ROYAUME DE BELGIQUE.

KONINKRIJK BELGIE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre de la Justice et des Affaires économiques, le 14 avril 1994, d'une demande d'avis sur un projet de loi "insérant un article 380quinquies dans le Code pénal", a donné le 1er juin 1994 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 14 april 1994 door de Vice-Eerste Minister et Minister van Justitie en Economische Zaken verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van wet "houdende invoeging van een artikel 380quinquies in het Strafwetboek", heeft op 1 juni 1994 het volgend advies gegeven :

1. Le projet de loi qui est soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat tend à insérer un article 380quinquies dans le Code pénal en vue d'assurer la répression de certaines formes de publicité pour des "offres de services à caractère sexuel" ayant un but lucratif direct ou indirect.

Il vise à ériger en infraction les publicités qui ou bien concernent des mineurs d'âge, ou bien ont pour objet des services diffusés par un moyen de télécommunication. La peine frappe indifféremment celui qui fait ou fait faire de la publicité illégale et celui qui collabore à cette publicité.

Il ressort des explications du délégué du ministre que le projet vise principalement trois formes de publicité, s'agissant ou bien de messages portant sur des services dont la nature s'apparente à de la prostitution, ou bien de messages pornographiques réprimés actuellement par les articles 383 et suivants du Code pénal, ou encore de services relevant de "l'érotique anodin"; pour cette dernière catégorie, l'interdiction porte non sur le service comme tel, mais sur certaines formes de publicité.

2. Par la généralité des termes qui sont utilisés pour décrire l'infraction, l'article 380quinquies en projet vise inévitablement un certain nombre d'actes de publicité qui entrent déjà dans le champ d'application de l'article 380quater du Code pénal. Il convient d'observer que les

peines peuvent ne pas être les mêmes selon que l'on applique l'article 380quater, alinéa 2, ou l'article 380quinquies, alinéa 1er, en projet.

Un certain nombre d'anomalies peuvent en résulter. Ainsi, l'accomplissement, dans un but lucratif, d'actes de publicité pour une offre de services à caractère sexuel est passible, en vertu du projet, d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de deux cents francs à deux mille francs si, par exemple, la publicité s'adresse spécifiquement à des mineurs; en revanche, à supposer que l'offre de services à caractère sexuel constitue en outre une incitation à la prostitution, à la débauche ou à l'exploitation sexuelle, la peine sera d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de cent francs à mille francs en application de l'article 380quater, alinéa 2, du Code pénal, tel qu'il est actuellement en vigueur.

Afin d'éviter ces anomalies, il paraît préférable de regrouper dans un seul article toutes les dispositions relatives à la répression des formes de publicité interdites en matière de prostitution, de débauche, d'exploitation sexuelle ou d'offres de services à caractère sexuel. Un texte sera proposé ci-après qui procède à un tel regroupement.

3. L'exposé des motifs invoque à juste titre l'article 34 de la Convention relative aux droits de l'enfant ainsi que la recommandation R(91) - 11 adoptée le 9 septembre 1991 par le comité des ministres du Conseil de

l'Europe, pour justifier la nécessité d'éviter toute publicité s'adressant spécifiquement à des mineurs ou faisant état de services proposés par des mineurs.

S'agissant de telles formes de publicité, il paraît logique de distinguer selon que la publicité a ou non pour objet ou pour effet, directs ou indirects, de faciliter la prostitution, la débauche ou l'exploitation sexuelle d'un mineur, hypothèses qui sont déjà actuellement réglées spécialement par l'article 380quater, alinéa 2, du Code pénal; dans l'affirmative, une aggravation de la répression se justifie dans des proportions qu'il appartiendra au Gouvernement fédéral d'abord, au législateur ensuite, d'apprécier.

En ce qui concerne l'alinéa 2 de l'article 380quinquies en projet, le délégué du ministre a précisé que le terme "télécommunication" devait recevoir le sens qui lui est donné par l'article 68, 4°, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques. Cette précision pourrait utilement être reprise dans l'exposé des motifs.

4. Tant l'alinéa 1er que l'alinéa 2 de l'article 380quinquies en projet contiennent une disposition aux termes de laquelle "celui qui aura collaboré à cette publicité (prohibée) sera puni des mêmes peines".

L'exposé des motifs ne donne pas d'explication à propos de cette disposition dont la signification exacte n'apparaît pas clairement.

En visant celui qui aura collaboré à la publicité, le projet reprend, en utilisant d'autres termes, une idée qu'expriment déjà les articles 66 et 67 du Code pénal, tout en omettant une série de précisions et de distinctions que ces articles énoncent. Le projet présente ainsi une analogie particulière avec l'article 66 du Code pénal en tant que celui-ci dispose que seront punis comme auteurs d'un crime ou d'un délit, ceux qui l'auront exécuté ou qui auront coopéré "directement" à son exécution.

