



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 69.204/3
van 25 mei 2021

avis 69.204/3
du 25 mai 2021

over

sur

een voorontwerp van wet
‘houdende wijzigingen aan het
Strafwetboek met betrekking
tot het seksueel strafrecht’

un avant-projet de loi
‘modifiant le Code pénal en ce
qui concerne le droit pénal
sexuel’

Op 6 april 2021 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 ‘houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 11 mei 2021. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Frédéric VANNESTE, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 25 mei 2021.

*

Le 6 avril 2021, 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 ‘modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel’.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 11 mai 2021. La chambre était composée de Wilfried VAN VAERENBERGH, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Jan VELAERS et Johan PUT, assesseurs, et Astrid TRUYENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Frédéric VANNESTE, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Koen MUYLLE, conseillers d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 25 mai 2021.

*

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.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt ertoe seksuele misdrijven onder te brengen in een apart hoofdstuk *1bis* (lees I/1²) ('Misdrijven tegen de seksuele integriteit, het seksuele zelfbeschikkingsrecht en de goede zeden') in titel VIII van boek 2 van het Strafwetboek (artikel 2 van het voorontwerp). Afdeling 1 van dat hoofdstuk bevat bepalingen die de aantasting van de seksuele integriteit, voyeurisme, niet-consensuele verspreiding van seksueel getinte beelden en opnames en verkrachting strafbaar stellen (artikelen 3 tot 26). Afdeling 2 betreft de seksuele uitbuiting van minderjarigen (artikelen 27 tot 57) en afdeling 3 de openbare zedenschennis (artikelen 58 tot 63). Afdeling 4 bevat bepalingen die gemeenschappelijk zijn voor de in de vorige afdelingen bepaalde misdrijven (artikelen 64 tot 72).

Voorts wordt een hoofdstuk *3bis/1* (lees *IIIbis/1*) ingevoegd dat de uitbuiting van de prostitutie betreft (artikelen 73 tot 77).

Een aantal andere bepalingen van het Strafwetboek (artikelen 78 tot 83) en van (de voorafgaande titel van) het Wetboek van Strafvordering (artikelen 84 tot 93) worden aangepast aan de voormelde wijzigingen, en verwijzingen in bestaande wetten of uitvoeringsbesluiten naar door de aan te nemen wet gewijzigde bepalingen, worden geacht te verwijzen naar de overeenkomstige bepalingen in hoofdstuk *1bis* (lees I/1)³ van titel VIII van Boek 2 van het Strafwetboek (artikel 95 van het voorontwerp).

Artikel 94 van het voorontwerp brengt een wijziging aan in artikel 8, eerste lid, van de wet van 29 juni 1964 'betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie' die erop neerkomt dat de mogelijkheid voor een vonnisgerecht om de tenuitvoerlegging van (een deel van) de hoofd- en bijkomende straffen uit te stellen, wordt verruimd.

Ten slotte worden een aantal bepalingen van het Strafwetboek opgeheven (artikel 96) en wordt de inwerkingtreding van de aan te nemen wet geregeld (artikel 97).

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder "rechtsgrond" de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² Zie dienaangaande opmerkingen 4.1 en 4.2.

³ In de Nederlandse tekst van artikel 95 van het voorontwerp wordt verkeerdelijk verwezen naar "hoofdstuk 1".

VOORAFGAANDE OPMERKING

3.1. Het voorontwerp neemt grotendeels de tekst over die de Commissie tot hervorming van het strafrecht heeft voorgesteld in Boek 2, Titel 2, Hoofdstuk 3 ('Misdrijven tegen de seksuele integriteit, het seksuele zelfbeschikkingsrecht en de goede zeden') van het voorstel van nieuw Strafwetboek.⁴ Zoals in de memorie van toelichting bij het voorontwerp wordt uiteengezet, moest "in afwachting van de goedkeuring en de inwerkingtreding van het nieuw Strafwetboek, (...) de door de Commissie voorgestelde tekst op verschillende punten worden aangepast" aan het bestaande Strafwetboek. Zo moest "worden teruggekeerd naar de criminele straffen zoals ze tot op vandaag bestaan en er diende rekening te worden gehouden met de systematische correctionalisering van de correctionaliseerbare misdaden".

3.2. De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft omtrent het voorontwerp van 'Strafwetboek – Boek 2' advies 64.121/1 van 23 november 2018 gegeven.

De Raad van State verleent, behoudens in geval van wijziging van de juridische context, in de regel geen nieuw advies over bepalingen die reeds eerder zijn onderzocht of die zijn gewijzigd ten gevolge van in eerdere adviezen gemaakte opmerkingen. Met betrekking tot die bepalingen wordt verwezen naar de desbetreffende adviezen.

In dit geval is de juridische context echter wel degelijk verschillend. De Raad van State is bij het geven van het voormelde advies immers uitgegaan van de tekst van boek 1 van het Strafwetboek zoals die bij adviesaanvraag 64.126/1⁵ was gevoegd.⁶ Het ging om boek 1 van het nieuw Strafwetboek, dat evenwel nog niet is aangenomen. Het thans voorliggende voorontwerp, daarentegen, moet ingepast worden in het bestaande Strafwetboek. Bovendien bevat het voorontwerp ook een aantal inhoudelijke wijzigingen ten opzichte van het voorontwerp waarover de Raad advies 64.121/1 heeft gegeven.

Gelet hierop heeft de Raad van State thans het volledige voorontwerp onderzocht, waarbij hij evenwel rekening heeft gehouden met hetgeen in advies 64.121/1 is opgemerkt.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4.1. De ontworpen bepalingen worden ingevoegd in een nieuw hoofdstuk 1*bis* (lees: I/1) ("Misdrijven tegen de seksuele integriteit, het seksuele zelfbeschikkingsrecht en de goede zeden") en in een nieuw hoofdstuk 3*bis*/1 (lees: III*bis*/1) ("Uitbuiting van prostitutie") in de bestaande titel VIII ("Misdaden en wanbedrijven tegen personen") van boek 2 van het Strafwetboek. De bestaande bepalingen die inhoudelijk overeenstemmen met de ontworpen bepalingen en die worden opgeheven bij artikel 96 van het voorontwerp, zijn opgenomen in titel VII ("Misdaden en wanbedrijven tegen de orde der familie en tegen de openbare

⁴ Zie dienaangaande het wetsvoorstel 'tot invoering van een nieuw Strafwetboek - boek 1 en 2', *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, en *Parl.St.* BZ 2019, nr. 55-417/001; zie ook het wetsvoorstel 'tot instelling van een nieuw Strafwetboek (boek 1 en 2)', *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-1011/001.

⁵ Adv.RvS 64.126/1 van 23 november 2018 over een voorontwerp 'van Strafwetboek – Boek 1 (artikel 34)'.

⁶ Zie adv.RvS 64.121/1 van 23 november 2018 over een voorontwerp 'van Strafwetboek – Boek 2', opmerking 2.1.

zedelijkheid”), namelijk in de hoofdstukken V (“Voyeurisme, niet-consensuele verspreiding van seksueel getinte beelden en opnames, aanranding van de eerbaarheid en verkrachting”), VI (“Bederf van de jeugd en prostitutie”) en VII (“Openbare schennis van de goede zeden”).

Op zich beschouwd is er geen bezwaar tegen deze overheveling van titel VII naar titel VIII, maar de vraag rijst dan wel of het opschrift van titel VII niet moet worden beperkt tot “Misdaden en wanbedrijven tegen de orde der familie”, gelet op de inhoud van de strafbepalingen die erin overblijven.

4.2. Voorts wil het de Raad van State voorkomen dat de ontworpen bepalingen in het nieuwe hoofdstuk *1bis* (lees: I/1) van titel VIII beter zouden worden opgenomen in een nieuw hoofdstuk II/1, aangezien de hoofdstukken I (“Opzettelijk doden, opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel, foltering, onmenselijke behandeling en ontterende behandeling”) en II (“Onopzettelijk doden en onopzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel”) van titel VIII nauw samenhangen.

4.3. In elk geval moet de nummering van de in het nieuwe hoofdstuk *1bis* (lees: I/1) in te voegen artikelen worden aangepast, want indien toch zou worden vastgehouden aan de opname in dat hoofdstuk, moeten die ontworpen bepalingen worden genummerd als artikel 417*sexies* en volgende, veeleer dan als artikel 417/6 en volgende, aangezien de eraan voorafgaande artikelen reeds van een Latijnse nummering zijn voorzien.⁷ Indien daarentegen wordt gekozen voor de zo-even voorgestelde opname in een nieuw hoofdstuk II/1, moeten de ontworpen bepalingen worden genummerd als artikel 422*quinqües* en volgende.⁸

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

5 Indien niet wordt ingegaan op opmerking 4.2, moet het bij artikel 2 van het voorontwerp in te voegen hoofdstuk *1bis* in elk geval worden vernummerd tot I/1.

⁷ Zie *Beginnelsen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbeveling 123.2, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be). Het is ook mogelijk om de bestaande artikelen 417*bis* tot 417*quinqües* te vernummeren tot 417/1 tot 417/4, in welk geval men de in te voegen artikelen kan nummeren als artikel 417/5 (niet: 417/6) en volgende.

⁸ Het is ook mogelijk om de bestaande artikelen 422*bis* tot 422*quater* te vernummeren tot 422/1 tot 422/3, in welk geval men de in te voegen artikelen kan nummeren als artikel 422/4 en volgende.

Artikel 6

6.1. Overeenkomstig het ontworpen artikel 417/7, § 1, van het Strafwetboek worden de minderjarigen die de volle leeftijd van zestien jaar niet hebben bereikt, nooit geacht uit vrije wil te kunnen toestemmen met seksuele handelingen.

6.2.1. Uit de memorie van toelichting blijkt dat met de ontworpen regeling wordt beoogd tegemoet te komen aan een “schijnbare anomalie” die verwarring zaait en rechtsonzekerheid teweegbrengt doordat thans in artikel 375 van het Strafwetboek elke seksuele penetratie gepleegd op de persoon van een kind die de volle leeftijd van *veertien jaar* niet heeft bereikt als verkrachting wordt beschouwd, terwijl in artikel 372 van het Strafwetboek elke aanranding van de eerbaarheid gepleegd op of met behulp van een kind beneden de volle leeftijd van *zestien jaar*, strafbaar wordt gesteld. Om dit te verhelpen wordt ook voor verkrachting de leeftijdsgrens om te kunnen toestemmen met een seksuele handeling op zestien jaar gebracht.⁹

6.2.2. In de memorie van toelichting wordt er ook op gewezen dat “[d]e wetsbepalingen m.b.t. het seksueel strafrecht (...) in de eerste plaats [focussen] op misbruik. De ratio legis is geenszins om consensuele seksuele handelingen te bestraffen. Er kan hierbij eveneens worden gewezen op het artikel 18 van het Verdrag van 25 oktober 2007 van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik. In dit artikel wordt de verplichting opgelegd om in effectieve bescherming te voorzien tegen seksueel misbruik bij minderjarigen. Ook wordt uitdrukkelijk gewezen op de niet-toepassing van het artikel indien het gaat om vrijwillige seksuele handelingen tussen minderjarigen. Bij de vraag naar seksuele bekwaamheid is het dan ook determinerend te weten op welke leeftijd men in staat wordt geacht om op autonome wijze in te stemmen met seksuele handelingen.”

Nog in de memorie van toelichting wordt er terecht op gewezen dat zowel het recht van de Europese Unie als dat van de Raad van Europa het aan de lidstaten overlaat om “de leeftijdsgrens van ‘seksuele meerderjarigheid’” te bepalen. Daar wordt aan toegevoegd dat:

“Anderzijds groeit de laatste jaren zowel op internationaal als op nationaal vlak de aandacht voor kinderrechten (zie bv. Verdrag van 20 november 1989 inzake de Rechten van het Kind). Kinderen dienen niet enkel beschermd te worden, maar zijn ook dragers van rechten. Minderjarigen kunnen zich ook beroepen op de rechten die voortvloeien uit het EVRM (zie bv. EHRM 13 juni 1979, Marckx/België; EHRM 25 maart 1993, Costello-Roberts/Verenigd Koninkrijk; EHRM 10 juni 2010, Schwizgebel/Zwitserland). Op Belgisch niveau is het recht op eerbiediging van de morele, lichamelijke, geestelijke en seksuele integriteit van elk kind terug te vinden in het artikel 22bis Gw. Minderjarigen beschikken m.a.w. vanaf een bepaalde leeftijd over een recht op seksuele vrijheid.”

⁹ In de toelichting bij artikel 19 van het voorontwerp wordt gewag gemaakt van het uitgangspunt dat 14- tot 16-jarigen kunnen instemmen met seksuele handelingen voor zover het leeftijdsverschil met de dader niet meer dan vier jaar bedraagt, hetgeen was voorzien in boek 2 van het nieuwe Strafwetboek. De gemachtigde verklaarde dienaangaande dat het om een vergissing ging en dat die vermelding zou worden weggelaten: “Deze passage zal bijgevolg nog verwijderd moeten worden om in overeenstemming te zijn met het voorontwerp van wet.”

Bij wijze van besluit wordt het volgende gesteld:

“Niettemin moet een belangrijke afweging worden gemaakt tussen enerzijds de autonomie van het kind en anderzijds de bescherming van het kind.”

