



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 58.360/3
van 25 november 2015

over

een voorontwerp van wet ‘tot
verdere uitvoering van de
Europese verplichtingen op het
vlak van seksuele uitbuiting
van kinderen, pedopornografie,
mensenhandel en
hulpverlening bij illegale
binnenkomst, illegale
doortocht en illegaal verblijf’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 58.360/3
du 25 novembre 2015

sur

un avant-projet de loi
‘complétant la mise en oeuvre
des obligations européennes en
matière d’exploitation sexuelle
des enfants, de
pédopornographie, de traite des
êtres humains et d’aide à
l’entrée, au transit et au séjour
irréguliers’

Op 23 oktober 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘tot verdere uitvoering van de Europese verplichtingen op het vlak van seksuele uitbuiting van kinderen, pedopornografie, mensenhandel en hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 17 november 2015. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Koen MUYLLE, staatsraden, Johan PUT en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Frédéric VANNESTE, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jan SMETS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 25 november 2015.

*

Le 23 octobre 2015, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi ‘complétant la mise en oeuvre des obligations européennes en matière d'exploitation sexuelle des enfants, de pédopornographie, de traite des êtres humains et d'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers’.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 17 novembre 2015. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Johan PUT et Bruno PEETERS, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Frédéric VANNESTE, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jan SMETS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 25 novembre 2015.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.²

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2.1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt in de eerste plaats tot het vervullen van de omzetting van drie Europese richtlijnen inzake de bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, de voorkoming en de bestrijding van mensenhandel en inzake illegale binnenkomst, doortocht of verblijf.³

Vooreerst worden een aantal wijzigingen beoogd om richtlijn 2011/93/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 ‘ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, en ter vervanging van Kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad’ verder om te zetten. Zo zal hij die ontucht of prostitutie van een minderjarige rechtstreeks, inbegrepen door middel van “informatie en communicatietechnologie” (lees: informatie- en communicatietechnologie), bijwoont, strafbaar worden gesteld (artikel 4). De publicatie en de verspreiding van teksten, tekeningen, foto’s, enigerlei beelden of geluidsfragmenten waaruit de identiteit kan blijken van het slachtoffer van een in hoofdstuk VI van titel VII van boek II van het Strafwetboek (“Bederf van de jeugd en prostitutie”) genoemd misdrijf, zal eveneens strafbaar worden gesteld (artikel 5).⁴ Tevens wordt artikel 383bis van het Strafwetboek gewijzigd om de strafbaarstelling van het vervaardigen, het in voorraad hebben, het invoeren of het doen invoeren of het aan een vervoer- of distributieagent overhandigen van zinnebeelden, voorwerpen, films, foto’s, dia’s of andere beeldragers die houdingen of seksuele handelingen voorstellen met een pornografisch karakter waarbij minderjarigen betrokken zijn, te verruimen door niet langer het oogmerk dat dit gebeurt met het oog op de handel of de verspreiding ervan, in aanmerking te nemen (artikel 6, 1°). De strafbaarstelling bedoeld in artikel 383bis, § 1, van het Strafwetboek is van toepassing indien de op de beeldrager betrokken of voorgestelde persoon het fysieke uiterlijk heeft van een minderjarige, tenzij wordt aangetoond dat deze persoon de leeftijd van achttien jaar had bereikt op het moment van de vervaardiging of van de opname van het beeld (artikel 6, 2°). De Koning wordt tevens gemachtigd om de voorwaarden te bepalen onder dewelke een door hem erkende organisatie rechtens kinderpornografische beelden kan ontvangen en behandelen met het oog op

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de conformiteit met hogere rechtsnormen verstaan.

² Binnen de hem toegemeten tijd, waarbinnen nog tal van andere aan een termijn gebonden adviesaanvragen dienden te worden behandeld, heeft de Raad van State enkel de voorgelegde wijzigingen onderzocht, en derhalve niet nagegaan of nog geen andere bepalingen dienen te worden aangenomen ter omzetting van de in artikel 2 van het ontwerp vermelde richtlijnen.

³ Daarnaast wordt ook de verdere omzetting beoogd van kaderbesluit 2002/946/JBZ van de Raad van 28 november 2002 ‘tot versterking van het strafrechtelijk kader voor de bestrijding van hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf’.

