

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 Président du Sénat, le 25 octobre 1994, d'une demande d'avis sur un projet de loi "contenant des dispositions en vue de la répression de la traite des êtres humains et de la pornographie infantile" (Doc. Sénat, n° 1142-1 (1993-1994), a donné le 15 février 1995 l'avis suivant:

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 25 oktober 1994 door de Voorzitter van de Senaat verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van wet "houdende bepalingen tot bestrijding van de mensenhandel en van de kinderpornografie" (Gedr. Senaat, nr. 1142-1 (1993-1994), heeft op 15 februari 1995 het volgende advies gegeven :

Examen du projet.Article 1er.

1. L'analyse des éléments constitutifs de l'infraction révèle que l'élément matériel peut n'être pas un fait répréhensible en soi : l'étranger peut être entré ou séjourner en Belgique en toute légalité.

Tout dépend donc de l'élément moral, spécialement de l'intention d'abuser de la situation particulièrement vulnérable dans laquelle se trouve l'étranger, notamment en raison de sa situation administrative illégale ou simplement précaire.

Eclairant est à cet égard l'extrait des développements accompagnant la proposition de loi (1) :

"Le paragraphe 1er donne une définition, très large, de l'infraction. L'important n'est pas la question de savoir s'il s'agit d'une entrée ou d'un séjour légal ou illégal, mais bien la manière dont les choses se sont passées : tant le 1^o que le 2^o constatent ou supposent une certaine absence de liberté. C'est évident dans le cas de ruse, de violence, de menaces ou de contrainte. Le 2^o énumère des situations où les abus éventuels ne sont pas exclus, mais sont jugés parfaitement inadmissibles. Les sanctions prévues sont dès lors très lourdes".

(1) Document Chambre, 1381/1 - 93/94, page 18.

Le crime que l'article 1er du projet vise à ériger est défini en des termes tellement extensifs que l'on peut raisonnablement penser que nombre de comportements qui ne sont pas relatifs à la traite des êtres humains qu'entend régler le chapitre Ier du projet pourraient tomber dans le champ de la nouvelle incrimination (2), et être aussi sévèrement sanctionnés.

Au regard du principe de la légalité des incriminations l'article 1er présente donc cette faiblesse de ne pas contenir tous les éléments définissant, avec précision, l'incrimination nouvelle, alors pourtant qu'il s'agit d'un crime (3), à l'égard duquel l'article 15 du projet préconise une mesure de surveillance exceptionnelle.

-
- (2) L'intention du législateur est-elle de sanctionner le travail en noir des travailleurs étrangers comme, par exemple, le travail en noir des femmes de ménage ou la location à des prix excessifs d'immeubles d'habitation ?
- (3) Voir notamment Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, Droit pénal général, Bruxelles, Bruylant, 1991, n° 96, p.84 :

"SECTION 1ere. - PRINCIPES DE DETERMINATION DU SENS ET DE LA PORTEE DES DISPOSITIONS PENALES.

La plus grande transparence, on l'a dit plus haut, devrait toujours présider à la désignation par la loi des comportements interdits et de leurs circonstances justificatives, aussi bien dans l'intérêt des valeurs à protéger (les atteintes injustifiables à ces valeurs ne sont pas toujours discernables en toute circonstance avec la force de l'évidence), que dans celui des justiciables (menacés dans leur sécurité par la définition insuffisante de ce qui est interdit) et des juges eux-mêmes qu'il faut aider à se protéger contre leur propre subjectivité.

Or, non seulement les lois pénales ne sont pas toujours formulées avec clarté, ce qui soulève la question de leur interprétation, mais leur champ d'application peut également faire difficulté : dans la mesure où la norme abstraite est plus floue et ses limites moins précises, plus nombreux seront les cas concrets dont il devient difficile d'affirmer qu'ils rentrent ou ne rentrent pas dans la catégorie visée".

Article 4.

1. Au paragraphe 1er, 1°, les mots ", hors les cas prévus par l'article 379, une personne mineure" risquent de laisser perdurer une difficulté d'interprétation.

Par ailleurs, puisque la même hypothèse touchant un mineur de moins de seize ans est visée par le paragraphe 4, 1°, mieux vaut écrire au paragraphe 1er : "une personne mineure de seize ans ou plus".

2. Il résulte des travaux préparatoires que l'article 380bis, § 3, 1°, en projet s'applique à toute personne et qu'à la différence de l'article 1er du projet, il "ne concerne évidemment pas seulement les étrangers".

Sans doute, les mots "à l'égard de l'étranger" procèdent-ils, dès lors, d'une erreur et convient-il de les omettre, la distinction entre l'intéressé et l'étranger pouvant constituer une discrimination injustifiée.

