wet. Het is namelijk de vraag of het openbaar ministerie hoger beroep kan instellen in de periode die zich situeert tussen het aflopen van haar 30-dagen termijn en voor het begin van de termijn van het volgeroep. In afwachting van verduidelijking door het Hof van

⁹⁰ GwH nr. 96/2019 van 6 juni 2019

⁹¹ GwH nr. 103/2021 van 8 juli 2021

⁹² Vroeger artikel 205 Sv. dat is afgeschaft door artikel 23 van de Wet 6 december 2022 om justitie menselijker, sneller en straffer te maken IIbis.

⁹³ Art. 23 Wet 6 december 2022 om justitie menselijker, sneller en straffer te maken IIbis.

⁹⁴ Art. 22 Wet 6 december 2022 om justitie menselijker, sneller en straffer te maken IIbis.

Cassatie of de wetgever volgen wij de visie van VAN OVERBEKE dat het hof van beroep de mogelijkheid zou moeten hebben om ook in die tussenperiode beroep aan te tekenen van zodra de beklaagde dat gedaan heeft.⁹⁵

§3. Verzwarende factoren

A Oorsprong en inhoud

37. ONTSTAAN – De belangrijkste wijziging die de Wet van 6 december 2022 in het Strafwetboek doorvoert is ongetwijfeld de veralgemeende toepassing van de verzwarende factoren op alle misdrijven.⁹⁶ Het concept van de verzwarende factor is ontstaan bij de recente hervorming van het seksueel strafrecht, maar werd daar met het nieuwe artikel 417/23 van het Strafwetboek enkel ingevoerd voor feiten die niet-consensuele seksuele handelingen uitmaken.⁹⁷ De Wet van 6 december 2022 voert het concept in voor alle misdrijven.⁹⁸ Voordat we de gevolgen van dit nieuwe concept bestuderen, nemen we eerst de stapsgewijze introductie en inhoud ervan onder de loep.
38. NIEUW SEKSUEEL STRAFRECHT – Met de hervorming van het seksueel strafrecht introduceerde de wetgever enkele nieuwe begrippen. Zo voerde de wet een aantal “verzwaarde misdrijven” in.⁹⁹ Dat zijn misdrijven met een “verzwarend bestanddeel”. Het concept is overgenomen uit het voorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek¹⁰⁰ en komt overeen met wat tot nu toe (en nog steeds voor de andere misdrijven) met verzwarende omstandigheden wordt bedoeld.¹⁰¹ Het verschil is dat het nu duidelijk als een constitutief bestanddeel wordt benoemd, terwijl de verzwarende omstandigheden bij de straftoemeting werden behandeld. Het begrip geeft dus helder aan dat het om een ander, zwaarder misdrijf gaat met een zwaardere straf. Daarnaast voerde de wetgever bij de hervorming van het seksueel strafrecht ook “verzwarende factoren” in met artikel 417/23 van het Strafwetboek.¹⁰² In tegenstelling tot de verzwarende bestanddelen hebben de verzwarende factoren geen invloed op de minimum- en maximumstraf. De toepassing van een verzwarende factor leidt dus niet tot een verzwaard misdrijf. Haar toegevoegde waarde vloeit voort uit het feit dat de rechter deze factoren in overweging moet nemen bij het bepalen van de straf en de strafmaat (zie *infra* voor een verdere bespreking van de gevolgen).
39. WET 6 DECEMBER 2022 – De wet van 6 december 2022 heeft de “discriminatoire drijfveer” ingevoerd als verzwarende factor voor alle misdrijven waarvoor de wet dat motief niet al als een verzwarende omstandigheid kent.¹⁰³ Uiteraard moet de rechter ook bij de misdrijven in bijzondere

⁹⁵ S. VAN OVERBEKE, “Nog maar eens nieuwe regels voor het hoger beroep in strafzaken: wijzigingen door de wet van 6 december 2022 om justitie menselijker, sneller en straffer te maken *Ilbis*”, *RW* 2022-23 nr 26, 1013.

⁹⁶ Nieuwe artikelen 78*bis* en 78*ter* Sw. Zie artikelen 25 en 26 Wet 6 december 2022 om justitie menselijker, sneller en straffer te maken *Ilbis*;

⁹⁷ Art. 26 Wet 21 maart 2022 houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht.

⁹⁸ Nieuw artikel 78*ter*, eerste lid Sw. Zie artikel 26 Wet 6 december 2022 om justitie menselijker, sneller en straffer te maken *Ilbis*.

⁹⁹ Zie artikelen 417/12 – 417/22 Sw.

¹⁰⁰ Art. 8 wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer, nr.3651/001, 841.

¹⁰¹ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 70.