⁴ Dezelfde bescherming geldt voor de minderjarige slachtoffers van mensenhandel (artikel 9).

de kennisgeving ervan aan de gerechtelijke overheden (artikel 6, 3°). Het spreekrecht dat is geregeld in artikel 458*bis* van het Strafwetboek voor bepaalde beroepsbeoefenaars die als hoofdtaak hebben met kinderen te werken, wordt uitgebreid met een verwijzing naar de artikelen 379 (ontucht), 380 (uitbuiting van prostitutie), 383*bis*, §§ 1 en 2 (kinderpornografie) en 433*quinqies*, § 1, eerste lid, 1°, en § 3 (mensenhandel met het oog op seksuele uitbuiting), van het Strafwetboek (artikel 10).⁵ Tot slot bevat het ontwerp een bepaling tot wijziging van de verjaringstermijn inzake kinderpornografie (artikel 12).

In de tweede plaats worden een aantal wijzigingen doorgevoerd om richtlijn 2011/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 ‘inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad’ beter om te zetten. Zo worden “ontvoering, machtsmisbruik of bedrog” en “het aanbieden of aanvaarden van betalingen of om het even welke voordelen om de toestemming te verkrijgen van de persoon die gezag heeft over het slachtoffer” als verzwarende omstandigheden beschouwd bij mensenhandel (artikel 7). Andere bepalingen voorzien in de ontzetting van de rechten in geval van veroordeling voor de gewone vorm van mensenhandel (artikel 8, 1°). Daarnaast worden op alle veroordelingen voor vormen van mensenhandel gepleegd op minderjarigen, het verbod om een gelegenheid te exploiteren en het verbod om een activiteit uit te oefenen toegepast (artikel 8, 2°). Ook de mededeling van de gerechtelijke beslissing aan de werkgever en de sluiting van een inrichting worden van toepassing bij mensenhandel (artikel 8, 4°). Ten slotte wordt bepaald dat mensenhandel (in de zin van artikel 433*quinqies* van het Strafwetboek) en mensensmokkel (in de zin van artikel 77*bis* van de wet van 15 december 1980 ‘betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen’) ook vervolgd kunnen worden in België wanneer de betrokkene zich daaraan schuldig maakt buiten het grondgebied van het Rijk (artikel 11). Tot slot bevat het ontwerp een bepaling tot wijziging van de verjaringstermijn inzake mensenhandel met het oog op seksuele uitbuiting (artikel 12).

Ten derde strekt het ontwerp ertoe een aantal wijzigingen aan te brengen in de wet van 15 december 1980 tot verdere omzetting van richtlijn 2002/90/EG van de Raad van 28 november 2002 ‘tot omschrijving van hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf’, en van kaderbesluit 2002/946/JBZ van de Raad van 28 november 2002 ‘tot versterking van het strafrechtelijk kader voor de bestrijding van hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf’. Zo wordt onder meer beoogd te verduidelijken dat ook de persoon die een persoon *poogt* te helpen om op illegale wijze een lidstaat van de Europese Unie binnen te komen of aldaar te verblijven, strafbaar wordt gesteld (artikel 14).

2.2. Daarnaast strekt het ontwerp tot het aanbrengen van een aantal wijzigingen waarmee meer samenhang wordt beoogd tussen regels van materieel strafrecht en procedure op het vlak van de bestraffing van mensenhandel en mensensmokkel en worden enkele technische aanpassingen doorgevoerd.

⁵ Artikel 13 voorziet in de mogelijkheid voor het vonnisgerecht om te beslissen om de zaak met gesloten deuren te behandelen indien een van de partijen of het slachtoffer het vraagt.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 4

3. Vermits bedoeld wordt te verwijzen naar de informatietechnologie en de communicatietechnologie, dient in de Nederlandse tekst, in het in te voegen zinsdeel, na het woord “informatie” een koppelteken te worden geplaatst.