Bien que le texte des articles 66 et 67 du Code pénal ne le précise pas explicitement, pour qu'il y ait participation criminelle, il est requis notamment que le participant ait connaissance de la circonstance qu'il participe à un crime ou à un délit déterminés (1). L'essence de la participation criminelle est, en effet, la rencontre des volontés dans le dessein de produire une infraction déterminée (2). Ces principes sont évidemment applicables aux crimes et délits énumérés par les articles 379 et suivants du Code pénal (3).

La technique choisie par les auteurs du projet risque d'être à l'origine de difficultés qui pourraient surgir lors de l'application de la disposition examinée lorsqu'il s'agira de déterminer dans quelle mesure le texte

---

(1) Cass. 9 décembre 1986, Pas., 1987, I, 437. Adde : Cass. 15 mai 1985, Pas., 1985, I, 1153.

(2) P.-E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, Novelles, Droit pénal, tome Ier, volume II, Larcier, 1962, n°s 3839 à 4045.

(3) Novelles, Droit pénal, tome III, Larcier, 1972, n° 6299, page 485.

déroge (ou non) aux principes qui régissent la participation criminelle en général, par exemple en matière de preuve de l'intention ou de la connaissance.

Il semble dès lors indispensable que le texte en projet soit revu de telle façon qu'il règle la collaboration à la publicité afin d'exprimer avec toute la précision requise les dérogations que l'on envisage d'apporter aux principes généraux relatifs à la participation criminelle. Si l'intention n'est pas de s'écarter de ces principes, la disposition doit être omise.

Le Conseil d'Etat ne pouvant préjuger les conclusions d'un tel réexamen, le texte qu'il propose n'abordera pas les problèmes liés à la répression de la participation criminelle.

5. Le texte suivant est proposé :

"Art. 380quinquies. § 1er. Sera puni d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de deux cents francs à deux mille francs, quiconque, quel qu'en soit le moyen, fait ou fait faire de la publicité, de façon directe ou indirecte, même en en dissimulant la nature sous des artifices de langage, pour une offre de services à caractère sexuel ayant un but lucratif direct ou indirect, lorsque cette publicité s'adresse spécifiquement à des mineurs ou lorsqu'elle fait état de services proposés soit par des mineurs, soit par des personnes prétendues telles.

La peine sera un emprisonnement de (trois) mois à (trois) ans et d'une amende de (trois cents) francs à (trois mille) francs lorsque la publicité visée à l'alinéa 1er a pour objet ou pour effet, directs ou indirects, de faciliter la prostitution, la débauche ou l'exploitation sexuelle d'un mineur (1).

§ 2. Sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de cent francs à mille francs, quiconque, quel qu'en soit le moyen, fait ou fait faire de la publicité, de façon directe ou indirecte, même en en dissimulant la nature sous des artifices de langage, pour une offre de services à caractère sexuel ayant un but lucratif direct ou indirect, lorsque ces services sont fournis par un moyen de télécommunication.

§ 3. Dans les cas qui ne sont pas visés aux paragraphes 1er et 2, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de cent francs à mille francs, quiconque aura, par un moyen quelconque de publicité, même en dissimulant la nature de son offre ou de sa demande sous des artifices de langage, fait connaître qu'il se livre à la prostitution, qu'il facilite la prostitution d'autrui ou qu'il désire entrer en relation avec une personne se livrant à la débauche.

Sera puni des mêmes peines, quiconque, par un moyen quelconque de publicité, incitera, par l'allusion qui y est

---

(1) Ces chiffres sont donnés à titre d'exemples.

faite, à l’exploitation sexuelle, soit des adultes soit des enfants, ou utilisera une telle publicité à l’occasion d’une offre de services."

L’article 380quater, alinéa 2, du Code pénal devra en conséquence être abrogé.

---

1. Het aan de afdeling wetgeving van de Raad van State om advies voorgelegde ontwerp van wet beoogt een artikel 380quinquies in te voegen in het Strafwetboek, teneinde bepaalde vormen van reclame te bestraffen "waarin diensten van sexuele aard met een rechtstreeks of onrechtstreeks winstoogmerk worden aangeboden".

Het ontwerp heeft tot doel van de reclame die ofwel betrekking heeft op minderjarigen, ofwel diensten betreft die met behulp van telecommunicatiemiddelen worden aangeboden, een strafbaar feit te maken. De straf geldt zowel voor degene die onwettige reclame maakt of doet maken, als voor degene die zijn medewerking eraan verleent.

Uit de toelichtingen van de gemachtigde van de minister blijkt dat het ontwerp hoofdzakelijk betrekking heeft op drie vormen van reclame, te weten de berichten inzake diensten die wat hun aard betreft bij de prostitutie aanleunen, de pornografische berichten die thans worden gestraft bij de artikelen 383 en volgende van het Strafwetboek, en de diensten die verband houden met "banale" erotiek; voor deze laatste categorie geldt het verbod niet voor de dienst als zodanig, doch voor bepaalde vormen van reclame.