6.2.3. Het komt dan ook aan de Belgische wetgever toe om de voormelde afweging te maken. Hij beschikt daarbij over een ruime appreciatiemarge. Dat neemt niet weg dat hij hierbij zal moeten nagaan of en in welke mate de ontworpen regeling spoort met de maatschappelijke evolutie dienaangaande en met wetenschappelijk onderzoek waaruit zou blijken dat minderjarigen uit de leeftijdscategorie 14- tot 16-jarigen in de meeste gevallen bewust handelen en hun seksuele grenzen kunnen duiden.¹⁰ Ook al betekent dat op zich niet dat de wetgever tot een andere beleidskeuze moet komen dan degene in het voorontwerp, toch zal hij moeten kunnen aantonen waarom hij tot de gemaakte keuze is gekomen en dat hij daarbij alle relevante elementen heeft in overweging genomen. Dat is des te meer nodig nu uit de memorie van toelichting blijkt dat de ontworpen regeling vooral is ingegeven door de strijd tegen misbruik en het niet de bedoeling is consensuele seksuele handelingen te bestraffen, wat vragen doet rijzen naar de toepassing van die regeling op vrijwillige seksuele handelingen tussen of met minderjarigen van minder dan zestien jaar.

Artikel 12

7. In het ontworpen artikel 417/12, eerste lid, van het Strafwetboek wordt het begrip “verkrachting” omschreven als “elke wetens en willens gestelde daad die bestaat of mede bestaat uit een seksuele penetratie van welke aard en met welk middel ook, gepleegd op een persoon of met behulp van een persoon die daar niet in toestemt”.

In de memorie van toelichting wordt over het begrip “seksuele penetratie” onder meer het volgende uiteengezet:

“De vraag rijst of het nodig is de notie ‘seksuele penetratie’ beter af te bakenen. Vele gevallen die intuïtief niet als verkrachting worden bestempeld, krijgen door een te strikte interpretatie anders wel mogelijk dat label. Hoewel de rechtspraak intussen in de andere zin is geëvolueerd (Brussel 8 april 1998, RW 1998-1999, 505), zou volgens de letter van de wet een opgedrongen tongzoen onder de delictsomschrijving van verkrachting kunnen ressorteren voor zover aan de tongzoen een seksueel karakter kan worden gehecht (zie echter eerder in Nederland: Hoge Raad, 21 april 1998, NJ, 1998, blz. 781. Momenteel maakt gedwongen tongzoenen in Nederland niet langer een verkrachting [uit] (Hoge Raad, 12 maart 2013). (...).”

Evenwel wordt in de memorie van toelichting ook gesteld dat een “engere omschrijving” van het begrip “verkrachting” dat “in de eerste plaats opgedrongen penetraties met de penis ongeacht waar, alsook opgedrongen penetraties van de vagina en de anus ongeacht het middel” viseert “niet helemaal [strookt] met de definitie die het Verdrag van Istanbul inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld in het artikel 36 naar voren schuift. Hier wordt de niet-consensuele seksuele penetratie gedefinieerd als ‘[h]et zonder

¹⁰ Zie het wetenschappelijk onderzoek aangehaald in *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 365, *Parl.St.* Kamer BZ 2019, nr. 55-417/001, 363 en *Parl. St.* Kamer 2019-20, nr. 55-1011/001, 338.

wederzijds goedvinden op seksuele wijze vaginaal, anaal of oraal met een lichaamsdeel of object binnendringen van het lichaam van een ander'.”

Gevraagd of in het licht hiervan het dan toch de bedoeling is om een opgedrongen tongzoen als een vorm van verkrachting te beschouwen, antwoordde de gemachtigde:

“Nee, dat is niet de bedoeling.

Volgens een strikte interpretatie van de strafwet zou een tongzoen een ‘penetratie’ kunnen zijn en dus als een verkrachting kunnen worden beschouwd. Een tongzoen heeft steeds een seksueel karakter maar de vraag die zich stelt, is of een tongzoen als een strafbare penetratie kan worden beschouwd en als dusdanig als verkrachting. In de MvT staat op pagina 34 dat dit een situatie is die letterlijk dus wel als verkrachting kan beschouwd worden maar intuïtief niet als een verkrachting kan gezien worden (maar bvb wel als een aantasting van de seksuele integriteit bvb.). Bij onduidelijkheid kan de strafwet evolutief geïnterpreteerd worden. De rechtspraak is reeds in die richting geëvolueerd (zie het voorbeeld in de MvT: Brussel 8 april 1998, RW 1998-1999, 505).

Het voorbeeld dat in de MvT werd aangehaald gaat over het vonnis van de correctionele rechtbank Brussel van 8 april 1998. Uit de bijhorende noot van A. Vanderplas blijkt: ‘Wie een slachtoffer in het aangezicht grijpt en verwondt, terwijl hij zijn tong kwaadschiks in diens mond brengt, pleegt geen verkrachting of geen aanranding van de eerbaarheid, maar maakt zich schuldig aan opzettelijke slagen en verwondingen. De verkrachting, die in artikel 375 Sw. wordt omschreven als ‘elke daad van seksuele penetratie’ vereist niet dat er een seksueel orgaan wordt gepenetreerd.’

Nog een ander voorbeeld uit de rechtspraak: Hof van Beroep te Antwerpen, 30/06/2016, RW 2017-2018: ‘Een opgedrongen tongkus houdt geen seksuele penetratie in en kan derhalve niet worden beschouwd als verkrachting. Een dergelijke handeling kan echter wel worden beschouwd als een aanranding van de eerbaarheid, gepleegd met geweld of bedreiging.’

Indien we op zoek gaan naar de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever zien we dat bij de bespreking van het oorspronkelijke wetsontwerp inzake verkrachting (wet 1989) uitdrukkelijk gezegd is dat deze vorm van penetratie (nl. de opgedrongen tongzoen) niet begrepen kan worden onder het door de wetgever bedoelde begrip ‘verkrachting’ (Zie Verslag namens de Commissie van Justitie, Parl. St. Senaat, 1981-82, nr. 306/3, p.4). De Commissie was destijds eenparig van oordeel dat NIET onder de definitie van verkrachting kon worden begrepen:

- De opgedrongen tongkus,
- Een potlood ingebracht in het oor
- De tandarts met vinger/voorwerpen in de mond.

Daarenboven stelt de MvT dat dit artikel steeds moet worden geïnterpreteerd vanuit het criterium van een redelijk persoon. Samen met de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever in 1989, de verdere evolutieve interpretatie van de strafwet (maar geen analoge interpretatie), de voorbeelden uit de rechtspraak en het voorbeeld van de Hoge Raad in Nederland (dat ook in 1998 expliciet stelde dat een opgedrongen tongzoen niet als een verkrachting kan beschouwd worden wegens o.a. disproportioneel) , zou dit misschien iets duidelijker in de MvT kunnen omschreven worden. Maar: zowel de rechtspraak in die richting als het voorbeeld uit Nederland werd reeds in de MvT vermeld waardoor het zeker niet als de bedoeling van de wetgever kan gezien worden dat een opgedrongen tongzoen vervolgd en bestraft kan worden als een verkrachting met minimum 10 jaar opsluiting.”

De memorie van toelichting moet inderdaad aangepast worden om de bedoeling van de wetgever duidelijker weer te geven.

Artikel 26

8.1. Het ontworpen artikel 417/24 van het Strafwetboek bevat een aantal “verzwarende factoren” waarmee de rechter rekening houdt bij de keuze van de straf of de maatregel en de zwaarte ervan voor feiten die niet-consensuele seksuele handelingen uitmaken.

Volgens de memorie van toelichting werden “[d]eze rechtsfiguren – evenwel met andere benaming – (...) geïnspireerd door de voorstellen van de Commissie tot hervorming van het strafrecht.”

8.2. In het voorontwerp ‘van Strafwetboek – Boek 1’ werd inderdaad onder een gelijkaardige rechtsfiguur voorzien, weze het onder de benaming “verzwarende omstandigheden”. In advies 60.893/3 werd omtrent die regeling evenwel het volgende opgemerkt:

“Luidens het ontworpen artikel 27 kan de wet voorzien in verzwarende omstandigheden die de rechter in overweging moet nemen wanneer hij de straf of de maatregel en de zwaarte ervan kiest, zonder dat hij een straf van een hoger niveau mag opleggen.

De draagwijdte van deze bepaling is niet geheel duidelijk. In de memorie van toelichting wordt enerzijds vooropgesteld dat het gaat om ‘omstandigheden waarvan de wetgever wil dat zij door de rechter in aanmerking worden genomen bij het vaststellen van de straf’, maar anderzijds dat ze worden overgelaten aan ‘de beoordeling van de rechter bij de vaststelling van de straf’, dat ze ‘niet ipso facto een hogere straf met zich [meebrengen]’, maar ‘hun impact op de keuze van de straf en de strafmaat deel uit[maakt] van de discretionaire beoordelingsbevoegdheid van de rechter’, die wordt uitgenodigd om die omstandigheid in aanmerking te nemen bij de keuze van de straf en bij de bepaling van de strafmaat. Uit dat laatste kan worden afgeleid dat de verzwarende omstandigheid enkel een soort in herinnering brengen is door de wetgever van een omstandigheid die een invloed zou kunnen hebben op de keuze door de rechter van de straf en de strafmaat, en waarvan de rechter moet nagaan of hij er al dan niet een gewicht aan toekent bij het nemen van zijn beslissing daarover. Daargelaten de vraag naar de zin van zo een bepaling, dient, mocht dat effectief de draagwijdte zijn van het ontworpen artikel 27, dit duidelijker uit de tekst ervan tot uiting te komen.”¹¹

Noch de tekst van het voorontwerp, noch de memorie van toelichting erbij bevat die verduidelijking.

¹¹ Adv.RvS 60.893/3 van 27 maart 2017 over een voorontwerp van ‘Strafwetboek – Boek 1’, opmerking 122.

8.3. Bijkomend rijst de vraag of en in welke mate de rechtsfiguur van de verzwarende factoren een weerslag heeft op de motiveringsplicht van de rechter. Hieromtrent verklaarde de gemachtigde:

“Les facteurs aggravants constituent une nouvelle notion qui anticipe la distinction faite dans l’avant-projet de Code pénal entre les éléments aggravants (qui emportent une élévation du niveau de la peine) et les circonstances aggravantes (qui sont des circonstances dont le juge tient compte lors du choix et de la détermination du taux de la peine)¹².

Pour les facteurs aggravants, la loi en projet ne prévoit donc pas de rehaussement du maximum ou du minimum de la peine mais donne une indication au juge à propos de circonstances dont il tiendra compte lorsqu’il fait le choix de la peine et qu’il en détermine le taux dans la fourchette légale entre le maximum et le minimum de la peine. Comme le facteur aggravant n’a pas d’incidence sur la hauteur de la peine prévue par la loi (peine théorique), ces facteurs relevant de l’appréciation du juge lors de la détermination de la peine, ces éléments ne doivent pas nécessairement être repris dans le libellé de la prévention et ils ne doivent pas faire l’objet d’une motivation particulière.

Bovendien, vereist artikel 195 Sv. tweede lid geen afzonderlijke motivering voor elke opgelegde straf of maatregel noch voor de keuze van de straf en het bepalen van de strafmaat (Cass. 5 juni 2007 AC 2007, nr. 306).”

8.4. In artikel 195, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering, waarnaar de gemachtigde verwijst, wordt bepaald dat het vonnis “nauwkeurig, maar op een wijze die beknopt mag zijn, de redenen vermeldt waarom de rechter, als de wet hem daartoe vrije beoordeling overlaat, dergelijke straf of dergelijke maatregel uitspreekt. Het rechtvaardigt bovendien de strafmaat voor elke uitgesproken straf of maatregel.”

Vermits uit het ontworpen artikel 417/24 van het Strafwetboek voortvloeit dat de rechter *rekening moet houden* met de in die bepaling vermelde verzwarende factoren,¹³ lijkt die bepaling minstens in sommige gevallen een bijkomende motiveringsverplichting voor de rechter met zich te brengen. Zo valt moeilijk in te zien hoe een rechter, na vastgesteld te hebben dat een van de verzwarende factoren aanwezig is, nog een minimumstraf zou kunnen opleggen, zonder dat te verantwoorden.

Indien dit toch niet de bedoeling zou zijn, zal de tekst van het voorontwerp moeten worden aangepast (bijvoorbeeld door te bepalen dat de rechter rekening *kan* houden met de in het ontworpen artikel 417/24 van het Strafwetboek vermelde factoren).

Hetzelfde geldt voor de ontworpen artikelen 417/50 en 417/55 van het Strafwetboek (artikelen 57 en 63 van het voorontwerp).

¹² Voetnoot in het aangehaalde antwoord van de gemachtigde: J. ROZIE ET D. VANDERMEERSCH, avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS, Commission de réforme du droit pénal – Proposition d’avant-projet de Livre 1er du Code pénal, Dossier n° 24 de la Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles, La Charte, 2017, pp. 53-56. ; J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek, Brugge, die Keure, 2017, pp. 54-57

¹³ Hetgeen in de memorie van toelichting wordt bevestigd, vermits er gewag wordt gemaakt van verzwarende factoren die de rechter “in overweging *moet nemen* wanneer hij de straf of de maatregel en de zwaarte ervan kiest”

Artikel 43

9. In het opschrift van het ontworpen artikel 417/38 van het Strafwetboek wordt gewag gemaakt van een *bende*, terwijl die bepaling zelf het heeft over een *vereniging*.

Gevraagd of met die twee begrippen hetzelfde wordt bedoeld en of het woord “vereniging” betrekking heeft op een vereniging met rechtspersoonlijkheid, dan wel op een feitelijke vereniging, antwoordde de gemachtigde:

“L’article 43 fait référence à une association de fait. Le titre de l’incrimination indique la manière dont il faut comprendre le mots « association » étant donné que le mot « bande » y est mentionné. Ce mot signifie « un groupe de personnes », « une troupe ».”