Artikelen 5 en 9

4. De vraag rijst waarom in de ontworpen artikelen 382*quinquies* en 433*novies*/1 van het Strafwetboek geen uitzondering wordt gemaakt zoals in artikel 378*bis* van dat wetboek (“tenzij met schriftelijke toestemming van het slachtoffer of met toestemming, ten behoeve van het opsporingsonderzoek of het gerechtelijk onderzoek, van de procureur des Konings of van de met het onderzoek belaste magistraat”). Hierover ondervraagd, verklaarde de gemachtigde wat volgt:

“L’objectif de l’expression ‘sont interdites et punies conformément à l’article 378*bis*’, contenue dans ces deux articles, est de faire un renvoi général à l’art 378*bis*, exceptions comprises, pour éviter de recopier la disposition. Une rédaction alternative qui serait jugée préférable par le Conseil d’Etat, peut être considérée.”

Omwille van de rechtszekerheid kan de uitzondering het best telkens in de ontworpen artikelen 382*quinquies* en 433*novies*/1 van het Strafwetboek worden opgenomen.

Artikel 6

5.1. Artikel 6, 1°, van het ontwerp strekt ertoe in artikel 383*bis*, § 1, van het Strafwetboek de woorden “ze met het oog op de handel of de verspreiding” te vervangen door de woorden “ze met om het even welk oogmerk”, zodat het vervaardigen, het in voorraad hebben en het invoeren of het doen invoeren van kinderpornografie en het overhandigen aan een vervoeragent⁶ op zich strafbaar wordt (en er derhalve niet meer vereist is dat dit gebeurt met een bijzonder opzet). Artikel 6, 2°, van het ontwerp strekt ertoe die bepaling ook van toepassing te verklaren ingeval “de op de beeldrager betrokken of voorgestelde persoon het fysieke uiterlijk heeft van een minderjarige, tenzij wordt aangetoond dat deze persoon de leeftijd van achttien jaar had bereikt op het moment van de vervaardiging of van de opname van [het] beeld”.

Volgens de gemachtigde valt de productie van louter virtuele beelden ook onder het toepassingsgebied van de genoemde strafbepaling. Hij verklaarde dienaangaande het volgende:

“Dans les travaux préparatoires de la loi du 28 novembre 2000, le ministre de la Justice de l’époque a également précisé que, dans l’article 383*bis* du Code pénal, le terme

⁶ In artikel 383*bis*, § 1, van het Strafwetboek wordt ook nog gewag gemaakt van een distributieagent, maar in die term zit zelf al het oogmerk van verspreiding vervat.

‘présentant’ des mineurs s’applique aussi aux images virtuelles : voir p.94 du rapport du Sénat sur la loi relative à la protection pénale des mineurs du 28.11.2000 (annexe).”

5.2. De bedoeling van de voorgenomen wetswijziging is niet geheel duidelijk. Uit de aan artikel 383bis, § 1, van het Strafwetboek toe te voegen zin (artikel 6, 2°, van het ontwerp) zou kunnen worden afgeleid dat het de bedoeling is minderjarigen te beschermen die in concreto het slachtoffer zouden worden van handelingen die erop gericht zijn kinderpornografie te vervaardigen, nu de bepaling niet van toepassing is wanneer, al laat het uiterlijk uitschijnen dat het gaat om een minderjarige, toch wordt aangetoond dat de betrokkene meerderjarig is. Het zou derhalve niet het beeld op zich zijn dat wordt geïllustreerd; het is het slachtofferschap van de minderjarige dat de reden vormt van de strafbaarstelling. Zo dat effectief in de bedoeling ligt, is het evenwel niet consistent om ook louter virtuele beelden, met betrekking tot dewelke er geen reële leeftijd is, onder het toepassingsgebied van de strafbepaling te laten vallen nu daarbij ook geen concreet – en derhalve ook geen minderjarig – slachtoffer is.

Ook rijst dan de vraag naar de verhouding tussen paragraaf 1 van artikel 383bis van het Strafwetboek, zoals die zou luiden indien het ontwerp doorgang vindt, en de bestaande paragraaf 2 van dat artikel, waar het bezit van kinderpornografie strafbaar wordt gesteld. In de huidige redactie is de verhouding op dit vlak tussen de beide paragrafen duidelijk mede gelet op het vereiste “bijzondere opzet” dat in paragraaf 1 aan bepaalde handelingen wordt verbonden, maar nu dit bijzonder opzet niet langer wordt behouden, is dat niet meer het geval.