¹⁰² Art. 26 Wet 21 maart 2022 houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht

¹⁰³ Art. 78*bis* Sw, ingevoerd door artikel 25 Wet 6 december 2022 om justitie menselijker, sneller en straffer te maken *Ilbis*.

wetten rekening houden met verzwarende factoren omwille van artikel 100 Sw. Het gaat om een lange lijst van discriminatiegronden¹⁰⁴ die grotendeels overeenstemmen met de beschermde criteria opgenomen in de drie antidiscriminatiewetten.¹⁰⁵ De precieze betekenis van deze verzwarende motieven staat niet vast en zal onderhevig zijn aan interpretatie. Daarnaast is het niet eenvoudig om de aanwezigheid van het discriminerend motief te bewijzen. Bovendien weerhield niets een rechter ervan om al vóór de invoering van artikelen 78bis en 78ter Sw. bij de straftoemeting rekening te houden met discriminerende motieven. Het lijkt dus vooral een symbolische wetgeving en de effectieve meerwaarde ervan blijft op dit ogenblik nog een vraagteken.

40. EUROPESE OORSPRONG – De oorsprong van de discriminatoire drijfveer als verzwarende factor in het strafrecht bevindt zich eigenlijk gedeeltelijk op het Europese en internationale beleidsniveau.¹⁰⁶ Met een kaderbesluit uit 2008 nam de Raad van de Europese Unie maatregelen om de nationale regels over de strafrechtelijke bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat beter op elkaar af te stemmen.¹⁰⁷ Het besluit verplicht de lidstaten om bepaalde opzettelijke gedragingen strafbaar te stellen met doeltreffende, evenredige en “afschrikkende” strafrechtelijke sancties, waar we in deze bijdrage niet verder op zullen ingaan.¹⁰⁸ Het relevante artikel in de discussie over verzwarende factoren is echter artikel 4 van het kaderbesluit. Die bepaling verplicht de lidstaten “*de nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat racistische en xenofobe motieven voor andere dan in de artikelen 1 en 2 bedoelde delicten als een verzwarende omstandigheid worden beschouwd, dan wel dat die motieven door de rechter in aanmerking worden genomen bij de bepaling van de strafmaat*”.¹⁰⁹ België ontving op 18 februari 2021 een ingebrekestelling naar aanleiding van de onjuiste omzetting van dit kaderbesluit.¹¹⁰ De introductie van de discriminatoire drijfveer als verzwarende factor is dus gedeeltelijk een reactie op deze ingebrekestelling.¹¹¹

B Meer dan symbolisch?

41. STRAFTOEMETING – Het bindend karakter van de verzwarende factoren lijkt op het eerste gezicht relatief. De rechter moet wel met de aanwezigheid van een verzwarende factor rekening houden¹¹², maar zelfs dan kan hij nog altijd de strafmaat vrij kiezen binnen het toepasselijk minimum en maximum. De verplichting om een verzwarende factor “in overweging te nemen” belet

¹⁰⁴ Art. 78ter Sw, ingevoerd door artikel 25 Wet 6 december 2022 om justitie menselijker, sneller en straffer te maken IIbis.

¹⁰⁵ Meer bepaald de wet van 30 Juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, en de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie

¹⁰⁶ Wetsontwerp om justitie menselijker, sneller en straffer te maken IIbis, *Parl.St.* Kamer 2021-2022, 2824/001, 14-15.; F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 484.

¹⁰⁷ Kaderbesluit Raad van de Europese Unie 2008/913/JBZ 28 november 2008 betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht.

¹⁰⁸ Zie artikelen 1 en 3 Kaderbesluit Raad van de Europese Unie 2008/913/JBZ 28 november 2008 betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht.

¹⁰⁹ Art. 4 Kaderbesluit Raad van de Europese Unie 2008/913/JBZ 28 november 2008 betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht.

¹¹⁰ Europese Commissie, “Inbreukenprocedure voor februari: voornaamste beslissingen”, Brussel 18 februari 2021, 9.

¹¹¹ Wetsontwerp om justitie menselijker, sneller en straffer te maken IIbis, *Parl.St.* Kamer 2021-2022, 2824/001, 17.

¹¹² Art. 78bis Sw, ingevoerd door art. 25 Wet 6 december 2022 om justitie menselijker, sneller en straffer te maken IIbis.