3. L'article 380bis, § 4, en projet ne vise que trois des hypothèses envisagées dans le paragraphe 1er.

Le Conseil d'Etat, section de législation, se demande pourquoi une telle différence a été faite entre les deux dispositions précitées.

.../...

En outre, il y a une inadéquation dans la rédaction du paragraphe 1er, 1°, et du paragraphe 4, 1°, en ce que, dans ce dernier texte, les mots utilisés sont "embauché, entraîné, détourné ou retenu", alors que ledit paragraphe 1er, 1°, ne mentionne pas le mot "retenu".

Si cette distorsion ne répond pas à une intention particulière, il y aurait lieu de la corriger.

Article 7.

1. L'article 382 du Code pénal est modifié, d'une part, pour adapter la référence aux hypothèses dans lesquelles les coupables sont condamnés à l'interdiction de certains droits et, d'autre part, pour ajouter une nouvelle condamnation facultative, à savoir la fermeture de l'établissement dans lequel les infractions ont été commises.

2. En ce qui concerne la fermeture de l'établissement, il est recommandé de préciser, comme le fait l'article 386ter, pour éviter les contestations :

- 1° si la mesure est définitive ou prononcée pour une durée déterminée;
- 2° si la mesure a un caractère réel et s'applique que la personne condamnée soit ou non propriétaire des lieux au moment des faits ou au moment du prononcé;

.../...

3° quelle est la sanction applicable en cas de violation de la décision ordonnant la fermeture.

Article 9.

Pour régler les questions d'interdiction de droits, d'interdiction professionnelle et de fermeture d'établissement, le paragraphe 4 en projet fait référence à l'article 382 qui se trouve au chapitre VI "De la corruption de la jeunesse et de la prostitution".

Il serait de meilleure méthode d'insérer les peines accessoires relatives au nouvel article 385bis en remaniant l'article 386ter ou en ajoutant un article 386quater.

Article 10.

1. Compte tenu du texte actuel de l'article 2 de la loi du 26 mai 1914 sur la répression de la traite des blanches, il convient de viser, comme mots à remplacer, les mots "les articles 379, 380, 380bis et 380ter du Code pénal" et pas seulement "les articles 379 et 380bis du Code pénal".

2. En outre, dans le nouveau texte, il est suggéré d'écrire : "... du Code pénal, l'article 77bis ..." car, dans le texte en vigueur, l'énumération se poursuit.

.../...

Articles 11 et 12.

L'article 11 du projet désigne le président du tribunal de première instance pour connaître de l'action en cessation d'activité et l'article 12 règle la procédure en reproduisant l'article 100 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

2. L'article 11 du projet soulève plusieurs difficultés :

- a) dans l'état actuel des textes, il existe déjà une action en cessation d'activité, introduite dans les formes du référé devant le président du tribunal de commerce, par le ministre compétent, notamment dans des cas de :
- non-respect des dispositions légales et réglementaires relatives à la tenue des documents sociaux et à l'application de la taxe sur la valeur ajoutée;
 - occupation de travailleurs qui ne sont pas en règle avec l'Office national de sécurité sociale;
 - occupation de travailleurs en infraction à la réglementation du travail temporaire et du travail intérimaire;
 - occupation d'une personne par un employeur qui a commis une infraction visée à l'article 27, 1°, a, de l'arrêté royal n° 34 du 20 juillet 1967 relatif à

.../...

l'occupation de travailleurs de nationalité étrangère (1);

- et, de manière générale, en cas de manquement à la législation relative à l'hygiène et la médecine du travail, la protection du travail, la réglementation et les relations du travail, la sécurité du travail, la sécurité sociale et l'assistance sociale (2).

Ces deux dispositions légales ouvrent déjà une action en cessation pour des cas d'infractions à la législation sociale sans limitation à des lieux déterminés.

L'article 11 du projet ferait dès lors largement double emploi avec les dispositions existantes et créerait des compétences concurrentes entre président du tribunal de première instance et président du tribunal de commerce, qui plus est en matière d'infractions aux lois sociales, relevant le plus souvent de la compétence des inspecteurs sociaux et de l'auditorat du travail.

- b) l'article 11 du projet limite la portée de l'action en cessation d'activité au seul cas où il y a constatation d'infractions à la législation sociale dans les lieux où

(1) Article 97 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, complété par la loi du 1er juin 1993.

