

Projet de loi

portant:

- 1. approbation de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention du terrorisme, signée à Varsovie le 16 mai 2005, et**
- 2. modification de certains articles du Code pénal et du Code d'instruction criminelle.**

Avis du Conseil d'Etat

(12 juin 2012)

Par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 1^{er} février 2012, le Conseil d'Etat a été saisi du projet de loi sous rubrique qui a été élaboré par le ministre de la Justice.

Le projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles ainsi que du texte de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention du terrorisme et de la Décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme.

Par dépêche du 6 juin 2012, les avis rendus par les autorités judiciaires sur le projet de loi ont été communiqués au Conseil d'Etat.

Considérations générales

Le projet de loi sous examen vise, d'abord, à approuver la Convention du Conseil de l'Europe, précitée. Il s'agit, ensuite, de compléter le Code pénal en incriminant une série d'actes visés dans la Convention du Conseil de l'Europe. Cette adaptation du dispositif pénal luxembourgeois constituera en même temps la transposition de la décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 qui modifie la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme. Le Conseil d'Etat note que le projet sous examen est une illustration de l'enchevêtrement des initiatives législatives du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne dans le domaine du droit pénal.

Le Conseil d'Etat relève que l'article 28 de la Convention comporte une clause d'approbation anticipée concernant la révision de la liste des traités figurant à l'annexe de la convention. Cette clause ne soulève pas de problèmes d'ordre constitutionnel, dans la mesure où l'objet est circonscrit de manière précise aux traités universels conclus au sein du système des Nations Unies, portant spécifiquement sur le terrorisme international et entrés en vigueur.

Examen des articles

Article I

L'article I porte approbation de la Convention du Conseil de l'Europe précitée. Il n'appelle pas d'observation.

Article II

A la première phrase de l'article sous avis, annonçant les modifications au Code pénal, le Conseil d'Etat propose d'omettre les termes « respectivement complété » en ce qu'ils sont superfétatoires.

L'article sous examen porte adaptation, aux points 1) à 5) et 8), des références aux articles afférents du Code pénal relatifs au terrorisme. Cette adaptation est imposée par le point de l'article sous rubrique qui complète le Code pénal. Ces points n'appellent pas d'observation particulière.

Le point 7) modifie l'article 324^{ter} du Code pénal en augmentant le taux des peines d'emprisonnement prévues. Selon les auteurs du projet, il s'agit de mettre le Code pénal en conformité avec la décision-cadre 2008/841/JAI, précitée, dont l'article 3 prévoit que la participation à une organisation criminelle doit être passible d'une peine d'emprisonnement maximale comprise entre deux ans et cinq ans au moins.

Le point 6) constitue le point central de l'article sous examen. Il introduit dans le Livre II, Titre 1^{er}, chapitre III-1 du Code pénal une nouvelle section III consacrée aux « infractions liées aux activités terroristes ». Cette section comporte 4 articles nouveaux portant les numéros 135-11 à 135-14.

Article 135-11 nouveau du Code pénal

Le nouvel article du Code pénal vise à incriminer la provocation au terrorisme au sens de l'article 5 de la Convention et de l'article 3, paragraphe 1^{er}, a) de la décision-cadre de 2002, telle que modifiée par celle de 2008. Le Conseil d'Etat voudrait faire deux observations, l'une d'ordre fondamental, l'autre d'ordre formel.

Quant au fond, il note que le commentaire de l'article contient de longs développements sur la question des limites entre le nouveau délit d'incitation indirecte à la commission d'actes terroristes et la liberté d'expression. Il peut parfaitement suivre la pertinence de la question. Ce débat aurait toutefois dû être mené au niveau du Conseil de l'Europe avant la rédaction de la Convention et au niveau de l'Union européenne. Un refus de transposition de la décision-cadre ne peut d'ailleurs pas être fondé sur son incompatibilité éventuelle avec des droits fondamentaux, à défaut de recours en annulation de l'Etat membre de l'Union européenne qui conclut à une telle incompatibilité.

En ce qui concerne la forme, le Conseil d'Etat note quelques divergences entre le texte qu'il est proposé d'introduire dans le Code pénal et les textes de référence de la Convention et de la décision-cadre précitées. Les dispositions européennes mettent l'accent sur la provocation « publique ». Le texte sous examen reprend le critère « public » au niveau des moyens de diffusion, même si le qualificatif n'est plus expressément

repris, au niveau du dernier « moyen de communication audiovisuelle ou tout autre support électronique ». Alors que les dispositions européennes n'entrent pas dans le détail des moyens de diffusion, la disposition sous examen reprend une longue liste de modalités de diffusion au public. Le Conseil d'Etat est à se demander si une reprise plus fidèle du libellé des normes européennes relevant le caractère public de la provocation n'aurait pas permis de faire l'économie de cette liste de moyens techniques. Il est vrai que les auteurs se sont inspirés de textes français qui existaient avant la Convention et la décision-cadre.