De rechtszekerheid vereist evenwel dat een eenvormige en consistente terminologie wordt gebruikt doorheen het ganse voorontwerp, en alleszins binnen een en dezelfde bepaling. Zo zou, gelet op de door de gemachtigde gegeven toelichting, zowel in het opschrift als in de tekst van het ontworpen artikel 417/38 van het Strafwetboek kunnen worden geschreven “in groep”.

Hetzelfde geldt voor de ontworpen artikelen 417/46 en 433*quater*/3 van het Strafwetboek (artikelen 52 en 76 van het voorontwerp).

Artikel 48

10. In het ontworpen artikel 417/43, eerste lid, van het Strafwetboek, schrijve men “In afwijking van artikel 42, 1^o” (in plaats van “In afwijking op artikel 42, 1^o”).

Artikelen 49 tot 55

11.1. In de ontworpen artikelen 417/44 tot 417/49 van het Strafwetboek wordt de strafbaarstelling geregeld van seksuele misbruikbeelden van een minderjarige. Zo wordt onder meer het wetens en willens verspreiden met welk middel ook van seksuele misbruikbeelden van een minderjarige (ontworpen artikel 417/45 van het Strafwetboek; artikel 51 van het voorontwerp) en het zich wetens en willens toegang verschaffen tot seksuele misbruikbeelden van een minderjarige door middel van informatie- en communicatietechnologie (ontworpen artikel 417/48 van het Strafwetboek; artikel 54 van het voorontwerp) strafbaar gesteld. Onder seksuele misbruikbeelden van een minderjarige wordt onder meer elk materiaal begrepen dat de visuele weergave op welke wijze dan ook behelst van een minderjarige die deelneemt aan echte of gesimuleerde expliciete seksuele gedragingen, of dat de weergave behelst van de geslachtsorganen van een minderjarige voor primair seksuele doeleinden (ontworpen artikel 417/44 van het Strafwetboek; artikel 50 van het voorontwerp).

11.2. In de memorie van toelichting wordt uiteengezet dat “ook de primaire sexting (nl. het consensueel tussen seksueel meerderjarige minderjarigen die met wederzijdse toestemming beelden maken en onderling doorsturen) (...) strikt genomen een inbreuk [kan] vormen op de wetgeving inzake kinderpornografie (art. 383bis Sw.), terwijl kan bepleit worden

dat dit een onderdeel is van hun seksuele ontplooiing. Een strafrechtelijk optreden zou in dat geval derhalve niet gewenst zijn. Deze situatie werd in het achterhoofd gehouden bij deze hervorming. Er werd evenwel beslist om het consensueel uitwisselen van seksuele beelden tussen 2 minderjarigen, toch onder het toepassingsgebied van deze strafbaarstelling te houden, om toch een mogelijkheid te blijven houden dit mogelijkermijze toch te kunnen vervolgen, indien er sprake is van een grensoverschrijding”.

Uit de ontworpen bepalingen blijkt echter niet dat de zogenaamde primaire sexting wordt uitgezonderd van het toepassingsgebied van die bepalingen wanneer er geen gewag kan worden gemaakt van grensoverschrijdend gedrag. Hieromtrent om toelichting gevraagd, verklaarde de gemachtigde:

“Met de grensoverschrijding wordt bedoeld het doorsturen van de beelden naar anderen/ tonen van de beelden aan anderen, zonder de toestemming van de persoon waarvan de beelden genomen werden. ‘Primaire sexting’ betekent dat er naaktbeelden/seksuele beelden onderling worden doorgestuurd, in het kader van een toestemming, een relatie onderling in het kader van normaal seksueel experimenteergedrag. De grens wordt overschreden van zodra deze beelden worden doorgestuurd naar derden. (‘secundaire sexting’).”

11.3. Uit het antwoord van de gemachtigde lijkt voort te vloeien dat de stellers van het voorontwerp ervan uitgaan dat de zogenaamde primaire sexting, namelijk het met wederzijdse toestemming beelden maken en onderling doorsturen, op zich niet als grensoverschrijdend wordt beschouwd en dat er enkel gewag kan worden gemaakt van grensoverschrijdend gedrag wanneer die beelden worden doorgestuurd naar derden.

Vermits primaire sexting niet als grensoverschrijdend wordt beschouwd, lijkt het niet de bedoeling dat de strafbaarstellingen waarin de ontworpen artikelen 417/45 en 417/48 van het voorontwerp voorzien, hierop van toepassing zijn. Dat blijkt evenwel niet uit de tekst van die bepalingen.

Het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel en de rechtszekerheid vereisen evenwel dat de uitzondering die de stellers van het voorontwerp voor ogen hebben voor primaire sexting in de tekst van het voorontwerp wordt verankerd.

11.4. Voorts rijst de vraag hoe de voormelde bepalingen, in zoverre ze van toepassing zijn op de zogenaamde secundaire sexting, zich verhouden tot het ontworpen artikel 417/10 van het Strafwetboek (artikel 10 van het voorontwerp) waarin de niet-consensuele verspreiding van seksueel getinte beelden en opnames strafbaar worden gesteld. Dit moet in de memorie van toelichting worden verduidelijkt.

Artikel 61

12.1. Het ontworpen artikel 417/53 (artikel 61 van het voorontwerp) definieert exhibitionisme als “het met het oogmerk de eigen seksuele driften te voldoen opdringen aan andermans zicht van de eigen onblote geslachtsdelen of van een seksuele daad in een openbare plaats”.

In advies 64.121/1 merkte de Raad van State het volgende op over een inhoudelijk gelijkkluidende strafbepaling:

“48. Artikel T2H3-41 vereist voor het misdrijf van exhibitionisme dat het plaatsvindt ‘in een openbare plaats’. Zoals opgemerkt *sub* 30 moet dit begrip verduidelijkt worden. Zo kan hier ook gewezen worden op de onduidelijkheid of het verspreiden van een foto van de eigen geslachtsdelen via email e.d. (en ze zo op te dringen aan bepaalde bestemmingen) onder de delictsomschrijving valt.

De gemachtigde verklaart in dit verband:

‘Dit is niet voorzien in de Memorie van Toelichting en was niet de bedoeling. Het is evenmin de bedoeling om ‘sexting’ te bestraffen. Men kan zich overigens de vraag stellen of het ongewenst verzenden van een mail met fotomateriaal van de eigen geslachtsdelen wel voldoet aan het oogmerk ‘de eigen seksuele driften te voldoen’. Indien het niet gaat over kinderpornografisch materiaal of extreem pornografisch materiaal, zal deze verspreiding inderdaad niet kunnen worden bestraft als exhibitionisme of verspreiding van kinderpornografisch materiaal.’

Het verdient aanbeveling dit te verduidelijken in de memorie van toelichting.”

Wat betreft het vereiste van “een openbare plaats” werd in advies 64.121/1 het volgende uiteengezet:

“30.1. Artikel VT-1, 22°, definieert de term ‘in het openbaar’. Voor een aantal misdrijven vormt het feit dat ze ‘in het openbaar’ gepleegd zijn een voorwaarde voor de strafbaarstelling.

30.2. Naast de verwijzingen naar ‘in het openbaar’ bevat het ontworpen boek 2 een verwijzing naar ‘in een openbare plaats’. Artikel T2H3-41 vereist voor het misdrijf van exhibitionisme dat het plaatsvindt ‘in een openbare plaats’. Dit begrip wordt niet gedefinieerd. Volgens de toelichting bij het artikel is de notie ‘in een openbare plaats’ veel ruimer dan de notie ‘in het openbaar’ en verwijst het ook naar plaatsen die tijdelijk of toevallig ter beschikking zijn van het openbare verkeer door hun bestemming. Ook private plaatsen kunnen openbaar worden door de omstandigheid van een andere ongewilde tegenwoordigheid.

Nochtans lijken ook deze plaatsen onder het begrip ‘in het openbaar’ te vallen, te weten onder artikel VT-1, 22°, tweede en derde streepje.

De gemachtigde verklaarde in dit verband:

‘ Concernant l’art T2H3-41, la publicité pour l’article T2H3-41 se réfère à l’interprétation de ‘publiquement’ de l’actuel article 385 CP. La condition s’entend de manière large, elle est remplie même si elle ne pourrait être vue que par un malheureux hasard ou si personne ne l’a vue et qu’elle a lieu dans un lieu public. Elle concerne les lieux accessibles au public, mais aussi les lieux publics en raison des circonstances. (Les infractions – Volume 3 : Les infractions contre l’ordre des familles, la moralité publique et les mineurs, Bruxelles, Larciér, 2011, pg 280-285). L’EDM précise que la notion de publicité diffère de celle d’en public. Le terme choisi pour cette infraction est ‘dans un lieu public’. Ce terme est compris dans la définition d’‘en public’ (1^{er} tiret) et correspond à l’actuel condition de publicité de l’article 383 al 2 du CP.’

Het is aldus niet duidelijk of de term ‘in een openbare plaats’ enkel verwijst naar het eerste streepje van de definitie van ‘in het openbaar’, namelijk ‘in openbare bijeenkomsten of plaatsen’, of dat er ook de gevallen bedoeld onder het tweede en derde streepje mee omvat zijn. Zo niet zal er bijvoorbeeld geen sprake zijn van exhibitionisme in de zin van artikel T2H3-41 wanneer men op om het even welke plaats in aanwezigheid van de geviseerde persoon *en* voor derden zijn eigen ontblote geslachtsdelen toont teneinde de eigen seksuele driften te voldoen.

De stellers van het voorontwerp dienen voldoende duidelijk te maken wat het onderscheid is tussen ‘in het openbaar’ en ‘in een openbare plaats’ en eventueel de betrokken bepalingen aan te passen.”

12.2. Wat betreft het vereiste van “een openbare plaats” bevat het huidige voorontwerp, in tegenstelling tot het voorontwerp waarover advies 64.121/1 is gegeven, geen algemene definitie van “in het openbaar”. Evenmin wordt de term “openbare plaats” nader omschreven. In het ontworpen artikel 417/42, eerste lid, 1°, (artikel 47 van het voorontwerp) wordt de notie “in het openbaar” gebruikt, maar ook niet nader omschreven.

De term “openbare plaats” zou in elk geval nader moeten worden omschreven, indien niet in de tekst van de ontworpen bepaling zelf, dan toch op zijn minst in de memorie van toelichting, eventueel aan de hand van een aantal voorbeelden. Daaruit moet in elk geval blijken of met die term een engere betekenis wordt beoogd dan met de notie “in het openbaar”. Zo rijst de vraag of het “opdringen aan andermans zicht van de eigen ontblote geslachtsdelen of van een seksuele daad” in een virtuele maar vrij toegankelijke bijeenkomst (bijvoorbeeld een Facebook live video), in vergelijking met een fysieke vrij toegankelijke bijeenkomst, onder het toepassingsgebied valt van de ontworpen bepaling.

12.3. Uit het zo-even vermelde antwoord van de gemachtigde in de adviesaanvraag 64.121/1 blijkt dat zogenaamde primaire sexting tussen meerderjarigen, namelijk het met onderlinge toestemming uitwisselen van seksueel getinte beelden en opnames, niet strafbaar is. Wanneer het gaat om secundaire of problematische sexting, namelijk het doorsturen van dergelijke beelden en opnames naar derden, zonder toestemming van de betrokkene, is het ontworpen artikel 417/10 (artikel 10 van het voorontwerp) toepasselijk.

De vraag rijst wanneer het ongevraagd, dus zonder onderlinge toestemming, tonen of doorsturen van eigen seksueel getinte beelden en opnames, strafbaar is. In dat verband wordt in de memorie van toelichting het volgende uiteengezet:

“De verenging van de misdrijven m.b.t. de openbare zedenschennis, heeft niet tot gevolg dat het ongevraagd opsturen van beelden van genitaliën (zgn. ‘dickpics’ genoemd) niet langer strafbaar zou zijn. Hoewel deze gedraging in de volksmond ‘digitaal exhibitionisme’ wordt genoemd moet worden benadrukt dat hoe dan ook – ook in de huidige wetgeving – het misdrijf ‘openbare zedenschennis’ op zijn grenzen botst. De openbaarheidspremissie dreigt immers niet te zijn nageleefd. Dit neemt niet weg dat deze gedraging een belaging kan uitmaken.”

In dat verband kan worden verwezen naar opmerking 12.2 over de wenselijkheid van verduidelijking van de term “openbare plaats”. Het is immers daarvan dat zal afhangen of het ongevraagd tonen of doorsturen van eigen seksueel getinte beelden en opnames strafbaar is volgens de ontworpen bepaling, onverminderd de mogelijke toepasselijkheid van artikel 442bis van het Strafwetboek (belaging).

Artikel 66

13. Het ontworpen artikel 417/57 (artikel 66 van het voorontwerp) voorziet in de mogelijkheid voor de rechter om de definitieve gehele of gedeeltelijke sluiting te bevelen van de inrichting van de veroordeelde. Overeenkomstig het tweede lid houdt dit “het verbod in hierin enige activiteit uit te oefenen gelijkaardig aan die naar aanleiding waarvan het misdrijf werd gepleegd”.

Het is niet duidelijk of dit betekent dat, bijvoorbeeld in het geval van het houden van een huis van ontucht of prostitutie waar minderjarigen ontucht of prostitutie plegen (ontworpen artikel 417/31), enkel de activiteit van prostitutie kan worden verboden, of bijvoorbeeld ook stripteasevertoningen kunnen worden verboden, dan wel ook andere activiteiten zoals het openhouden van een bar. De gemachtigde antwoordde daarop als volgt:

“La peine de fermeture de l'établissement prévue à l'article 417/57 se base sur la peine de fermeture proposée par la proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal (livre 1^{er} et 2) (Doc. parl., Chambre, 2019-2020, doc. n° 55-1011/001, p. 156). Le document parlementaire de cette proposition de loi donne des indications sur ce qu'il faut entendre par ‘la fermeture de l'établissement implique l'interdiction d'y exercer toute activité similaire à celle qui a conduit à la commission de l'infraction’.

