

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

A propos de la précision requise pour définir une infraction en vertu du principe de légalité ou de prévisibilité du droit pénal

Nihoul, Marc

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
2004

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):
Nihoul, M 2004, 'A propos de la précision requise pour définir une infraction en vertu du principe de légalité ou de prévisibilité du droit pénal', *Journal des Tribunaux*, pp. 2-6.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

A PROPOS DE LA PRÉCISION REQUISE POUR DÉFINIR UNE INFRACTION EN VERTU DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ OU DE PRÉVISIBILITÉ DU DROIT PÉNAL

Le contenu normatif pour définir une infraction pénale doit être suffisamment précis. C'est en substance ce que la Cour d'arbitrage vient de rappeler au législateur le 14 mai 2003 () en annulant, sur la base des principes de la légalité des incriminations et des peines et de la sécurité juridique, deux articles d'une loi-programme réprimant l'atteinte au respect des lois, à la sécurité de l'Etat, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou l'offense à l'égard d'un Etat étranger via l'infrastructure des télécommunications.*

2004

2

1 RÉTROACTES

« La modification récente, par loi-programme, d'une disposition à laquelle renvoyait l'article 90ter du Code d'instruction criminelle semble aujourd'hui permettre les écoutes téléphoniques pour toute atteinte au respect des lois. La législation belge serait contraire, le cas échéant, à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales... ». Voilà, en résumé, le message adressé au législateur par le biais d'un article publié l'année passée dans la même revue, en guise de chronique d'une mort annoncée (1).

En toute logique, « l'arrêt de mort » vient d'être prononcé par la Cour d'arbitrage ce 14 mai 2003, à défaut de réaction du législateur entre-temps (2). Le motif de la « peine » est toutefois plus large que celui annoncé, pour ne pas dire espéré. La Ligue des droits de l'homme, partie requérante en annulation, faisait bien valoir le spectre tellement étendu de l'incrimination concernée que « celle-ci vide de sens la condition de ne recourir aux écoutes téléphoniques que pour des incriminations spécifiques, d'une gravité certaine, visées précisément dans un texte de loi » (A.7.1.) et sous certaines garanties (3). La Cour d'arbi-

trage n'a toutefois pas eu l'occasion d'aborder cette cinquième branche du moyen unique invoqué, dans la mesure où la première branche suffisait, à elle seule, à annuler les dispositions litigieuses, les autres branches ne pouvant pas conduire à une plus ample annulation...

UN ARRÊT DE PRINCIPE CONCERNANT LA LÉGALITÉ PÉNALE

L'arrêt n'en est pas moins un arrêt de principe en matière de législation pénale. Il l'est d'autant plus qu'il se fonde directement sur le principe de légalité des incriminations et des peines (4) pour censurer l'incrimination en termes vagues. C'est une première, à notre connaissance, pour la Cour d'arbitrage. Ce ne sera certainement pas une dernière compte tenu de l'élargissement récent des compétences de celle-ci au contrôle de constitutionnalité eu égard à l'ensemble du titre II de la Constitution dans lequel figurent, comme chacun le sait, les articles 12, alinéa 2 et 14 de la Constitution (5).

protection plus efficace de la société contre le terrorisme, le grand banditisme et le crime organisé.

(4) Sur ce principe, on consultera utilement F. Tulkens et M. van de Kerchove, *Introduction au droit pénal - Aspects juridiques et criminologiques*, 6^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2003, pp. 193 à 214; M. van de Kerchove, « Développements récents et paradoxaux du principe de la légalité criminelle et de ses corollaires essentiels », in Y. Pouillet et H. Vuye (éd.), *Liber amicorum Jean du Jardin*, Deurne, Kluwer, 2001, pp. 299 à 320 (l'exigence de précision suffisante comme corollaire du principe de légalité); M. Verdussen, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 39 à 178; P. Traest, « Rechts(on)zekerheid in materieel en formeel strafrechtelijk legaliteitsbeginsel », *R.W.*, 1993-1994, pp. 1190 à 1207. Adde : D. Vandermeersch, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, Bruges, La Charte, 2003, pp. 17 et 18; C. Hennau et J. Verhaegen, *Droit pénal général*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2003, spéc. n° 19, pp. 25 et 26, n° 103, p. 103 et n° 114, p. 110; D. De Clerck, *Beginselen van strafrecht en strafvordering*, 4^e éd., Leuven, Acco, 2001-2002, pp. 8 à 11; A. Masset, *Introduction au droit pénal et à la criminologie*, notes sommaires et provisoires, 3^e éd., Université de Liège, 2001-2002, p. 41; J. Messin, *Droit pénal*, vol. I, 7^e éd., Bruxelles, P.U.B., 2000-2001, pp. 46 à 49; C. Van den Wyngaert, *Strafrecht en strafprocesrecht*, B.1, Antwerpen, Maklu, 1999, pp. 70 et 71; L. Dupont et R. Verstraeten, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, pp. 101 et s.

(5) Voy. la loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janv. 1989 sur la Cour d'arbitrage, *M.B.*, 11 avril 2003. Rapp. M. Verdussen, *op. cit.* 1995, pp. 120 à 123 où l'auteur montre que la Cour d'arbitrage était (jusque cette loi) vouée à naviguer entre l'atteinte discriminatoire au principe constitu-

Il faut préciser que l'hypothèse à l'origine de l'arrêt n° 69/2003 se prêtait bien à un arrêt de principe. Les conséquences d'un arrêt de censure, en particulier, étaient moins importantes que dans une autre occurrence où la Cour s'était montrée plus mitigée, dans un arrêt n° 128/2002, en ce qui concerne la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales.