Article 135-12

Le nouvel article 135-12 du Code pénal incrimine le recrutement au terrorisme. Il vise à transposer en droit luxembourgeois l'article 6 de la Convention et l'article 3, paragraphe 1^{er}, b) de la décision-cadre.

Le Conseil d'Etat note que l'article sous examen incrimine la tentative. Celle-ci n'est pas visée dans les dispositions européennes à transposer, probablement parce qu'une telle incrimination est dénuée de tout sens. Quel peut être le contenu d'une tentative de sollicitation? Le Conseil d'Etat considère qu'il y a lieu d'omettre la référence à la tentative.

Le Conseil d'Etat s'interroge encore sur la première hypothèse prévue sous b) visant le cas de la création d'un groupe terroriste. Les auteurs de l'article sous examen exposent que « il y a lieu de prévoir une nouvelle incrimination au Code pénal alors que les faits visés par la Convention et la décision-cadre (précités) se situent clairement en amont du moment de la création d'un groupe terroriste. Il faut en effet envisager l'hypothèse où deux personnes projettent de commettre ensemble une infraction terroriste sans pour autant constituer un groupe terroriste. Si depuis une loi du 27 octobre 2010, deux personnes suffisent pour constituer un groupe terroriste aux termes de l'article 135-3 du Code pénal, toujours est-il que ce groupe doit être, notamment, établi dans le temps ce qui n'est pas nécessairement le cas. » Le Conseil d'Etat se demande si la « création » du groupe terroriste est envisagée dans ces termes. L'article 6 de la Convention vise le fait de « se joindre » à une association. L'article 3, paragraphe 1^{er}, b) de la décision-cadre renvoie à l'article 2, paragraphe 2, qui vise les faits suivants « a) la direction d'un groupe terroriste; b) la participation aux activités d'un groupe terroriste, y compris en fournissant des informations ou des moyens matériels, ou par toute forme de financement de ses activités, en ayant connaissance que cette participation contribuera aux activités criminelles du groupe terroriste ». Il s'agit encore de groupes existants. Le renvoi à l'article 135-3 du Code pénal signifie d'ailleurs également que le recrutement vise l'adhésion à un groupe existant. Il n'est d'ailleurs pas très logique de viser la création d'un groupe « établi dans le temps ». Certes, le législateur national peut toujours aller au-delà des exigences internationales, en faisant prévaloir l'esprit avéré ou supposé sur le libellé du texte. Il est difficile d'affirmer que la mesure nationale est imposée par le droit supranational.

Article 135-13

L'article à insérer au Code pénal vise à incriminer l'entraînement au terrorisme tel que prévu par l'article 7 de la Convention et l'article 3, paragraphe 2, point c), de la décision-cadre précitées.

Le Conseil d'Etat note deux différences avec les dispositions européennes. Ces dernières visent uniquement le fait matériel de donner des instructions et utilisent le concept de formation en relation avec la détermination du dol spécial. La formulation de l'article sous examen est différente, alors que la formation devient un élément matériel, à côté de l'instruction. L'article sous examen incrimine la tentative au même titre que l'infraction consommée. Au-delà de la question de savoir ce que recouvre la tentative de donner des instructions, se pose, une nouvelle fois, la question de la nécessité de s'écarter des textes internationaux. Le Conseil d'Etat réitère les observations qu'il a faites à l'endroit l'article 135-12 et préconise d'omettre la référence à la tentative à l'article sous avis.

Article 135-14

Le quatrième nouvel article à insérer au Code pénal poursuit, selon les auteurs, deux objectifs: prévoir les sanctions pénales en cas de commission des infractions prévues par les articles 135-11 à 135-13, et mettre en œuvre l'article 8 de la Convention et l'article 3, paragraphe 3, de la décision-cadre qui prévoient que la commission effective de l'infraction terroriste n'est pas nécessaire à la répression.

Le Conseil d'Etat note que l'article sous examen incrimine une nouvelle fois la tentative. Pour les articles 135-12 et 135-13, il s'agit en tout cas de formulations redondantes. Le Conseil d'Etat renvoie à ses interrogations quant à la signification d'une tentative de solliciter ou donner des instructions. La même observation vaut pour la tentative de commettre un acte de provocation. Les dispositions européennes ne visent pas la tentative. Le Conseil d'Etat considère encore une fois que la tentative est à omettre dans l'article sous avis.

En ce qui concerne le critère de « l'indifférence de résultat » au sens de la Convention du Conseil de l'Europe, il se demande s'il n'y a pas lieu de préciser les infractions visées et non réalisées, alors les nouvelles infractions de la section III constituent toutes des infractions terroristes au sens du chapitre III. On pourrait se borner à renvoyer aux articles 135-1, 135-5 et 135-9.

Les points 7) et 8) de l'article II n'appellent pas d'observation.

Article III

L'article III du projet de loi ne requiert pas d'observations particulières. Il se borne à adapter certaines dispositions du Code d'instruction criminelle en insérant le renvoi aux nouvelles infractions de provocation, de recrutement et d'entraînement au terrorisme.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 12 juin 2012.

Le Secrétaire général,

La Présidente ff.,

s. Marc Besch

s. Viviane Ecker