

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 34.320/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre des Affaires étrangères, le 28 octobre 2002, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un avant-projet de loi "portant assentiment aux actes internationaux suivants :

- 1° La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée,
- 2° Le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée,
- 3° Le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants,

faits à New York le 15 novembre 2000,

- 4° Le Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, fait à New York le 31 mai 2001", a donné le 19 décembre 2002 l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 34.320/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 28 oktober 2002 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Buitenlandse Zaken verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste een maand, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "houdende instemming met de volgende internationale akten :

- 1° Het Verdrag van de Verenigde Naties tegen transnationale georganiseerde misdaad,
- 2° Het Aanvullend Protocol tegen de smokkel van migranten over land, over de zee en in de lucht, bij het Verdrag van de Verenigde Naties tegen transnationale georganiseerde misdaad,
- 3° Het Aanvullend Protocol inzake de preventie, bestrijding en bestraffing van mensenhandel, in het bijzonder vrouwenhandel en kinderhandel, bij het Verdrag van de Verenigde Naties tegen transnationale georganiseerde misdaad,

gedaan te New York op 15 november 2000,

- 4° Het Aanvullend Protocol tegen de ongeoorloofde vervaardiging van en handel in vuurwapens, de onderdelen, componenten en munitie ervan, bij het Verdrag van de Verenigde Naties tegen transnationale georganiseerde misdaad, gedaan te New York op 31 mei 2001", heeft op 19 décembre 2002 het volgende advies gegeven :

Observations générales

1. Il ressort des informations fournies au Conseil d'Etat que le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, a été, à juste titre, considéré par la Conférence interministérielle de la Politique étrangère comme un traité mixte, tandis que la Convention elle-même et les autres protocoles additionnels relèvent de la compétence de la seule autorité fédérale.

Il serait utile de faire état de cette différence dans l'exposé des motifs.

2.1. L'exposé des motifs donne à penser que les obligations prévues par la Convention et les protocoles additionnels ne nécessiteront pratiquement pas de modifications législatives. Il ne fait expressément mention que d'une seule modification nécessaire, à savoir l'obligation de prévoir comme circonstance aggravante des infractions liées au trafic illicite de migrants le "fait de mettre en danger ou de risquer de mettre en danger la vie ou la sécurité des migrants", ainsi que "le traitement inhumain ou dégradant de ces migrants, y compris pour l'exploitation" (article 6, paragraphe 3, du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée).

Il est vrai que de nombreuses dispositions de la Convention sont formulées de manière telle que les adaptations législatives ne sont pas absolument obligatoires. Ainsi en va-t-il des dispositions qui indiquent que les Etats parties "envisagent" de prendre des mesures déterminées, ou que celles-ci sont à prendre "dans la limite de ses moyens" ou "sous réserve de son droit interne".

Pour certaines dispositions de la Convention et des protocoles additionnels, l'exposé des motifs précise expressément qu'aucune adaptation du droit belge ne sera nécessaire. Dans deux cas, cette affirmation paraît contestable.

2.2. Ainsi en va-t-il de la notion de criminalité organisée.

.../...

L'article 2, a), de la Convention définit le "groupe criminel organisé" comme un "groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves ou infractions établies conformément à la présente Convention, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel". Selon le b) du même article, l'expression "infraction grave" désigne un acte constituant une infraction passible d'une peine privative de liberté dont le maximum ne doit pas être inférieur à quatre ans ou d'une peine plus lourde.

L'article 5 de la Convention établit en substance, notamment, l'obligation pour les Etats parties d'incriminer distinctement la participation à un groupe criminel organisé, en conférant le caractère d'infraction pénale soit :

"au fait de s'entendre avec une ou plusieurs personnes en vue de commettre une infraction grave à une fin liée directement ou indirectement à l'obtention d'un avantage financier ou autre avantage matériel ...";

soit :

"à la participation active d'une personne ayant connaissance soit du but de l'activité criminelle générale d'un groupe criminel organisé soit de son intention de commettre les infractions en question :

- a. Aux activités criminelles du groupe criminel organisé;
- b. A d'autres activités du groupe criminel organisé lorsque cette personne sait que sa participation contribuera à la réalisation du but criminel susmentionné."

