

Projet de loi

portant

- 1) approbation du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, signé à Palerme, le 12 décembre 2000, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000**
- 2) modification du Code pénal**
- 3) modification du Code d'instruction criminelle**
- 4) modification de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration.**

Avis du Conseil d'Etat

(14 février 2012)

Par dépêche du 13 octobre 2011, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de la Justice.

Le texte du projet de loi était accompagné du texte du protocole à approuver, d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles ainsi que d'une fiche d'évaluation d'impact.

Considérations générales

Le projet de loi sous avis vise à approuver formellement le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, qui a pour objet de prévenir et de combattre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer et de promouvoir la coopération entre les Etats Parties, tout en protégeant les droits des migrants qui font l'objet d'un tel trafic. Le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer est conçu comme le complément de la Convention contre la criminalité transnationale organisée qui a été approuvée par la loi du 18 septembre 2007. Il est interprété conjointement avec la Convention, et les infractions prévues par le Protocole sont considérées comme des infractions établies, ce qui permet de leur appliquer *mutatis mutandis* les dispositions de la Convention relatives à l'extradition, l'entraide judiciaire et la coopération policière.

Le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer est le pendant du Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, qui a été approuvé par la loi du 13 mars 2009 relative à la traite des êtres humains. Le trafic et la traite de personnes sont des concepts distincts et

bien différenciés selon les définitions des Protocoles de Palerme. Le trafic illicite de migrants implique le fait d'assurer, afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel, l'entrée illégale dans un Etat Partie d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet Etat, tandis que l'élément essentiel de l'infraction de la traite est celui de l'exploitation de l'être humain.

Examen des articles

Article 1^{er}

Cet article porte approbation du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, signé à Palerme, le 12 décembre 2000, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 et ne donne pas lieu à observation.

Article 2

Point 1

Un nouveau chapitre VI-II intitulé « Du trafic illicite des migrants » et comportant les nouveaux articles 382-4 et 382-5 est introduit au Titre VII du Livre II du Code pénal.

Le Protocole (article 6) oblige les Etats à introduire dans leur législation pénale les infractions suivantes:

- le trafic illicite de migrants tel que défini à l'article 3 du Protocole;
- certains agissements commis en vue de faciliter le trafic de migrants: fabrication, fourniture ou possession de documents frauduleux;
- le fait de permettre le séjour illégal sur le territoire d'un étranger.

Ces incriminations visent à rapprocher les législations en matière de lutte contre les filières d'immigration clandestine. A cet égard, le Protocole s'inscrit dans la même approche que la stratégie adoptée par la directive 2002/90 du Conseil de l'Union européenne du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers.

Les auteurs du projet de loi proposent d'intégrer la disposition figurant à l'article 143 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration dans le Code pénal. A l'origine, ce texte figurait à l'article 33 de la loi modifiée du 28 mars 1972 concernant 1. l'entrée et le séjour des étrangers; 2. le contrôle médical des étrangers; 3. l'emploi de la main-d'œuvre étrangère, qui avait été modifié par la loi du 21 décembre 2006 en vue de la transposition de la directive 2002/90 citée ci-dessus. Cet article a été repris par la loi du 29 août 2008 qui, dans le souci d'une transposition conforme de la directive précitée, a étendu la notion de territoire aux Etats membres de l'Union européenne et à l'Espace Schengen. De même, le taux de la peine d'emprisonnement a été relevé en 2008 dans le but de rendre applicables les articles 324bis et suivants du Code pénal relatifs à l'organisation criminelle.

Les auteurs du projet de loi optent pour intégrer les infractions établies par le Protocole et la directive 2002/90 dans le Code pénal. Cette approche diffère de celle adoptée par les législateurs belge et français qui ont intégré ces dispositions dans leurs lois sur l'immigration.¹ Ceci s'explique par le fait que le trafic est essentiellement considéré comme une infraction à la législation migratoire, une forme de facilitation de la migration irrégulière « assistée par des tierces personnes ». Dans la mesure où les auteurs semblent vouloir établir un parallèle entre les deux Protocoles additionnels à la Convention des Nations Unies, le Conseil d'Etat ne s'oppose pas à la démarche adoptée.

L'alinéa 1^{er} de l'article 382-4 reprend le libellé de l'article 143 de la loi du 29 août 2008, sauf à en modifier les peines. Actuellement sont prévues une peine d'emprisonnement de six mois à cinq ans et une amende de 500 à 125.000 euros. Le présent projet de loi vise à changer de nouveau le taux des peines et fixe la peine d'emprisonnement à une durée entre trois et cinq ans et l'amende à un taux de 10.000 à 50.000 euros. Le commentaire de l'article reprend exactement la même argumentation que celle avancée par les auteurs de la loi du 29 août 2008. Le Conseil d'Etat estime que le changement proposé ne se justifie guère pour les motifs indiqués par les auteurs. Par contre, si les auteurs souhaitent établir un certain parallélisme entre les peines prévues par l'article 382-1 du Code pénal pour l'infraction de la traite des êtres humains, la modification proposée peut se justifier.

A l'alinéa 2 du nouvel article 382-4, les auteurs du projet de loi s'inspirent largement de l'article L. 622-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile français. Cependant, le législateur français a prévu dans le contexte de la législation migratoire, sous le chapitre « Aide à l'entrée et au séjour irréguliers », d'autres dispositions qui ne sont pas reprises par le présent projet de loi.

Les auteurs adoptent une position plus restrictive que celle prévue par l'article 6 du Protocole qui précise les actes auxquels il y a lieu de conférer le caractère d'infraction pénale. En effet, selon le Protocole, la caractérisation de l'infraction pénale comprend deux éléments: les infractions visées par le Protocole doivent être commises intentionnellement et elles doivent s'adresser à obtenir, directement ou indirectement, un bénéfice économique ou autre bénéfice d'ordre matériel. De cette façon, ne seront pénalisées ni les organisations humanitaires puisqu'elles ne poursuivent pas un profit, si elles se limitent à prêter assistance aux personnes qui fuient la persécution et la violence, ni les personnes qui agissent en raison de liens familiaux ou d'attaches amicales avec le migrant.

La formulation retenue par le projet de loi diffère de celle du Protocole alors que l'aide à l'entrée et la circulation illégales est incriminée, même si l'auteur de l'infraction n'en a pas tiré un avantage financier ou matériel. Seule l'aide au séjour irrégulier doit être faite dans un but lucratif pour tomber sous l'incrimination prévue.

¹ Loi belge du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, article 77; Code français de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, Livre VI, Titre II, Chapitre II « Aide à l'entrée et au séjour irréguliers ».

L'alinéa 2 diffère également de l'infraction prévue à l'alinéa 1^{er} de l'article 382-4 qui prévoit un dol spécial pour l'infraction commise sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne ou le territoire Schengen. Cette approche paraît d'autant plus déconcertante que le territoire d'un Etat partie au Protocole visé à l'alinéa 2 peut parfaitement être un Etat de l'Union européenne ou de l'espace Schengen. Pour éviter toute incohérence qui risque de créer une insécurité juridique, le Conseil d'Etat insiste sur la mise en conformité du libellé des deux alinéas proposés, faute de quoi il se verra dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel. Le cas échéant, la notion de territoire figurant à l'alinéa 1^{er} pourrait utilement être étendue au territoire d'un Etat partie au Protocole prévu à l'alinéa 2, de sorte que cet alinéa deviendrait superfétatoire et pourrait être supprimé.

Les auteurs ne reprennent pas expressément l'infraction prévue à l'article 6 du Protocole relative aux documents de voyage ou d'identité frauduleux mais optent pour une formule qui cherche à englober tous les éléments de l'article 6 du Protocole. Le Conseil d'Etat marque son accord à cette approche.

L'article 382-5 sous objet prévoit les cas dans lesquels l'infraction du trafic illicite devient un crime. Sont prévus comme circonstances aggravantes le cas où l'infraction a délibérément ou par négligence grave mis ou risqué de mettre la vie de la victime en danger et celui où l'infraction a donné lieu à un traitement inhumain ou dégradant. Ce libellé a été repris de l'article 6, paragraphe 3 du Protocole. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la précision de ce concept utilisé en tant que circonstance aggravante. Ce concept non autrement défini et laissé à l'unique appréciation des tribunaux soulève des problèmes de sécurité juridique. S'il est vrai que cette terminologie a déjà été employée à l'article 260-1 du Code pénal, elle se lit dans ce dernier contexte en relation avec l'effet sur la personne de la victime².