De stellers van het ontwerp zullen de wijzigingen waartoe artikel 6, 1° en 2°, van het ontwerp strekt, derhalve aan een nieuw onderzoek dienen te onderwerpen. Het is slechts aan de hand van de beoogde doelstelling en de uiteindelijke redactie van de wijzigingsbepalingen dat kan worden uitgemaakt of die bepalingen de toets aan de hogere rechtsnormen, zoals deze waarbij het recht op privéleven en de expressievrijheid worden gewaarborgd, kunnen doorstaan, meer bepaald om de vraag te kunnen beantwoorden of de beoogde maatregelen voldoen aan het evenredigheidsbeginsel dat dient in acht te worden genomen wanneer omwille van een doelstelling van algemeen belang een beperking wordt aangebracht op een grondrecht.⁷

6. Onverminderd hetgeen sub 5.2 is opgemerkt, kan subsidiair nog op het volgende worden gewezen.

6.1. Zo artikel 383bis van het Strafwetboek effectief ook van toepassing is op louter virtuele beelden,⁸ wordt dit het best, mede gelet op het in de artikelen 12 en 14 van de Grondwet opgenomen legaliteitsbeginsel, op een meer expliciete wijze in artikel 383bis van het Strafwetboek verduidelijkt.

6.2. Luidens de aan artikel 383bis, § 1, van het Strafwetboek toe te voegen zin is de erin vervatte strafbepaling van toepassing⁹ ingeval de “op de beelddrager betrokken of

⁷ Inzonderheid zou desgevallend de vraag kunnen rijzen of de inmenging in de privésfeer toelaatbaar is wanneer de virtuele beelden geen enkele verspreiding of publiciteit kennen.

⁸ Over de vragen die in dit verband kunnen rijzen, zie C. FALZONE en F. GAZAN, “La pornographie enfantine en Belgique”, *J.T.* 2008, (357), 362-363.

⁹ Het in die zin voorkomende woord “ook” dient te worden geschrapt.

voorgestelde persoon” het fysieke uiterlijk heeft van een minderjarige, tenzij wordt aangetoond dat deze persoon de leeftijd van achttien jaar had bereikt op het ogenblik van de vervaardiging of de opname van zijn beeld. Vraag is of het criterium “het fysieke uiterlijk hebben van een minderjarige” wel adequaat is. “Minderjarigheid” is immers een juridisch begrip, waaraan als zodanig geen fysieke kenmerken zijn verbonden.

7. Luidens het ontworpen artikel 383*bis*, § 5, van het Strafwetboek bepaalt de Koning de voorwaarden onder dewelke een door hem erkende organisatie beelden kan ontvangen en behandelen met het oog op de kennisgeving ervan aan de gerechtelijke autoriteiten. Gelet op de aard van sommige van de in de memorie van toelichting opgesomde voorwaarden, die een invloed kunnen hebben op de vervolging of raken aan de persoonlijke levenssfeer,¹⁰ en het gegeven dat een strafuitsluitingsgrond wordt ingevoerd, dienen deze voorwaarden in het ontwerp zelf te worden ingeschreven.

Artikel 7

8. In de inleidende zin van artikel 7 van het ontwerp dient de datum van de erin vermelde wet (waarvan het opschrift overigens niet dient te worden vermeld) te worden toegevoegd. Zo die wet niet tot stand komt vóór het voorliggende ontwerp doorgang vindt, dient die zin te worden aangepast.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van de artikelen 12 en 15 van het ontwerp.

Artikel 8

9. *In fine* van het ontworpen artikel 433*novies*, § 4, van het Strafwetboek schrijven men in de Nederlandse tekst “tweede tot vijfde lid” in plaats van “lid 2 tot 5”.

