



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 59.147/3
van 22 april 2016

over

een voorontwerp van wet
‘houdende diverse bepalingen
ter bestrijding van
terrorisme (III)’

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 59.147/3
du 22 avril 2016

sur

un avant-projet de loi ‘portant
des dispositions diverses en
matière de lutte contre le
terrorisme (III)’

Op 21 maart 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘houdende diverse bepalingen ter bestrijding van terrorisme (III)’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 12 april 2016. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Johan PUT en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Frédéric VANNESTE, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jan SMETS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 22 april 2016.

*

Le 21 mars 2016, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi ‘portant des dispositions diverses en matière de lutte contre le terrorisme (III)’.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 12 avril 2016. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, Johan PUT et Bruno PEETERS, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Frédéric VANNESTE, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jan SMETS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 22 avril 2016.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet bevat een aantal aanpassingen van het Strafwetboek en van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de bestrijding van het terrorisme.

Artikel 2 van het ontwerp strekt tot wijziging van artikel 140, § 1, van het Strafwetboek, waarbij de deelname aan een activiteit van een terroristische groep strafbaar wordt gesteld. Het zou voortaan volstaan dat de betrokkene “wist of moest weten dat de groep een terroristische groep is”, terwijl thans vereist is dat “hij weet dat zijn deelname bijdraagt tot het plegen van een misdaad of wanbedrijf door de terroristische groep”.

Met artikel 3 wordt de wijziging beoogd van artikel 140*bis* van het Strafwetboek met betrekking tot de strafbaarstelling van het aanzetten tot het plegen van terroristische misdrijven. Ten eerste zou voortaan ook worden verwezen naar de misdrijven vermeld in artikel 140*sexies* van het Strafwetboek (betreffende het aanzetten tot reizen voor terroristische doeleinden). Ten tweede wordt het vereiste geschrapt dat moet worden aangetoond dat het aanzetten een risico op het plegen van een terroristisch misdrijf heeft meegebracht.

Artikel 4 strekt tot wijziging van artikel 140*ter* van het Strafwetboek teneinde ook het werven van personen voor het plegen van een misdrijf als bedoeld bij artikel 140*sexies* van dat wetboek strafbaar te stellen.

Artikel 5 strekt tot invoering in het Strafwetboek van een nieuw artikel teneinde de voorbereidende handelingen van een terroristisch misdrijf als bedoeld bij artikel 137 van dat wetboek, met uitzondering van paragraaf 3, 6°, van dat artikel, strafbaar te stellen met een gevangenisstraf van twee jaar tot vijf jaar en met een geldboete van zesentwintig euro tot duizend euro.

Met artikel 6 wordt de verruiming beoogd van artikel 141 van het Strafwetboek opdat het verstrekken van materiële middelen strafbaar zou zijn wanneer de betrokkene “wist of moest weten dat die middelen bijdragen voor het plegen van een misdrijf als bedoeld in de artikelen 137 en 140*bis* tot 140*sexies* of dat hij die middelen verstrekt aan een persoon van wie hij weet dat hij een misdrijf pleegt of zal plegen als bedoeld in artikel 137, met uitzondering van het in artikel 137, § 3, 6°, bedoelde misdrijf”.

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

Artikel 7 strekt tot wijziging van artikel 144^{ter}, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek teneinde de bevoegdheid van het federaal parket inzake terrorisme te verduidelijken.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

3. Volgens artikel 140, § 1, van het Strafwetboek zoals het zou luiden wanneer artikel 2 van het ontwerp doorgang vindt, zal iedere persoon die deelneemt aan “enige activiteit” van een terroristische organisatie “terwijl hij wist of moest weten dat de groep een terroristische groep is”, worden bestraft met een opsluiting van vijf tot tien jaar en met een geldboete van honderd euro tot vijfduizend euro. Het is met andere woorden niet langer vereist dat de betrokkene wist “dat zijn deelname bijdraagt tot het plegen van een misdaad of wanbedrijf door de terroristische groep”.

De vraag rijst in de eerste plaats of de nieuwe formulering van artikel 140, § 1, van het Strafwetboek wel beantwoordt aan de bedoeling van de stellers van het ontwerp. In de memorie van toelichting wordt immers vooropgesteld dat wordt beoogd artikel 140, § 1, van het Strafwetboek te vereenvoudigen teneinde het de betekenis te verlenen die de wetgever eraan heeft willen geven en die wordt overgenomen in de rechtspraak. De gemachtigde verklaarde bovendien het volgende:

“La modification proposée dans l’avant-projet de loi concerne l’élément de connaissance. Comme indiqué dans l’exposé des motifs, la nouvelle formulation correspond à la jurisprudence. Elle a pour objectif de clarifier la formulation actuelle et éviter des incertitudes sur la preuve à apporter. Le projet ne modifie pas la formulation ‘qui participe à une activité d’un groupe terroriste, y compris par la *fourniture d’informations* ou de *moyens matériels* au groupe terroriste, ou par toute forme de *financement* d’une activité du groupe terroriste’. Il faut donc un certain degré de participation. Mais il ne semble pas possible de faire une sélection en fonction de la nature des activités.”