L'article 324bis, alinéa 1^{er}, du Code pénal, inséré par la loi du 10 janvier 1999, prévoit en revanche que "constitue une organisation criminelle l'association structurée de plus de deux personnes, établie dans le temps, en vue de commettre de façon concertée, des crimes et délits punissables d'un emprisonnement de trois ans ou d'une peine plus grave, pour obtenir, directement ou indirectement, des avantages patrimoniaux, en utilisant l'intimidation, la menace, la violence, des manoeuvres frauduleuses ou la corruption ou en recourant à des structures commerciales ou autres pour dissimuler ou faciliter la réalisation des infractions".

L'alinéa 2 de cette disposition précise que "l'organisation dont l'objet réel est exclusivement d'ordre politique, syndical, philanthropique, philosophique ou religieux ou qui poursuit exclusivement tout autre but légitime ne peut, en tant que telle, être considérée comme une organisation criminelle au sens de l'alinéa 1^{er}".

L'article 324ter incrimine diverses formes de participation aux activités d'un groupe criminel organisé.

Il résulte de la comparaison des dispositions de la Convention et du Code pénal que la participation, au sens de la Convention, à un groupe criminel organisé est bien incriminée en droit belge, mais que celui-ci requiert pour qu'une association soit reconnue comme organisation criminelle, qu'elle utilise "l'intimidation, la menace, la violence, les manoeuvres frauduleuses ou la corruption", ou qu'elle recourt "à des structures commerciales ou autres pour dissimuler ou faciliter la réalisation d'infractions". En outre, la définition exclut les organisations visées à l'article 324bis, alinéa 2, rappelé ci-dessus.

Cette cause d'exclusion ne paraît pas contraire à la Convention, dans la mesure où la définition que celle-ci donne de l'organisation criminelle n'inclut pas des associations qui poursuivent "exclusivement" un but légitime.

Par contre, la référence faite au "modus operandi" dans le Code pénal ajoute bien une condition pour qu'un groupe organisé soit considéré comme une organisation criminelle, condition qui ne figure pas dans la Convention. Même si l'énumération des moyens est "formulée de manière très large" ¹, elle est en effet limitative. Pour se conformer à la Convention à laquelle le projet tend à donner assentiment, le législateur devra veiller à supprimer cette condition supplémentaire à l'incrimination de participation à une organisation criminelle ².

(1) D. Dewandeleer, Organisations criminelles, in Droit pénal et procédure pénale, (ss. la dir. de P. Chomé, O. Klees, A. Lorent), Kluwer, Bruxelles, p. 210.

(2) On relèvera au surplus que cette condition supplémentaire n'est pas davantage reprise dans la définition de l'organisation criminelle qui figure dans l'Action commune 98/733 du 21 décembre 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les Etats membres de l'Union européenne.

2.3. Par ailleurs, selon l'exposé des motifs, aucune adaptation du droit belge ne sera nécessaire pour les mesures prises contre le blanchiment d'argent. S'il est vrai que les dispositions pertinentes du Code pénal répriment largement le blanchiment d'argent, dès lors que sont visées certaines opérations liées à des choses tirées de n'importe quel crime ou délit, en revanche, la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux dresse une liste limitative d'infractions dont le produit sera considéré comme ayant une origine illicite au sens de ladite loi. Par conséquent, les mesures prévues par cette loi, qui répondent effectivement aux exigences stipulées à l'article 7 de la Convention, ne concernent pas les produits de toutes les infractions graves au sens de la Convention. Pour satisfaire à celle-ci, il faudrait donc que la loi de 1993 soit modifiée pour viser le produit de toutes les infractions graves au sens de la Convention.

2.4. Il y a lieu, en outre, de mettre en évidence une disposition de la Convention formulée sans réserve et au regard duquel le droit belge est encore lacunaire.

Il s'agit de l'article 26 de la Convention qui dispose que chaque Etat Partie prend les mesures appropriées pour encourager les personnes qui participent ou ont participé à des groupes criminels organisés "à fournir des informations utiles aux autorités compétentes à des fins d'enquête et de recherche de preuves" et "à fournir une aide factuelle et concrète aux autorités compétentes, qui pourrait contribuer à priver les groupes criminels organisés de leurs ressources ou du produit du crime".

3. L'article 18, paragraphe 13, de la Convention prévoit que "chaque Etat Partie désigne une autorité centrale qui a la responsabilité et le pouvoir de recevoir les demandes d'entraide judiciaire et, soit de les exécuter, soit de les transmettre aux autorités compétentes pour exécution (...). L'autorité centrale désignée à cette fin fait l'objet d'une notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment où chaque Etat partie dépose ses instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation ou d'adhésion à la Présente Convention".

L'article 8, paragraphe 6, du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, ainsi que l'article 13, paragraphe 2, du Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions, contiennent des obligations similaires de désignation par les Etats parties d'autorités ou d'organismes auxquels les autorités des autres Etats parties peuvent s'adresser pour obtenir, selon le cas, des informations ou une assistance.

A défaut d'une disposition désignant déjà en droit interne l'autorité centrale au sens des dispositions précitées, il conviendra de compléter l'avant-projet de manière à ce que ces autorités puissent être notifiées au moment du dépôt des instruments de ratification.

Observation finale de légistique

Conformément à l'usage, il convient d'écrire "Article 1^{er}" au lieu de "ARTICLE 1".

Algemene opmerkingen

1. Uit de inlichtingen die aan de Raad van State zijn verstrekt, blijkt dat het Aanvullend Protocol inzake de preventie, bestrijding en bestraffing van mensenhandel, in het bijzonder vrouwenhandel en kinderhandel, bij het Verdrag van de Verenigde Naties tegen transnationale georganiseerde misdaad, door de Interministeriële Conferentie voor het buitenlands beleid terecht als een gemengd verdrag is beschouwd, terwijl het Verdrag zelf en de overige aanvullende protocollen bij dat Verdrag alleen onder de bevoegdheid van de federale overheid vallen.

Het zou goed zijn dat verschil in de memorie van toelichting aan te geven.

2.1. In de memorie van toelichting wordt de indruk gewekt dat de verplichtingen vervat in het Verdrag en de aanvullende protocollen praktisch geen wetswijzigingen zullen vergen. In de memorie van toelichting wordt slechts uitdrukkelijk melding gemaakt van één enkele noodzakelijke wijziging, namelijk de verplichting om als verzwarende omstandigheid bij strafbare feiten in verband met de smokkel van migranten te beschouwen "het gegeven dat het leven of de veiligheid van de betrokken migranten in gevaar wordt gebracht of kan worden gebracht" en "de onmenselijke of onterende behandeling van deze migranten, daaronder begrepen de uitbuiting van die migranten" (artikel 6, lid 3, van het Aanvullend Protocol tegen de smokkel van migranten over land, over de zee en in de lucht, bij het Verdrag van de Verenigde Naties tegen transnationale georganiseerde misdaad).

Vele bepalingen van het Verdrag zijn inderdaad zo gesteld dat aanpassingen van de wetgeving niet absoluut verplicht zijn. Dat is het geval met de bepalingen waarin wordt gesteld dat de Verdragsluitende Staten "ernaar streven" welbepaalde maatregelen te treffen, of dat die maatregelen "voorzover mogelijk" of "onder voorbehoud van zijn nationaal recht" moeten worden genomen.

Voor sommige bepalingen van het Verdrag en van de aanvullende protocollen wordt in de memorie van toelichting uitdrukkelijk aangegeven dat geen aanpassing van het Belgisch recht noodzakelijk is. In twee gevallen lijkt die bewering betwistbaar.

.../...

2.2. Dat is het geval met het begrip georganiseerde misdaad.

In artikel 2, a) van het Verdrag wordt het begrip "georganiseerde criminele groep" gedefinieerd als een "gestructureerde groep die sedert een bepaalde periode bestaat, van drie personen of meer, die in overleg optreedt om een of meer ernstige delicten of feiten te plegen die overeenkomstig dit verdrag strafbaar zijn gesteld teneinde daaruit rechtstreeks of onrechtstreeks een vermogensvoordeel of een ander materieel voordeel te verwerven". Volgens punt b) van hetzelfde artikel slaat de uitdrukking "ernstig delict" op een handeling die een delict oplevert dat strafbaar is gesteld met een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste vier jaar of met een zwaardere straf.

Artikel 5 van het Verdrag houdt voor de Verdragsluitende partijen in wezen inzonderheid de verplichting in de deelname aan een georganiseerde criminele groep als een afzonderlijk strafbaar feit te beschouwen, door de hoedanigheid van strafbaar feit toe te kennen aan zowel

"het feit met een of meer personen tot overeenstemming te zijn gekomen teneinde een ernstig delict te plegen met een oogmerk dat rechtstreeks of onrechtstreeks verbonden is aan het verkrijgen van een vermogensvoordeel of van een ander materieel voordeel ...";

als

"de actieve deelname van een persoon die kennis heeft van het oogmerk en van de algemene criminele activiteit van een georganiseerde criminele groep of van het voornemen van die groep om de betreffende delicten te plegen :

- a. aan de criminele activiteiten van de georganiseerde criminele groep;
- b. aan andere activiteiten van de georganiseerde criminele groep waarbij die persoon kennis ervan heeft dat zijn deelname bijdraagt tot de verwezenlijking van voornoemd crimineel oogmerk."

In artikel 324bis, eerste lid, van het Strafwetboek, ingevoegd bij de wet van 10 januari 1999, wordt daarentegen bepaald dat "met criminele organisatie wordt bedoeld iedere gestructureerde vereniging van meer dan twee personen die duurt in de tijd, met als oogmerk het in onderling overleg plegen van misdaden en wanbedrijven die strafbaar zijn met gevangenisstraf van drie jaar of een zwaardere straf, om direct of indirect vermogensvoordelen te verkrijgen, en waarbij gebruik gemaakt wordt van intimidatie, bedreiging, geweld, listige kunstgrepen of corruptie, of waarbij commerciële of andere

.../...

structuren worden aangewend om het plegen van de misdrijven te verbergen of te vergemakkelijken".

Het tweede lid van die bepaling luidt als volgt :

"Een organisatie waarvan het feitelijke oogmerk uitsluitend politiek, vakorganisatorisch, menslievend, levensbeschouwelijk of godsdienstig is of die uitsluitend elk ander rechtmatig oogmerk nastreeft, kan als zodanig niet beschouwd worden als een criminele organisatie zoals omschreven in het eerste lid."

Bij artikel 324ter worden verscheidene vormen van deelname aan de activiteiten van een georganiseerde criminele groep strafbaar gesteld.

Uit de vergelijking van de bepalingen van het Verdrag en van het Strafwetboek blijkt dat de deelname, in de zin van het Verdrag, aan een georganiseerde criminele groep in Belgisch recht wel strafbaar is gesteld, maar dat een vereniging krachtens het Strafwetboek alleen als een criminele organisatie kan worden beschouwd wanneer ze gebruik maakt van "intimidatie, bedreiging, geweld, listige kunstgrepen of corruptie" of, "om het plegen van de misdrijven te verbergen of te vergemakkelijken, commerciële of andere structuren" aanwent. Bovendien worden de organisaties waarvan sprake is in het hiervoren in herinnering gebrachte artikel 324bis, tweede lid, volgens de definitie uitgesloten.

Die uitsluitingsgrond lijkt niet in strijd met het Verdrag doordat verenigingen die "uitsluitend" een rechtmatig oogmerk nastreven niet vallen onder de definitie die daarin van de criminele organisatie wordt gegeven.

De verwijzing, in het Strafwetboek, naar de "modus operandi" vormt daarentegen wel een niet in het Verdrag opgenomen extra voorwaarde die vervuld moet zijn om een vereniging als een criminele organisatie te kunnen bestempelen. Hoewel de opsomming van de middelen in zeer ruime bewoordingen is gesteld ³, is ze in feite limitatief. Met het oog op de naleving van het Verdrag tot de instemming waarmee het

⁽³⁾ D. Dewandeleer, Organisations criminelles, in Droit pénal et procédure pénale, (Onder leiding van P. Chomé, O. Klees, A. Laurent), Kluwer, Brussel, blz. 210.

ontwerp strekt, dient de wetgever ervoor te zorgen dat die extra voorwaarde voor de strafbaarstelling van de deelname aan een criminele organisatie vervalt ⁴.