L'exposé des motifs indique ce qui suit : ‘Afin de ne pas restreindre plus que nécessaire le droit de propriété, il n'est pas exclu d'utiliser l'immeuble en question pour exercer des activités totalement étrangères à l'infraction qui a justifié la fermeture. À titre d'exemple, un café qui a été fermé peut malgré tout encore être utilisé comme débarras.’.

Il résulte de ce qui précède que le café ne peut pas rester ouvert pour la consommation d'alcool. Ces deux activités peuvent être liées. Par exemple, les personnes qui se prostituent peuvent bénéficier de réduction sur les boissons dans le café afin de faire venir de la clientèle. En même temps, ces personnes peuvent bénéficier d'un espace dans le café pour mener leur activité de prostitution. Dit kan nog verduidelijkt worden in het voorontwerp van wet.”

In dat geval moet de ontworpen bepaling worden geherformuleerd omdat de term “gelijkaardig” anders te ruim zou moeten worden geïnterpreteerd. Het is immers allesbehalve vanzelfsprekend dat het louter openhouden van een bar of een café kan worden beschouwd als een activiteit die “gelijkaardig” is aan de prostitutie of stripteasevertoningen die in hetzelfde pand plaatsvinden.

Artikel 69

14. De gemachtigde beaamde dat in het ontworpen artikel 417/60 (artikel 69 van het voorontwerp) de verwijzing naar de artikelen 417/55 en 417/57 moet worden vervangen door een verwijzing naar de artikelen 417/57 en 417/59.

Artikelen 73 tot 75

15. Het bij artikel 73 van het voorontwerp in te voegen hoofdstuk 3*bis*/1 moet worden vernummerd tot III*bis*/1.

16. In het ontworpen artikel 433*quater*/1 (artikel 74 van het voorontwerp) wordt gewag gemaakt van “[u]itbuiting van prostitutie”, dat wordt omschreven als “het (...) wetens en willens rechtstreeks of onrechtstreeks halen van een abnormaal voordeel uit de prostitutie van een meerderjarige andere persoon”, maar dan wel “buiten de gevallen bedoeld in artikel 433*quinquies*, § 1, 1^o”. In die laatstgenoemde bepaling wordt melding gemaakt van “de werving, het vervoer, de overbrenging, de huisvesting, de opvang van een persoon, het nemen of de overdracht van de controle over hem met als doel (...) de uitbuiting van prostitutie of andere vormen van seksuele uitbuiting”.

Op de vraag om het verschil tussen de twee bepalingen te verduidelijken, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Het verschil ligt in de ratio legis van de 2 strafbaarstellingen. Zie hiervoor de wet van 29 april 2013 die de definitie van mensenhandel heeft uitgebreid en de wet nu duidelijk elke vorm van seksuele uitbuiting strafbaar wil stellen. Het verschil ligt onder meer in het moreel element. La traite des êtres humains est une infraction à dol spécial, le but du recrutement est d’exploiter plus tard, que l’exploitation ait finalement lieu ou non.

Bij artikel 433*quater*/1 ligt het moreel element in het wetens en willens een abnormaal voordeel halen uit andermans prostitutie, daar waar bij mensenhandel een in de wet vereist doel moet worden nagestreefd. Er kan met andere woorden niet echt gesproken worden over een uitbuiting, maar wel van het misbruik maken van de zwakke positie waarin de prostituee zich bevindt door bijvoorbeeld heel hoge prijzen voor kamers aan te rekenen om de prostitutie-activiteit te verrichten. Ou imposer un partage des gains.

Verder is voor mensenhandel vereist dat de materiële gedraging bestaat uit de werving, het vervoer, de overbrenging, de huisvesting, de opvang van een persoon, het nemen of de overdracht van de controle over hem, terwijl voor het nieuwe misdrijf ‘uitbuiting van prostitutie’ deze beperking niet wordt gesteld.

Het is uitdrukkelijk de bedoeling dat deze bepaling een vangnet biedt om het misbruik van de prostitutie van een ander te kunnen bestraffen in die gevallen waarin niet is voldaan aan de (strengere) vereisten inzake mensenhandel. Deze wetswijziging opent verder de deur naar het voorzien van een sterker sociaal statuut voor prostituees om hun beroep te kunnen uitoefenen, zonder dat iemand (par exemple, le comptable, le chauffeur, le bailleur non abusif) een ‘abnormaal’ voordeel haalt uit diens activiteiten. Het halen van een abnormaal voordeel uit andermans prostitutie is nog iets anders dan het effectief uitbuiten van een prostituee.

Het is echter wel mogelijk dat de titel verwarring schept. Aangezien de uitbuiting van prostitutie ook gevisieerd wordt en zal worden in de artikelen rond mensenhandel, zou de titel hier misschien kunnen herschreven worden bvb ‘het abnormaal voordeel halen uit prostitutie’?”

Het zou inderdaad duidelijker zijn om de opschriften van hoofdstuk 2 van het voorontwerp, van het ontworpen hoofdstuk *3bis*/1 (lees: *IIIbis*/1) en van de ontworpen artikelen *433quater*/1 en *433quater*/2 in de voorgestelde zin aan te passen.

Dat neemt echter niet weg dat de notie “abnormaal voordeel halen uit de prostitutie van een meerderjarige andere persoon” onduidelijk is en dat het criterium dat de gemachtigde formuleert, namelijk het misbruik maken van de zwakke positie waarin die persoon zich bevindt, niet tot uiting komt in de tekst, zelfs niet in de memorie van toelichting. Dit moet worden verholpen. Bovendien is het raadzaam om een aantal voorbeelden van de beoogde strafbaarstellingen in de memorie van toelichting op te nemen.

Artikelen 78 tot 93

17. De artikelen 78 tot 93 van het voorontwerp strekken ertoe een aantal verwijzingen aan te passen in het Strafwetboek en in het Wetboek van Strafvordering. Die aanpassingen komen er grotendeels op neer dat de verwijzingen naar bepalingen die worden opgeheven bij artikel 96 van het voorontwerp, worden vervangen door verwijzingen naar de ontworpen strafbepalingen die ervoor in de plaats komen of dat dergelijke verwijzingen gewoon worden opgeheven (voor de artikelen 80 tot 82 van het voorontwerp).

De vraag rijst evenwel of daarbij altijd op een meer algemene wijze, vanuit een oogpunt van coherentie, is heroverwogen welke van de ontworpen seksuele misdrijven onder het toepassingsgebied van de betrokken bepaling van het Strafwetboek of van het Wetboek van Strafvordering moeten vallen, zoals de bepalingen over de terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank¹⁴, het beroepsgeheim¹⁵ en de verjaring van de strafvordering.¹⁶ De algemene herziening van het seksueel strafrecht vormt immers een uitgelezen gelegenheid voor een dergelijke oefening.

Uit de antwoorden van de gemachtigde met betrekking tot vragen van het bevoegde lid van het auditoraat over het ontbreken van bepaalde verwijzingen blijkt dat die oefening niet is gebeurd.¹⁷ De stellers van het ontwerp moeten de bestaande bepalingen waarin

¹⁴ Artikelen *34bis* en volgende van het Strafwetboek.

¹⁵ Artikelen 458 en volgende van het Strafwetboek.

¹⁶ Artikelen 20 en volgende van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering.

¹⁷ Zo blijkt uit die antwoorden alvast dat in het ontworpen artikel *34quater* van het Strafwetboek (artikel 79 van het voorontwerp) ook moet worden verwezen naar artikel 417/21 en dat in het ontworpen artikel *458bis* van het Strafwetboek (artikel 83 van het voorontwerp) ook moet worden verwezen naar de ontworpen artikelen 417/21 en 417/36 en rijst de vraag of erin daarenboven niet moet worden verwezen naar artikel 417/48. De gemachtigde bevestigde dat in artikel *21bis* van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering (artikel 86 van het voorontwerp) ook moet worden verwezen naar de ontworpen artikelen 417/21, 417/36 en 417/38, dat de verwijzingen in het ontworpen artikel *91bis* van het Wetboek van Strafvordering (artikel 89 van het voorontwerp) naar de ontworpen artikelen 417/59, 417/61 en 417/62 moeten worden weggelaten en dat een verwijzing naar de

verwezen wordt naar bepaalde seksuele misdrijven dan ook aan een nieuw onderzoek onderwerpen. De loutere overname, aan de hand van een concordantietabel, van de bepalingen die inhoudelijk overeenstemmen met de op te heffen bepalingen, volstaat niet. Zo ziet de Raad van State niet goed in waarom in de bepaling over de behandeling met gesloten deuren door het vonnisgerecht¹⁸ volgens de gemachtigde niet moet worden verwezen naar de ontworpen artikelen 417/51, 417/52, 417/53 en 417/54 (die betrekking hebben op het vervaardigen en verspreiden van boodschappen van extreem pornografische of gewelddadige aard en op exhibitionisme). De loutere omstandigheid dat in de huidige regeling niet wordt verwezen naar de strafbepalingen die daar thans mee overeenstemmen, overtuigt alleszins niet als verantwoording.

Artikel 94

18. Artikel 94 van het voorontwerp brengt een wijziging aan in artikel 8, eerste lid, van de wet van 29 juni 1964 ‘betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie’ die erop neerkomt dat de mogelijkheid voor een vonnisgerecht om de tenuitvoerlegging van (een deel van) de hoofd- en bijkomende straffen uit te stellen, wordt verruimd doordat de voorwaarde wordt geschrapt dat de veroordeelde nog niet veroordeeld is geweest tot een criminele straf of tot een hoofdgevangenisstraf van meer dan drie jaar of tot een gelijkwaardige straf die in aanmerking genomen wordt overeenkomstig artikel 99bis van het Strafwetboek.

De gemachtigde lichtte deze bepaling als volgt toe:

“Artikel 94 verwijst naar de afschaffing van de gerechtelijke antecedenten voor het kunnen opleggen van een probatie-uitstel. De ratio legis van de afschaffing van de gerechtelijke antecedenten ligt in het feit dat het met dit wetsontwerp moet kunnen mogelijk gemaakt worden dat alternatieve straffen opengesteld worden voor seksuele misdrijven. In het kader van een probatie-uitstel kan een behandeling en begeleiding van seksuele delinquenten interessant zijn. De afschaffing van de gerechtelijke antecedenten om een probatie-uitstel te kunnen opleggen is daar een belangrijke opening toe (zie de MvT. p. 98: ‘Om de mogelijkheden tot behandeling of therapie te kunnen optimaliseren, moet er ook worden afgestapt van de premisse m.b.t. gerechtelijke antecedenten bij probatie-uitstel. Het is immers niet opportuun dat een veroordeling uit het verleden (mogelijk voor een compleet ander type misdrijf) zou verhinderen dat een straf met (al dan niet gedeeltelijk) probatie-uitstel zou kunnen worden opgelegd aan een dader die gebaat zou zijn bij een bepaalde vorm van behandeling om zo niet langer een gevaar te vormen voor de samenleving.’). Er wordt gekeken hoe dit nog verduidelijkt kan worden in de memorie.”

artikelen 417/21, 417/36 en 417/38 moet worden toegevoegd (zoals wellicht ook voor het ontworpen artikel 92 van het Wetboek van Strafvordering (artikel 90 van het voorontwerp)). In het ontworpen artikel 190 van het Wetboek van Strafvordering (artikel 91 van het voorontwerp) moet volgens de gemachtigde ook worden verwezen naar het ontworpen artikel 417/48. In het ontworpen artikel 629 van het Wetboek van Strafvordering (artikel 93 van het voorontwerp) moet ook worden verwezen naar de ontworpen artikelen 417/52 en 417/54 (en rijst de vraag of ook niet moet worden verwezen naar het ontworpen artikel 417/51).

¹⁸ Artikel 190 van het Wetboek van Strafvordering, dat wordt gewijzigd bij artikel 91 van het voorontwerp.

De ontworpen bepaling wordt in de huidige tekst van de memorie van toelichting nauwelijks besproken,¹⁹ terwijl het toch om een belangrijke aanpassing gaat die overigens de context van het seksueel strafrecht overstijgt. Nog afgezien van de vraag of de ontworpen bepaling niet beter in een afzonderlijk voorontwerp van wet wordt opgenomen, dan wel of op zijn minst het opschrift van dit voorontwerp niet moet worden aangepast, moet in elk geval de memorie van toelichting worden aangevuld.

Artikel 95

19.1. Artikel 95 van het voorontwerp is een autonome bepaling die inhoudt dat verwijzingen naar de bepalingen die worden opgeheven bij artikel 96 van het voorontwerp, en naar onderverdelingen of samenvoegingen daarvan, die zijn opgenomen in bestaande wetten of uitvoeringsbesluiten, worden geacht te verwijzen naar de overeenkomstige bepalingen in hoofdstuk 1 (lees: *1bis*) van titel VIII van Boek 2 van het Strafwetboek, onderverdelingen of samenvoegingen daarvan, overeenkomstig de concordantietabel in de bijlage.

Met die bepaling wordt tegemoetgekomen, althans wat betreft de nieuwe bepalingen inzake het seksueel strafrecht, aan een opmerking in het voormelde advies 64.121/1, waarin het volgende werd uiteengezet:

“18. Het ontworpen boek 2 herneemt zoals gezegd, in aangepaste formulering, de inhoud van vele bepalingen van het huidige boek 2 van het Strafwetboek. Het verdient sterke aanbeveling om bij het voorontwerp een tabel toe voegen waaruit opgemaakt kan worden in welke bepalingen van het nieuwe boek 2 de oude bepalingen zijn hernomen of verwerkt. Daarnaast moet uit die tabel ook blijken welke bepalingen uit het huidige Strafwetboek niet worden hernomen (en waarbij de afzonderlijke strafbaarstelling dus verdwijnt) en welke bepalingen strafbepalingen uit bijzondere strafwetten hernemen.