De nieuwe tekst van artikel 140^{bis} van het Strafwetboek zou evenwel een aanzienlijke verruiming inhouden van de strafbaarstelling: er wordt niet langer vereist dat de betrokkene weet dat de deelname aan de activiteit van de terroristische groep bijdraagt tot het plegen van een misdaad of wanbedrijf door die groep,² maar enkel dat hij weet of moest weten dat de groep een terroristische groep is. De ontworpen wijziging kan derhalve niet worden beschouwd als een loutere verduidelijking van de bestaande tekst. Voorts bevat de zinsnede “zij het ook door het verstrekken van gegevens of materiële middelen aan een terroristische groep of door het in enigerlei vorm financieren van enige activiteit van een terroristische groep”, die door de gemachtigde wordt aangehaald, geen inperking van de strafbaarstelling omdat door de formulering ervan (“zij het ook”) niet wordt uitgesloten dat ook andere vormen van deelname in

² In de memorie van toelichting bij het ontwerp dat heeft geleid tot de wet van 19 december 2003 ‘betreffende terroristische misdrijven’, waarbij de huidige tekst van artikel 140 van het Strafwetboek werd ingevoerd, werd beklemtoond dat dit weten een doorslaggevend criterium is voor de strafbaarstelling (*Parl.St.* Kamer B.Z. 2003, nr. 51-0258/001, 7 - zie ook 13).

aanmerking komen voor bestraffing. Indien het effectief slechts in de bedoeling ligt de bestaande tekst te verduidelijken, dient artikel 2 van het ontwerp derhalve grondig te worden herwerkt.

4. Zo geen loutere verduidelijking van de bestaande tekst wordt beoogd (en de tekst derhalve niet in die zin wordt aangepast), rijst de vraag wat de juiste draagwijdte van de ontworpen wijziging is.

Letterlijk genomen impliceert de nieuwe versie van de genoemde bepaling dat ook een persoon die enkel deelneemt aan een activiteit van een terroristische groep die geen uitstaans heeft met de terroristische activiteiten van die groep, strafbaar zou zijn. Dit element, gecombineerd met het gegeven dat ook het “moeten weten” dat de groep een terroristische groep is als element van de strafbaarstelling wordt opgenomen, dreigt evenwel een zeer grote uitbreiding van de strafbaarheid tot gevolg te hebben. Een zeer ruime formulering (“enige activiteit van een terroristische groep”) kan immers worden gekoppeld aan een soort potentieel, moeilijk met zekerheid te bepalen weten, niet van de gevolgen van de eigen daad, maar van de aard van (soms niet zonder meer eenduidige) activiteiten die door anderen worden verricht. Het is problematisch om aan deze niet altijd eenduidige activiteiten van anderen een voorzichtigheidsnorm te verbinden voor eender welke derde persoon. Aldus dreigt een te verregaande strafbaarstelling te worden gecreëerd die afbreuk kan doen aan het schuldelement, dat een essentieel element van het misdrijf vormt.³ Gelet op de zeer diverse aard en gevaarlijkheidsgraad van daden die mogelijk onder de delictsomschrijving vallen, kan bovendien de vraag worden gesteld of de voorgenomen wijziging in de huidige formulering niet op gespannen voet staat met het beginsel van de evenredigheid van de straffen.

In de aangehaalde verklaring van de gemachtigde wordt evenwel “un certain degré de participation” vereist, maar in de gewijzigde tekst van het genoemde artikel wordt niet aangegeven waaruit die betrokkenheid dient te bestaan. Hierover nogmaals ondervraagd, verklaarde de gemachtigde wat volgt:

“Comme indiqué précédemment, le projet de loi ne modifie pas la partie de l'article relative aux termes ‘qui participe à une activité d'un groupe terroriste, y compris par la fourniture d'informations ou de moyens matériels au groupe terroriste, ou par toute forme de financement d'une activité du groupe terroriste’. L'interprétation de cette partie, qui existe depuis 2003, et donc la précision du degré de participation requis est laissée à la jurisprudence. On peut juste indiquer ici que les exemples de participation repris dans l'article 140, même s'ils ne sont que des exemples, semblent montrer qu'un certain degré de participation est requis.

³ Tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 10 januari 1999 ‘betreffende de criminele organisaties’, waarbij artikel 324ter van het Strafwetboek werd ingevoerd, werden in paragraaf 2 van dat artikel, waarbij deelname aan bepaalde activiteiten van de criminele organisatie strafbaar wordt gesteld, de woorden “of moest weten” weggelaten. Tijdens de bespreking werd vooropgesteld dat de bewijslast erdoor wordt omgekeerd en werd gevreesd dat de rechter erdoor een te grote interpretatieruimte dreigde te krijgen en hij *in abstracto* en zonder rekening te houden met de voorgeschiedenis van de verdachte, tot diens schuld zou besluiten (verslag VANDENBERGHE, *Parl.St.* Senaat 1997-98, nr. 1-662/4, 13-14 en 28-29; zie ook de toelichting bij amendement nr. 21 van de regering, *Parl.St.* Senaat 1997-98, nr. 1-662/3). In dit verband kan ook worden verwezen naar het voorbehoud van interpretatie dat is opgenomen in arrest nr. 122/2014 van het Grondwettelijk Hof. Wat betreft de bestraffing van het deel uitmaken van een criminele organisatie, wordt in dat arrest belang gehecht aan het gegeven dat in de delictsomschrijving het element dat de betrokkene *weet* dat de organisatie gebruik maakt van de in artikel 324ter van het Strafwetboek beoogde methodes, is opgenomen (GwH 19 september 2014, nr. 122/2014, B.9 en B.10).

L'évaluation du degré de participation dépendra des faits de la cause. Chaque situation devra être évaluée de façon individualisée et circonstanciée par le juge pour déterminer le degré d'implication de la personne mise en cause. C'est d'ailleurs déjà ce que fait la jurisprudence qui par exemple examinent les circonstances et les éléments de l'affaire pour déterminer s'ils constituent des '*faisceaux de présomptions suffisantes pour affirmer*' que le prévenu a participé aux activités d'un groupe terroriste (Appel Brux., 19 janvier 2007)."

Door het opgeven van het vereiste dat de betrokkene weet dat zijn deelname bijdraagt tot het plegen van een misdaad of wanbedrijf door de terroristische groep, en het invoeren van het criterium van het "moeten weten" dat het gaat om een terroristische groep, in combinatie met het geheel overlaten aan de rechtspraak om te bepalen welke graad van betrokkenheid in de activiteiten van de groep vereist is,⁴ dreigt het artikel, aldus opgevat, op gespannen voet te staan met het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel, volgens hetwelk de strafwet moet worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik waarop hij een gedrag aanneemt, kan uitmaken of dat gedrag al dan niet strafbaar is. Krachtens dat beginsel is vereist dat de wetgever in voldoende nauwkeurige, duidelijke en rechtszekerheid biedende bewoordingen bepaalt welke feiten strafbaar worden gesteld, zodat, enerzijds, diegene die een gedrag aanneemt, vooraf op afdoende wijze kan inschatten wat het strafrechtelijke gevolg van dat gedrag zal zijn en, anderzijds, aan de rechter geen al te grote beoordelingsbevoegdheid wordt gelaten.⁵ Aan dat laatste vereiste is alvast niet voldaan, nu de rechter een graad van betrokkenheid zal moeten bepalen zonder te beschikken over een duidelijk criterium waaraan die betrokkenheid kan worden getoetst. Minstens zou derhalve moeten worden aangegeven dat het gaat om betrokkenheid bij de activiteiten die verband houden met strafbare handelingen van de betrokken groep.⁶ Op die wijze zou ook beter worden tegemoetgekomen aan het eerste vereiste, doordat de betrokken persoon beter kan inschatten welke handelingen een strafrechtelijk gevolg kunnen hebben.

5. Ook wanneer artikel 2 van het ontwerp wordt aangepast in het licht van hetgeen is opgemerkt *sub* 4, blijft het zo dat bepaalde handelingen die een voorbereiding vormen tot het plegen van een (al dan niet terroristisch) misdrijf, onder de delictsomschrijving vallen. Aangezien als strafmaat opsluiting van vijf tot tien jaar en een geldboete van honderd tot vijfduizend euro wordt bepaald, is het mogelijk dat het verrichten van een activiteit die bijdraagt aan de voorbereiding van een misdrijf door de terroristische groep, strenger wordt bestraft dan het

⁴ Vgl. in dit verband met de meer precieze criteria die zijn opgenomen in de artikelen 324 en 324ter van het Strafwetboek.

⁵ Zie bijvoorbeeld GwH 28 januari 2015, nr. 9/2015, B.13; GwH 17 september 2015, nr. 110/2015, B.3.3; GwH 29 oktober 2015, nr. 153/2015, B.33; GwH 14 januari 2016, nr. 1/2016, B.5.3; GwH, 18 februari 2016, nr. 25/2016, B.18.2.