(2) Loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection du travail, article 4, § 2, inséré par la loi du 1er juin 1993, article 14, 2°.

il y a un motif raisonnable de supposer que sont commises les infractions visées aux articles 379 à 380 bis du Code pénal ou à l'article 77 bis de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

Si l'objectif est de combattre les infractions à la législation sociale, on peut se demander s'il est conforme au principe constitutionnel d'égalité devant la loi, de ne viser que certains lieux où il y a un motif raisonnable de penser que sont commises certaines infractions pénales.

Article 13.

1. Tel qu'il est libellé, le paragraphe 2 est formulé de manière trop large et contient des délégations excessives de pouvoir au Roi.

Si le législateur entend maintenir la disposition, il faut qu'il précise les pouvoirs qu'il entend accorder au Roi en respectant les règles de répartition des compétences entre l'Etat fédéral, les Communautés et les Régions ainsi qu'entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.

2. Au paragraphe 4, il y aurait lieu de tenir compte de l'intitulé donné au projet : "... contenant des dispositions en vue de la répression de la traite des êtres humains et de la pornographie infantile".

.../...

Article 15.

La disposition en projet modifie l'article 90ter, § 2, en y insérant un 17°. Il y aurait lieu également de modifier l'article 90ter, § 2, 5°, pour tenir compte du présent projet.

Observation finale.

Il est de règle de citer les modifications qu'a subies un article du code. Il en va de même pour tout autre texte que le projet tend à modifier.

La remarque vaut pour les articles 2 à 5, 7, 10 et 15 du projet.

Onderzoek van het ontwerp.

Artikel 1.

1. Uit het onderzoek van de bestanddelen van het strafbare feit blijkt dat het mogelijk is dat het materiële bestanddeel op zich niet strafbaar is : de vreemdeling kan op een volledig wettige wijze België zijn binnengekomen of er verblijven.

Alles hangt dus af van het morele bestanddeel, met name van het oogmerk om misbruik te maken van de bijzonder kwetsbare positie waarin de vreemdeling verkeert, inzonderheid vanwege diens onwettige of eenvoudigweg precaire administratieve situatie.

Verhelderend is in dit opzicht wat in de toelichting bij het voorstel van wet te lezen staat (1) :

"In § 1 wordt het misdrijf omschreven. Het is een ruime omschrijving. Belangrijk is niet of het gaat om wettelijk of illegaal verblijf of binnenkomst, belangrijk is de manier waarop : zowel in het 1^o en het 2^o is een zekere onvrijheid aanwezig of verondersteld. Bij list, geweld, bedreiging of dwang is dat duidelijk, in het 2^o worden situaties opgesomd waarbij een mogelijk misbruik niet uitgesloten is maar totaal onaanvaardbaar wordt geacht. Vandaar ook de hoge bestraffing".

Het strafbare feit waarvan artikel 1 van het ontwerp een misdaad beoogt te maken, wordt zo uitvoerig omschreven dat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat tal van gedragingen die geen verband houden met mensenhandel en

(1) Gedr. St., Kamer, 1381/1 - 93/94, blz. 18.

die hoofdstuk I van het ontwerp beoogt te regelen, binnen de werkingssfeer van de nieuwe tenlastelegging kunnen vallen (1) en even streng kunnen worden gestraft.

Bijgevolg vertoont artikel 1 in het licht van het beginsel van de wettelijkheid van de tenlasteleggingen het gebrek dat het niet alle bestanddelen bevat die de nieuwe tenlastelegging nauwkeurig omschrijven, ofschoon het om een misdaad gaat (2), ten aanzien waarvan artikel 15 van het ontwerp een uitzonderlijke bewakingsmaatregel voorstelt.

-
- (1) Is de wetgever voornemens om bijvoorbeeld het zwartwerk van buitenlandse werknemers te bestraffen zoals het zwartwerk van een werkster of zoals het verhuren van woonhuizen tegen buitensporige prijzen ?
- (2) Zie inzonderheid Ch. HENNAU en J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Brussel, Bruylant, 1991, nr. 96, blz. 84 :

"SECTION 1ere. - PRINCIPES DE DETERMINATION DU SENS ET DE LA PORTEE DES DISPOSITIONS PENALES.

La plus grande transparence, on l'a dit plus haut, devrait toujours présider à la désignation par la loi des comportements interdits et de leurs circonstances justificatives, aussi bien dans l'intérêt des valeurs à protéger (les atteintes injustifiables à ces valeurs ne sont pas toujours discernables en toute circonstance avec la force de l'évidence), que dans celui des justiciables (menacés dans leur sécurité par la définition insuffisante de ce qui est interdit) et des juges eux-mêmes qu'il faut aider à se protéger contre leur propre subjectivité.