Dit alles is van groot belang voor de rechtspraak, ook opdat gemakkelijker zou kunnen worden achterhaald in welke gevallen een strafbaarstelling is verruimd. Omwille van het legaliteitsbeginsel (zie artikel 1 van boek 1 Sw.) kan niemand worden gestraft op grond van een ruimere strafbaarstelling voor feiten van voor de inwerkingtreding van de nieuwe bepaling, en omwille van het beginsel van de toepassing van de strafwet in de tijd (zie artikel 2 van boek 1 Sw.) moeten in geval van wijziging van de strafwet na het plegen van het misdrijf de voor de dader meest gunstige bepalingen gelden.”

19.2. Dat neemt niet weg dat de concordantietabel, die overigens pas aan de Raad van State werd bezorgd op verzoek van het bevoegde lid van het auditoraat, tekortkomingen vertoont, zoals bleek uit een louter steekproefsgewijs onderzoek ervan.

Zo zijn er bepalingen die worden opgeheven bij artikel 96 van het voorontwerp maar die niet voorkomen in de concordantietabel.²⁰ De Raad van State heeft binnen de beperkte tijd waarover hij beschikt voor het onderzoek van dit voorontwerp niet kunnen nagaan of dat in bepaalde gevallen problematisch kan zijn.

¹⁹ Er is niet eens een specifieke artikelsgewijze toelichting voor artikel 94 van het voorontwerp.

²⁰ Zoals artikel 371/1, § 4, van het Strafwetboek.

Het is niet duidelijk waarop de vermelding “(onder 14 jaar)” slaat bij de nieuw ontworpen bepalingen die inhoudelijk overeenstemmen met het huidige artikel 380 van het Strafwetboek. Mogelijk slaat dit op een vroegere versie van het voorontwerp waar een andere leeftijdsgrens werd gehanteerd, maar op zijn minst moet de vermelding worden aangepast of weggelaten.

Het huidige artikel 380 van het Strafwetboek omschrijft zowel feiten met meerderjarigen als met minderjarigen, terwijl de artikelen waarnaar wordt verwezen in de concordantietabel enkel betrekking hebben op minderjarigen (al dan niet beneden de volle leeftijd van zestien jaar).

De stellers van het voorontwerp moeten die concordantietabel dan ook aan een nieuw en grondig onderzoek onderwerpen, zodat die daadwerkelijk bijdraagt tot de rechtszekerheid, mede in het licht van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel waaraan reeds werd gerefereerd in de aangehaalde adviesopmerking.

*

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.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet d'intégrer les infractions sexuelles dans un chapitre 1^{er}*bis* (lire : I/1²) distinct ('Des infractions portant atteinte à l'intégrité sexuelle, au droit à l'autodétermination sexuelle et aux bonnes mœurs') du titre VIII du livre 2 du Code pénal (article 2 de l'avant-projet). La section 1^{ère} de ce chapitre contient des dispositions incriminant l'atteinte à l'intégrité sexuelle, le voyeurisme, la diffusion non consensuelle d'images et d'enregistrements à caractère sexuel et le viol (articles 3 à 26). La section 2 concerne l'exploitation sexuelle des mineurs (articles 27 à 57) et la section 3 l'outrage public aux bonnes mœurs (articles 58 à 63). La section 4 contient des dispositions communes aux infractions prévues dans les sections précédentes (articles 64 à 72).

En outre, il est inséré un chapitre 3*bis*/1 (lire : III*bis*/1) qui concerne l'exploitation de la prostitution (articles 73 à 77).

Un certain nombre d'autres dispositions du Code pénal (articles 78 à 83) et du (titre préliminaire) du Code d'instruction criminelle (articles 84 à 93) sont adaptées aux modifications précitées, et les références faites dans les lois ou arrêtés d'exécution existants aux dispositions modifiées par la loi à adopter sont présumées faire référence aux dispositions équivalentes du chapitre 1^{er}*bis* (lire : I/1) ³ du titre VIII du livre 2 du Code pénal (article 95 de l'avant-projet).

L'article 94 de l'avant-projet apporte une modification à l'article 8, alinéa 1^{er}, de la loi du 29 juin 1964 'concernant la suspension, le sursis et la probation', qui revient à élargir la possibilité pour une juridiction de jugement de surseoir à l'exécution (d'une partie) des peines principales et accessoires.

Enfin, un certain nombre de dispositions du Code pénal sont abrogées (article 96) et l'entrée en vigueur de la loi à adopter est réglée (article 97).

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

² Voir à cet égard les observations 4.1 et 4.2.

³ Le texte néerlandais de l'article 95 de l'avant-projet mentionne erronément « hoofdstuk 1 ».

OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

3.1. L'avant-projet reproduit en grande partie le texte que la Commission de réforme du droit pénal a proposé dans le livre 2, titre 2, chapitre 3 ('Les infractions portant atteinte à l'intégrité sexuelle ou au droit à l'autodétermination sexuelle et aux bonnes mœurs') de la proposition de nouveau Code pénal⁴. Comme le précise l'exposé des motifs de l'avant-projet, « [d]ans l'attente du vote et de l'entrée en vigueur du nouveau Code, il a fallu adapter le texte proposé par la Commission sur plusieurs points » au Code pénal existant. Ainsi, « il a fallu revenir aux peines criminelles antérieures et prendre en compte la correctionnalisation systématique des crimes correctionnalisables ».

3.2. Au sujet de l'avant-projet de 'Code pénal – Livre 2', le Conseil d'État, section de législation, a donné le 23 novembre 2018 l'avis 64.121/1.

Sauf en cas de modification du contexte juridique, le Conseil d'État ne donne en principe pas de nouvel avis sur des dispositions qui ont déjà été examinées précédemment ou qui ont été modifiées à la suite d'observations formulées dans des avis précédents. En ce qui concerne ces dispositions, on se reportera aux avis en question.

En l'occurrence, le contexte juridique est toutefois bel et bien différent. En effet, en rendant l'avis précité, le Conseil d'État s'est basé sur le texte du livre 1^{er} du Code pénal, tel qu'il était joint⁵ à la demande d'avis 64.126/1⁶. Il s'agissait du livre 1^{er} du nouveau Code pénal, qui n'a toutefois pas encore été adopté. Par contre, l'avant-projet actuellement à l'examen doit être intégré dans le Code pénal existant. En outre, l'avant-projet contient également un certain nombre de modifications de fond par rapport à l'avant-projet sur lequel le Conseil d'État a donné l'avis 64.121/1.

Compte tenu de ce qui précède, le Conseil d'État a présentement examiné l'ensemble de l'avant-projet, en tenant compte toutefois des observations formulées dans l'avis 64.121/1.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4.1. Les dispositions en projet sont intégrées dans un nouveau chapitre 1^{er}bis (lire : I/1) (« Des infractions portant atteinte à l'intégrité sexuelle, au droit à l'autodétermination sexuelle et aux bonnes mœurs ») et dans un nouveau chapitre 3bis/1 (lire : IIIbis/1) (« Exploitation de la prostitution ») du titre VIII actuel (« Des crimes et des délits contre les personnes ») du livre 2 du Code pénal. Les dispositions existantes qui correspondent sur le fond aux dispositions en projet et qui sont abrogées par l'article 96 de l'avant-projet sont intégrées dans le titre VII (« Des crimes et des délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique »), à savoir dans les

⁴ Voir à ce sujet la proposition de loi 'instaurant un nouveau Code pénal – Livre 1 et Livre 2', *Doc. parl.*, Chambre, 2018-19, n° 54-3651/001, et *Doc. parl.*, SE, 2019, n° 55-417/001; voir également la proposition de loi 'instaurant un nouveau Code pénal (livre 1^{er} et 2)', *Doc. parl.*, Chambre, 2019-20, n° 55-1011/001.

⁵ Avis C.E. 64.126/1 du 23 novembre 2018 sur un avant-projet de 'Code pénal – Livre Premier' (article 34).

⁶ Voir l'avis C.E. 64.121/1 du 23 novembre 2018 sur un avant-projet de 'Code pénal – Livre 2', observation 2.1..

chapitres V (« Du voyeurisme, de la diffusion non consensuelle d'images et d'enregistrements à caractère sexuel, de l'attentat à la pudeur et du viol »), VI (« De la corruption de la jeunesse et de la prostitution ») et VII (« Des outrages publics aux bonnes mœurs »).

Si ce transfert du titre VII au titre VIII ne soulève pas d'objection en tant que tel, la question se pose toutefois de savoir si l'intitulé du titre VII ne doit pas être limité aux « Crimes et délits contre l'ordre des familles », eu égard au contenu des dispositions pénales qui y subsistent.

4.2. Par ailleurs, il apparaît au Conseil d'État qu'il vaudrait mieux insérer les dispositions en projet dans le nouveau chapitre 1^{er}*bis* (lire : I/1) du titre VIII dans un nouveau chapitre II/1, dès lors que les chapitres I (« De l'homicide et de lésions corporelles volontaires, de la torture, du traitement inhumain et du traitement dégradant ») et II (« De l'homicide et des lésions corporelles involontaires ») du titre VIII sont étroitement liées.

4.3. En tout état de cause, la numérotation des articles à insérer dans le nouveau chapitre 1^{er}*bis* (lire : I/1) doit être adaptée, car si l'insertion dans ce chapitre devait malgré tout être maintenue, ces dispositions en projet devraient être numérotées article 417*sexies* et suivants plutôt que article 417/6 et suivants, dès lors qu'une numérotation latine est déjà prévue pour les articles qui les précèdent⁷. Si l'on opte par contre pour l'intégration proposée ci-dessus dans un nouveau chapitre II/1, les dispositions en projet doivent être numérotées article 422*quinquies* et suivants⁸.

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

5. S'il n'est pas tenu compte de l'observation 4.2, le chapitre 1^{er}*bis*, que l'article 2 de l'avant-projet doit insérer, doit en tout cas être renuméroté I/1.

Article 6

6.1. Conformément à l'article 417/7, § 1^{er}, en projet, du Code pénal, les mineurs de moins de seize ans accomplis ne sont jamais réputés avoir la possibilité d'exprimer librement leur consentement à des actes sexuels.

6.2.1. Il ressort de l'exposé des motifs que la disposition en projet vise à répondre à une « apparente anomalie » qui sème la confusion et est source d'insécurité juridique, en ce que, à l'heure actuelle, l'article 375 du Code pénal considère que toute pénétration sexuelle commise sur la personne d'un enfant qui n'a pas atteint l'âge de *quatorze ans* accomplis est réputé viol, alors

⁷ Voir *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, recommandation 123.2, à consulter sur le site Internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be). Il est également possible de renuméroter les articles 417*bis* à 417*quinquies* existants 417/1 à 417/4, auquel cas on peut numéroté les articles à insérer 417/5 (et non : 417/6) et suivants.

⁸ Il est également possible de renuméroter les articles 422*bis* à 422*quater* existants 422/1 à 422/3, auquel cas on peut numéroté les articles à insérer 422/4 et suivants.

que l'article 372 du Code pénal incrimine tout attentat à la pudeur commis sur la personne ou à l'aide de la personne d'un enfant âgé de moins de *seize ans* accomplis. Pour remédier à cette anomalie, la limite d'âge pour pouvoir consentir à un acte sexuel est également portée à seize ans pour le viol⁹.

6.2.2. L'exposé des motifs relève encore que « [l]es dispositions légales relatives au droit pénal sexuel sont avant tout axées sur les abus. La *ratio legis* n'est aucunement de punir les actes à caractère sexuel consentis. Il peut être renvoyé à cet égard à l'article 18 de la Convention du 25 octobre 2007 du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels. Cet article impose l'obligation de prévoir une protection effective contre les abus sexuels à l'égard de mineurs. Il est en outre expressément insisté sur la non-application de l'article lorsqu'il s'agit d'actes à caractère sexuel volontaires entre mineurs. Pour répondre à la question de l'aptitude sexuelle, il est dès lors déterminant de savoir à quel âge on est considéré être en mesure de consentir de manière autonome à des actes à caractère sexuel ».

L'exposé des motifs relève encore, à juste titre, que tant le droit de l'Union européenne que celui du Conseil de l'Europe laisse aux États membres le soin de fixer « l'âge de la 'majorité sexuelle' ». Il ajoute que :

« Par ailleurs, les droits de l'enfant font l'objet d'une attention croissante ces dernières années, tant au niveau national qu'au niveau international (voir notamment la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant). Les enfants doivent non seulement être protégés, mais ils ont également des droits. Les enfants peuvent également se prévaloir des droits qui découlent de la C.E.D.H (voir notamment C.E.D.H., 13 juin 1979, Marckx/Belgique ; C.E.D.H., 25 mars 1993, Costello-Roberts/Royaume-Uni ; C.E.D.H., 10 juin 2010, Schwizgebel/Suisse). En Belgique, le droit de chaque enfant au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle figure à l'article 22bis de la Constitution. En d'autres termes, les mineurs disposent d'un droit à la liberté sexuelle à partir d'un certain âge ».

En guise de conclusion, il souligne ce qui suit :

« Un équilibre essentiel doit toutefois être trouvé entre, d'une part, l'autonomie de l'enfant et, d'autre part, la protection de l'enfant ».