⁶ In artikel 2, lid 2, b), van het Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 'inzake terrorismebestrijding' wordt als criterium gesteld dat de betrokkene weet dat zijn deelneming bijdraagt aan de criminele activiteiten van de terroristische groep. Vgl. ook met artikel 421-2-1 van het Franse Strafwetboek: "Constitue également un acte de terrorisme, le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisé par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents."

plegen van dit misdrijf zelf. De vraag rijst of aldus geen inconsistente bestraffing wordt ingevoerd,⁷ die bovendien in strijd kan zijn met het beginsel van de evenredigheid der straffen.

Wat voorafgaat geldt *a fortiori* wanneer aan artikel 140, § 1, van het Strafwetboek een nog ruimere draagwijdte wordt gegeven, zoals thans het geval is gelet op het huidige artikel 2 van het ontwerp. Voor het overige wordt verwezen naar opmerking 19.

6. In tegenstelling tot de huidige formulering van artikel 140, § 1, van het Strafwetboek, waar gewag wordt gemaakt van een “weten”, wordt de strafbaarheid uitgebreid tot het geval dat de betrokkene “weet of moest weten dat de groep een terroristische groep is”. Reeds *sub* 4 werd aangegeven dat het hanteren van dit laatste criterium, in combinatie met het opgeven van het vereiste dat de betrokkene “weet dat zijn deelname bijdraagt tot het plegen van een misdaad of wanbedrijf door de terroristische groep”, problematisch is. De vraag dient bovendien te worden gesteld of het hanteren van het criterium van het “moeten weten” toelaatbaar is wanneer de band met de strafbare activiteit van de terroristische groep zou worden aangescherpt.

Door het hanteren van zulk een criterium wordt wat door het openbaar ministerie te bewijzen valt, enigszins afgezwakt doordat slechts een “potentieel” weten in plaats van een reëel weten dient te worden bewezen. Zo het ontwerp effectief in de zo-even aangegeven zin wordt aangepast, lijkt zulks toelaatbaar te zijn⁸ op voorwaarde dat het “moeten weten” wordt afgeleid uit concrete elementen die kunnen worden gerelateerd aan de persoonlijke situatie van de betrokkene (en derhalve niet aan de hand van een abstract criterium).⁹

Artikel 3

7. Er wordt in de eerste plaats verwezen naar de onderdelen B.9 tot B.26 van arrest nr. 9/2015 van 28 januari 2015 van het Grondwettelijk Hof, waarbij het beroep tot vernietiging van de huidige tekst van artikel 140*bis* van het Strafwetboek werd verworpen.¹⁰ De in dat artikel aan te brengen wijzigingen leiden niet tot een ten aanzien van dat arrest verschillend oordeel, onder voorbehoud van hetgeen *sub* 8 wordt opgemerkt.

⁷ Het enkele gegeven dat het gaat om de voorbereiding van een misdrijf dat door een terroristische groep wordt gepleegd, lijkt dit verschil in bestraffing, dat in bepaalde gevallen verregaand is, moeilijk te kunnen verantwoorden.

⁸ Vgl. met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Grondwettelijk Hof inzake het hanteren van vermoedens (EHRM, 7 oktober 1988, *Salabiaku t. Frankrijk*, ov. 26-30; EHRM 25 september 1992, *Pham Hoang t. Frankrijk*, ov. 32-36 ; EHRM 21 mei 2003, *Janosevic t. Zweden*, ov. 96-104; EHRM 30 maart 2004, *Radio France e.a. t. Frankrijk* ov. 21-24; EHRM, 30 juni 2011, *Klouvi t. Frankrijk*, ov. 41; GwH 21 maart 2000, nr. 27/2000, B.4; GwH 29 maart 2001, nr. 43/2001, B.5.3; GwH 15 oktober 2002, nr. 147/2002, B.7.2; GwH 11 juni 2003, nr. 81/2003, B.5; GwH 17 november 2011, nr. 178/2011). Zie ook GwH 6 november 1997, nr. 65/97, waar het Grondwettelijk Hof er geen grondwettelijk bezwaar in zag dat eenzelfde strafmaat geldt voor hem die weet dat hij onwettig bepaalde dieren verhandelt als voor hem die dat moet weten.

⁹ Aldus staat het criterium eigenlijk niet zo ver van het gewone kenniselement, waar ook geen geheel absolute kennis wordt vereist (zie ook CHR. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET en S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2014, p. 324-325). De vraag rijst dan evenwel wat nog de meerwaarde is van de invoering van het criterium.

¹⁰ Zie ook adv.RvS 51.806/3 van 18 september 2012 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 18 februari 2013 ‘tot wijziging van boek II, titel I ter van het Strafwetboek’, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 53-2502/001, 22-29, opmerkingen 4, 5 en 9.