2. Wegens de algemene bewoordingen die worden gebruikt om het strafbare feit te omschrijven, betreft het ontworpen artikel 380quinquies onvermijdelijk een aantal reclameverrichtingen die reeds binnen de werkingssfeer van artikel 308quater van het Strafwetboek vallen. Op te merken

valt dat de straffen kunnen verschillen naargelang artikel 380quater, tweede lid, wordt toegepast, ofwel het ontworpen artikel 380quinquies, eerste lid.

Dit kan een aantal anomalieën meebrengen. Zo wordt het vervullen, met een winstoogmerk, van reclameverrichtingen waarbij diensten van seksuele aard worden aangeboden, volgens het ontwerp gestraft met gevangenisstraf van twee maanden tot twee jaar en met geldboete van tweehonderd frank tot tweeduizend frank indien de reclame zich bijvoorbeeld specifiek tot minderjarigen richt; gesteld daarentegen dat het aanbieden van diensten van seksuele aard ook tot prostitutie, ontucht of seksuele uitbuiting aanzet, wordt zulks overeenkomstig artikel 380quater, tweede lid, van het Strafwetboek, zoals het thans van kracht is, gestraft met gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met geldboete van honderd frank tot duizend frank.

Teneinde die anomalieën te voorkomen, lijkt het verkieslijk in één enkel artikel alle bepalingen samen te brengen die verband houden met de bestraffing van de verboden vormen van reclame op het stuk van prostitutie, ontucht, seksuele uitbuiting of het aanbieden van diensten van seksuele aard. Hierna wordt een tekst voorgesteld waarbij al die bepalingen samengebracht worden.

3. In de memorie van toelichting wordt terecht verwezen naar artikel 34 van het Verdrag inzake de rechten van het kind en naar Aanbeveling R (91) - 11 die het comité van ministers van de Raad van Europa op 9 september 1991

heeft aangenomen, ter rechtvaardiging van de noodzaak om iedere reclame te bannen die specifiek tot minderjarigen is gericht of waarin gewag wordt gemaakt van diensten die door minderjarigen worden aangeboden.

Voor zulke vormen van reclame lijkt het logisch een onderscheid te maken naargelang de reclame al dan niet tot doel of tot gevolg heeft, direct of indirect, dat prostitutie, ontucht of seksuele uitbuiting van een minderjarige wordt vergemakkelijkt, welke gevallen thans reeds inzonderheid geregeld worden bij artikel 380quater, tweede lid, van het Strafwetboek; indien zulk een onderscheid wordt gemaakt, is een strengere bestraffing gerechtvaardigd in een verhouding die in de eerste plaats de federale Regering, en vervolgens de wetgever moet beoordelen.

Omtrent het ontworpen artikel 380quinquies, tweede lid, heeft de gemachtigde van de minister gesteld dat de term "telecommunicatiemiddelen" moet worden opgevat in de betekenis die in artikel 68, 4°, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven wordt gegeven aan de term "telecommunicatie". Het verdient aanbeveling die precisering op te nemen in de memorie van toelichting.

4. Zowel het eerste als het tweede lid van het ontworpen artikel 380quinquies bevatten een bepaling, luidende : "Hij die aan deze (verboden) reclame zijn medewerking verleent wordt met dezelfde straffen gestraft".

De memorie van toelichting geeft geen uitleg omtrent die bepaling, waarvan de juiste betekenis niet duidelijk is.

Wanneer in het ontwerp verwezen wordt naar degene die zijn medewerking verleent aan de reclame, neemt het, weliswaar in andere bewoordingen, een idee over die reeds vervat ligt in de artikelen 66 en 67 van het Strafwetboek, evenwel met weglating van een aantal preciseringen en verschilpunten die in deze artikelen zijn opgenomen. Het ontwerp vertoont aldus een bijzondere analogie met artikel 66 van het Strafwetboek, in zoverre dit artikel bepaalt dat als daders van een misdaad of een wanbedrijf gestraft worden, zij die de misdaad of het wanbedrijf hebben uitgevoerd of aan de uitvoering ervan "rechtstreeks" hebben meegewerkt.

Ofschoon de tekst van de artikelen 66 en 67 van het Strafwetboek zulks niet uidrukkelijk stelt, moet - opdat er sprake kan zijn van strafbare deelneming - de deelnemer onder meer kennis hebben van de omstandigheid dat hij aan een bepaalde misdaad of een bepaald wanbedrijf deelneemt (1). Het wezenlijke kenmerk van strafbare deelneming is immers de gemeenschappelijke wil om een bepaald strafbaar feit te plegen (2). Die beginselen zijn uiteraard toepas-

---

(1) Cass. 9 december 1986, Arr. Cass., 1986-1987, I, 472. Zie ook Cass. 15 mei 1985, Arr. Cass., 1984-1985, I, 1268.