Artikel 10

10. Het is onduidelijk waarom *in fine* van artikel 10 van het ontwerp enkel naar artikel 433*quinqies*, § 1, eerste lid, 1°, van het Strafwetboek wordt verwezen. In artikel 433*quinqies*, § 3, van het Strafwetboek wordt immers verwezen naar alle pogingen tot het plegen van het in artikel 433*quinqies*, § 1, van dat wetboek bedoelde misdrijf. De vraag rijst dan ook of het de bedoeling is om enkel te verwijzen naar de poging tot het plegen van het misdrijf bedoeld in artikel 433*quinqies*, § 1, eerste lid, 1°.

In dat verband verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Vanuit overwegingen van coherentie is het aangewezen dat de wettelijke machtiging om het beroepsgeheim te schenden niet enkel zou gelden voor de vormen van

¹⁰ Zo wordt gewag gemaakt van een voorafgaande screening op eventuele bezwarende gerechtelijke antecedenten in hoofde van de personen die binnen de organisatie de meldingen zullen behandelen, wier identiteit aan de gerechtelijke overheden wordt bekendgemaakt.

mensenhandel zoals voorzien in artikel 433*quiquies*, § 1, 1°, maar ook o.a. voor het 4° (mensenhandel met als doel het wegnemen van organen) of het 3° (mensenhandel met als doel het verrichten van werk of het verlenen van diensten in strijd met de menselijke waardigheid).

Het zou m.a.w. beter zijn om alle vormen van mensenhandel te viseren in artikel 458*bis* Sw., m.a.w. i.p.v. enkel ‘artikel 433*quiquies*, § 1, eerste lid, 1°’ toe te voegen ‘artikel 433*quiquies*, § 1, eerste lid’.”

Met deze aanpassing kan worden ingestemd.

Eenzelfde aanpassing dient te worden doorgevoerd in de artikelen 12 (verlenging van de verjaringstermijn) en 13 (behandeling met gesloten deuren) van het ontwerp.

11. Men schrijve in de Nederlandse tekst van artikel 10 van het ontwerp “372 tot 377” in plaats van “372 à 377”.

Artikel 13

12. Men vervange in artikel 13 van het ontwerp de woorden “van hetzelfde wetboek” door de woorden “het Wetboek van Strafvordering”.

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique ¹ et l'accomplissement des formalités prescrites ².

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2.1. L'avant-projet de loi soumis pour avis vise en premier lieu à compléter la transposition de trois directives européennes concernant la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie, la prévention et la lutte contre la traite des êtres humains et l'entrée, le transit ou le séjour irréguliers ³.

Tout d'abord, un certain nombre de modifications visent à poursuivre la transposition de la directive 2011/93/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 'relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil'. Ainsi, quiconque aura assisté en direct à la débauche ou à la prostitution d'un mineur, y compris au moyen « des technologies de l'information et de la communication » sera sanctionné pénalement (article 4). La publication et la diffusion de textes, de dessins, de photographies, d'images quelconques ou de messages sonores de nature à révéler l'identité de la victime d'une infraction visée au chapitre VI du titre VII du livre II du Code pénal (« De la corruption de la jeunesse et de la prostitution ») sera également rendue punissable (article 5) ⁴. En outre, l'article 383bis du Code pénal est modifié pour élargir l'incrimination de la fabrication, de la détention, de l'importation ou du fait de faire importer, ou de la remise à un agent de transport ou de distribution, des emblèmes, objets, films, photos, diapositives ou autres supports visuels, qui représentent des positions ou des actes sexuels à caractère pornographique, impliquant des mineurs, en ne tenant plus compte de l'objectif selon lequel ces opérations interviennent en vue de leur commerce ou de leur distribution (article 6, 1^o). L'incrimination visée à l'article 383bis, § 1^{er}, du Code pénal est applicable lorsque la personne impliquée ou présentée sur le support visuel a l'aspect physique d'un mineur, sauf s'il est établi que cette personne était âgée de dix-huit ans au jour de la fabrication ou de l'enregistrement de l'image (article 6, 2^o). Le Roi est en outre habilité à déterminer les conditions dans lesquelles une organisation agréée par lui peut recevoir et traiter les images pédopornographiques en vue de leur notification aux autorités judiciaires (article 6, 3^o). Le droit de parole qui est réglé à l'article 458bis du Code pénal pour certains professionnels dont l'activité principale consiste à travailler avec des enfants, est étendu par une référence aux

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

² Dans le délai qui lui était imparti, dans lequel bon nombre d'autres demandes d'avis soumises à un délai devaient encore être examinées, le Conseil d'État n'a examiné que les modifications soumises, et n'a par conséquent pas vérifié si la transposition des directives mentionnées à l'article 2 du projet n'imposait pas d'adopter encore d'autres dispositions.