8. Door niet langer te vereisen dat het bij artikel 140*bis* van het Strafwetboek strafbaar gestelde gedrag het risico oplevert dat één of meer terroristische misdrijven mogelijk worden gepleegd,¹¹ komen ook gedragingen met een enigszins mindere graad van ernst voor bestraffing in aanmerking. De wetgever dient, mede gelet op het beginsel van de proportionaliteit van de straffen, dan ook na te gaan of de minimumstraf van vijf jaar opsluiting niet dient te worden aangepast.

9. De woorden “in artikel 137” komen tweemaal voor in artikel 140*bis* van het Strafwetboek. Duidelijkheidshalve kan in artikel 3, 2°, van het ontwerp worden gespecificeerd dat de vervanging ervan betrekking heeft op de eerste maal dat die woorden voorkomen.

Artikel 5

10. Artikel 5 van het ontwerp strekt ertoe een nieuw artikel 140*septies* in het Strafwetboek in te voegen. Dat ontworpen artikel voorziet in de strafbaarstelling van voorbereidende handelingen van een terroristisch misdrijf. De voorbereidende handelingen worden in een niet-exhaustieve lijst beschreven.

In de toelichting wordt “het voorbereiden” van een terroristisch misdrijf onder meer als volgt toegelicht:

“Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen de voorbereidende handelingen en de poging. De voorbereidende handelingen strafbaar stellen zou de mogelijkheid bieden om in te grijpen vóór een terroristisch misdrijf wordt gepleegd, in de fase waarin de terroristische daad wordt voorbereid. Het doel is in te grijpen vóór het begin van de uitvoering van het eigenlijke terroristische misdrijf. De poging is daarentegen gekenmerkt door het zich openbaren van uitwendige daden die een begin van uitvoering van een misdaad of een wanbedrijf uitmaken (art. 51, Sw.).

Het doel is een gevaarlijk geachte gedraging strafbaar te stellen, met het oogmerk een schadelijke uitkomst te voorkomen. Dat is reeds het geval in de artikelen 140*bis* tot 140*sexies* van het Strafwetboek: opdat die handelingen strafbaar zouden zijn, is het niet vereist dat een terroristisch misdrijf daadwerkelijk wordt gepleegd (Gedr. St., Kamer, DOC 25-2502/001, blz. 7, en DOC 54-1198/001, blz. 6).

De voorbereidende handelingen beogen de uitvoering van een misdaad of een wanbedrijf te vergemakkelijken en mogelijk te maken, maar zijn geen materiële handelingen die deel uitmaken van dat misdrijf. Tijdens de voorbereidende handeling schaft de dader zich de middelen voor het misdrijf aan.

(...)

De algemene strafbaarstelling van de voorbereidende handelingen zonder ze af te bakenen, biedt onvoldoende duidelijkheid. De strafbaarstelling van de voorbereidende handelingen is delicaat. Zij wordt gekenmerkt door de strafbaarstelling van handelingen waaraan mogelijk niets illegaals is, maar die deel gaan uitmaken van een misdrijf omdat zij worden gekoppeld aan een ‘intentie’, namelijk de intentie om een terroristische

¹¹ Een gelijkaardige voorwaarde komt ook voor in artikel 5, lid 1, van het Verdrag van de Raad van Europa ‘ter voorkoming van terrorisme’ en in artikel 3, lid 1, a), van het kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002.

daad te plegen. Het gaat om een fundamentele evolutie van ons strafrecht die noodzakelijk is, voor het specifieke geval van het terrorisme, maar die moet worden ingebed.

De regering heeft zich geïnspireerd op de Franse en de Duitse wetgeving, die beiden specifiek de voorbereiding van een terroristische daad strafbaar stellen. Beide betrokken wetgevingen voorzien in een lijst van soorten gedragingen die moeten worden beschouwd als voorbereidende handelingen. Er moet worden opgemerkt dat de Franse wetgeving de combinatie vereist van een voorbereidende handeling (het voorhanden hebben, het zoeken, het aanschaffen of het vervaardigen van voorwerpen of stoffen die van aard zijn dat zij een gevaar creëren voor een ander) en een andere (bijvoorbeeld: het verzamelen van inlichtingen over plaatsen of personen waardoor het mogelijk is een actie op die plaatsen uit te voeren of schade toe te brengen aan die personen of het observeren van die plaatsen of personen). Die aanpak werd te restrictief geacht.

(...)

Naast de materiële elementen in samenhang met de voorbereidende handelingen, moet de intentie tot het plegen van een terroristisch misdrijf zoals bedoeld in artikel 137 van het Strafwetboek, met andere woorden de intentie tot het plegen van een terroristische aanslag, kunnen worden bewezen. De materiële handeling is nooit voldoende om van een voorbereidende handeling te kunnen spreken. Die intentie kan bijvoorbeeld worden bewezen door middel van een onderschepping van telecommunicatie waarin de persoon zijn intentie tot het plegen van een aanslag aangeeft.