6.2.3. Il revient dès lors au législateur belge de trouver l'équilibre précité. Il dispose à ce propos d'une large marge d'appréciation. Il n'en demeure pas moins qu'il devra vérifier à cet égard si et dans quelle mesure le dispositif en projet s'accorde avec l'évolution sociale en la matière et avec la recherche scientifique dont il ressortirait que, dans la plupart des cas, les mineurs qui se situent dans la tranche d'âge de quatorze à seize ans agissent de manière consciente et peuvent indiquer leurs limites sexuelles¹⁰. Même si cela ne signifie pas en soi que le législateur doit arriver à un autre choix politique que celui exprimé dans l'avant-projet, il n'en

⁹ Le commentaire consacré à l'article 19 de l'avant-projet fait état du principe selon lequel les mineurs âgés de 14 à 16 ans peuvent consentir à des actes à caractère sexuel pour autant que la différence d'âge avec l'auteur n'excède pas quatre ans, ce que prévoyait le livre 2 du nouveau Code pénal. Le délégué a déclaré à ce sujet qu'il s'agissait d'une erreur et que cette mention serait omise : « Deze passage zal bijgevolg nog verwijderd moeten worden om in overeenstemming te zijn met het voorontwerp van wet ».

¹⁰ Voir la recherche scientifique citée dans *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-3651/001, p. 365, *Doc. parl.*, Chambre, SE, 2019, n° 55-417/001, p. 363 et *Doc. parl.*, Chambre, 2019-20, n° 55-1011/001, p. 338.

reste pas moins qu'il devra pouvoir démontrer pourquoi il est arrivé à ce choix et qu'à cet égard, il a pris en considération tous les éléments pertinents. Ceci s'impose d'autant plus qu'il ressort de l'exposé des motifs que le dispositif en projet est essentiellement dicté par la lutte contre les abus et qu'il ne s'agit pas de sanctionner les actes sexuels consensuels, ce qui soulève des questions concernant l'application de ce dispositif à des actes sexuels librement consentis entre ou avec des mineurs âgés de moins de seize ans.

Article 12

7. L'article 417/12, alinéa 1^{er}, en projet, du Code pénal définit la notion de « viol » comme « tout acte commis sciemment et volontairement qui consiste en ou se compose d'une pénétration sexuelle de quelque nature et par quelque moyen que ce soit, commise sur une personne ou avec l'aide d'une personne qui n'y consent pas ».

En ce qui concerne la notion de « pénétration sexuelle », l'exposé des motifs précise notamment ce qui suit :

« La question se pose de savoir s'il est utile de mieux délimiter la notion de 'pénétration sexuelle'. De nombreux cas qui, de manière intuitive, ne sont pas qualifiés de viols, pourraient alors être étiquetés comme tels en raison d'une interprétation trop stricte. Bien qu'entretemps, la jurisprudence ait évolué dans l'autre sens (Bruxelles, 8 avril 1998, R.W., 1998-1999, p. 505), un baiser forcé avec la langue pourrait, selon la lettre de la loi, relever de la qualification de viol pour autant qu'un caractère sexuel puisse être attaché à ce baiser (Voir toutefois auparavant aux Pays-Bas : Hoge Raad, 21 avril 1998, NJ, 1998, p. 781. Actuellement, le baiser forcé avec la langue ne constitue plus un viol aux Pays-Bas (Hoge Raad, 12 mars 2013). (...) ».

Toutefois, l'exposé des motifs mentionne également qu'une « description plus restrictive » de la notion de « viol » qui vise « en premier lieu des pénétrations forcées avec le pénis quel que soit l'endroit, ainsi que des pénétrations forcées du vagin et de l'anus quel que soit le moyen » « ne correspond pas tout à fait à la définition avancée à l'article 36 de la Convention d'Istanbul sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique. La pénétration sexuelle non consensuelle y est définie comme 'la pénétration vaginale, anale ou orale non consentie, à caractère sexuel, du corps d'autrui avec toute partie du corps ou avec un objet' ».

À la question de savoir si, à la lumière de ce qui précède, il s'agit néanmoins de considérer un baiser forcé avec la langue comme une forme de viol, le délégué a répondu en ces termes :

« Nee, dat is niet de bedoeling.

Volgens een strikte interpretatie van de strafwet zou een tongzoen een 'penetratie' kunnen zijn en dus als een verkrachting kunnen worden beschouwd. Een tongzoen heeft steeds een seksueel karakter maar de vraag die zich stelt, is of een tongzoen als een strafbare penetratie kan worden beschouwd en als dusdanig als verkrachting. In de MvT staat op pagina 34 dat dit een situatie is die letterlijk dus wel als verkrachting kan beschouwd worden maar intuïtief niet als een verkrachting kan gezien worden (maar bvb wel als een aantasting van de seksuele integriteit bvb.). Bij onduidelijkheid kan de

strafwet evolutief geïnterpreteerd worden. De rechtspraak is reeds in die richting geëvolueerd (zie het voorbeeld in de MvT: Brussel 8 april 1998, RW 1998-1999, 505).

Het voorbeeld dat in de MvT werd aangehaald gaat over het vonnis van de correctionele rechtbank Brussel van 8 april 1998. Uit de bijhorende noot van A. Vanderplas blijkt: 'Wie een slachtoffer in het aangezicht grijpt en verwondt, terwijl hij zijn tong kwaadschiks in diens mond brengt, pleegt geen verkrachting of geen aanranding van de eerbaarheid, maar maakt zich schuldig aan opzettelijke slagen en verwondingen. De verkrachting, die in artikel 375 Sw. wordt omschreven als 'elke daad van seksuele penetratie' vereist niet dat er een seksueel orgaan wordt gepenetreerd.'

Nog een ander voorbeeld uit de rechtspraak: Hof van Beroep te Antwerpen, 30/06/2016, RW 2017-2018: 'Een opgedrongen tongkus houdt geen seksuele penetratie in en kan derhalve niet worden beschouwd als verkrachting. Een dergelijke handeling kan echter wel worden beschouwd als een aanranding van de eerbaarheid, gepleegd met geweld of bedreiging.'

Indien we op zoek gaan naar de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever zien we dat bij de bespreking van het oorspronkelijke wetsontwerp inzake verkrachting (wet 1989) uitdrukkelijk gezegd is dat deze vorm van penetratie (nl. de opdrongen tongzoen) niet begrepen kan worden onder het door de wetgever bedoelde begrip 'verkrachting' (Zie Verslag namens de Commissie van Justitie, Parl. St. Senaat, 1981-82, nr. 306/3, p. 4). De Commissie was destijds eenparig van oordeel dat NIET onder de definitie van verkrachting kon worden begrepen:

- De opgedrongen tongkus,
- Een potlood ingebracht in het oor
- De tandarts met vinger/voorwerpen in de mond.

Daarenboven stelt de MvT dat dit artikel steeds moet worden geïnterpreteerd vanuit het criterium van een redelijk persoon. Samen met de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever in 1989, de verdere evolutieve interpretatie van de strafwet (maar geen analoge interpretatie), de voorbeelden uit de rechtspraak en het voorbeeld van de Hoge Raad in Nederland (dat ook in 1998 expliciet stelde dat een opgedrongen tongzoen niet als een verkrachting kan beschouwd worden wegens o.a. disproportioneel), zou dit misschien iets duidelijker in de MvT kunnen omschreven worden. Maar: zowel de rechtspraak in die richting als het voorbeeld uit Nederland werd reeds in de MvT vermeld waardoor het zeker niet als de bedoeling van de wetgever kan gezien worden dat een opgedrongen tongzoen vervolgd en bestraft kan worden als een verkrachting met minimum 10 jaar opsluiting ».

L'exposé des motifs doit en effet être adapté afin d'exprimer plus clairement l'intention du législateur.

Article 26

8.1. L'article 417/24, en projet, du Code pénal, contient un certain nombre de « facteurs aggravants » dont le juge tient compte lors du choix de la peine ou de la mesure et du taux de celles-ci, pour des faits constitutifs d'actes à caractère sexuel non consensuels.

Selon l'exposé des motifs, « [c]es figures juridiques – certes dénommées autrement – ont été inspirées par la proposition de la Commission de réforme du droit pénal ».

8.2. L'avant-projet de 'Code pénal - Livre Premier' avait en effet prévu une figure juridique analogue, fût-ce sous la dénomination « circonstances aggravantes ». À propos de ce régime, l'avis 60.893/3 a toutefois formulé les observations suivantes :

« Selon l'article 27 en projet, la loi peut prévoir des circonstances aggravantes que le juge doit prendre en considération lorsqu'il fait le choix et détermine le degré de la peine ou de la mesure, sans qu'il puisse imposer une peine d'un niveau plus élevé.

La portée de cette disposition manque de clarté. L'exposé des motifs indique d'une part, qu'il s'agit de 'circonstances [...] que le législateur souhaite voir prises en compte par le juge lorsqu'il détermine la peine' mais, d'autre part, qu'elles relèvent de 'l'appréciation du juge lors de la détermination de la peine', qu'elles 'n'entraînent pas ipso facto une peine supérieure' mais 'leur effet sur le choix et le taux de la peine relève du pouvoir discrétionnaire du juge', qui est invité à prendre cette circonstance en compte lors du choix de la peine et de la détermination de son taux. Il peut se déduire de cette considération que la circonstance aggravante ne constitue qu'une sorte de rappel par le législateur d'une circonstance qui pourrait avoir une incidence sur le choix par le juge de la peine et de son taux et à propos de laquelle le juge doit examiner s'il y accorde ou non une importance lorsqu'il statue à ce sujet. Abstraction faite de la question du sens d'une telle disposition, il y a lieu, si telle devait effectivement être la portée de l'article 27 en projet, de l'exprimer plus clairement dans le texte de l'article concerné »¹¹.

Ni le texte de l'avant-projet, ni son exposé des motifs ne contiennent cette précision.

8.3. À titre complémentaire, la question se pose de savoir si et dans quelle mesure la figure juridique des facteurs aggravants a une incidence sur l'obligation de motivation du juge. À ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Les facteurs aggravants constituent une nouvelle notion qui anticipe la distinction faite dans l'avant-projet de Code pénal entre les éléments aggravants (qui emportent une élévation du niveau de la peine) et les circonstances aggravantes (qui sont des circonstances dont le juge tient compte lors du choix et de la détermination du taux de la peine) »¹².

Pour les facteurs aggravants, la loi en projet ne prévoit donc pas de rehaussement du maximum ou du minimum de la peine mais donne une indication au juge à propos de circonstances dont il tiendra compte lorsqu'il fait le choix de la peine et qu'il en détermine le taux dans la fourchette légale entre le maximum et le minimum de la peine. Comme le facteur aggravant n'a pas d'incidence sur la hauteur de la peine prévue par la loi (peine théorique), ces facteurs relevant de l'appréciation du juge lors de la détermination de la peine, ces éléments ne doivent pas nécessairement être repris dans le libellé de la prévention et ils ne doivent pas faire l'objet d'une motivation particulière.

¹¹ Avis C.E. 60.893/3 du 27 mars 2017 sur un avant-projet de 'Code pénal - Livre Premier', observation 122.

¹² Note dans la réponse citée du délégué : J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS, Commission de réforme du droit pénal – Proposition d'avant-projet de Livre 1^{er} du Code pénal, Dossier n° 24 de la Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles, La Charte, 2017, pp. 53-56.; J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS, Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek, Bruges, La Charte, 2017, pp. 54-57.

Bovendien, vereist artikel 195 Sv. tweede lid geen afzonderlijke motivering voor elke opgelegde straf of maatregel noch voor de keuze van de straf en het bepalen van de strafmaat (Cass. 5 juni 2007 AC 2007, nr. 306) ».

8.4. L'article 195, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, auquel le délégué fait référence, prévoit que le jugement « indique, d'une manière qui peut être succincte mais doit être précise, les raisons du choix que le juge fait de telle peine ou mesure parmi celles que la loi lui permet de prononcer. Il justifie en outre le degré de chacune des peines ou mesures prononcées ».

Dès lors qu'il résulte de l'article 417/24, en projet, du Code pénal que le juge *doit tenir compte* des facteurs aggravants mentionnés dans cette disposition¹³, celle-ci semble, au moins dans certains cas, impliquer une obligation de motivation supplémentaire pour le juge. Ainsi, on aperçoit mal comment un juge, après avoir constaté la présence d'un des facteurs aggravants, pourrait encore infliger une peine minimale, sans la justifier.

Si telle n'était néanmoins pas l'intention, le texte de l'avant-projet devra être adapté (par exemple en prévoyant que le juge *peut* tenir compte des facteurs mentionnés à l'article 417/24, en projet, du Code pénal).

Il en va de même des articles 417/50 et 417/55, en projet, du Code pénal (articles 57 et 63 de l'avant-projet).

Article 43

9. L'intitulé de l'article 417/38, en projet, du Code pénal fait mention d'une *bande*, alors que dans cette disposition même, il est question d'une *association*.

À la question de savoir si ces deux notions ont la même portée et si le mot « association » concerne une association dotée de la personnalité juridique ou une association de fait, le délégué a répondu :

« L'article 43 fait référence à une association de fait. Le titre de l'incrimination indique la manière dont il faut comprendre le mots 'association' étant donné que le mot 'bande' y est mentionné. Ce mot signifie 'un groupe de personnes', 'une troupe' ».

La sécurité juridique requiert cependant d'utiliser une terminologie uniforme et cohérente dans l'ensemble de l'avant-projet, et en tout cas dans une seule et même disposition. Ainsi, compte tenu de l'explication donnée par le délégué, on pourrait écrire, tant dans l'intitulé que dans le texte de l'article 417/38, en projet, du Code pénal, « en groupe ».

Il en va de même des articles 417/46 et 433*quater*/3, en projet, du Code pénal (articles 52 et 76 de l'avant-projet).