³ Le projet vise en outre à poursuivre également la transposition de la décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 'visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers'.

⁴ La même protection s'applique aux victimes mineures de traite des êtres humains (article 9).

articles 379 (débauche), 380 (exploitation de la prostitution), 383bis, §§ 1^{er} et 2 (pédopornographie) et 433quinquies, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, et § 3, (traite des êtres humains à des fins d'exploitation sexuelle) du Code pénal (article 10)⁵. Enfin, le projet comporte une disposition modifiant le délai de prescription en matière de pédopornographie (article 12).

En deuxième lieu, un certain nombre de modifications sont apportées afin d'améliorer la transposition de la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 'concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil'. C'est ainsi que « l'enlèvement, (...) l'abus d'autorité ou (...) la tromperie » et « l'offre ou (...) l'acceptation de paiements ou d'avantages quelconques pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur la victime » sont considérés comme des circonstances aggravantes (article 7). D'autres dispositions prévoient la privation des droits en cas de condamnation pour la forme simple de traite des êtres humains (article 8, 1^o). En outre, toutes les condamnations pour les formes de traite des êtres humains commises à l'égard de mineurs sont assorties de l'interdiction d'exploiter un établissement et de l'interdiction d'exercer une activité (article 8, 2^o). De même, la communication de la décision judiciaire à l'employeur et la fermeture d'un établissement s'appliquent en cas de traite des êtres humains (article 8, 4^o). Enfin, il est prévu que la traite des êtres humains (au sens de l'article 433quinquies du Code pénal) et le trafic d'êtres humains (au sens de l'article 77bis de la loi du 15 décembre 1980 'sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers') peuvent également faire l'objet de poursuites en Belgique lorsque l'intéressé s'en rend coupable en dehors du territoire du Royaume (article 11). Enfin, le projet comporte une disposition modifiant le délai de prescription en matière de traite des êtres humains en vue de l'exploitation sexuelle (article 12).

En troisième lieu, le projet vise à apporter un certain nombre de modifications à la loi du 15 décembre 1980 afin de poursuivre la transposition de la directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 'définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers', et de la décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 'visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers'. C'est ainsi que le projet vise notamment à préciser que quiconque *tente* d'aider une personne à pénétrer ou à séjourner illégalement dans un État membre de l'Union européenne, est également sanctionnée pénalement (article 14).

2.2. Le projet vise en outre à apporter plusieurs modifications tendant à donner davantage de cohérence aux règles de droit pénal matériel et procédurales sur le plan de la répression de la traite et du trafic des êtres humains et introduit quelques adaptations techniques.

⁵ L'article 13 prévoit que la possibilité pour la juridiction de jugement de décider d'examiner l'affaire à huis clos si une des parties ou la victime en font la demande.

EXAMEN DU TEXTE

Article 4

3. Dès lors que l'intention est de faire référence aux technologies de l'information et de la communication, il y a lieu, dans le texte néerlandais du membre de phrase à insérer, de faire suivre le mot « informatie » d'un trait d'union.

Articles 5 et 9

4. La question se pose de savoir pourquoi les articles 382*quinquies* et 433*novies*/1, en projet, du Code pénal ne prévoient pas la même exception qu'à l'article 378*bis* de ce code (« sauf si [la victime] a donné son accord écrit ou si le procureur du Roi ou le magistrat chargé de l'instruction a donné son accord pour les besoins de l'information ou de l'instruction »). Interrogé à ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« L'objectif de l'expression 'sont interdites et punies conformément à l'article 378*bis*', contenue dans ces deux articles, est de faire un renvoi général à l'art 378*bis*, exceptions comprises, pour éviter de recopier la disposition. Une rédaction alternative qui serait jugée préférable par le Conseil d'État, peut être considérée ».