(2) P.-E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, Novelles, Droit pénal, tome Ier, volume II, Larcier, 1962, nrs. 3839 tot 4045.

selijk op de misdaden en wanbedrijven opgesomd in de artikelen 379 en volgende van het Strafwetboek (1).

De door de stellers van het ontwerp gekozen methode kan problemen doen rijzen bij de toepassing van de onderzochte bepaling wanneer bepaald moet worden in hoeverre de tekst (al dan niet) afwijkt van de beginselen inzake de strafbare deelneming in het algemeen, bijvoorbeeld bij het bewijzen van het opzet of van de kennis.

Het lijkt derhalve onontbeerlijk dat de ontworpen tekst zo moet worden herzien dat hij de medewerking aan de reclame regelt, waarbij voldoende duidelijk de afwijkingen worden geformuleerd die men voornemens is in te voeren ten aanzien van de algemene beginselen betreffende de strafbare deelneming. Indien het de bedoeling is niet af te wijken van die beginselen, moet de bepaling vervallen.

Aangezien de Raad van State niet kan vooruitlopen op de uitslag van zulk een herziening, zal de Raad de problemen in verband met de bestraffing van de strafbare deelneming in de door hem voorgestelde tekst niet aanbrengen.

5. De volgende tekst wordt voorgesteld :

---

(1) Novelles, Droit pénal, tome III, Larcier, 1972, nr. 6299, blz. 485.

"Art. 380quinquies. § 1. Met gevangenisstraf van twee maanden tot twee jaar en met geldboete van tweehonderd frank tot tweeduizend frank wordt gestraft hij die op enigerlei wijze, direct of indirect, reclame maakt of doet maken voor een aanbod van diensten van seksuele aard met een direct of indirect winstoogmerk, indien die reclame in het bijzonder gericht is op minderjarigen of indien zij gewag maakt van diensten aangeboden door minderjarigen of door personen van wie wordt beweerd dat zij minderjarig zijn, zelfs indien hij zijn aanbod verheelt onder bedekte bewoordingen.

Indien de in het eerste lid bedoelde reclame tot doel of tot gevolg heeft, direct of indirect, dat prostitutie, ontucht of seksuele uitbuiting van een minderjarige wordt vergemakkelijkt, is de straf (drie) maanden tot (drie) jaar gevangenisstraf en geldboete van (driehonderd) frank tot (drieduizend) frank (1).

§ 2. Met gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met geldboete van honderd frank tot duizend frank wordt gestraft hij die op enigerlei wijze, direct of indirect, reclame maakt of doet maken, waarin diensten van seksuele aard met een direct of indirect winstoogmerk worden aangeboden bij wege van een of ander telecommunicatiemiddel, zelfs indien hij zijn aanbod verheelt onder bedekte bewoordingen.

---

(1) Deze getallen gelden bij wijze van voorbeeld.

§ 3. In de gevallen die niet zijn omschreven in de paragrafen 1 en 2, wordt gestraft met gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met geldboete van honderd frank tot duizend frank, hij die door enig reclamemiddel, zelfs indien hij de aard van zijn aanbod of zijn vraag verheelt onder bedekte bewoordingen, kenbaar maakt dat hij zich aan prostitutie overgeeft, de prostitutie van anderen vergemakkelijkt of wenst in betrekking te komen met iemand die zich aan ontucht overgeeft.

Met dezelfde straffen wordt gestraft hij die door enig reclamemiddel aanzet, door de toespeling die erop wordt gemaakt, tot de seksuele uitbuiting van volwassenen of kinderen, of van zulke reclame gebruik maakt naar aanleiding van een aanbod van diensten".

Artikel 380quater, tweede lid, van het Strafwetboek moet bijgevolg worden opgeheven.

La chambre était composée de

Messieurs : J.-J. STRYCKMANS, président de chambre,
de Heren : kamervoorzitter,

Y. BOUCQUEY, conseillers d'Etat,
Y. KREINS, staatsraden,

F. DELPEREE, assesseurs de la section de législation,
J. van COMPERNOLLE, assessoren van de afdeling wetgeving,

Madame : J. GIELISSEN, greffier,
Mevrouw : griffier.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. J.-J. STRYCKMANS.

Le rapport a été présenté par M. M. QUINTIN, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par Mme C. DEBROUX, référendaire adjoint.

De kamer was samengesteld uit

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J.-J. STRYCKMANS.

Het verslag werd uitgebracht door de H. M. QUINTIN, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door Mevr. C. DEBROUX, adjunct-referendaris.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

J. GIELISSEN.

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

J.-J. STRYCKMANS.