3 ANTÉCÉDENT

A l'origine de son arrêt n° 128/2002 (6), la Cour avait été saisie d'une question invoquant une atteinte discriminatoire au principe de la légalité des incriminations et des peines qui impose au législateur de définir les infractions et les sanctions avec clarté et précision. Les parties invoquaient une discrimination établie par l'article 5 du Code pénal entre les personnes physiques et morales. En raison de l'imprécision de la loi, au sujet, notamment, des infractions précises pouvant entraîner la condamnation des personnes morales et des personnes (agissant seules ou collégalement) pouvant engager la responsabilité d'une personne morale, les prévenus ne pourraient en tous cas pas régler leur conduite et ne seraient pas à même de prévoir de manière raisonnable, dans les circonstances de l'espèce, les conséquences qui peuvent dériver des actes qu'ils ont posés.

Dans son arrêt, la Cour estime qu'il lui revient d'examiner si la marge d'appréciation laissée au pouvoir judiciaire par l'article 5, alinéa 2, du Code pénal est à ce point étendue qu'elle constituerait une atteinte discriminatoire au principe de légalité garanti par les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution et par l'article 7 de la Convention européenne des

tionnel de légalité et celui consacré par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme.

(6) Voy. sur un autre aspect soulevé par le même arrêt, M. Nihoul, « L'immunité pénale des collectivités publiques est-elle constitutionnellement correcte? », *Rev. dr. pén.*, 2003, pp. 799 à 839. A noter que la précision de la loi pénale intervient également pour apprécier la constitutionnalité d'éventuelles délégations de pouvoir. Le cas échéant, l'habilitation doit être définie de manière suffisamment précise et porter sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur. Voy. C.A., n° 114/98, 18 nov. 1998, B.3. et C.A., n° 56/2002, 28 mars 2002, B.9.6 et 8. Dans ce dernier cas, « en ne déterminant pas lui-même, avec une précision suffisante, dans quel cas il peut être dérogé aux garanties offertes par le droit commun, le législateur a méconnu les exigences particulières de précision, de clarté et de prévisibilité auxquelles doivent satisfaire les lois en matière pénale ».

(*) Publié (en sommaire) ci-après, page 15.

(1) Avec C. Visart de Bocarmé, « Le risque accru de légiférer par référence en droit pénal : un exemple récent en matière d'écoutes téléphoniques », *J.T.*, 2002, pp. 318 à 320.

(2) C.A., arrêt n° 69/2003, 14 mai 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1076 (<http://www.arbitrage.be>).

(3) Pour mémoire, les articles 88bis et 90ter du Code d'instruction criminelle visent à concilier deux intérêts contraires : le respect de la vie privée des citoyens, d'une part, et, d'autre part, la nécessité d'une

droits de l'homme. La Cour d'arbitrage recentre toutefois le débat sur la question posée par le juge *a quo* qui demande si des personnes physiques prévenues d'avoir commis une infraction en même temps qu'une personne morale ne sont pas discriminées en ce qu'elles n'auraient pas la possibilité, contrairement aux autres prévenus, de faire valoir leurs moyens de défense en connaissance de cause. Au terme de l'article 5, alinéa 2, du Code pénal, en effet, le juge pourrait décider, en cas d'infraction commise « sciemment et volontairement » par une personne physique identifiée, sur la base de critères abandonnés à sa discrétion par le législateur, de prononcer ou non une condamnation contre elle.

D'après la Cour, il ressort des travaux préparatoires que « le législateur n'a pas eu l'intention d'attribuer au juge un pouvoir d'appréciation plus large, en l'occurrence, que celui dont il dispose de manière générale en matière pénale » (B.5.3.). Son intention, précisément, a été de ne pas se substituer au juge qui *peut* prononcer une condamnation mais *doit* d'abord évaluer les circonstances dans lesquelles les faits se sont produits. La Cour conclut ainsi à l'absence de discrimination.

4

LE PRINCIPE ARRÊTÉ PAR LA COUR

Dans son arrêt n° 69/2003, la Cour d'arbitrage se montre plus franche parce qu'elle en a l'occasion. A son estime, « Le principe de légalité en matière pénale, garanti par les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution ainsi que par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, procède notamment de l'idée que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable » (B.9.3.). En d'autres termes, il ne procède pas seulement de l'idée que les incriminations et les peines doivent « simplement » procéder de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue. Le législateur, en particulier, ne peut pas se contenter de termes vagues et imprécis.

En l'espèce, deux dispositions perdues au sein de la loi-programme du 30 décembre 2001, votée (par définition) dans la précipitation (7), étaient attaquées.

D'une part, l'article 151 au terme duquel « L'article 111 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, abrogé par la loi du 19 décembre 1997, est rétabli dans la rédaction suivante : « Nul ne peut, dans le Royaume, via l'infrastructure des télécommunications, donner ou tenter de donner des communications portant atteinte au respect des lois, à

(7) Voy. M. Nihoul et C. Visart de Bocarmé, *op. cit.*, *J.T.*, 2002, pp. 318 et 919. L'urgence était invoquée à l'égard tant de la section de législation du Conseil d'Etat que du Sénat (conformément à l'article 80 de la Constitution).

la sécurité de l'Etat, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou constituant une offense à l'égard d'un Etat étranger ».

D'autre part, l'article 152 de la loi-programme modifiant l'article 114, § 8, toujours de la loi du 21 mars 1991, au terme duquel il ressort désormais qu'« Est punie d'une amende de 500 à 50.000 BEF maximum et d'un emprisonnement d'un à quatre ans ou d'une de ces peines seulement : 1° la personne qui réalise frauduleusement des télécommunications au moyen d'un réseau de télécommunications afin de se procurer ou de procurer à autrui un avantage illicite; 2° la personne qui utilise un réseau ou un service de télécommunications ou d'autres moyens de télécommunications afin d'importuner son correspondant ou de provoquer des dommages; 3° la personne qui viole des dispositions de l'article 111 ».