de rechter waarschijnlijk niet om nog steeds de minimumstraf op te leggen¹¹³. In die zin lijken de verzwarende factoren dus vooral symbolisch. De precieze draagwijdte van de verzwarende factoren stond tijdens het wetgevend proces al ter discussie. De Raad van State ging er in verschillende adviezen wat dieper op in.¹¹⁴ Zo bestempelde ze de verzwarende factoren als een geheugensteun voor de rechter. Het zijn factoren die een invloed zouden kunnen hebben op de straf en de strafmaat en “*waarvan de rechter moet nagaan of hij er bij het nemen van zijn beslissing gewicht aan wil toekennen*”.¹¹⁵ De Raad van State stelt zich de vraag of zo’n bepaling dan wel strafrechtelijk nut heeft, maar meer dan een ballonnetje oplaten doet ze niet. De memorie van toelichting bij de wet van 6 december 2022 luidt dat de wet “*de rechter een indicatie geeft met betrekking tot de omstandigheden waarmee hij rekening moet houden wanneer hij de straf kiest en de strafmaat bepaalt binnen de wettelijke marge*”.¹¹⁶ Omdat niets de rechter lijkt te beletten om nog steeds de minimumstraf op te leggen, zeker bij overweging van verzachtende omstandigheden of de redelijke termijn, heeft het concept dus vooral een symbolisch karakter.

42. MOTIVERING UITSPRAAK – Een andere vraag die zich stelt is in hoeverre de rechter de verzwarende factoren moet betrekken in de motivering van zijn uitspraak. Dat is immers niet helemaal duidelijk. Artikel 195, tweede lid Sv. bepaalt dat een vonnis “*nauwkeurig, maar op een wijze die beknopt mag zijn, de redenen vermeldt waarom de rechter, als de wet hem daartoe vrije beoordeling overlaat, dergelijke straf of dergelijke maatregel uitspreekt. Het rechtvaardigt bovendien de strafmaat voor elke uitgesproken straf of maatregel*”. De Raad van State schrijft in haar advies over het wetsontwerp seksueel strafrecht dat de formulering van artikel 417/24 (“moet rekening houden met”) doet uitschijnen dat er minstens in sommige gevallen een bijkomende motiveringsplicht zal zijn.¹¹⁷ De memorie van toelichting bij die wet stelt dat de keuze van de straf en de strafmaat weldegelijk zal moeten worden gemotiveerd in het licht van de verzwarende factoren, ook al hebben de verzwarende factoren geen invloed op de minimum- en maximumstraf.¹¹⁸

§4. Conclusie

De wetgever probeert met de nieuwe regels het strafprocesrecht op sommige punten in lijn te brengen met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Bij de bespreking van het toezicht op het opsporingsonderzoek zagen we dat de nieuwe regels enkele nieuwe ongelijkheden teweeg

¹¹³ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 483-484.

¹¹⁴ Adv.RvS 69.204/3 van 25 mei 2021 over een voorontwerp van wet “houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht”; Adv.RvS 60.893/3 van 27 maart 2017 over een voorontwerp van ‘Strafwetboek – Boek 1’.

¹¹⁵ Wetsontwerp van 19 juli 2021 houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 2141/001, 140-141; Adv.RvS 69.204/3 van 25 mei 2021 over een voorontwerp van wet “houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht”, opmerking 8.2; Adv.RvS 60.893/3 van 27 maart 2017 over een voorontwerp van ‘Strafwetboek – Boek 1’, opmerking 122.

¹¹⁶ Wetsontwerp om justitie menselijker, sneller en straffer te maken *Ilbis*, *Parl. St. Kamer 2021-2022*, 2824/001, 14-15.

¹¹⁷ Wetsontwerp van 19 juli 2021 houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 2141/001, 140-141; Adv.RvS 69.204/3 van 25 mei 2021 over een voorontwerp van wet “houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht”, opmerkingen 8.1 tot en met 8.4; Adv.RvS 60.893/3 van 27 maart 2017 over een voorontwerp van ‘Strafwetboek – Boek 1’, opmerking 122.

¹¹⁸ Wetsontwerp van 19 juli 2021 houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 2141/001, 52.

hebben gebracht. De nieuwe regels over het volgberoep blinken uit in eenvoud en uniformiteit maar hebben in geval van een verstekvonnis nood aan verduidelijking.

De verzwarende factor als concept in het strafrecht is naar onze mening toch vooral symbolisch van aard. Ze heeft geen bindende gevolgen voor de straftoemeting en de impact op de motiveringsplicht is onduidelijk.

III Voltooing van en poging tot schending beroepsgeheim

§1. Inleiding

43. DAADWERKELIJKE KENNIS VEREIST - Is het beroepsgeheim geschonden wanneer de derde geen daadwerkelijke kennis kreeg van de beschermde informatie? Op 29 juni 2022 velde het Hof van Cassatie een arrest over de precieze draagwijdte van het misdrijf omschreven in artikel 458 Sw. Het arrest focust op de betekenis van één van de constitutieve bestanddelen van het misdrijf schending van beroepsgeheim, meer bepaald de vereiste dat het beschermde geheim moet worden “bekendgemaakt”. Volgens het Hof van Cassatie houdt dit constitutief bestanddeel in dat het misdrijf pas voltooid is van zodra een derde ook daadwerkelijk kennis heeft genomen van de vertrouwelijke informatie. Daarmee bevestigde het Hof in deze specifieke zaak het arrest in beroep, dat tot de vrijspraak besloot omdat er in deze zaak geen sprake was van daadwerkelijke kennisname door de derde. Na een korte inleiding over de zaak en het relevante misdrijf zullen we dieper ingaan op het constitutief bestanddeel dat hier ter discussie stond. Vervolgens bespreken we het arrest in de context van de regels rond de strafbare poging.