Op grond van de verzamelde bewijselementen en de specifieke omstandigheden, behoort het de rechter toe om te bepalen of de dader van een van de opgesomde handelingen die handeling al dan niet heeft gesteld met het oog op de voorbereiding van het plegen van een terroristisch misdrijf. Zo impliceert het ‘verzamelen van inlichtingen’ of het ‘bezitten van documenten’ die voor terrorisme zouden kunnen worden gebruikt bijvoorbeeld niet dat zij voor dat doeleinde zullen worden gebruikt. De criminele intentie van de dader zal het mogelijk maken om vast te stellen of de gestelde handeling illegaal is.

Het nieuwe artikel 140septies van het Strafwetboek geeft een exemplarische opsomming van de handelingen die zullen worden beschouwd als handelingen ter voorbereiding van het plegen van een terroristisch misdrijf.”

De gemachtigde voegde daar nog het volgende aan toe:

“Il faut rappeler qu’il faudra toujours pouvoir prouver l’intention de commettre une infraction visée à l’article 137. Cette intention pourra par exemple être démontrée par une vidéo avec une revendication anticipée ou une conversation téléphonique interceptée (le fait qu’il y ait une conversation ne signifie pas forcément qu’il y ait un groupe, l’autre personne pouvant seulement être informée de l’intention de commettre un attentat).

Exemples possibles :

- Le fait de rassembler des plans d’un lieu ou des informations sur les déplacements d’une personne cible ;
- Le fait de réunir des substances dangereuses qui vont servir à la réalisation d’explosifs ;
- La revendication anticipée de l’attentat dans une vidéo (cet élément est repris explicitement dans l’article 140septies et constituera à la fois l’élément matériel de l’acte préparatoire et la preuve de l’intention terroriste) ;
- Le fait de préparer une planque.”

In de memorie van toelichting en door de gemachtigde wordt terecht vooropgesteld dat de handeling waaruit de voorbereiding blijkt, op zich nooit voldoende is om te kunnen worden beschouwd als een voorbereidende handeling in de zin van het ontworpen artikel 140*septies* van het Strafwetboek (de handeling kan op zich een volkomen neutrale betekenis hebben en bijgevolg op zich niet strafwaardig zijn), maar dat de handeling dient te worden gekoppeld aan de intentie een bepaald terroristisch misdrijf te plegen.¹² Bovendien dient die intentie steeds aan de hand van concrete elementen te worden bewezen. Het is cruciaal dat de voorbereidende handelingen kunnen worden gekoppeld aan het bewijs, aan de hand van concrete en met elkaar overeenstemmende elementen, dat een duidelijke intentie bestaat een bepaald terroristisch misdrijf¹³ te plegen (zie verder opmerking 17).

11. Uit de tekst van het ontworpen artikel 140*septies* van het Strafwetboek lijkt voort te vloeien dat een voorbereidende handeling ook kan worden gesteld opdat een andere persoon dan diegene die de voorbereidende handeling stelt, dat misdrijf kan plegen. De memorie van toelichting is op dit vlak evenwel niet duidelijk, en de gemachtigde lijkt van het tegendeel uit te gaan. Het is in ieder geval essentieel om hieromtrent duidelijkheid te verschaffen.

Wanneer enkel diegene die zelf de intentie heeft het misdrijf te plegen wordt beoogd, dient het artikel anders te worden geformuleerd.

In het geval dat ook andere personen worden beoogd, volstaat het niet dat de intentie van de persoon die voornemens is om een terroristisch misdrijf te plegen wordt bewezen, maar dient ook te worden bewezen dat diegene die de voorbereidende handeling stelt, wist dat die persoon die intentie had. Dat laatste dient dan in de tekst van het ontworpen artikel 140*septies* van het Strafwetboek tot uiting te komen.¹⁴

12. In de hypothese dat de steller van de voorbereidende handeling niet de dader van het misdrijf is¹⁵ kan het effectief plegen van dat misdrijf ertoe leiden dat de voorbereidende handeling moet worden beschouwd als een daad van mededaderschap of van medeplichtigheid in de zin van de artikelen 66 tot 68 van het Strafwetboek. De vraag rijst of in dit geval (de combinatie van) de bestaande regels inzake samenloop of strafbare deelneming wel adequaat zijn, in het bijzonder in het geval van medeplichtigheid, dan wel of in een specifiek systeem van samenloop dient te worden voorzien.

13. Ook kan de vraag worden gesteld of het aanvaardbaar is om in het ontworpen artikel 140*septies* van het Strafwetboek een niet-uitputtende opsomming op te nemen van handelingen die een voorbereidende handeling kunnen uitmaken.