Dans un souci de sécurité juridique, mieux vaudrait inscrire chaque fois l'exception dans les articles 382*quinquies* et 433*novies*/1, en projet, du Code pénal.

Article 6

5.1. L'article 6, 1^{er}, du projet vise à remplacer dans l'article 383*bis*, § 1^{er}, du Code pénal les mots «, en vue du commerce ou de la distribution » par les mots « quel qu'en soit le but » de sorte que la fabrication, la détention et l'importation ou le fait de faire importer de la pédopornographie, et la remise à un agent de transport ⁶ soient en soi punissables (et que ces actes n'exigent plus dès lors l'existence d'un dol spécial). L'article 6, 2^o, du projet vise à rendre cette disposition également applicable lorsque « la personne impliquée ou présentée sur le support visuel a l'aspect physique d'un mineur, sauf s'il est établi que cette personne était âgée de dix-huit ans au jour de la fabrication ou de l'enregistrement de l'image ».

Selon le délégué, la production d'images purement virtuelles tombe également dans le champ d'application de la disposition pénale précitée. À ce sujet, il a déclaré ce qui suit :

« Dans les travaux préparatoires de la loi du 28 novembre 2000, le ministre de la Justice de l'époque a également précisé que, dans l'article 383*bis* du Code pénal, le terme 'présentant' des mineurs s'applique aussi aux images virtuelles : voir p.94 du rapport du Sénat sur la loi relative à la protection pénale des mineurs du 28.11.2000 (annexe) ».

⁶ L'article 383*bis*, § 1^{er}, du Code pénal fait également état d'un agent de distribution, mais ce terme inclut déjà par lui-même l'objectif de distribution.

5.2. L'objectif de la modification législative envisagée n'est pas tout à fait clair. Il pourrait se déduire de la phrase à ajouter à l'article 383bis, § 1^{er}, du Code pénal (article 6, 2°, du projet) que l'intention est de protéger les mineurs qui seraient concrètement victimes d'actes visant à fabriquer de la pédopornographie, dès lors que la disposition ne s'applique pas lorsque, même si l'aspect donne à penser qu'il s'agit d'un mineur, il est néanmoins établi que l'intéressé est majeur. Ce ne serait donc pas l'image en soi qui est visée ; c'est la victimisation du mineur qui justifie la sanction pénale. Si telle est effectivement l'intention, il n'est toutefois pas cohérent d'inclure également dans le champ d'application de la disposition pénale des images purement virtuelles, pour lesquelles il n'y a pas d'âge réel, dès lors qu'elles ne concernent pas une victime concrète, et par conséquent pas non plus mineure.

La question se pose également de savoir comment s'articulent les paragraphes 1^{er} de l'article 383bis du Code pénal, tel qu'il s'énoncerait si le projet devait se concrétiser, et 2 actuel de cet article, qui punit la possession de pédopornographie. Dans la rédaction actuelle, la relation entre les deux paragraphes est claire sur ce plan, compte tenu notamment de l'exigence du « dol spécial » que le paragraphe 1^{er} associe à certains actes, mais ce dol spécial n'étant plus maintenu, ce n'est plus le cas.

Les auteurs du projet devront par conséquent réexaminer les modifications qui font l'objet de l'article 6, 1° et 2°, du projet. Ce n'est qu'au regard de l'objectif recherché et de la rédaction finale des dispositions modificatives que l'on pourra déterminer si ces dispositions peuvent se concilier avec les normes supérieures, telles que celles qui garantissent le droit à la protection de la vie privée et la liberté d'expression, plus particulièrement pour pouvoir répondre à la question de savoir si les mesures visées satisfont au principe de proportionnalité auquel il faut avoir égard lorsqu'un droit fondamental est limité pour réaliser un objectif d'intérêt général ⁷.

6. Sans préjudice de ce qui est observé au point 5.2, on peut, subsidiairement, encore relever ce qui suit.

6.1. Si l'article 383bis du Code pénal s'applique effectivement aussi à des images purement virtuelles ⁸, mieux vaudrait, eu égard notamment au principe de légalité consacré par les articles 12 et 14 de la Constitution, que cet article le précise plus explicitement.