Or, non seulement les lois pénales ne sont pas toujours formulées avec clarté, ce qui soulève la question de leur interprétation, mais leur champ d'application peut également faire difficulté : dans la mesure où la norme abstraite est plus floue et ses limites moins précises, plus nombreux seront les cas concrets dont il devient difficile d'affirmer qu'ils rentrent ou ne rentrent pas dans la catégorie visée".

.../...

Artikel 4.

1. De kans bestaat dat de woorden ", buiten de gevallen van artikel 379, een minderjarige" in paragraaf 1, 1º, een interpretatieprobleem laten voortbestaan.

Aangezien bovendien hetzelfde geval van een minderjarige, jonger dan zestien jaar, bedoeld wordt in paragraaf 4, 1º, zou het beter zijn in paragraaf 1 te schrijven : "een minderjarige van zestien jaar of ouder".

2. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat het ontworpen artikel 380bis, § 3, 1º, van toepassing is op alle personen en dat het in tegenstelling tot artikel 1 van het ontwerp "uiteraard niet alleen vreemdelingen (betreft)".

Wellicht berusten de woorden "ten opzichte van de vreemdeling" bijgevolg op een vergissing en behoren ze te vervallen, daar het onderscheid tussen de betrokkene en de vreemdeling een ongeoorloofde discriminatie kan vormen.

3. Het ontworpen artikel 380bis, § 4, betreft slechts drie van de in paragraaf 1 omschreven gevallen.

De Raad van State, afdeling wetgeving, vraagt zich af waarom zulk een onderscheid is gemaakt tussen de twee voornoemde bepalingen.

.../...

Voorts bestaat er een discrepantie tussen de redactie van paragraaf 1, 1^o, en die van paragraaf 4, 1^o : in laatstgenoemde tekst worden de woorden "aanwerft, meeneemt, wegbrengt of bij zich houdt" gebruikt, terwijl in voornoemde paragraaf 1, 1^o, de woorden "bij zich houdt" niet voorkomen.

Indien deze discrepantie niet door een bijzondere bedoeling is ingegeven, behoort ze te worden weggewerkt.

Artikel 7.

1. Artikel 382 van het Strafwetboek wordt gewijzigd, enerzijds om de verwijzing naar de gevallen waarin de schuldigen tot ontzetting uit sommige rechten worden veroordeeld aan te passen, en anderzijds om een nieuwe facultatieve veroordeling toe te voegen, te weten de sluiting van de inrichting waar de strafbare feiten gepleegd zijn.

2. Wat de sluiting van de inrichting betreft, verdient het aanbeveling om, teneinde betwisting te voorkomen, zoals in artikel 386ter te preciseren :

- 1^o of de maatregel definitief is dan wel voor een bepaalde tijd wordt uitgesproken;
- 2^o of de maatregel reëel is en toepasselijk is ongeacht of de veroordeelde al dan niet eigenaar van de inrichting

.../...

is op het tijdstip waarop de feiten zich hebben voorgedaan of op het tijdstip van de uitspraak;

- 3º welke straf toepasselijk is indien de beslissing waarbij tot sluiting wordt bevolen, niet wordt nageleefd.

Artikel 9.

Teneinde de kwesties van de ontzetting uit rechten, van het verbod om een bepaalde bezigheid uit te oefenen en van de sluiting van de inrichting te regelen, verwijst de ontworpen paragraaf 4 naar artikel 382, dat is opgenomen onder hoofdstuk VI, waarvan het opschrift "Bederf van de jeugd en prostitutie" luidt.

Een betere werkwijze zou erin bestaan de bijkomende straffen die samengaan met het nieuwe artikel 385bis in te voegen door artikel 386ter te herwerken of door een artikel 386quater toe te voegen.

Artikel 10.

1. Gelet op de huidige tekst van artikel 2 van de wet van 26 mei 1914 tot bestrijding van de handel in vrouwen en meisjes, behoren, als te vervangen woorden, de woorden "de artikelen 379, 380, 380bis en 380ter van het Strafwetboek" te worden opgegeven en niet alleen "de artikelen 379 en 380bis van het Strafwetboek".

.../...

2. Bovendien wordt voorgesteld in de nieuwe tekst te schrijven : "... van het Strafwetboek, artikel 77bis ...", aangezien de opsomming in de geldende tekst wordt voortgezet.

Artikelen 11 en 12.

1. Artikel 11 van het ontwerp wijst de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg aan om kennis te nemen van de vordering tot staking van de activiteit en artikel 12 regelt de procedure door artikel 100 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument over te nemen.