§2. Een schending van het beroepsgeheim

A Context en misdrijfomschrijving

44. FEITENRELAAS - Een advocaat werd beschuldigd van een schending van zijn beroepsgeheim. De advocaat in kwestie werd opgeroepen om bijstand te verlenen tijdens een verhoor nadat zijn cliënt van zijn vrijheid was beroofd wegens de verkoop van verdovende middelen. Onderweg naar dit verhoor verwittigde hij de broer van zijn cliënt over nakende huiszoeken met een bericht via Snapchat. De politie was hem echter te snel af en slaagde erin de smartphone van de broer in beslag te nemen nog voordat hij het bericht had gelezen. Omwille van deze feiten werd de advocaat beschuldigd van een schending van zijn beroepsgeheim onder artikel 458 Sw.¹¹⁹
45. CONSTITUTIEVE BESTANDELEN - Artikel 458 Sw. legt een verplichting op tot geheimhouding of zwijgplicht aan de in dat artikel omschreven personen.¹²⁰ De wetgever beoogt daarmee voornamelijk twee belangen te beschermen. Enerzijds is er het belang van de geheimgerechtigde dat zijn geheim niet op straat belandt. Anderzijds steunen sommige beroepen op een zekere betrouwbaarheid die noodzakelijk is voor de beoefening ervan.¹²¹ Artikel 458 Sw. bevat vier constitutieve bestanddelen waaraan een gedraging moet voldoen om te kunnen spreken van een schending van het beroepsgeheim. Ten eerste moet het gaan om personen “die uit hoofde van

¹¹⁹ Cass. 29 juni 2022; Brussel 23 februari 2022; S. VANDROMME, “Schending beroepsgeheim alleen strafbaar als een derde effectief kennis krijgt van het geheim”, *Juristenkrant* september 2022, 2.

¹²⁰ Art. 458 Sw.

¹²¹ A. DE NAUW en F. DERUYCK, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 400-401; E. JANSSENS e.a., *Vertrouwelijkheid en beroepsgeheim*, Mortsel, Intersentia, 2018, 5-6; B. VAN DEN BERGH, *Gerechtelijk deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2019, 275.

hun staat of beroep kennis dragen van geheimen die hen zijn toevertrouwd”.¹²² De advocatuur staat niet expliciet in de opsomming van beroepen in artikel 458 Sw. maar het is vaste rechtspraak dat zij ook onder het toepassingsgebied valt.¹²³ Vervolgens moet het om vertrouwelijke informatie gaan die ter kennis kwam van de advocaat wegens zijn staat of beroep, wat in deze zaak ook niet het twistpunt was.¹²⁴ Daarnaast moet er ook sprake zijn van een “bekendmaking”, wat we in deze bijdrage verder zullen bespreken. Als moreel bestanddeel vereist de wet louter een algemeen opzet.¹²⁵ Er is geen schending van het beroepsgeheim indien men geroepen is in rechte een getuigenis af te leggen of wanneer er een wettelijke plicht bestaat tot bekendmaking.¹²⁶

46. BEKENDMAKING - De discussie in het arrest draait echter rond de interpretatie van het werkwoord “bekendmaken” als constitutief bestanddeel van het misdrijf in artikel 458 Sw. In wat volgt gaan we dieper in op het debat over dit constitutief bestanddeel.

B Bekendmaking als constitutief bestanddeel

47. STANDPUNTEN OM EN HOF VAN BEROEP- De kern van de discussie gaat over het moment waarop aan de voorwaarde van “bekendmaken” is voldaan, en dus op welk moment het misdrijf voltooid is. Het hof van beroep besloot dat een daadwerkelijke kennisname door de derde vereist is om van een voltooid misdrijf te kunnen spreken onder artikel 458 Sw.¹²⁷ De eiser in de cassatieprocedure, zijnde de procureur-generaal, was echter van mening dat het misdrijf reeds was voltooid van zodra het bericht via Snapchat was verstuurd, ongeacht of het bericht ook daadwerkelijk door de ontvanger werd gelezen.¹²⁸ De argumentatie van het hof van beroep voegt door het tegenovergestelde te concluderen volgens het openbaar ministerie een extra constitutief bestanddeel aan het misdrijf toe, wat ingaat tegen het legaliteitsbeginsel. Bovendien argumenteert de procureur-generaal vanuit een praktische redenering dat die daadwerkelijke kennisname pas na erg lange tijd kan gebeuren wat de bewijslast van het misdrijf onredelijk zwaar zou maken in een moderne samenleving met digitale communicatiemiddelen.
48. BESLISSING HOF VAN CASSATIE - Het Hof van Cassatie volgde die argumentatie niet.¹²⁹ Volgens het Hof is het misdrijf in artikel 458 Sw. pas voltooid op het ogenblik dat de ontvanger ook daadwerkelijk kennis kreeg van de inhoud van het bericht, waardoor de beslissing in beroep