La Cour a limité son examen — et donc l'annulation prononcée — à l'article 151 et à l'article 152, 3°, de la loi-programme précitée. La même question demeure, par conséquent, en ce qui concerne les autres dispositions.

Ce qui importe pour déterminer la prévisibilité requise de la loi pénale, selon la Cour, ce n'est pas tant l'intention du législateur que « le poids des mots et le choc de leur application ». Et la Cour de prendre une à une les incriminations telles que libellées dans les dispositions litigieuses. La Cour relève ainsi que :

— les mots « communications portant atteinte au respect des lois » sont tellement vagues qu'ils pourraient permettre de réprimer une conduite aussi légitime, en démocratie, que celle qui consiste à critiquer en termes sévères une loi déterminée;

— l'expression « atteinte à la sécurité de l'Etat » n'a pas un contenu normatif suffisamment précis pour définir une infraction pénale (la condition d'utiliser certains moyens de communication n'est pas une restriction suffisante);

— les notions « atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs » ne peuvent, pas plus que la notion de faute, constituer à elles seules la définition d'une infraction pénale, sans créer une insécurité inadmissible;

— l'expression « offense à l'égard d'un Etat étranger » ne peut, sans plus de précision, être érigée en infraction sans attenter à la liberté de manifester ses opinions (8).

Il faut préciser que les travaux préparatoires sont en l'occurrence très sommaires quant à la justification des textes votés. L'exposé des motifs (9) justifie la mesure par l'absence, pour les télécommunications, de cette disposition pourtant prévue en matière de radiocommunications. Selon le gouvernement, « Les circonstances actuelles nécessitent de pallier d'urgence cette lacune » (10). L'article 152 de

(8) La liberté d'opinion vient ainsi s'ajouter à la vie privée, voire à la liberté syndicale ou d'association, etc., bref à la plupart des droits et libertés fondamentaux menacés par la violation du principe de légalité.

(9) L'exposé des motifs est limité à un simple commentaire des articles dans la loi-programme.

(10) Projet de loi-programme, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2001-2002, n° 50 1503/001, p. 61 concer-

la loi-programme est présenté comme s'inscrivant dans la même perspective : « dans le but de prévoir l'application de pénalités en cas de non-respect des dispositions du nouvel article 111 (...) » (11).

5

UN ARRÊT INDICATIF CONCERNANT LES MOYENS DE COMMUNICATION

A noter que la Cour d'arbitrage, dans son arrêt, a pris soin de préciser que le procédé des télécommunications n'est pas en lui-même susceptible de constituer une infraction. Plus largement, les moyens de communication « n'ont en eux-mêmes rien d'illicite », affirme la Cour (B.9.3.). La condition d'utiliser certains moyens de communication n'est donc pas une restriction suffisante aux termes vagues qui viennent d'être rappelés. Par contre, il est permis au législateur de créer un délit spécifique lorsqu'un mode spécifique de transmission des communications est adopté pour donner des communications réprimées de manière suffisamment précise par la loi. Sous réserve de respecter le principe de proportionnalité, bien entendu.

En l'occurrence, l'utilisation de l'infrastructure des télécommunications permet en effet d'atteindre rapidement un grand nombre de personnes pouvant se trouver très loin de l'auteur des communications et, à ce titre, justifierait la création d'un délit spécifique (B.9.2.). Il en irait, en quelque sorte, d'un « mode aggravant », susceptible de générer un plus grand danger, et justifiant dès lors que le législateur l'appréhende au titre de circonstance aggravante ou d'élément matériel constitutif d'une infraction plus lourdement sanctionnée (12).

nant l'article 128 de l'avant-projet : « Cet article prévoit l'ajout d'un nouvel article 111 dans la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques. En effet, l'article 4 de la loi du 30 juillet 1979 relative aux radiocommunications réprime l'usage de radiocommunications portant atteinte au respect des lois, à la sécurité de l'Etat, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou constituant une offense à l'égard d'un Etat étranger. Or, il n'existe actuellement aucune disposition similaire pour les télécommunications. Les circonstances actuelles nécessitent de pallier d'urgence cette lacune ».

(11) *Ibidem* concernant l'article 129, 3°, de l'avant-projet.

(12) En écrivant cela, la Cour fait directement écho à un argument du conseil des ministres exposé *in A.6.2.* Pour une analyse en ce qui concerne le faux informatique, voy. O. Leroux, « Le faux informatique », *J.T.*, à paraître, point 8. Comp. Comité européen mis en place par le Conseil de l'Europe pour étudier les implications de la dimension informatique sur la criminalité, rapport accompagnant la recommandation n° R (89)9 sur la criminalité en rapport avec l'ordinateur, Strasbourg, 1990, p. 23 : « la dimension informatique d'un délit ne doit pas être considérée en tant que telle comme une circonstance aggravante de celui-ci ».

UN ARRÊT ÉTONNANT SUR LE PLAN DE LA MOTIVATION

Le libellé de l'arrêt étonne par sa motivation. Certes, la question juridique est introduite sous l'angle des principes d'égalité et de non-discrimination et de la célèbre formule classique définissant le contrôle de conformité, on ne saurait le nier. Mais une fois le critère objectif de distinction identifié — l'utilisation de l'infrastructure des télécommunications pour donner ou tenter de donner les communications visées par les dispositions attaquées — et la pertinence de la mesure établie au regard de cet objectif — elle s'inscrit dans un ensemble de mesures par lesquelles le législateur entend réagir contre les comportements abusifs constatés dans un secteur ayant connu récemment un développement important — la conformité au principe de légalité des incriminations et des peines paraît soudain analysée en toute indépendance par rapport à une atteinte discriminatoire, et ce jusque dans le dispositif de l'arrêt, la Cour anticipant en quelque sorte l'extension de ses compétences.