¹³ Ce que confirme l'exposé des motifs, dès lors qu'il fait état de facteurs aggravants qui « *devront être pris en considération* par le juge lorsque celui-ci fait le choix et détermine le degré de la peine ou de la mesure ».

Article 48

10. Dans le texte néerlandais de l'article 417/43, alinéa 1^{er}, en projet, du Code pénal, on écrira « *In afwijking van artikel 42, 1°* » (au lieu de « *In afwijking op artikel 42, 1°* »).

Articles 49 à 55

11.1. Les articles 417/44 à 417/49, en projet, du Code pénal règlent l'incrimination d'images d'abus sexuel d'un mineur. C'est ainsi, notamment, que la diffusion, sciemment et volontairement, par quelque moyen que ce soit, d'images d'abus sexuels d'un mineur (article 417/45, en projet, du Code pénal ; article 51 de l'avant-projet) et l'accès, sciemment et volontairement, à des images d'abus sexuels d'un mineur au moyen des technologies de l'information et de la communication (d'article 417/48, en projet, du Code pénal ; article 54 de l'avant-projet) sont érigés en infraction. Par images d'abus sexuels d'un mineur, on entend notamment tout matériel représentant de manière visuelle, par quelque moyen que ce soit, un mineur se livrant à un comportement sexuellement explicite, réel ou simulé, ou représentant les organes sexuels d'un mineur à des fins principalement sexuelles (article 417/44, en projet, du Code pénal; article 50 de l'avant-projet).

11.2. L'exposé des motifs précise que « même le sexting primaire (c'est-à-dire les relations consenties entre des mineurs majeurs sexuellement qui créent et s'envoient des images avec un consentement mutuel) peut, à proprement parler, constituer une infraction à la législation sur la pédopornographie (article 383bis du Code pénal), alors qu'on peut faire valoir que cela fait partie de leur développement sexuel. Une action pénale ne serait donc pas souhaitable dans ce cas. Cette situation a été gardée à l'esprit lors de la réforme. Toutefois, il a été décidé de maintenir l'échange consensuel d'images sexuelles entre deux mineurs dans le champ de cette pénalisation, afin de conserver la possibilité de pouvoir poursuivre en cas de franchissement de la limite ».

Toutefois, il ne ressort pas des dispositions en projet que le sexting dit primaire est exclu du champ d'application de ces dispositions lorsqu'il n'est pas question de comportement franchissant la limite. Interrogé sur ce point, le délégué a déclaré :

« Met de grensoverschrijding wordt bedoeld het doorsturen van de beelden naar anderen/ tonen van de beelden aan anderen, zonder de toestemming van de persoon waarvan de beelden genomen werden. 'Primaire sexting' betekent dat er naaktbeelden/seksuele beelden onderling worden doorgestuurd, in het kader van een toestemming, een relatie onderling in het kader van normaal seksueel experimenteergedrag. De grens wordt overschreden van zodra deze beelden worden doorgestuurd naar derden. ('secundaire sexting') ».

11.3. Il découle, semble-t-il, de la réponse du délégué que les auteurs de l'avant-projet de loi considèrent que le sexting dit primaire, c'est-à-dire, la création et l'envoi d'images par consentement mutuel, n'est en soi pas regardé comme étant transgressif et qu'il ne peut être question de comportement transgressif que lorsque ces images sont transmises à des tiers.

Le sexting primaire n'étant pas considéré comme étant transgressif, il ne semble pas que l'intention soit d'y appliquer les incriminations prévues aux articles 417/45 et 417/48, en projet, ce qui ne ressort toutefois pas du texte de ces dispositions.

Le principe de légalité en matière pénale et la sécurité juridique exigent cependant que l'exception envisagée par les auteurs de l'avant-projet pour le sexting primaire soit inscrite dans le texte de l'avant-projet.

11.4. En outre, la question se pose de savoir comment les dispositions précitées, dans la mesure où elles s'appliquent au sexting dit secondaire, s'articulent avec l'article 417/10, en projet, du Code pénal (article 10 de l'avant-projet), qui incrimine la diffusion non consensuelle d'images et d'enregistrements à caractère sexuel. Ce point doit être clarifié dans l'exposé des motifs.

Article 61

12.1. L'article 417/53, en projet (article 61 de l'avant-projet), définit l'exhibitionnisme comme le fait d'« imposer à la vue d'autrui ses propres organes génitaux dénudés ou un acte à caractère sexuel dans un lieu public, dans le but d'assouvir ses propres pulsions sexuelles ».

Dans l'avis 64.121/1, le Conseil d'État a observé, à propos d'une disposition pénale au contenu analogue, ce qui suit :

« 48. Selon l'article T2C3-41, l'infraction d'exhibitionnisme doit se dérouler 'dans un lieu public'. Comme il a été observé au point 30, cette notion doit être précisée. Ainsi, on pourra relever ici également que l'on aperçoit mal si la diffusion d'une photo de ses propres parties génitales par courriel ou autres (les imposant de cette manière à certains destinataires) est visée par la définition de l'infraction.

Le délégué déclare à cet égard :

‘Dit is niet voorzien in de Memorie van Toelichting en was niet de bedoeling. Het is evenmin de bedoeling om ‘sexting’ te bestraffen. Men kan zich overigens de vraag stellen of het ongewenst verzenden van een mail met fotomateriaal van de eigen geslachtsdelen wel voldoet aan het oogmerk ‘de eigen seksuele driften te voldoen’. Indien het niet gaat over kinderpornografisch materiaal of extreem pornografisch materiaal, zal deze verspreiding inderdaad niet kunnen worden bestraft als exhibitionisme of verspreiding van kinderpornografisch materiaal’.

Il est recommandé de préciser ce point dans l'exposé des motifs ».

En ce qui concerne la condition de « lieu public », l'avis 64.121/1 a observé ce qui suit :

« 30.1. L'article TP-1, 22°, définit le terme ‘en public’. Pour un certain nombre d'infractions, le fait qu'elles aient été commises ‘en public’ constitue une condition pour l'incrimination.

30.2. Outre les références à la notion ‘en public’, le livre 2 en projet emploie également la notion ‘dans un lieu public’. Selon l'article T2C3-41, l'infraction d'exhibitionnisme doit se dérouler ‘dans un lieu public’. Cette notion n'est pas définie. Il ressort du commentaire de l'article que la notion ‘dans un lieu public’ est beaucoup plus

large que la notion 'en public' et vise aussi des lieux qui sont temporairement ou fortuitement à la disposition de la circulation publique en raison de leur destination. Les lieux privés aussi peuvent devenir publics par la circonstance d'une autre présence indésirable.

Cependant, ces lieux semblent également relever de la notion 'en public', à savoir l'article TP-1, 22°, deuxième et troisième tirets.

Le délégué a déclaré à cet égard :

‘ Concernant l'art T2H3-41, la publicité pour l'article T2H3-41 se réfère à l'interprétation de 'publiquement' de l'actuel article 385 CP. La condition s'entend de manière large, elle est remplie même si elle ne pourrait être vue que par un malheureux hasard ou si personne ne l'a vue et qu'elle a lieu dans un lieu public. Elle concerne les lieux accessibles au public, mais aussi les lieux publics en raison des circonstances. (Les infractions – Volume 3 : Les infractions contre l'ordre des familles, la moralité publique et les mineurs, Bruxelles, Larcier, 2011, pg 280-285). L'EDM précise que la notion de publicité diffère de celle d'en public. Le terme choisi pour cette infraction est 'dans un lieu public'. Ce terme est compris dans la définition d'en public' (1^{er} tiret) et correspond à l'actuel condition de publicité de l'article 383 al 2 du CP.’

Dès lors, on n'aperçoit pas clairement si le terme 'dans un lieu public' renvoie uniquement au premier tiret de la définition de 'en public', à savoir 'dans des réunions ou des lieux publics', ou s'il inclut également les cas visés aux deuxième et troisième tirets. Si tel n'est pas le cas, il ne sera par exemple pas question d'exhibitionnisme au sens de l'article T2C3-41, lorsque quelqu'un montre, dans un lieu quelconque, en présence de la personne visée et devant des tiers, ses propres organes génitaux dénudés afin d'assouvir ses propres pulsions sexuelles.

Les auteurs de l'avant-projet indiqueront suffisamment clairement quelle est la différence entre 'en public' et 'dans un lieu public' et adapteront éventuellement les dispositions concernées ».

12.2. En ce qui concerne l'exigence d'« un lieu public », l'avant-projet à l'examen, contrairement à l'avant-projet sur lequel l'avis 64.121/1 a été donné, ne comporte pas de définition générale de « en public ». Il ne définit pas davantage le terme « lieu public ». L'article 417/42, alinéa 1^{er}, 1°, en projet (article 47 de l'avant-projet) utilise la notion de « en public », mais ne la définit pas non plus.

En tout état de cause, le terme « lieu public » devrait être défini plus précisément, si non dans le texte de la disposition en projet même, du moins en tout cas dans l'exposé des motifs, éventuellement à l'aide de quelques exemples. Il faut de toute façon que la définition, éventuellement assortie d'exemples, fasse apparaître si ce terme a un sens plus étroit que la notion de « en public ». La question se pose ainsi de savoir si le fait d'« imposer à la vue d'autrui ses propres organes génitaux dénudés ou un acte à caractère sexuel » dans une réunion virtuelle mais librement accessible (par exemple une vidéo Facebook live), par rapport à une réunion physique librement accessible, entre dans le champ d'application de la disposition en projet.

12.3. Il ressort de la réponse susmentionnée du délégué donnée dans la demande d'avis 64.121/1 que le sexting dit primaire entre majeurs, à savoir l'échange par consentement mutuel d'images et d'enregistrements à caractère sexuel, n'est pas punissable. Lorsqu'il s'agit de sexting secondaire ou problématique, c'est-à-dire la transmission de ce type d'images et

d'enregistrements à des tiers sans le consentement de la personne concernée, l'article 417/10, en projet (article 10 de l'avant-projet), est applicable.

La question se pose de savoir si le fait de montrer ou de transmettre sans y être invité, c'est-à-dire sans consentement mutuel, ses propres images et enregistrements à caractère sexuel, est punissable. À cet égard, l'exposé des motifs mentionne ce qui suit :

« La réduction des infractions en matière d'outrage public aux bonnes mœurs n'a pas pour conséquence que l'envoi non demandé d'images d'organes génitaux (ce qu'on appelle les 'dickpics') cesse d'être punissable. Bien que ce comportement soit appelé 'exhibitionnisme numérique' dans le langage populaire, il convient d'insister sur le fait que quoi qu'il en soit, l'infraction 'outrage public aux bonnes mœurs' atteint ses limites, y compris dans la législation actuelle. La prémisse de la publicité risque en effet de ne pas être respectée. Il n'empêche que ce comportement peut être du harcèlement ».

À cet égard, on peut se reporter à l'observation 12.2 relative à l'opportunité de préciser le terme « lieu public ». C'est en effet de cette précision que dépendra la réponse à la question de savoir si la diffusion ou la transmission non sollicitée de ses propres images et enregistrements à caractère sexuel est punissable selon la disposition en projet, sans préjudice de l'applicabilité éventuelle de l'article 442bis du Code pénal (harcèlement).

Article 66

13. L'article 417/57, en projet (article 66 de l'avant-projet), prévoit la possibilité pour le juge d'ordonner la fermeture définitive complète ou partielle de l'établissement du condamné. Conformément à l'alinéa 2, cette fermeture implique « l'interdiction d'y exercer toute activité similaire à celle qui a conduit à la commission de l'infraction ».

On n'aperçoit pas clairement si cela signifie que, par exemple, dans le cas de la tenue d'une maison de débauche ou de prostitution où des mineurs se livrent à la débauche ou à la prostitution (article 417/31, en projet), seule l'activité de prostitution peut être interdite ou si, par exemple, les spectacles de strip-tease peuvent également être interdits, ainsi que d'autres activités telles que la tenue d'un bar. Le délégué y a répondu comme suit :

« La peine de fermeture de l'établissement prévue à l'article 417/57 se base sur la peine de fermeture proposée par la proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal (livre 1^{er} et 2) (Doc. parl., Chambre, 2019-2020, doc. n° 55-1011/001, p. 156). Le document parlementaire de cette proposition de loi donne des indications sur ce qu'il faut entendre par 'la fermeture de l'établissement implique l'interdiction d'y exercer toute activité similaire à celle qui a conduit à la commission de l'infraction'.

L'exposé des motifs indique ce qui suit : 'Afin de ne pas restreindre plus que nécessaire le droit de propriété, il n'est pas exclu d'utiliser l'immeuble en question pour exercer des activités totalement étrangères à l'infraction qui a justifié la fermeture. À titre d'exemple, un café qui a été fermé peut malgré tout encore être utilisé comme débarras.'

Il résulte de ce qui précède que le café ne peut pas rester ouvert pour la consommation d'alcool. Ces deux activités peuvent être liées. Par exemple, les personnes qui se prostituent peuvent bénéficier de réduction sur les boissons dans le café afin de faire venir de la clientèle. En même temps, ces personnes peuvent bénéficier d'un espace

dans le café pour mener leur activité de prostitution. Dit kan nog verduidelijkt worden in het voorontwerp van wet ».

Dans ce cas, la disposition en projet doit être reformulée, parce que, autrement, le terme « similaire » devrait être interprété de manière trop large. En effet, il est loin d'être évident que la simple tenue d'un bar ou d'un café puisse être considérée comme une activité « similaire » à la prostitution ou aux spectacles de strip-tease se déroulant dans le même immeuble.