6.2. Selon la phrase à ajouter à l'article 383bis, § 1^{er}, du Code pénal, la disposition pénale qu'elle contient s'applique ⁹ lorsque « la personne impliquée ou présentée sur le support visuel » a l'aspect physique d'un mineur, sauf s'il est établi que cette personne était âgée de dix-huit ans au jour de la fabrication ou de l'enregistrement de son image. Reste à savoir si le critère « [avoir] l'aspect physique d'un mineur » est bien adéquat. La « minorité » est en effet une notion juridique qui, en tant que telle, n'est pas associée à des caractéristiques physiques.

⁷ On pourrait en particulier, le cas échéant, se demander si l'ingérence dans la sphère privée est admissible lorsque les images virtuelles ne font l'objet d'aucune diffusion ni publicité.

⁸ Au sujet des questions qui peuvent se poser à cet égard, voir C. FALZONE et F. GAZAN, « La pornographie enfantine en Belgique », *J.T.* 2008, (p. 357), pp. 362-363.

⁹ Le mot « également » figurant dans cette phrase doit être omis.

7. Selon l'article 383bis, § 5, en projet, du Code pénal, le Roi détermine les conditions dans lesquelles une organisation agréée par lui peut recevoir et traiter les images en vue de leur notification aux autorités judiciaires. Vu la nature de certaines des conditions énumérées dans l'exposé des motifs, qui peuvent avoir une influence sur les poursuites ou touchent à la vie privée¹⁰, et le fait qu'il est prévu une cause exclusive de la peine, ces conditions doivent être inscrites dans le projet proprement dit.

Article 7

8. Dans la phrase liminaire de l'article 7 du projet, il faut ajouter la date de la loi qui y est mentionnée (dont l'intitulé ne doit au demeurant pas être indiqué). Si l'adoption de cette loi ne précède pas celle du projet à l'examen, cette phrase devra être adaptée.

Une même observation vaut à l'égard des articles 12 et 15 du projet.

Article 8

9. À la fin du texte néerlandais de l'article 433novies, § 4, en projet, du Code pénal, on écrira « tweede tot vijfde lid » au lieu de « lid 2 tot 5 ».

Article 10

10. On n'aperçoit pas pourquoi, à la fin de l'article 10 du projet, il est uniquement fait référence à l'article 433quinquies, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, du Code pénal. L'article 433quinquies, § 3, du Code pénal vise en effet toutes les tentatives de commettre l'infraction visée à l'article 433quinquies, § 1^{er}, de ce code. La question se pose dès lors de savoir si l'intention est de ne viser que la tentative de commettre l'infraction visée à l'article 433quinquies, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o.

À ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Vanuit overwegingen van coherentie is het aangewezen dat de wettelijke machtiging om het beroepsgeheim te schenden niet enkel zou gelden voor de vormen van mensenhandel zoals voorzien in artikel 433quinquies, § 1, 1^o, maar ook o.a. voor het 4^o (mensenhandel met als doel het wegnemen van organen) of het 3^o (mensenhandel met als doel het verrichten van werk of het verlenen van diensten in strijd met de menselijke waardigheid).

Het zou m.a.w. beter zijn om alle vormen van mensenhandel te viseren in artikel 458bis Sw., m.a.w. i.p.v. enkel 'artikel 433quinquies, § 1, eerste lid, 1^o' toe te voegen 'artikel 433quinquies, § 1, eerste lid' ».

On peut marquer son accord sur cette adaptation.

¹⁰ Il est ainsi fait état d'un screening préalable d'éventuels antécédents judiciaires aggravants dans le chef des personnes qui, au sein de l'organisation, traiteront les signalements, et dont l'identité est communiquée aux autorités judiciaires.

Il y a lieu d'adapter de la même façon les articles 12 (prolongation du délai de prescription) et 13 (examen à huis clos) du projet.

11. Dans le texte néerlandais de l'article 10 du projet, on écrira « 372 tot 377 » au lieu de « 372 à 377 ».

Article 13

12. Dans l'article 13 du projet, on remplacera les mots « du même Code » par les mots « du Code d'instruction criminelle ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT