



Commission de la Justice du Sénat

23 janvier 2013

Note relative au projet de loi modifiant le livre II, titre 1^{er} ter du Code pénal (DOC 5 – 1905/1)

Introduction

Le présent projet de loi a, entre autres, comme objectif la transposition en droit belge de la décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil de l'Union Européenne du 28 novembre 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme.

Le projet de loi, qui contient une extension sensible de la législation anti-terroriste existante, est principalement problématique concernant l'introduction d'un article 140bis qui rend punissable « *toute personne qui diffuse ou met à disposition du public de toute autre manière un message, avec l'intention d'inciter à la commission d'une des infractions visées à l'article 137, (...) lorsqu'un tel comportement, qu'il préconise directement ou non la commission d'infractions terroristes, crée le risque qu'une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises* ».

La Ligue des Droits de l'Homme estime que ce projet pose d'importantes questions du point de vue du respect des libertés fondamentales.

Une question de démocratie parlementaire

Début 2008, la proposition de décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil de l'Union européenne du 28 novembre 2008 avait été soumise au législateur fédéral pour effectuer un contrôle de subsidiarité (processus pré-Lisbonne).

Tant la Commission de la Justice de la Chambre des Représentants que celle du Sénat avaient exprimé de sérieuses réserves quant à cette proposition.

Ainsi, la Commission de la Justice de la Chambre a, entre autres, demandé à la Commission européenne :

« – d'éclaircir la portée de la notion de «provocation publique» ;
– d'analyser les effets de l'incrimination de la «provocation publique à commettre une infraction terroriste» et de l'incrimination des actes préparatoires (...), notamment leur compatibilité avec la liberté d'expression,

*d'association et de liberté de la presse consacrée par la Convention européenne des droits de l'homme ; (...)
– de démontrer que l'adoption d'une incrimination pénale aussi largement définie présentera les garanties indispensables en termes de lisibilité et de prévoyance qui doivent caractériser toute législation pénale ; (...). »¹*

La Commission de la Justice du Sénat avait été encore plus loin. En effet, tout en se ralliant à la nécessité « de régler au niveau européen la sanction du terrorisme en raison du caractère international du terrorisme et du caractère transfrontière de l'utilisation d'internet à des fins de terrorisme », le Sénat avait demandé que la Commission européenne « démontre de manière plus précise en quoi les législateurs nationaux ne seraient pas en mesure de réagir adéquatement par rapport à des comportements inacceptables tels que la provocation directe à commettre des délits terroristes ». Des réserves importantes concernant le principe de subsidiarité avaient ainsi été exprimées par le législateur.

Concernant la proportionnalité, l'avis de la Commission du Sénat était encore plus tranché. Il contient notamment les réserves suivantes :

*« — émet des réserves en l'absence d'éléments suffisants permettant d'évaluer la pertinence et tous les effets des mesures proposées, en particulier l'incrimination de la « provocation publique à commettre une infraction terroriste » telle que définie dans la proposition de décision-cadre et l'incrimination des actes préparatoires aux trois nouvelles infractions visées par la proposition;
— souhaite qu'il soit démontré que les mesures envisagées — et en particulier les incriminations précitées — n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs poursuivis, et ne portent pas atteinte aux droits et libertés fondamentaux tels que la liberté d'opinion, d'expression, d'association et la liberté de la presse. À cet égard, la Commission relève, de façon plus générale, l'absence à ce jour d'un équilibre entre la coopération sur le plan sécuritaire et la coopération sur le plan des droits et libertés individuelles au sein de l'Union; (...)
— rappelle qu'il s'impose de respecter strictement le principe de légalité, ce qui requiert une définition claire du champ d'application de l'incrimination.² »*

Cet avis a été émis à l'unanimité des sénateurs, majorité et opposition réunies. On constate donc que les Commissions des assemblées législatives auxquelles ce projet avait été soumis ont clairement indiqué leurs réserves.

Malgré cela, le Conseil Européen, qui n'est autre que la réunion intergouvernementale des différents pouvoirs exécutifs nationaux, a adopté la proposition initiale de la Commission sans tenir compte des observations importantes faites par les législateurs belges qui touchaient notamment à l'exercice des droits fondamentaux des citoyens.

C'est alors que le gouvernement belge revient devant le législateur avec un projet de loi qui n'est en rien différent de celui du texte qui avait initialement été rejeté, ou à tout le moins sévèrement remis en question, mais cette fois-ci avec l'argument selon lequel il est indispensable de voter ce texte car c'est une décision-cadre européenne.

Le pouvoir exécutif ne semble dès lors en rien tenir compte du point de vue exprimé par les députés et sénateurs. L'adoption ou la non-adoption du projet de loi actuel est donc une question qui touche directement à la démocratie parlementaire, au respect que l'Exécutif montre ou non à l'égard du pouvoir législatif et au respect que le pouvoir législatif se doit à lui-même.

¹ Chambre des Représentants, session 2007/2008 – 8 janvier 2008 – Avis de Subsidiarité - Rapport de Mme Clotilde NYSSSENS - DOC 52 0654/001, pp. 21-22.

² Sénat, session 2007/2008 - 16 janvier 2008 – Examen de la Subsidiarité – Conclusions de la Commission de la Justice - 4-508/2.

La nécessité d'évaluer les législations anti-terroristes

Le Conseil d'Etat, dans son avis concernant le présent projet, a estimé que « *la Cour constitutionnelle, dans l'arrêt n° 125/2005 du 13 juillet 2005, [a] déjà jugé auparavant que les incriminations de ces infractions terroristes sont conformes au principe de légalité en matière pénale. C'est pourquoi le Conseil d'Etat estime que les incriminations prévues dans les articles susmentionnés du projet de loi peuvent en principe se concilier avec le principe de légalité.* »³

C'est toutefois faire une lecture hors contexte de cet arrêt de la Cour constitutionnelle, portant sur la loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes. En effet, la Cour, dans cet arrêt, a bien estimé que « *le juge, comme il lui appartient de le faire lorsqu'il doit mesurer la gravité de faits qui lui sont soumis, devra apprécier cette intention non pas en fonction de conceptions subjectives qui rendraient imprévisible l'application de la disposition en cause mais en considération des éléments objectifs constitutifs de chaque infraction, en tenant compte des circonstances propres à chaque affaire* ». ⁴ Or, plus de 9 ans après l'entrée en vigueur de cette loi, force est de constater que les interprétations des juges sont fort divergentes quant à la portée de cette loi et des comportements qu'elle incrimine, cela en totale contradiction avec le principe de légalité des infractions pénales.

Cela ressort tant de la jurisprudence que de la doctrine.

Dans le premier cas, citons, parmi d'autres, l'affaire Kimyongür, qui a démontré à quel point la législation existante, et en particulier l'article 140 du Code pénal relatif au groupe terroriste, a déjà mené à des difficultés d'interprétation importantes. Ainsi, le Parquet fédéral et avec lui le tribunal correctionnel de Bruges et la Cour d'appel de Gand avaient estimé que les agissements de Bahar Kimyonür, qui se limitaient à la diffusion d'information, étaient des actes de participation à un groupe terroriste. La Cour d'appel d'Anvers et celle de Bruxelles avaient pour leur part estimé que les mêmes actes, au contraire, ne révélaient en rien un comportement délictueux et étaient des faits qui rentraient parfaitement dans le champ de la liberté d'expression. Or, les faits qui étaient soumis à ces différentes juridictions étaient rigoureusement les mêmes et aucun nouvel élément n'avait été amené en cours de procédure. Cela met en évidence le flou important qui résulte d'une formulation vague comme celle à laquelle fait référence le Conseil d'Etat ci-dessus.

Dans le deuxième cas, citons l'étude de Christophe Marchand, entre autres, qui met en évidence le flou qui réside dans la qualification de participation à un groupe terroriste devant les différentes juridictions belges, avec une divergence de vue entre juridictions francophones et néerlandophones qui, au départ du même texte, ont des appréciations fort différentes lorsqu'il s'agit de l'appliquer.⁵

Cela met en évidence avec force la nécessité, d'une part, de prévoir une définition claire des infractions pénales au regard du principe de légalité et, d'autre part, d'évaluer l'arsenal législatif adopté depuis 2003 pour lutter contre le terrorisme.

La liste des différents fiascos qui ont entaché la lutte belge contre le terrorisme est éloquent: affaire DHKP-C (aucune infraction terroriste retenue après 10 ans de procédure), affaire du Secours Rouge (aucune infraction terroriste retenue), affaire GICM (qui a déjà entraîné la condamnation de la Belgique par la Cour européenne des Droits de l'Homme à deux reprises⁶), affaire du PKK, affaire Sint Jansplein (13 acquittés sur

³ Avis du Conseil d'Etat n°51 806/3 du 18 septembre 2012 – DOC 53 2502/001 – p. 24.

⁴ Cour constitutionnelle, 13 juillet 2005, n° 125/2005, B.7.2.

⁵ C. MARCHAND, *Impact des nouvelles infractions terroristes quant à la qualification de participation à un groupe terroriste et à l'usage d'une preuve secrète devant le tribunal: commentaires d'un avocat* in F. GALLI et A. WEYEMBERGH, *EU Counter-terrorism offences – What impact on national legislation and case-law?*, Ed. De l'Université de Bruxelles, 2012, pp. 279-291.

⁶ Cour européenne des droits de l'Homme, *El Haski c. Belgique*, 25 septembre 2012; Cour européenne des droits de

14 inculpés), affaire Sayadi-Vincke (condamnation de la Belgique par le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies⁷), etc. Le bilan est calamiteux.

En 2009, le Parlement avait entrepris de procéder à une évaluation des législations visant à lutter contre le terrorisme⁸. Cette évaluation n'a malheureusement jamais été poursuivie ni suivie d'effet. Il est urgent que ce travail parlementaire salutaire reprenne au plus vite, en tout cas avant l'adoption de toute nouvelle législation potentiellement liberticide.

Respect du principe de légalité

Le point clé du projet de loi réside dans la disposition qui concerne l'incitation à commettre un acte terroriste.

Rappelons à cet égard tout d'abord que le Code pénal réprime déjà ceux qui provoquent directement des crimes et délits, y compris les crimes et délits terroristes. L'article 66, al. 4 du Code Pénal dispose que le provocateur direct est punissable comme auteur du délit⁹. A cet égard le texte actuel ne rajoute donc rien si ce n'est une dose de confusion, deux textes étant applicables aux mêmes faits.

L'article 140bis projeté rend également punissable l'incitation indirecte à la commission d'infractions terroristes. Cette disposition est l'exemple type d'un texte flou, imprécis et violant dès lors le principe de légalité¹⁰.

Le seul élément constitutif objectivable de ce texte est la question de savoir si oui ou non un message a été diffusé ou mis à la disposition du public. Pour le reste, le texte contient une accumulation d'autres éléments constitutifs vagues en vertu desquels le juge devra spéculer sur ce qui s'est passé dans la tête du prévenu mais aussi dans la tête de tous les membres du public en général.

Tout d'abord, s'agissant d'une provocation « indirecte », en d'autres termes d'un message qui ne dit pas clairement que des délits terroristes doivent être commis, le juge devra spéculer sur toutes les lectures possibles du contenu du message. Il devra en quelque sorte partir à la découverte du contenu voilé du message transmis. Le juge doit tenter de déceler l'intention qui a été à la base de la diffusion du message, qui est lui-même susceptible d'interprétation : un message pourrait très bien tomber sous cette définition en fonction de l'impression subjective que les juges peuvent en avoir. Le juge devra spéculer sur le sens des mots et sur les arrière-pensées des uns et des autres. C'est une évidence : déceler « l'intention indirecte » est une opération hautement subjective.

Mais cela ne suffit pas. En outre le juge devra dire si la diffusion du message « *crée le risque qu'une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises* ». Le juge devra donc aussi sonder le cerveau de tous les membres de l'audience qui ont reçu le message pour déterminer si l'un des récipiendaires de ce message

l'Homme, *Hakimi c. Belgique*, 29 juin 2010.

⁷ Voir F. KRENC, La Belgique "condamnée" pour la première fois par le Comité des droits de l'Homme sur fond de lutte contre le terrorisme – cap sur Genève!, *J.T.*, n° 6367, 2009, 24 octobre 2009, pp. 621 et suiv.

⁸ Voir Chambre des Représentants, session 2009/2010, 16 décembre 2009 – Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme Clotilde NYSENS – Annexes – DOC 52 2128/007, pp. 73 et suiv.

⁹ L'article 66, al. 4 du Code pénal stipule que "*Seront punis comme auteurs d'un crime ou d'un délit : (...) Ceux qui, soit par des discours tenus dans des réunions ou dans des lieux publics, soit par des écrits, des imprimés, des images ou emblèmes quelconques, qui auront été affichés, distribués ou vendus, mis en vente ou exposés aux regards du public, auront provoqué directement à le commettre, sans préjudice des peines portées par la loi contre les auteurs de provocations à des crimes ou à des délits, même dans le cas où ces provocations n'ont pas été suivies d'effet.*"

¹⁰ Comme exposé ci-dessus, le Conseil d'Etat, dans son avis du 18 septembre précité, a estimé que le principe de légalité n'est pas violé, en raison du fait que la Cour constitutionnelle avait estimé auparavant que les dispositions anti-terroristes comprises dans la loi du 19 décembre 2003 ne violaient pas le principe de légalité et que le présent projet y renvoie. Or, comme nous l'avons souligné, la Cour constitutionnelle, dans son arrêt du 13 juillet 2005 précité, s'était prononcée de façon très prudente sur cette question estimant que le projet n'était conforme au principe de légalité que moyennant une interprétation restrictive par les juridictions de fond.

n'aurait pas pu être influencé, même s'il n'est pas passé à l'acte. En effet, c'est le risque et lui seul qui doit être évalué par le juge. Il s'agit donc d'un élément subjectif par excellence qui ne doit même pas avoir été matérialisé d'une quelconque façon.

La disposition telle qu'elle est rédigée sera donc inévitablement une source majeure d'insécurité juridique où des juges, en fonction de leurs impressions subjectives et sur base de spéculations sur ce qui aurait éventuellement pu se passer, vont devoir sonder les intentions non matérialisées du prévenu et les intentions tout aussi peu matérialisées de ceux à qui le prévenu s'est adressé.

Dans ce contexte, soit le texte est inapplicable et ne sera que difficilement mis en oeuvre par les magistrats, soit il deviendra inévitablement la source d'arbitraire et d'atteintes à la liberté d'expression.

Il est peu compréhensible que le gouvernement au moment même où il est devenu clair que les textes existants sont source d'insécurité juridique et doivent pour tout le moins être réexaminés propose un nouveau texte qui ne peut qu'entraîner une confusion plus sérieuse.

Menace contre la liberté d'expression

Le Conseil d'Etat, dans son avis concernant l'article 8 du projet, a souligné le fait que « *les nouvelles dispositions restreignent la liberté d'association et d'expression* »¹¹. Cela nous semble être une évidence.

Nous nous permettons de souligner que le projet en tant que tel est une ingérence dans les libertés d'expression, de presse, d'association, mais également syndicale. A cet égard, ce projet apporte de telles restrictions que, combiné à l'article 137, § 3, 2° et 5°, il pourrait mettre en cause pénalement l'action syndicale.

En effet, il est courant que des organisations syndicales mettent à la disposition du public un message avec l'intention, directe ou indirecte, d'inciter à la commission d'une capture de moyens de transport (art 137, § 3, 2°) ou de viser à la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, en électricité ou en toute autre ressource naturelle fondamentale (art 137, § 3, 5°) dans le but de contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte, ou de gravement déstabiliser les structures fondamentales politiques, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale (art. 137, § 1).

Afin d'atténuer ce risque, il conviendrait, comme le suggère le Conseil d'Etat, d'« *énoncer que le titre Ier ne peut pas être interprété comme visant* » à réduire d'une manière injustifiée » ou « à entraver d'une manière injustifiée » *des droits et libertés fondamentales.* »¹² La formulation de l'art. 8 en projet ne rencontre dans sa forme actuelle pas ce risque.

Conclusion

Tout d'abord, la transposition en droit belge de la décision cadre 2008/919/JAI pose de sérieuses questions quant au respect de la démocratie parlementaire.

Ensuite, le texte proposé ne peut être que source d'insécurité juridique, de violation du principe de légalité en raison de son imprécision et de son renvoi à des notions subjectives, de surcroît cumulées.

Cela est d'autant plus grave que l'article 140bis, incriminant exclusivement la diffusion de messages, concerne par définition directement et exclusivement des situations où la liberté d'expression est en jeu. Le texte peut donc, pour autant qu'il soit appliqué, mener à des violations de cette liberté fondamentale.

¹¹ Avis du Conseil d'Etat n°51 806/3 du 18 septembre 2012 – DOC 53 2502/001 – p. 28.

¹² *Ibidem*.

Rappelons que la Commission européenne, dans sa réponse aux interpellations des assemblées législatives fédérales concernant la transposition de cette décision-cadre, avait stipulé que « *lors de la transposition de la décision-cadre en droit national, il incombe par ailleurs aux législateurs nationaux de veiller à ce que les garanties indispensables en terme de lisibilité et de prévoyance qui doivent caractériser toute législation pénale soient respectées* ». ¹³ De même, comme recommandé par le Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, la loi doit définir « *de manière précise les infractions terroristes* » ¹⁴. Si le législateur s'abstient de ce faire, il contreviendra gravement aux dispositions de droit international des droits de l'Homme.

Dès lors, nous invitons formellement le Sénat à, au minimum, postposer l'examen de ce projet à la lumière de l'évaluation parlementaire de l'arsenal législatif dont la Belgique dispose d'ores et déjà pour lutter efficacement contre le terrorisme. Par ailleurs, en cas de procédure d'infraction à la transposition de ladite décision-cadre initiée par la Commission européenne, la Belgique pourrait être atraite devant la Cour de Justice de Luxembourg et évoquer les objections de légalité qu'elle éprouve devant cette incrimination d'incitation publique à la commission d'infractions terroristes en demandant à la Cour de se prononcer à ce sujet.

En outre, le législateur pourrait estimer que, d'une part, certains aspects de ce qui est proposé (incitation directe, sollicitation à commettre une infraction terroriste) sont déjà suffisamment réprimés par l'article 66, al. 4 du Code pénal et que, d'autre part, les dispositions réprimant l'incitation « indirecte » violent le principe de légalité consacré par la Constitution, la Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹³ Chambre des Représentants, session 2007/2008 – 24 avril 2008 – Avis de Subsidiarité - Addendum - DOC 52 0654/002, p. 5.

¹⁴ Rapport du Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, Thomas Hammarberg, faisant suite à sa visite en Belgique du 15 au 19 décembre 2008, 17 juin 2009, CommDH(2009)14, § 144.