Article 69

14. Le délégué a convenu que dans l'article 417/60, en projet (article 69 de l'avant-projet), la référence aux articles 417/55 et 417/57 doit être remplacée par une référence aux articles 417/57 et 417/59.

Articles 73 à 75

15. Le chapitre 3bis/1, que l'article 73 de l'avant-projet vise à insérer, doit être renuméroté IIIbis/1.

16. L'article 433*quater*/1, en projet (article 74 de l'avant-projet), fait état de « [l]'exploitation de la prostitution », qui est définie comme le fait d'« (...) obtenir, sciemment et volontairement, directement ou indirectement, un avantage anormal provenant de la prostitution d'une autre personne majeure », mais alors « hors les cas visées à l'article 433*quinquies*, § 1, 1° ». Cette dernière disposition mentionne le « fait de recruter, de transporter, de transférer, d'héberger, d'accueillir une personne, de prendre ou de transférer le contrôle exercé sur elle à des fins d'exploitation de la prostitution ou d'autres formes d'exploitation sexuelle ».

Invité à préciser la différence entre les deux dispositions, le délégué a répondu comme suit :

« Het verschil ligt in de ratio legis van de 2 strafbaarstellingen. Zie hiervoor de wet van 29 april 2013 die de definitie van mensenhandel heeft uitgebreid en de wet nu duidelijk elke vorm van seksuele uitbuiting strafbaar wil stellen. Het verschil ligt onder meer in het moreel element. La traite des êtres humains est une infraction à dol spécial, le but du recrutement est d'exploiter plus tard, que l'exploitation ait finalement lieu ou non.

Bij artikel 433*quater*/1 ligt het moreel element in het wetens en willens een abnormaal voordeel halen uit andermans prostitutie, daar waar bij mensenhandel een in de wet vereist doel moet worden nagestreefd. Er kan met andere woorden niet echt gesproken worden over een uitbuiting, maar wel van het misbruik maken van de zwakke positie waarin de prostituee zich bevindt door bijvoorbeeld heel hoge prijzen voor kamers aan te rekenen om de prostitutie-activiteit te verrichten. Ou imposer un partage des gains.

Verder is voor mensenhandel vereist dat de materiële gedraging bestaat uit de werving, het vervoer, de overbrenging, de huisvesting, de opvang van een persoon, het nemen of de overdracht van de controle over hem, terwijl voor het nieuwe misdrijf 'uitbuiting van prostitutie' deze beperking niet wordt gesteld.

Het is uitdrukkelijk de bedoeling dat deze bepaling een vangnet biedt om het misbruik van de prostitutie van een ander te kunnen bestraffen in die gevallen waarin niet is voldaan aan de (strengere) vereisten inzake mensenhandel. Deze wetswijziging opent verder de deur naar het voorzien van een sterker sociaal statuut voor prostituees om hun beroep te kunnen uitoefenen, zonder dat iemand (par exemple, le comptable, le chauffeur, le bailleur non abusif) een ‘abnormaal’ voordeel haalt uit diens activiteiten. Het halen van een abnormaal voordeel uit andermans prostitutie is nog iets anders dan het effectief uitbuiten van een prostituee.

Het is echter wel mogelijk dat de titel verwarring schept. Aangezien de uitbuiting van prostitutie ook gevisieerd wordt en zal worden in de artikelen rond mensenhandel, zou de titel hier misschien kunnen herschreven worden bvb ‘het abnormaal voordeel halen uit prostitutie’? ».

Il serait en effet plus clair de modifier les intitulés du chapitre 2 de l’avant-projet, du chapitre 3bis/1 (lire : IIIbis/1), en projet, et des articles 433quater/1 et 433quater/2, en projet, dans le sens proposé.

Il n’en demeure pas moins que la notion « obtenir un avantage anormal provenant de la prostitution d’une autre personne majeure » n’est pas claire et que le critère formulé par le délégué, à savoir abuser de la position de faiblesse dans laquelle se trouve cette personne ne ressort pas du texte, pas même de l’exposé des motifs. Il faut y remédier. En outre, il est conseillé de donner dans l’exposé des motifs quelques exemples des incriminations visées.

Articles 78 à 93

17. Les articles 78 à 93 de l’avant-projet visent à adapter certaines références dans le Code pénal et dans le Code d’instruction criminelle. Pour l’essentiel, ces adaptations consistent à remplacer les références aux dispositions abrogées par l’article 96 de l’avant-projet par des références aux dispositions pénales en projet qui s’y substituent ou à supprimer purement et simplement de telles références (pour les articles 80 à 82 de l’avant-projet).

La question se pose toutefois de savoir si, à cet égard, on a systématiquement réexaminé d’une manière plus générale, du point de vue de la cohérence, quels sont les délits sexuels en projet qui doivent entrer dans le champ d’application de la disposition concernée du Code pénal ou du Code d’instruction criminelle, telles les dispositions relatives à la mise à disposition du tribunal d’application des peines ¹⁴, au secret professionnel ¹⁵ et à la prescription de l’action publique ¹⁶. La réforme générale du droit pénal sexuel donne en effet une excellente occasion de se livrer à un tel exercice.

¹⁴ Articles 34bis et suivants du Code pénal.

¹⁵ Articles 458 et suivants du Code pénal.

¹⁶ Articles 20 et suivants du titre préliminaire du Code de procédure pénale.

Il ressort des réponses du délégué aux questions du membre compétent de l'auditorat portant sur l'absence de certaines références que cet exercice n'a pas eu lieu ¹⁷. Les auteurs du projet doivent dès lors réexaminer les dispositions existantes faisant référence à certains délits sexuels. La simple reproduction, au moyen d'une table de concordance, des dispositions qui correspondent sur le fond aux dispositions à abroger n'est pas suffisante. Ainsi, le Conseil d'État n'aperçoit pas clairement pourquoi la disposition concernant le traitement à huis clos par la juridiction de jugement ¹⁸ ne devrait pas, selon le délégué, faire référence aux articles 417/51, 417/52, 417/53 et 417/54, en projet (qui concernent la production et la diffusion de messages à caractère extrêmement pornographique ou violent et l'exhibitionnisme). Le simple fait que la réglementation actuelle ne renvoie pas aux dispositions pénales qui y correspondent actuellement ne constitue en tout cas pas une justification convaincante.

Article 94

18. L'article 94 de l'avant-projet apporte une modification à l'article 8, alinéa 1^{er}, de la loi du 29 juin 1964 « concernant la suspension, le sursis et la probation », qui revient à élargir la possibilité pour une juridiction de jugement de différer l'exécution (d'une partie) des peines principales et accessoires du fait de la suppression de la condition selon laquelle le condamné n'a pas encore été condamné à une peine criminelle ou à une peine d'emprisonnement principale de plus de trois ans ou à une peine équivalente prise en compte conformément à l'article 99bis du Code pénal.

Le délégué a commenté cette disposition comme suit :

« Artikel 94 verwijst naar de afschaffing van de gerechtelijke antecedenten voor het kunnen opleggen van een probatie-uitstel. De ratio legis van de afschaffing van de gerechtelijke antecedenten ligt in het feit dat het met dit wetsontwerp moet kunnen mogelijk gemaakt worden dat alternatieve straffen opengesteld worden voor seksuele misdrijven. In het kader van een probatie-uitstel kan een behandeling en begeleiding van seksuele delinquenten interessant zijn. De afschaffing van de gerechtelijke antecedenten om een probatie-uitstel te kunnen opleggen is daar een belangrijke opening toe (zie de MvT. p. 98 : 'Om de mogelijkheden tot behandeling of therapie te kunnen optimaliseren, moet er ook worden afgestapt van de premisse m.b.t. gerechtelijke antecedenten bij probatie-uitstel. Het is immers niet opportuun dat een veroordeling uit het verleden (mogelijk voor een compleet ander type misdrijf) zou verhinderen dat een straf met (al dan niet gedeeltelijk) probatie-uitstel zou kunnen worden opgelegd aan een dader die

¹⁷ C'est ainsi qu'il ressort en tout cas de ces réponses que l'article 34quater, en projet, du Code pénal (article 79 de l'avant-projet) doit également viser l'article 417/21 et que l'article 458bis, en projet, du Code pénal (article 83 de l'avant-projet) doit également viser les articles 417/21 et 417/36, en projet, et que la question se pose de savoir s'il ne faut pas également y viser l'article 417/48. Le délégué a confirmé qu'à l'article 21bis du titre préliminaire du Code de procédure pénale (article 86 de l'avant-projet) il faut également faire référence aux articles 417/21, 417/36 et 417/38, en projet, que les références figurant dans l'article 91bis, en projet, du Code d'instruction criminelle (article 89 de l'avant-projet) aux articles 417/59, 417/61 et 417/62, en projet, doivent être omises et qu'une référence aux articles 417/21, 417/36 et 417/38 doit être ajoutée (de même sans doute que pour l'article 92, en projet, du Code d'instruction criminelle (article 90 de l'avant-projet)). De l'avis du délégué, l'article 190, en projet, du Code d'instruction criminelle (article 91 de l'avant-projet) doit également viser l'article 417/48, en projet. L'article 629, en projet, du Code d'instruction criminelle (article 93 de l'avant-projet) doit également viser les articles 417/52 et 417/54, en projet (et la question se pose de savoir s'il ne faut pas également viser l'article 417/51, en projet).

¹⁸ Article 190 du Code d'instruction criminelle, modifié par l'article 91 de l'avant-projet.

gebaat zou zijn bij een bepaalde vorm van behandeling om zo niet langer een gevaar te vormen voor de samenleving.’). Er wordt gekeken hoe dit nog verduidelijkt kan worden in de memorie ».

La disposition en projet est à peine évoquée dans le texte actuel de l'exposé des motifs ¹⁹, alors qu'il s'agit cependant d'une adaptation importante qui, au demeurant, dépasse le cadre du droit pénal sexuel. Indépendamment même de la question de savoir s'il ne serait pas préférable d'inclure la disposition en projet dans un avant-projet de loi distinct ou si, à tout le moins, l'intitulé de l'avant-projet à l'examen ne devrait pas être adapté, l'exposé des motifs doit, en tout cas, être complété.

Article 95

19.1. L'article 95 de l'avant-projet est une disposition autonome qui prévoit que les références aux dispositions abrogées par l'article 96 de l'avant-projet, ainsi qu'à leurs subdivisions ou à leurs groupements, qui sont contenus dans les lois ou les arrêtés d'exécution existants, s'entendent comme des références aux dispositions équivalentes du chapitre 1^{er}*bis* du titre VIII du Livre 2 du Code pénal, à leurs subdivisions ou à leurs groupements, conformément au tableau de concordance figurant en annexe.

Cette disposition donne suite, du moins en ce qui concerne les nouvelles dispositions relatives au droit pénal sexuel, à une observation formulée dans l'avis 64.121/1 précité, qui relevait ce qui suit :

« 18. Ainsi qu'il a été observé précédemment, le livre 2, en projet, reproduit, dans une formulation adaptée, le contenu de nombreuses dispositions du livre 2 actuel du Code pénal. Il est fortement recommandé de joindre à l'avant-projet un tableau permettant d'identifier quelles sont les dispositions du nouveau livre 2 qui reproduisent ou remanient d'anciennes dispositions. Par ailleurs, ce tableau doit également faire apparaître quelles dispositions du Code pénal actuel ne sont pas reproduites (et entraînent donc la disparition de l'incrimination distincte) et quelles dispositions reproduisent des dispositions pénales d'autres lois pénales particulières.

Ce qui précède revêt une importance capitale pour la pratique judiciaire, également afin de pouvoir identifier plus facilement les cas dans lesquels une incrimination est élargie. Eu égard au principe de légalité (voir l'article 1^{er} du livre premier du Code pénal), nul ne peut être puni, sur la base d'une incrimination plus large, pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition, et en raison du principe de l'application de la loi pénale dans le temps (voir l'article 2 du livre 1^{er} du Code pénal), en cas de modification de la loi pénale postérieurement à l'infraction, les dispositions les plus favorables doivent être appliquées à son auteur ».

19.2. Il n'empêche que le tableau de concordance, qui n'a d'ailleurs été transmis au Conseil d'État qu'à la demande du membre compétent de l'auditorat, présente des lacunes, comme l'a révélé un simple contrôle par coup de sonde de celui-ci.

¹⁹ L'article 94 de l'avant-projet ne fait même pas l'objet d'un commentaire spécifique dans le commentaire des articles.

C'est ainsi que des dispositions qui sont abrogées par l'article 96 de l'avant-projet ne figurent toutefois pas dans le tableau de concordance ²⁰. Dans le temps limité qui lui est imparti pour examiner l'avant-projet concerné, le Conseil d'État n'a pas été en mesure de vérifier si ces lacunes peuvent poser problème dans certains cas.

On n'aperçoit pas clairement à quoi se rapporte la mention « (onder 14 jaar) » dans les dispositions nouvelles en projet, qui correspondent sur le fond à l'actuel article 380 du Code pénal. Il est possible qu'elle concerne une version antérieure de l'avant-projet, qui utilisait une autre limite d'âge, mais la mention doit au moins être adaptée ou omise.

L'actuel article 380 du Code pénal définit des faits qui concernent aussi bien des majeurs que des mineurs, alors que les articles visés dans le tableau de concordance ne concernent que les mineurs (qu'ils aient ou non moins de seize ans accomplis).

Les auteurs de l'avant-projet doivent dès lors soumettre ce tableau de concordance à un nouvel examen approfondi afin qu'il contribue effectivement à la sécurité juridique, notamment au regard du principe de légalité en matière pénale, qui a déjà été évoqué dans l'observation de l'avis précitée.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Astrid TRUYENS

Wilfried VAN VAERENBERGH

²⁰ Tel l'article 371/1, § 4, du Code pénal.