¹²² Art. 458 Sw.; B. ALLEMEERSCH, “Het toepassingsgebied van art. 458 Strafwetboek. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes”, *RW* 2003, 4-5; A. DE NAUW en F. DERUYCK, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 401-402.

¹²³ Art. 458 Sw.; Cass. 15 december 1994, *Arr. Cass.* 1994, 1118 en *RW* 1994- 95, 1414; Cass. 13 juni 1963, *Pas.* 1963, I, 1079; B. ALLEMEERSCH, “Het toepassingsgebied van art. 458 Strafwetboek. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes”, *RW* 2003, 10; A. DE NAUW en F. DERUYCK, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 401-402 en 404-406; M. DILLEN e.a., *Zakboekje strafrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2022, 595-596.

¹²⁴ B. ALLEMEERSCH, “Het toepassingsgebied van art. 458 Strafwetboek. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes”, *RW* 2003, 12; A. DE NAUW en F. DERUYCK, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 412-414; M. DILLEN e.a., *Zakboekje strafrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2022, 596.

¹²⁵ A. DE NAUW en F. DERUYCK, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 414; M. DILLEN e.a., *Zakboekje strafrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2022, 596-597.

¹²⁶ A. DE NAUW en F. DERUYCK, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 414-419.

¹²⁷ Brussel 23 februari 2022 ; S. VANDROMME, “Schending beroepsgeheim alleen strafbaar als een derde effectief kennis krijgt van het geheim”, *Juristenkrant* september 2022, 2.

¹²⁸ Cass. 29 juni 2022; Cass. 29 juni 2022, concl. M. N. DE BRAUWERE, 1; S. VANDROMME, “Schending beroepsgeheim alleen strafbaar als een derde effectief kennis krijgt van het geheim”, *Juristenkrant* september 2022, 2.

¹²⁹ Cass. 29 juni 2022.

volgens het Hof van Cassatie dus naar recht correct was. Het Hof weidt in zijn arrest helaas niet uit over de concrete argumenten die aan de grondslag liggen van zijn interpretatiekeuze, maar de voorafgaande conclusie van de advocaat-generaal biedt iets meer inzicht in de taalkundige argumentatie ter ondersteuning van het standpunt.¹³⁰ Zo argumenteert de advocaat-generaal dat de term “bekendmaken” in essentie inhoudt dat geheime informatie “aan iemand wordt meegedeeld”¹³¹.¹³² Noodzakelijk volgt daaruit, volgens de advocaat-generaal, dat de geheime informatie openbaar¹³³ wordt en dus bijgevolg haar geheim karakter verliest.¹³⁴ Een dergelijk verlies van geheim karakter kan, zo argumenteert de advocaat-generaal, enkel wanneer er een effectieve openbaring is geweest (“révélation effective”).¹³⁵

49. SEMANTISCH ARGUMENT VAN NADERBIJ BEKEKEN – Er valt inderdaad iets te zeggen voor deze interpretatie. Volgens van Dale betekent bekendmaken “openbaar maken, aan veel mensen doen weten”.¹³⁶ Behoudens het feit dat de grootte van de groep aan wie het geheim is bekendgemaakt niet relevant is voor het misdrijf in artikel 458 Sw.,¹³⁷ strookt deze definitie wel met het argument dat bekendmaking inhoudt dat de informatie haar geheim karakter verliest doordat ze openbaar gemaakt wordt. Naar onze mening vormt de semantische betekenis van “bekendmaken” alvast geen struikelblok voor de interpretatie van het Hof van Cassatie.
50. INTERPRETATIE NAAR DE GEEST VAN DE BESCHERMDE RECHTSGOEDEREN - Het arrest van het Hof van Cassatie liet wel de kans liggen om wat grondiger te kijken naar de onderliggende belangen die met de strafbaarstelling in artikel 458 Sw. beschermd worden. Zoals we reeds eerder hebben aangehaald beoogt de wetgever met het artikel de betrouwbaarheid van bepaalde beroepen te beschermen.¹³⁸ Het staat buiten kijf dat het versturen van informatie die onder de geheimhouding valt dit belang aantast, ongeacht of er een reële kennisname heeft plaatsgevonden. De strafbaarstelling draagt daarnaast ook bij tot het beschermen van het belang dat de geheimgerechtigde heeft bij de geheimhouding van de informatie.¹³⁹ In het geval van afwezigheid van een reële kennisname, zoals in deze zaak, is de informatie die onder de geheimhouding valt niet op straat beland. Door tijdig optreden van de politie is de informatie dus nog steeds geheim. De schade die zou zijn ontstaan als gevolg van een reële onthulling van de feiten is dus niet

¹³⁰ Cass. 29 juni 2022, concl. M. N. DE BRAUWERE.

¹³¹ De Franstalige conclusie van de advocaat-generaal luidt als volgt : “*Dans le langage commun, la révélation consiste à faire connaître une information qui était inconnue*”. “*Faire connaître quelque chose à qqch. à qqn.*” vertalen wij, op basis van Van Dale, als “iemand iets meedelen”; Online woordenboek Van Dale, geraadpleegd op 22 februari 2023.

¹³² Cass. 29 juni 2022, concl. M. N. DE BRAUWERE, 3.

¹³³ “*Par voie de conséquence, le fait qui est devenu public n’est plus secret*”. Cass. 29 juni 2022, concl. M. N. DE BRAUWERE, 3.

¹³⁴ De advocaat-generaal gaat verder met het vermelden van gelijkaardige Franse woorden en constructies die de conclusie dienen te ondersteunen : “*C’est l’action de découvrir, de déclarer, de faire savoir une chose qui était inconnue et secrète. En effet, “révéler” c’est “dévoiler ce qui était tenu caché, mettre au jour ce qui était ignoré, inconnu”, ou encore, comme l’arrêt le relève, “faire connaître à quelqu’un ou rendre public ce qui était tenu secret”. C’est lever le voile du secret.*”

¹³⁵ “*Partant, des faits qu’ils ont constatés, les juges d’appel me paraissent avoir pu légalement déduire qu’en l’absence de révélation effective d’un secret à une personne qui ne peut en avoir une connaissance légitime et en l’absence de disposition réprimant la tentative de violation du secret professionnel, les faits ne sont pas punissables.*” Zie Cass. 29 juni 2022, cpncl. M. N. DE BRAUWERE, 3.

¹³⁶ Online woordenboek Van Dale, geraadpleegd op 22 februari 2023.

¹³⁷ A. DE NAUW en F. DERUYCK, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 411.

¹³⁸ A. DE NAUW en F. DERUYCK, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 400-401; E. JANSSENS e.a., *Vertrouwelijkheid en beroepsgeheim*, Mortsel, Intersentia, 2018, 5-6; B. VAN DEN BERGH, *Gerechtelijk deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2019, 275.

¹³⁹ A. DE NAUW en F. DERUYCK, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 400-401; E. JANSSENS e.a., *Vertrouwelijkheid en beroepsgeheim*, Mortsel, Intersentia, 2018, 5-6; B. VAN DEN BERGH, *Gerechtelijk deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2019, 275.

opgetreden. In die zin is de schade aan de beschermde rechtsgoederen in deze casus dus minder groot dan wanneer de derde daadwerkelijk kennis zou genomen hebben van de geheime informatie. Toch is de situatie niet volledig zonder schade, omdat de betrouwbaarheid weldegelijk is aangetast en de onthulling van de geheime informatie een waarschijnlijk en reëel gevolg kon zijn geweest van de acties van de advocaat in dit dossier. Het is slechts omwille van een toevallige oorzaak buiten de wil van de advocaat, namelijk de tijdige inbeslagname van het telefoontoestel door de politiediensten, dat er geen reële kennisname heeft kunnen plaatsvinden. Dat brengt ons bij de leer van de poging, waarop we dieper zullen ingaan in het volgende deel.