Le libellé de l'arrêt étonne aussi par sa motivation parce que, manifestement, la Cour souhaitait en arriver à analyser la conformité des dispositions entreprises par rapport au principe de légalité des incriminations et des peines. En effet, la Cour aurait pu mettre en cause, en amont, la pertinence de la mesure elle-même, consistant dans des incriminations vagues, sans réel rapport direct avec l'objectif poursuivi, ce qui ressortait de demeurant clairement des justifications épinglées par la Cour dans les travaux préparatoires.

Ces justifications sont relatives à d'autres mesures que celles entreprises, quant à elles très précises, en particulier la pénalisation du défaut de déclaration à l'I.B.P.T. de l'exploitation d'un service de télécommunications offert ou non au public de manière à faciliter l'information, les appels d'urgence et les enquêtes dans un contexte d'explosion du nombre d'opérateurs et de fournisseurs d'autres services de télécommunications, ou encore la sanction du non-respect des mesures imposées pour permettre l'identification de l'appelant dans le cadre d'un appel d'urgence, ainsi que l'identification de l'appelant, le repérage, la localisation, les écoutes, la prise de connaissance ou l'enregistrement des télécommunications privées dans le respect des conditions légales (13). La seule justification réellement pertinente relative aux articles 151 et 152, 3^o, de la loi-programme, au demeurant clairement « localisable » dans les travaux préparatoires, car reprise dans le commentaire des articles exactement à l'endroit approprié, est, comme indiqué ci-dessus, celle de se calquer sur la législation relative aux radiocommunications (14).

(13) Voy. les extraits cités par la Cour au point B.8.1., trop longs pour être repris ici.

(14) Dans la justification de l'urgence aussi, à l'égard de la section de législation du Conseil d'Etat, le gouvernement indiquait qu'il « est proposé d'introduire une disposition prévoyant l'utilisation d'un réseau fixe de télécommunication à des fins illicites est un délit. Cette disposition existe déjà pour les réseaux ayant recours à des transmissions par radio »

Faut-il y voir une manière d'assurer l'égalité de traitement selon les procédés techniques utilisés? Encore faudrait-il, le cas échéant, que la pertinence de cette mesure soit elle-même justifiée en matière de radiocommunication... Une conclusion négative sur ce point conférerait implicitement une plus longue portée à l'arrêt commenté, sans que la Cour n'ait peut-être aperçu cette prolongation naturelle de son raisonnement.

UN ARRÊT À « LONGUE PORTÉE »?

Réflexion faite, on peut se demander si, derrière cet arrêt ne se cache pas une énorme méprise et si l'intention du législateur, par un libellé étonnamment si large, n'était pas simplement — mais maladroitement — de renvoyer, en réalité, à certaines infractions contenues dans le Code pénal et simplement commises par l'utilisation de l'infrastructure des télécommunications.

Lorsqu'on parcourt le Code pénal à la recherche d'infractions analogues, on se rend en effet rapidement compte que les mots utilisés dans la loi-programme correspondent, en définitive, à l'intitulé de plusieurs titres ou chapitres du livre II reprenant une série d'infractions précises dans leurs incriminations et dans leurs peines : chapitres II et III du titre premier consacrés aux crimes et délits contre la sûreté de l'Etat, d'une part, et, d'autre part, aux crimes contre la sûreté intérieure de l'Etat; chapitre VII du titre VII consacrés respectivement aux outrages publics aux bonnes mœurs et, plus largement, aux crimes et délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique; titre V consacré aux crimes et délits contre l'ordre public commis par des particuliers; titre VI consacré aux crimes et délits contre la sécurité publique; ... Plus que l'imprécision pure et simple de la loi pénale, ce serait alors la référence imprécise à une autre loi qui, le cas échéant, aurait été sanctionnée ce qui, il est vrai, revient en définitive au même!

Il n'en reste pas moins que l'objectif n'était vraisemblablement pas d'étendre le champ d'application de la loi pénale à tout fait quelconque ayant été commis à l'occasion d'une communication via l'infrastructure des télécommunications. Le conseil des ministres déclarait d'ailleurs, en cours de procédure, qu'il y aurait « une parfaite adéquation entre les faits punissables et les faits déjà pénalement répréhensibles et la loi n'ajouterait rien, sinon une sanction plus lourde, à l'ordonnement juridique » (A.3.2.). En outre, le libellé de la nouvelle loi serait identique à celui de la loi applicable en matière de radiocommunications dont il convenait seulement d'assurer l'harmonisation en matière de télécommunications (15). Le but du législateur serait affir-

(Doc. parl., Chambre, sess. ord. 2001-2002, n° 50 1503/001, p. 139).

(15) « Au stade actuel de la technique, une personne ou une entreprise qui émet, par exemple, des communications dangereuses pour la sûreté de l'Etat d'un point à un autre, peut le faire soit via des fré-

quences radio, auquel cas il convient d'appliquer la loi du 30 juillet 1979, soit via des câbles optiques qui relèvent de l'application de la loi du 21 mars 1991 », auquel cas il convient d'appliquer les nouvelles dispositions modificatives de cette loi-ci. « Le dossier relatif à la MetTV (association assurant des programmes de radiotélévision kurde) constitue un exemple de ce type de transgression de la loi. Une action a pu être intentée à l'encontre de MetTV tant que cette organisation émettait via des fréquences mais plus depuis qu'elle utilisait des câbles » (A.2.2.).

mé dans les travaux préparatoires et même si le texte est peut-être vague, il est de l'essence même de la norme de pouvoir être interprété... A l'opposé, la crainte de la Ligue des droits de l'homme portait bien, quant à elle, sur l'incrimination *nouvelle* d'atteintes générales et indéterminées au respect des lois, à la sécurité de l'Etat, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou portant atteinte à l'égard d'un Etat étranger, non encore incriminées si elles sont commises par un autre procédé que celui des télécommunications (16). Et c'est en fin de compte à cette considération que la Cour d'arbitrage semble s'être ralliée en censurant l'incrimination vague et imprécise, la discrimination étant alors patente.

On peut cependant s'étonner, dans ce raisonnement, que personne n'ait apparemment songé à vérifier le contenu des incriminations prévues en matière de radiocommunication afin d'apprécier la portée réelle des termes transposés en matière de télécommunications. Car tel était tout de même l'objectif avoué du législateur : se calquer, en matière de télécommunications, sur le régime existant en matière de radiocommunications. Des incriminations strictes, à la source, auraient sans doute permis de valider le dispositif tel que transposé, autrement dit. Un constat inverse, en revanche, conduirait à programmer la censure prochaine, par la Cour, du même dispositif en matière de radiocommunications... Une forme d'« égalité dans l'illégalité », en quelque sorte...

Or, force est de constater, après recherche, que les travaux préparatoires de la loi du 30 juillet 1979 relative aux radio-communications (17) sont aussi discrets que ceux relatifs à la loi-programme plus récente, et ce malgré un contexte fort différent, car forcément plus serein. Des observations ont bien été formulées au parlement eu égard aux termes généraux utilisés pour énoncer des interdictions mais, étonnamment, elles visaient plus à respecter le partage de compétence avec les conseils culturels (18) ou le risque d'arbitraire dans le processus d'autorisation administrati-

quances radio, auquel cas il convient d'appliquer la loi du 30 juillet 1979, soit via des câbles optiques qui relèvent de l'application de la loi du 21 mars 1991 », auquel cas il convient d'appliquer les nouvelles dispositions modificatives de cette loi-ci. « Le dossier relatif à la MetTV (association assurant des programmes de radiotélévision kurde) constitue un exemple de ce type de transgression de la loi. Une action a pu être intentée à l'encontre de MetTV tant que cette organisation émettait via des fréquences mais plus depuis qu'elle utilisait des câbles » (A.2.2.).

(16) A.3.1 et A.3.4.

(17) La loi du 14 mai 1930 sur la radio-télégraphie, la radio-téléphonie et autres radio-communications, pourtant comparable, ne contenait pas encore, quant à elle, les incriminations litigieuses, pas même après modification le 24 décembre 1957 et le 18 décembre 1962.

(18) S.L.C.E., avis du 11 déc. 1978, *Doc. parl.*, Chambre, sess.extr. 1979, n° 201-1, pp. 4 et 6 : « Le projet s'exprime en des termes si généraux (...) pour énoncer des interdictions, qu'il convient d'examiner dans quelle mesure l'objet étendu qu'il se donne n'appartient pas en partie à la compétence des conseils culturels plutôt qu'à celle du législateur national » (observation générale) (p. 4).

ve (19) (!) qu'à dénoncer l'émergence d'un Etat policier en ce qui concerne la sanction... Pourtant, les mêmes préoccupations justifiaient l'intervention législative : un contexte d'explosion du nombre d'émetteurs dans lequel il convenait d'éviter la perturbation des émissions de la police, de la gendarmerie ou d'autres services publics ainsi que les atteintes à la vie privée (la réputation et les bonnes mœurs) (20). L'évocation de la commission de « délits de tout genre » (21) sans autre précision, tant dans l'exposé des motifs que dans le rapport, ôte définitivement toute illusion à l'observateur neutre quant à la précision du texte voté à l'époque. Sans oublier l'absence de jurisprudence — en tout cas de jurisprudence publiée — permettant d'assurer une interprétation constante des termes utilisés à l'article 4, a, de la loi...

UN ARRÊT « DANS LA LIGNE » DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME?

Quelle qu'ait été en définitive la prime intention de l'auteur de la loi-programme concernée, en l'absence d'une justification claire et à défaut de jurisprudence sur ce point, l'arrêt n° 69/2003, rendu par la Cour d'arbitrage le 14 mai 2003, paraît à première vue s'inscrire

(19) M. Perin, *Ann. parl.*, Sénat, 19 juill. 1979, pp. 1205 à 1207. Spéc. p. 1206 au sujet de l'article 13 permettant au Roi d'interdire et saisir (sans motivation) les émetteurs lorsque la sécurité publique ou la défense du Royaume l'exige : « la sécurité publique, c'est une notion très vague qui permet de faire n'importe quoi puisque le pouvoir d'appréciation est laissé entièrement au gouvernement. (...) C'est là un « canon » dont le gouvernement dispose! (...) sans intervention aucune de la part du pouvoir judiciaire, car il n'est pas question d'infraction. Ce n'est pas un délit de droit pénal, mais une interdiction de droit administratif. Tout dépend donc de l'usage qui sera fait de ce redoutable article (...) » ... A ces craintes, le ministre Urbain apportait pour seule réponse qu'il ne sera pas abusé de ce pouvoir d'appréciation illimité, et que le gouvernement aura souci de respecter les libertés fondamentales et « de ne donner au contenu de cet article 13 qu'un sens restrictif sur la notion même de sécurité publique ou de défense du Royaume » (p. 1207)...

(20) Développements de la proposition de loi initiale (M. Poma), *Doc. parl.*, Chambre, sess. extr. 1979, n° 184-1.

(21) Projet de loi relatif aux radio-communications, exposé des motifs (ministre R. Urbain), *Doc. parl.*, Chambre, sess. extr. 1979, n° 201-1, pp. 1 et 2 : « ils servent parfois à commettre des délits de tout genre. Même de simples récepteurs sont sciemment utilisés pour écouter les radiocommunications de la police, de la gendarmerie ou d'autres services publics. Il est indéniable que de telles pratiques peuvent être très préjudiciables au maintien de l'ordre public et à la protection de la vie privée » (mieux protéger le public); rapport, n° 201-3, p. 2 : « Nul n'ignore, en effet, que des délits ou atteintes à la vie privée peuvent être commis au moyen des radiocommunications, abus d'autant plus dangereux qu'ils sont très difficilement décelables lorsqu'ils se produisent dans des lieux non fixes ».

directement dans la ligne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci n'a certes que très rarement conclu au défaut de précision requise, et donc à la violation de la Convention par un droit national à cet égard. A plusieurs reprises, néanmoins, elle a eu l'occasion de montrer la voie en matière de légalité des incriminations et des peines : « une infraction doit être clairement définie par la loi », déclarait-elle dans un arrêt *Kokkinakis contre Grèce*, le 25 mai 1993 (22). La peine et la procédure ont rapidement suivi l'infraction. Avec cette précision aussi importante que constante, dans les trois cas, que le mot « loi », au sens de l'article 7 de la Convention, comprend de manière incontournable un élément d'interprétation judiciaire inhérent à tout Etat de droit (23)...

La Cour européenne des droits de l'homme précise en effet, ici en ce qui concerne l'infraction, que la condition d'une « définition légale claire » se trouve remplie « lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale. La Cour a donc indiqué que la notion de « droit » (« law ») utilisée à l'article 7 correspond à celle de « loi » qui figure dans d'autres articles de la Convention, notion qui englobe le droit écrit et non écrit et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité (voy. l'arrêt *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, 13 juill. 1995, série A, n° 316-B, pp. 71-72, § 37). Aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe immanquablement un élément d'inter-

(22) Req. 14307/88, § 52, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc>, tout comme les autres arrêts cités ci-dessous. Selon la Cour, l'article 7 consacre également le principe qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au désavantage de l'accusé, notamment par analogie. Pour une violation sur ce point, voy. C.E.D.H., arrêt *E.K. c. Turquie*, 7 févr. 2002, req. 28496/95, § 55. A noter que la solution *Kokkinakis* a été réaffirmée par la Cour dans son arrêt *Larissis e.a. c. Grèce*, 24 févr. 1998, req. 23372/94 e.a., § 34, la Cour n'apercevant aucune raison de revenir sur sa décision antérieure.

(23) Rem., à l'égard de cette conception matérielle et non formelle de la légalité, P. Rolland, in L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme — Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 294 à 296 (art. 7); D. Spielmann, « Principe de légalité et mise en œuvre communautaire », *Rev. trim. dr. h.*, 1997, pp. 689 à 711 (obs. sous l'arrêt *Cantoni* cité ci-dessous); spéc. C.E.D.H., arrêt *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, req. 11801/85, § 29 concernant la notion de loi incluant à la fois les textes de rang infralégislatif et la jurisprudence, y compris dans les droits continentaux. *Addé* : sp. C.E.D.H., arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, req. 6538/74, § 49, arrêt *Silver e.a. c. Royaume-Uni*, 25 mars 1983, req. 594772 e.a., § 88 et arrêt *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, req. 869179, § 66 : on ne peut considérer comme une loi (au sens des articles 8 et 10 de la Convention) « qu'une norme énoncée avec suffisamment de précision pour permettre à un citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir à un degré raisonnable, dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé ».

prétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation. D'ailleurs il est solidement établi dans la tradition juridique (...) des (...) Etats parties à la Convention que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal. On ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible » (24).

Force est de constater que l'élément jurisprudentiel faisait en l'occurrence défaut pour permettre à la Cour d'arbitrage de suivre la Cour européenne des droits de l'homme sur ce point (25). Le Conseil des ministres, de son côté, invoquait pourtant l'incompatibilité du caractère idéalement univoque des normes légales et réglementaires compte tenu de la « polysémie intrinsèque du langage » (26). Mais il restait apparemment à défaut de citer des éléments de jurisprudence permettant d'interpréter de manière prévisible le texte litigieux transposé.

Cela dit, même en présence d'éléments de jurisprudence, encore l'interprétation qui en résulte devrait-elle être suffisamment fixée, prévisible et précise et — comme la jurisprudence de la Cour européenne y invite également — conforme au texte, sous peine de conduire à un « principe ou une protection de dupe » pour le particulier (27).

(24) C.E.D.H., arrêt *C.R. c. Royaume-Uni*, 22 nov. 1995, req. 20190/92, §§ 33 et 34; arrêt *S.W. c. Royaume-Uni*, 22 nov. 1995, req. 20166/92, §§ 35 et 36. Dans le même sens : C.E.D.H., arrêt *E.K. c. Turquie*, 7 févr. 2002, req. 28496/95, §§ 51 à 53; arrêt *K.-H.W. c. Allemagne*, 22 mars 2001, req. 37201/97, § 45; arrêt *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, 22 mars 2001, req. 34044/96 et autres, § 50; arrêt *Cantoni c. France*, 15 nov. 1996, req. 17862/91, § 29. A noter qu'aucun des arrêts ne conclut à une violation sur ce point. La légalité de l'utilisation (incontournable) de catégories générales par le législateur, au lieu de réglementations exhaustives, s'apprécie donc en termes d'accessibilité et de prévisibilité. Rapp. C.E.D.H., arrêt *Coëme e.a. c. Belgique*, 22 juin 2000, req. 32492/96 e.a., § 145 en matière de prescription; décision *Schimaneck c. Autriche*, 1^{er} févr. 2000, req. 32307/96; arrêt *Erdogdu et Ince c. Turquie*, 8 juill. 1999, req. 25067/94 et 25068/94, § 59; arrêt *Baskaya et Okcuoglu c. Turquie*, 8 juill. 1999, req. 23536/94 et 24408/94, § 36; arrêt *Grigoriades c. Grèce*, 25 nov. 1997, req. 24348/94, §§ 48 et 50.

(25) Avant la jurisprudence, il convient de mentionner les travaux préparatoires comme permettant — parfois — d'interpréter fidèlement un texte, avec plus de prévisibilité. Pour le reste, l'Etat est responsable de la qualité des normes qu'il édicte et qu'il doit par conséquent évaluer régulièrement... en se démarquant de la jurisprudence, en cas de désaccord, voire en confirmant celle-ci, au besoin, en cas d'accord... Le système doit en tous cas éviter de faire une part trop belle aux conjectures!

(26) Comp. A.3.3.

(27) M. van de Kerchove, in Y. Poullet et H. Vuyet (éd.), *op. cit.*, 2001, pp. 314 et 319, indique, à cet égard, que la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas toujours limitée à accepter une inter-

En suivant cette voie, la Cour d'arbitrage combine en réalité les exigences des articles 12, alinéa 2 et 14 de la Constitution avec celles de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme pour renforcer la légalité formelle par des exigences de qualité (28). Il s'agit bien d'un renforcement et non d'une altération dès lors que le texte de droit international n'a nullement pour objet de remplacer les dispositions constitutionnelles. La seule contrainte du droit international est d'empêcher que le texte interne soit moins exigeant que lui, et non l'inverse.

CONCLUSION

Selon la ligue des droits de l'homme, au terme de l'arrêt commenté et sous réserve du contenu réel des actes de procédure qui ne sont pas disponibles, l'objectif réel poursuivi par le législateur, en retenant des termes vagues pour définir les infractions par télécommunications, était très précis : permettre à l'autorité étatique de « contrôler des mouvements sociaux, nouveaux et contestataires, œuvrant "pour une autre mondialisation", dont l'émergence démocratique est nouvelle et qui ébranlent le paysage politique traditionnel. Cette "criminalisation des mouvements sociaux" suppose un contrôle dans lequel l'usage des télécommunications est crucial et qui est de nature à amener ces mouvements à leur autocensure » (A.2.4.) (29).

prétation jurisprudentielle constante en n'hésitant pas à se référer, dans certains arrêts, à l'existence d'une interprétation jurisprudentielle divisée (une jurisprudence de la Cour de cassation non suivie par certaines juridictions de fond, dans l'arrêt *Cantoni* précité) voire isolée et évolutive (dans l'arrêt *S.W. c. Royaume-Uni* précité), consacrant, dans ce dernier cas, une entorse au principe de non-rétroactivité. Voy. S. Van Drooghenbroeck, « Interprétation jurisprudentielle et non-rétroactivité de la loi pénale », *Rev. trim. dr. h.*, 1996, pp. 463 à 479 (obs. sous l'arrêt *S.W. c. Royaume-Uni*); R. Koering-Joulin, « Pour un retour à une interprétation stricte... du principe de la légalité criminelle (à propos de l'article 7, 1^o de la Convention européenne des droits de l'homme) », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1995, pp. 247 à 254, l'auteur craignant l'abaissement paradoxal du seuil de l'exigence démocratique concernée, prônée, selon elle, notamment, par M. Delmas-Marty, « Légalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in *Droit pénal contemporain — Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Cujas, 1989, spéc. pp. 153 à 155.

(28) Comp. sur ce point l'analyse de M. van de Kerchove, in Y. Pouillet et H. Vuye (éd.), *op. cit.*, 2001, p. 312.

(29) D'autres exemples ont été pris par la suite, plus neutres et plus précis... et tout aussi inquiétants! Ainsi celui « d'un syndicaliste qui, « via l'infrastructure des télécommunications », encouragerait ses collègues à restreindre l'accès aux lieux de travail dans le cadre d'un mouvement de grève spontanée et pourrait être poursuivi pour avoir incité à ne pas respecter les lois de quelque nature que ce soit, notamment les

Le risque était certainement réel, et l'espèce était indéniablement une affaire de principe, touchant directement les droits fondamentaux et les libertés individuelles. Une accusation aussi grave méritait cependant autant de précision — ou alors de précaution — que le texte légal servant à définir les infractions. Servir la démocratie requiert de rester nuancé, envers et contre tout, même lorsque le climat créé autour d'une affaire peut servir à en dé terminer le dénouement.

L'arrêt n° 69/2003 qui a suivi est un arrêt important car il donne un signal clair au législateur dans sa fonction de légiférer. Un signal d'autant plus clair que la section de législation du Conseil d'Etat, de son côté, avait déjà insisté, notamment en matière de responsabilité pénale des personnes morales, sur ce que « Le principe de légalité emporte qu'en matière pénale, c'est, pour le pouvoir législatif, une obligation constitutionnelle, et non une simple obligation générale de prudence, de disposer par des règles précises » (30) ...

dispositions en matière de droit du travail, réglementant les grèves au sein des entreprises. Par contre, le même syndicaliste, agissant par courrier et donc sans avoir recours à « l'infrastructure des télécommunications », ne serait pas susceptible d'être poursuivi. Des mouvements sociaux peuvent ainsi être criminalisés, d'une manière portant atteinte tant aux libertés publiques qu'au principe de légalité » (A.3.4.). L'exemple a également été pris « de la personne qui est poursuivie sur la base de l'article 448 du Code pénal pour avoir injurié un homme politique en raison de ses prises de position, en brandissant lors d'une manifestation une pancarte contenant ladite injure ou en distribuant des tracts et qui peut être mise sous mandat d'arrêt, la peine encourue pour les faits reprochés étant inférieure à un an. La même injure proférée dans un forum de discussion sur internet (...) pourra entraîner l'arrestation et la détention préventive de son auteur, la peine encourue pouvant aller d'un à quatre ans d'emprisonnement (selon l'article 114 de la loi du 21 mars 1991 modifié par l'article 152 attaqué) » (A.4.3.).

(30) Avis de la S.L.C.E. sur un projet de loi « instaurant la responsabilité pénale des personnes morales », 5 octobre 1998, *Doc. parl.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 120. Selon la section de législation, « Ce principe est écrit pour le pouvoir qui fait la loi autant que pour celui qui l'applique car il trace les domaines respectifs d'action de l'un et de l'autre en matière pénale. Le pouvoir législatif est tenu de faire des règles que le pouvoir judiciaire doit, pour sa part, appliquer en respectant les termes. Le seul moyen de garantir cette rigoureuse répartition des pouvoirs et, par suite, de conjurer tout risque d'arbitraire de la part des juges, est de rédiger les lois pénales de la façon la plus précise. Le pouvoir législatif viderait de sa substance le principe constitutionnel de légalité s'il se bornait à poser des règles pénales ne donnant aux juges que de vagues directives, car il les obligerait ainsi du même coup à compléter les règles applicables pour les rendre susceptibles d'être effectivement appliquées. Une peine décidée par un juge dans ces conditions ne serait plus seulement infligée en vertu de la loi mais en vertu de la loi et aussi d'une autre règle que le juge aurait dû y ajouter pour arriver à l'appliquer ». Et l'organe collatéral de préciser que le texte en projet ne s'exposerait pas à cette critique s'il précisait quelles sont les infractions à propos desquelles les personnes morales peuvent être condamnées. Le même propos avait déjà été tenu dans un avis relatif au projet de loi du 12 mars 1997 relatif aux organisations criminelles, *Doc. parl.*, Chambre, 1996-1997, n° 954/1, p. 13.

De l'arrêt n° 69/2003, il ressort que le droit est une affaire de rigueur et de précision, surtout en droit pénal pour définir une infraction, et même en matière de télécommunications, en vertu du principe de légalité et de prévisibilité des infractions pénales. Il y a des comportements législatifs indésirables, parmi lesquels certains sont « punissables ». Espérons que cette règle du « jeu », elle, soit désormais prévisible pour le législateur en matière pénale (31).

A terme, il faut s'attendre à ce que la Cour d'arbitrage censure d'autres incriminations vagues et imprécises, à commencer par celles figurant dans la loi du 30 juillet 1979 relative aux radio-communications et qui avaient été transposées en matière de télécommunications... sans oublier une série d'incriminations (trop) larges, parfois déjà relevées en doctrine (32) ou par la section de législation du Conseil d'Etat (33) ... Autant d'occasions pour la Cour d'affirmer une série d'exigences de qualité de la législation pénale, à commencer par celle, incontournable en droit belge, de ne guère laisser une trop grande latitude à l'interprétation par le juge, conformément au principe de la séparation de tous les pouvoirs. Le principe de légalité est en effet beaucoup plus strict, de ce point de vue, en droit belge, comparé aux exigences plus souples formulées dans la Convention européenne des droits de l'homme.

Marc NIHOUL

Chargé de cours (F.U.N.D.P. de Namur)
Directeur du centre projucit (**)
Avocat au barreau de Bruxelles

(31) On peut légitimement se demander, à cet égard, si les impératifs de sécurité et prévisibilité juridiques sont compatibles avec le procédé de la loi-programme, pour le moins cavalier et opaque, ne se prêtant guère à discussions et donc aux commentaires législatifs pourtant souvent précieux...

(32) F. Tulkens et M. van de Kerchove, *op. cit.*, 6^e éd., 2003, p. 198, par exemple, citent l'article 77bis de la loi du 15 déc. 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers réprimant la traite des êtres humains et la pornographie infantile, ou encore l'article 442bis du Code pénal relatif au harcèlement non défini dans la loi. Voy. aussi M. Verdussen, *op. cit.*, 1995, p. 119. A noter qu'un recours en annulation a été introduit sur cette base devant la Cour d'arbitrage contre certaines dispositions de la loi du 3 mai 2003 modifiant la loi du 24 février 1921 concernant notamment le trafic des substances stupéfiantes. Cette loi contient en effet une série d'expressions aussi vagues qu'imprécises comme la détention « à des fins d'usage personnel » non accompagné « de nuisances publiques ou d'usage problématique ».

(33) Pour des exemples en « jurisprudence », généralement suivis (alors) par le législateur, voy. J. Velaers, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling Wetgeving - Vijftigjaar adviezen aan wetgevend vergaderingen, in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof*, Antwerpen, Maklu, 1999, pp. 91 à 96, spéc. p. 92.

(**) Protection juridique du citoyen, Centre de recherche fondamentale : www.projucit.be