¹² De strafwaardigheid vloeit immers uit die koppeling voort.

¹³ Zoals de gemachtigde terecht opmerkt, zal het leggen van deze band niet steeds gemakkelijk zijn; nochtans is zulks, gelet op het op zich mogelijk neutrale karakter van de voorbereidende handeling, essentieel om te voldoen aan het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel en om het voorhanden zijn van strafrechtelijke schuld te kunnen aantonen. Ten hoogste zou men, maar dat vergt een grondig herwerken van de strafbaarstelling van de voorbereidende handeling, gewag kunnen maken van misdrijfcategorieën.

¹⁴ Vgl. in dit verband met artikel 67, derde en vierde lid, van het Strafwetboek. Ook in deze bepalingen wordt een specifiek weten vereist.

¹⁵ Zie opmerking 11 omtrent de noodzakelijke verduidelijking ter zake.

Het antwoord op die vraag is bevestigend, op voorwaarde dat de delictsomschrijving die door de opsomming wordt geëxpliciteerd, zelf aan het legaliteitsbeginsel in strafzaken voldoet en derhalve voldoende nauwkeurig, duidelijk en voorspelbaar is, en het beginsel dat geen straf mag worden opgelegd zonder schuld, erdoor niet wordt miskend. Wat dat betreft, wordt verwezen naar de opmerkingen 10 en 11.

Wat voorafgaat neemt niet weg dat een limitatieve lijst van handelingen die in voorkomend geval als voorbereidende handelingen kunnen worden beschouwd, meer rechtszekerheid biedt en derhalve, zo het mogelijk is zulk een lijst op te stellen, de voorkeur verdient.

14. Gevraagd naar de verhouding van het ontworpen artikel 140*septies* van het Strafwetboek met artikel 140 van het Strafwetboek, verklaarde de gemachtigde wat volgt:

“Le gouvernement ne conteste pas que dans la plupart des situations l'article 140 du Code pénal sera applicable. Toutefois, et en particulier vu la situation actuelle et l'ampleur de la menace, il est essentiel de viser toutes les situations possibles, y compris des situations plus rares mais certainement pas unimaginables où la personne agit en dehors d'un groupe terroriste. Le cas de l'attentat perpétré par Anders Breivik en Norvège montre qu'un attentat peut être préparé et commis par un individu isolé.

Comme pour toutes les autres infractions pénales, en cas de concours d'infraction, la situation sera réglée par l'article 65 du Code pénal. Il appartiendra aux parquets et aux juges, en fonction des circonstances de l'espèce et des éléments objectifs qui ressortent du dossier, de déterminer quelle infraction sera applicable.

Pour le surplus, il faut noter qu'en ce qui concerne l'article 140*ter* du code pénal (recrutement pour le terrorisme), la Cour constitutionnelle a déjà décidé dans son arrêt n° 9/2015 du 28 janvier 2015 que ‘le fait que le comportement visé par [ce texte] puisse être réprimé sur la base d'autres dispositions du Code pénal [ne rend pas] l'article 140*ter* du Code pénal incompatible avec le principe de la légalité pénale’.”

Het verdient aanbeveling om in de memorie van toelichting op deze kwestie in te gaan.

15. Op de vraag of het nalaten om iets te doen of het verzwijgen ook een voorbereidende handeling kan zijn, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

“L'abstention ou la dissimulation seront plutôt envisagés sous l'angle du droit commun avec par exemple l'infraction de non-assistance à personne en danger visée à l'article 422*bis* du Code pénal.”

Ook op deze kwestie wordt het best in de memorie van toelichting ingegaan.

16. Volgens de memorie van toelichting strekken de voorbereidende handelingen ertoe “de uitvoering van een misdaad of wanbedrijf te vergemakkelijken en mogelijk te maken, maar zijn [ze] geen materiële handelingen die deel uitmaken van dat misdrijf. Tijdens de voorbereidende handeling schaft de dader zich de middelen voor het misdrijf aan.” De Raad van State ziet evenwel niet hoe het in het ontworpen artikel 140*septies*, 4°, van het Strafwetboek

vermelde voorafgaandelijk opeisen, in welke vorm dan ook, van het plegen van een misdrijf als bedoeld bij artikel 137 van het Strafwetboek, past in deze definitie.

17. De voorbereidende handeling dient steeds te worden gekoppeld aan de intentie om één of meer terroristische misdrijven te plegen, die *in concreto* dienen te worden gespecificeerd. Al kan deze koppeling aanleiding geven tot bewijsproblemen, toch is ze essentieel opdat de ontworpen bepaling in overeenstemming zou zijn met het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel.