Par ailleurs, l'article 382-2 énumère de façon explicite les circonstances aggravantes prévues dans le cadre de l'infraction de la traite des êtres humains. Le Conseil d'Etat recommande aux auteurs de préciser le concept du traitement inhumain ou dégradant. Tant la législation belge que la législation française pourraient servir d'inspiration.³

² **Art. 260-1.** (L. 24 avril 2000) Toute personne, dépositaire ou agent de l'autorité ou de la force publiques, toute personne chargée d'un service public ou toute personne agissant à l'instigation ou avec le consentement exprès ou tacite de l'une de ces personnes, qui aura intentionnellement infligé à une personne des actes de torture au sens de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, en lui causant une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, est punie de la peine de réclusion de cinq à dix ans.

Art. 260-2. (L. 24 avril 2000) Si les actes de torture ont causé une maladie ou une incapacité de travail personnel, la peine est celle de la réclusion de dix à quinze ans.

³ *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile français:*

Art. L. 622-5. Les infractions prévues à l'article L. 622-1 sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 750 000 Euros d'amende: 1° Lorsqu'elles sont commises en bande organisée; 2° Lorsqu'elles sont commises dans des circonstances qui exposent directement les étrangers à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente; 3° Lorsqu'elles ont pour effet de soumettre les étrangers à des conditions de vie, de transport, de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité de la personne humaine; 4° Lorsqu'elles sont commises au moyen d'une

Point 2

Le renvoi, aux nouveaux articles 382-4 et 382-5, à l'article 506-1 du Code pénal ne donne pas lieu à observation.

Article 3

L'adaptation de l'article 48-7 du Code d'instruction criminelle suite à l'introduction des nouveaux articles 382-4 et 382-5 au Code pénal ne donne pas lieu à observation.

Article 4

Les modifications prévues à la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration s'imposent du fait de l'intégration des dispositions de l'article 143 de la prédite loi dans le Code pénal. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 14 février 2012.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Pour le Président,
La Vice-Présidente,

s. Viviane Ecker

habilitation ou d'un titre de circulation en zone réservée d'un aérodrome ou d'un port; 5° Lorsqu'elles ont comme effet, pour des mineurs étrangers, de les éloigner de leur milieu familial ou de leur environnement traditionnel.

Loi belge du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers:

Art. 77ter. L'infraction prévue à l'article 77bis sera punie de la réclusion de cinq ans à dix ans et d'une amende de sept cent cinquante euros à septante-cinq mille euros lorsqu'elle aura été commise:

- 1° par une personne qui a autorité sur la victime, ou par une personne qui a abusé de l'autorité ou des facilités que lui confèrent ses fonctions;
- 2° par un officier ou un fonctionnaire public, un dépositaire ou un agent de la force publique agissant à l'occasion de l'exercice de ses fonctions.

Art. 77quater. L'infraction prévue à l'article 77bis sera punie de la réclusion de dix ans à quinze ans et d'une amende de mille euros à cent mille euros dans les cas suivants:

- 1° lorsque l'infraction a été commise envers un mineur;
- 2° lorsqu'elle a été commise en abusant de la situation particulièrement vulnérable dans laquelle se trouve une personne, en raison de sa situation administrative illégale ou précaire, de sa situation sociale précaire, d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale, de manière telle que la personne n'a en fait pas d'autre choix véritable et acceptable que de se soumettre à cet abus;
- 3° lorsqu'elle a été commise en faisant usage, de façon directe ou indirecte, de manœuvres frauduleuses, de violence, de menaces ou d'une forme quelconque de contrainte;
- 4° lorsque la vie de la victime a été mise en danger délibérément ou par négligence grave;
- 5° lorsque l'infraction a causé une maladie paraissant incurable, une incapacité permanente physique ou psychique, la perte complète d'un organe ou de l'usage d'un organe, ou une mutilation grave;
- 6° lorsque l'activité concernée constitue une activité habituelle;
- 7° lorsqu'elle constitue un acte de participation à l'activité principale ou accessoire d'une association, et ce, que le coupable ait ou non la qualité de dirigeant.