2.3. Voorts is volgens de memorie van toelichting geen enkele aanpassing van het Belgisch recht vereist voor de maatregelen ter bestrijding van het witwassen van geld. Terwijl in de relevante bepalingen van het Strafwetboek weliswaar straffen worden gesteld op het witwassen van geld in ruime zin, aangezien daarbij straffen worden gesteld op bepaalde verrichtingen die verband houden met zaken verkregen uit welke misdaad of welk wanbedrijf ook, bevat de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld daarentegen een limitatieve lijst van feiten waarvan de opbrengst als van illegale herkomst zal worden beschouwd in de zin van de voornoemde wet. De in die wet vervatte maatregelen, die daadwerkelijk beantwoorden aan de vereisten van artikel 7 van het Verdrag, hebben bijgevolg geen betrekking op de opbrengst van alle ernstige delicten in de zin van het Verdrag. Met het oog op de naleving van het Verdrag zou de wet van 1993 dan ook moeten worden gewijzigd opdat daarin verwezen wordt naar alle ernstige delicten in de zin van het Verdrag.

2.4. Voorts dient er nog te worden gewezen op een bepaling van het Verdrag waarvan de bewoordingen geen voorbehoud bevatten en in het licht waarvan het Belgisch recht nog leemten bevat.

Die bepaling is artikel 26 van het Verdrag, naar luid waarvan iedere Verdragsluitende Staat gepaste maatregelen neemt om de personen die betrokken zijn of betrokken zijn geweest bij georganiseerde criminele groepen aan te moedigen om "nuttige gegevens te verstrekken aan de bevoegde autoriteiten met het oog op het onderzoek en het zoeken naar bewijzen" en "aan de bevoegde autoriteiten feitelijke en concrete hulp te bieden, die ertoe zou kunnen bijdragen de georganiseerde criminele groepen hun inkomsten of opbrengsten van misdrijven te ontnemen".

(4) Voorts dient erop te worden gewezen dat die extra voorwaarde evenmin voorkomt in de definitie van de criminele organisatie die vervat is in het Gemeenschappelijk optreden 98/733 van 21 december 1998 door de Raad aangenomen op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie inzake de strafbaarstelling van deelneming aan een criminele organisatie in de lidstaten van de Europese Unie.

3. Artikel 18, lid 13, van het Verdrag bepaalt dat "iedere Verdragsluitende Staat ... een centrale autoriteit aan(wijst) die verantwoordelijk en bevoegd is voor de ontvangst van verzoeken om wederzijdse rechtshulp, de tenuitvoerlegging of de overzending ervan aan de autoriteiten bevoegd voor de tenuitvoerlegging. (...) (Iedere Verdragsluitende Staat) stelt de secretaris-generaal van de Organisatie van de Verenigde Naties in kennis van de daartoe aangewezen centrale autoriteit op het tijdstip waarop (hij) zijn akten van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring van of toetreding tot dit verdrag neerlegt".

Artikel 8, lid 6, van het Protocol tegen de smokkel van migranten over land, over de zee en in de lucht, alsook artikel 13, lid 2, van het Protocol tegen de ongeoorloofde vervaardiging van en handel in vuurwapens, de onderdelen, componenten en munitie ervan, bevatten soortgelijke verplichtingen voor de Staten die Partij zijn bij die Protocollen om een autoriteit of een instantie aan te wijzen waartoe de autoriteiten van andere Staten die Partij zijn bij die Protocollen zich kunnen wenden om in voorkomend geval inlichtingen of bijstand te verkrijgen.

Bij ontstentenis van een bepaling waarbij reeds in intern recht een centrale autoriteit in de zin van de voormelde bepalingen wordt aangewezen, dient het voorontwerp te worden aangevuld opdat van die autoriteiten kennis kan worden gegeven wanneer de akten van bekrachtiging worden neergelegd.

Slotopmerking betreffende de wetgevingstechniek

Overeenkomstig het gebruik dient in de Franse tekst "Article 1^{er}" te worden geschreven in plaats van "ARTICLE 1".

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs
de Heren

P. QUERTAINMONT,

conseiller d'Etat, président,
staatsraad, voorzitter,

Mesdames
Mevrouwen

J. JAUMOTTE,
M. BAGUET,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

A.-C. VAN GEERSDAELE,

greffier assumé,
toegevoegd griffier.

Le rapport a été présenté par M. L. DETROUX, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée par M. Y. CHAUFFOUREAUX, référendaire adjoint.

Het verslag werd uitgebracht door de H. L. DETROUX, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld door de H. Y. CHAUFFOUREAUX, adjunct-referendaris.

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

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

LE GREFFIER - LE GRIFFIER,

LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE

P. QUERTAINMONT