2. Artikel 11 van het ontwerp doet verscheidene problemen rijzen :

a) bij de huidige stand van de teksten bestaat reeds een vordering tot staking van activiteit, die door de bevoegde minister zoals in kort geding bij de voorzitter van de rechtbank van koophandel wordt ingesteld, onder meer in gevallen als :

- niet-naleving van de wettelijke en reglementaire bepalingen inzake het bijhouden van de sociale documenten en de toepassing van de belasting over de toegevoegde waarde;

.../...

- tewerkstelling van werknemers die niet aan de voorschriften van de Rijksdienst voor sociale zekerheid voldoen;
- tewerkstelling van werknemers in strijd met de regelgeving inzake de tijdelijke arbeid en de uitzendarbeid;
- tewerkstelling van een persoon door een werkgever die zich schuldig maakt aan een overtreding van artikel 27, 1^o, a, van het koninklijk besluit nr. 34 van 20 juli 1967 betreffende de tewerkstelling van werknemers van vreemde nationaliteit (1);
- en, in het algemeen, in geval van overtreding van de wetgeving betreffende de arbeidshygiëne en -geneeskunde, de arbeidsbescherming, de arbeidsbetrekkingen en -reglementeringen, de arbeidsveiligheid, de sociale zekerheid en de sociale bijstand (2).

Deze twee wetsbepalingen maken reeds een vordering tot staking mogelijk voor gevallen van overtredingen van de sociale wetgeving, zonder beperking tot bepaalde plaatsen.

(1) Artikel 97 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, aangevuld bij de wet van 1 juni 1993.

(2) Wet van 16 november 1972 betreffende de arbeidsinspectie, artikel 4, § 2, ingevoegd bij de wet van 1 juni 1993, artikel 14, 2^o.

Artikel 11 van het ontwerp zou dan ook in ruime mate een herhaling zijn van bestaande bepalingen en zou concurrerende bevoegdheden doen ontstaan tussen de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg en de voorzitter van de rechtbank van koophandel, en zulks bovendien inzake overtredingen van de sociale wetten, die meestal tot de bevoegdheid van de sociale inspecteurs of het arbeidsauditoraat behoren.

- b) artikel 11 van het ontwerp beperkt de draagwijdte van de vordering tot staking van de activiteit tot alleen dat geval waarin overtredingen van de sociale wetgeving zijn vastgesteld op plaatsen waar er een redelijk vermoeden bestaat dat de strafbare feiten omschreven in de artikelen 379 tot 380bis van het Strafwetboek of in artikel 77bis van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van de vreemdelingen worden gepleegd.

Indien het de bedoeling is de overtredingen van de sociale wetgeving te bestrijden, rijst de vraag of het verwijzen naar alleen die plaatsen ten aanzien waarvan redelijkerwijze vermoed wordt dat daar sommige strafbare feiten worden gepleegd, in overeenstemming is met het grondwettelijk beginsel van gelijkheid voor de wet.

Artikel 13.

1. Zoals paragraaf 2 is geredigeerd, is hij te ruim gesteld en bevat hij te verregaande opdrachten van bevoegdheid aan de Koning.

.../...

Zo de wetgever die bepaling wenst te behouden, dient hij te preciseren welke bevoegdheden hij aan de Koning wil opdragen, met naleving van de regels voor de verdeling van de bevoegdheden over de federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten en over de wetgevende en de uitvoerende macht.

2. In paragraaf 4 behoort rekening te worden gehouden met het aan het ontwerp gegeven opschrift : "... houdende bepalingen tot bestrijding van de mensenhandel en van de kinderpornografie".

Artikel 15.

De ontworpen bepaling wijzigt artikel 90ter, § 2, door er een 17° aan toe te voegen. Opdat rekening wordt gehouden met het onderhavige ontwerp, behoort ook artikel 90ter, § 2, 5°, te worden gewijzigd.

Slotopmerking.

De regel wil dat de wijzigingen worden vermeld die een artikel van het wetboek heeft ondergaan. Hetzelfde geldt voor alle andere teksten tot wijziging waarvan het ontwerp strekt.

Deze opmerking geldt voor de artikelen 2 tot 5, 7, 10 en 15 van het ontwerp.

La chambre était composée de :

De kamer was samengesteld uit :

Messieurs J.-J. STRYCKMANS,
de Heren

président de chambre, président,
kamervoorzitter, voorzitter,

R. ANDERSEN,

président de chambre,
kamervoorzitter,

Y. KREINS,

conseiller d'Etat,
staatsraad,

F. DELPEREE,

assesseurs de la
section de législation,
assessoren van de
afdeling wetgeving,

J. van COMPERNOLLE,

Madame
Mevrouw

J. GIELISSEN,

greffier,
griffier.

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

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

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

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

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

J. GIELISSEN.

J.-J. STRYCKMANS.