§3. Poging tot schending van het beroepsgeheim

A Voorwaarden van de poging

51. GEEN VOLTOOID MISDRIJF - Het gevolg van de interpretatie die het Hof van Cassatie gaf aan het constitutief bestanddeel “bekendmaken” is dus dat er geen sprake is van een voltooid misdrijf indien de derde geen daadwerkelijke kennis heeft genomen van de vertrouwelijke informatie. In dat geval is er eventueel wel sprake van een poging tot schending van het beroepsgeheim. Daarvoor moet er eerst voldaan zijn aan de drie voorwaarden voor de strafbare poging.
52. HET VOORNEMEN OM EEN MISDAAD OF WANBEDRIJF TE PLEGEN – Ten eerste moet er sprake zijn van een voornemen om een misdrijf te plegen.¹⁴⁰ Dat voornemen moet betrekking hebben op een bepaald misdrijf, zijnde een misdaad of een wanbedrijf. Poging heeft altijd betrekking op een opzettelijk misdrijf. De strafbaarstelling in artikel 458 Sw. is een wanbedrijf waarbij als schuldvorm algemeen opzet is vereist.¹⁴¹ Over de feiten van de zaak die tot het cassatiearrest hebben geleid bestaat er over het vervullen van deze voorwaarde weinig twijfel.
53. BEGIN VAN UITVOERING – Daarnaast is er ook een begin van uitvoering vereist.¹⁴² Het voornemen om een misdrijf te plegen moet zich gemanifesteerd hebben door uitwendige handelingen die kunnen worden beschouwd als een begin van uitvoering. De vraag die zich bij deze voorwaarde stelt is vooral in hoeverre een handeling als een begin van uitvoering kan worden beschouwd, dan wel wanneer de handeling louter als daad van voorbereiding moet worden gezien. Het klassieke grenscriterium dat gebruikt wordt om de twee categorieën te onderscheiden is, zoals we reeds eerder hebben aangehaald, het al dan niet multi-interpretabel karakter van de handeling.¹⁴³ Handelingen die twijfel laten bestaan over het voornemen van de dader om een misdrijf te plegen worden dan beschouwd als voorbereidingshandelingen. Ook hier lijken de feiten van de zaak geen twijfel te laten bestaan.¹⁴⁴ Het versturen van een bericht via Snapchat kan duidelijk beschouwd worden als een begin van uitvoering. De handeling is op zich niet voldoende om het misdrijf te

¹⁴⁰ Art. 51 Sw.; F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 116-117.

¹⁴¹ Art. 51 Sw.; Cass. 29 juni 2022; S. VANDROMME, “Schending beroepsgeheim alleen strafbaar als een derde effectief kennis krijgt van het geheim”, *Juristenkrant* september 2022, 2.

¹⁴² Art. 51 Sw.; F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 117-118.

¹⁴³ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 118.

¹⁴⁴ Cass. 29 juni 2022; S. VANDROMME, “Schending beroepsgeheim alleen strafbaar als een derde effectief kennis krijgt van het geheim”, *Juristenkrant* september 2022, 2.

voltooien, omdat er daarvoor dus eerst sprake moet zijn van een daadwerkelijke kennisname door de derde.

54. HET NIET-VOLTOOIEN VAN HET MISDRIJF BUITEN DE WIL VAN DE DADER – Ten slotte is voor de poging ook nog vereist dat de voltooiing van het misdrijf verhinderd wordt door een oorzaak die buiten de wil van de dader ligt.¹⁴⁵ In deze zaak is het de politie die erin geslaagd is om de smartphone in beslag te nemen nog voordat de derde het bericht had kunnen lezen.¹⁴⁶ Daarmee is er overduidelijk aan de derde voorwaarde voldaan. Indien de advocaat zijn bericht nog op tijd had verwijderd, dan zou de conclusie anders zijn geweest. Sommige berichtenapplicaties, waaronder Snapchat, hebben immers de technische mogelijkheid om een verstuurd bericht in een conversatie “terug te nemen” door het te verwijderen. Bij een klassieke brief, mail of sms is dat niet het geval. Vast staat dat de advocaat in deze zaak niet van de mogelijkheid heeft gebruik gemaakt om het bericht op Snapchat terug te nemen.

B Strafbbaarheid poging

55. GEEN STRAFBARE POGING – De handeling van de advocaat in deze zaak beantwoordt dus aan de drie voorwaarden om als een poging te kunnen worden gekwalificeerd. Een poging tot wanbedrijf vereist echter altijd een uitdrukkelijke bepaling in de wet die de poging op dat wanbedrijf strafbaar stelt.¹⁴⁷ Omdat dat voor het wanbedrijf in artikel 458 Sw. niet het geval is, is er hier bijgevolg geen sprake van een strafbare poging. Het gevolg daarvan is dus dat de advocaat in deze zaak vrijuit kon gaan.
56. SUBJECTIEVE VERSUS OBJECTIEVE LEER – Wanneer een poging al dan niet strafbaar moet worden gesteld is voorwerp van discussie.¹⁴⁸ Traditioneel kreeg een objectieve benadering van de poging de voorkeur, maar zoals ook uit de analyse van de Drugswet bleek, heeft de subjectieve leer ondertussen een groeiende aanhang verworven.¹⁴⁹ Bij de subjectieve leer wordt meer de nadruk gelegd op de intentie van de dader.¹⁵⁰ Wij pleiten ervoor om voorzichtigheid aan de dag te leggen bij een te subjectieve benadering van de poging, omdat een te brede toepassing ervan zou leiden tot een te ruime strafbaarheid. Desalniettemin zijn er volgens ons goede argumenten om de poging tot het plegen van het wanbedrijf in artikel 458 Sw. strafbaar te stellen op basis van een meer subjectieve benadering, des te meer als gevolg van de gekozen interpretatie van “bekendmaken” door het Hof van Cassatie.
57. BEWIJSLAST EN STRAFFELOOSHEID – De procureur-generaal argumenteerde dat de interpretatie die het hof van beroep aan “bekendmaken” had gegeven leidt tot “een onredelijk zware bewijslast, zeker wat betreft moderne elektronische communicatiemiddelen”.¹⁵¹ We zijn het niet eens met de

¹⁴⁵ Art. 51 Sw.; F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 118-119.

¹⁴⁶ Cass. 29 juni 2022; S. VANDROMME, “Schending beroepsgeheim alleen strafbaar als een derde effectief kennis krijgt van het geheim”, *Juristenkrant* september 2022, 2.

¹⁴⁷ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 122.

¹⁴⁸ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 122.

¹⁴⁹ Dat komt ook heel duidelijk naar voor in de voorbereidende werken voor het nieuw Strafwetboek. Zie Wetsvoorstel 13 maart 2019 tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, , *Parl. St.* Kamer 2018-2019, 3651/001, 49.

¹⁵⁰ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 117-118.

¹⁵¹ Cass. 29 juni 2022, concl. M. N. DE BRAUWERE.

procureur-generaal om dit argument aan te wenden als reden om voor een andere interpretatie te kiezen van het constitutief bestanddeel “bekendmaken”, maar we zien het eerder als argument om de poging (zoals in deze zaak) strafbaar te stellen. Het klopt immers inderdaad dat een schending van het beroepsgeheim in vele gevallen moeilijk te bewijzen valt bij de vereiste van daadwerkelijke kennisname. Denk bijvoorbeeld aan de mogelijkheid bij moderne smartphonetoestellen om een bericht te lezen zonder het te openen, waardoor het toestel niet registreert dat je het bericht gelezen hebt. Zoals eerder aangehaald bieden moderne sociale media ook vaak de mogelijkheid aan om een verzonden bericht weer terug te nemen en het te verwijderen, zodat ook de ontvanger het bericht niet meer kan lezen. In dat geval is het moeilijk om te achterhalen of de ontvanger in de tussentijd al daadwerkelijk kennis had genomen van de informatie. In sommige gevallen zal de daadwerkelijke kennisname kunnen worden afgeleid uit handelingen die als gevolg daarvan door de derde werden gesteld (denk bijvoorbeeld aan het verwijderen van bewijs bij verwittiging van een nakende huiszoeking). Maar als die handelingen nog niet zijn gesteld terwijl de derde wel reeds kennis kreeg van de informatie, dan zal de bekendmaking maar moeilijk te bewijzen zijn. Om het risico op straffeloosheid als gevolg van de zware bewijslast enigszins te beperken verkiezen wij als oplossing de strafbaarstelling van de poging tot het plegen van het wanbedrijf in artikel 458 Sw. Op die manier worden ook de gevallen waarin het bewijs vastloopt op de vraag of er daadwerkelijke kennisname was strafbaar als aan de voorwaarden van de poging is voldaan.

58. NIEUW STRAFWETBOEK – In het nieuwe strafwetboek zullen de regels rond de strafbaarstelling van de poging een belangrijke wijziging ondergaan. Het nieuwe artikel 10 over poging stelt immers de poging strafbaar voor “de misdrijven waarvan het schuldbestanddeel in een bijzonder opzet bestaat, dan wel het wetens en willens aannemen van het strafbaar gestelde gedrag”.¹⁵² De poging wordt dus strafbaar voor alle misdrijven waarvoor een algemeen of bijzonder opzet is vereist als schuldbestanddeel. Het nieuwe artikel 303 over de schending van het beroepsgeheim behoudt het algemeen opzet. In de toekomst zal de poging tot schending van het beroepsgeheim dus strafbaar zijn indien het wetsvoorstel voor het nieuwe Strafwetboek wordt goedgekeurd.

§4. Conclusie

Het Hof van Cassatie interpreteert artikel 458 Sw. naar onze mening in lijn met de rechtsbelangen die met het artikel beschermd worden. Wanneer vertrouwelijke informatie niet daadwerkelijk ter kennis is gekomen van de derde, is de aangerichte schade minder groot dan wanneer dit wel het geval zou zijn geweest. Volgens ons is deze scheidingslijn dan ook een geschikte grens tussen de poging en de voltooiing. Het is een keuze van de wetgever om de poging tot het plegen van het misdrijf in artikel 458 Sw. niet strafbaar te stellen. Om een effectieve bescherming van het onderliggende rechtsgoed te garanderen in het licht van reële bewijsmoeilijkheden als gevolg van het arrest, zou de poging wel beter strafbaar worden gesteld. Als het wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek wordt goedgekeurd, dan zal dit realiteit worden.

¹⁵² Art. 10 Wetsvoorstel 13 maart 2019 tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, , *Parl.St.* Kamer 2018-2019, 3651/001, 841-842.



INSTITUUT VOOR STRAFRECHT

Herbert Hooverplein 10

3000 LEUVEN, België