18. Het voorbereiden van de in het ontworpen artikel 140septies van het Strafwetboek bedoelde terroristische misdrijven wordt, wat ook het terroristisch misdrijf is dat wordt voorbereid, steeds bestraft met een gevangenisstraf van twee tot vijf jaar en met een geldboete van zesentwintig tot duizend euro. Deze regeling van de bestraffing doet een aantal vragen rijzen.

18.1. De ontworpen regeling kan tot gevolg hebben dat het voorbereiden van een bepaald terroristisch misdrijf zwaarder kan worden bestraft dan het terroristische misdrijf zelf of de poging ertoe, wat bezwaarlijk in overeenstemming kan worden geacht met het beginsel van de proportionaliteit van de straffen en het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. Zo is het mogelijk dat zowel de minimum- als de maximumstraf hoger liggen bij de voorbereiding van het misdrijf (zo bijvoorbeeld de misdrijven bedoeld in de artikelen 398, 405bis, 1°, 405ter en 410,¹⁶ in zoverre ze betrekking hebben op artikel 398, 526 en 550bis, § 1, eerste lid, van het Strafwetboek wanneer ze met een terroristisch oogmerk worden gepleegd en het misdrijf bedoeld in artikel 114, § 4, van de wet van 21 maart 1991 ‘betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven’), dat de minimumstraf (gevoelig) hoger ligt bij voorbereiding van het misdrijf dan bij het misdrijf zelf (zo bijvoorbeeld de artikelen 399, 521, derde lid, en 523, van het Strafwetboek) of dat de poging tot het plegen van het misdrijf minder zwaar wordt bestraft dan de voorbereiding ervan. De in het ontworpen artikel 140septies van het Strafwetboek gestelde strafmaat dient derhalve te worden herzien, rekening houdend met de differentiatie in de strafmaten die zijn bepaald voor de terroristische misdrijven die worden voorbereid (zie wat dit laatste betreft ook opmerking 18.2).

18.2. Terwijl de bestraffing van het stellen van een voorbereidende handeling tot een terroristisch misdrijf op een uniforme wijze gebeurt, wat ook de aard is van het misdrijf dat wordt voorbereid, gelden voor de terroristische misdrijven zelf zeer uiteenlopende strafmaten. Zo is de strafmaat voor het voorbereiden van het misdrijf van het toebrengen van opzettelijke slagen en verwondingen met voorbedachte rade (artikel 398, tweede lid, van het Strafwetboek) met een terroristisch oogmerk even zwaar als voor het voorbereiden van moord (artikel 394 van het Strafwetboek) met een terroristisch oogmerk. Hetzelfde geldt voor een hele reeks andere misdrijven die een terroristisch misdrijf kunnen uitmaken. De vraag rijst of dit wel in overeenstemming te brengen is met het beginsel van de proportionaliteit van de straf¹⁷, evenals

¹⁶ De vraag rijst evenwel of het in dat artikel omschreven misdrijf ooit een terroristisch misdrijf kan uitmaken.

¹⁷ Al beschikt de wetgever op dit gebied over een grote appreciatievrijheid, toch kan het Grondwettelijk Hof in dit verband verschillen in bestraffing van gelijkaardige misdrijven censureren wanneer de keuze van de wetgever dermate onsamenhangend is dat ze leidt tot een kennelijk onredelijk verschil in behandeling tussen vergelijkbare misdrijven of tot een kennelijk onredelijke straf of kennelijk onevenredige gevolgen (zie, met variërende formuleringen, o.m. GwH 29 oktober 2009, nr. 167/2009, B.8; GwH 7 juli 2011, nr. 127/2011, B.8.1;

met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie nu zou kunnen worden aangevoerd dat personen die zich in een essentieel verschillende situatie bevinden, zonder verantwoording op gelijke wijze worden behandeld.

19. Het stellen van een voorbereidende handeling tot het plegen van een terroristisch misdrijf zal, wanneer het gaat om een misdrijf dat mogelijkwijze door een terroristische groep zal worden gepleegd, ook kunnen worden bestraft op grond van artikel 140, § 1, van het Strafwetboek, dat evenwel voorziet in een criminele straf,¹⁸ waar het in het ontworpen artikel 140septies van het Strafwetboek gaat om een correctionele straf. Eenzelfde (voorbereidende) handeling wordt aldus substantieel minder zwaar bestraft naargelang het te plegen misdrijf al dan niet door een terroristische groep wordt gepland.¹⁹ De vraag rijst of dit onderscheid kan worden verantwoord in het licht van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. Hierover om toelichting gevraagd, antwoordde de gemachtigde onder meer wat volgt:

“En outre, un même comportement qui sera posé dans le cadre d’un groupe terroriste peut être considéré comme étant plus grave du fait de l’existence d’une structure qui dispose de plus de moyens d’action qu’un individu agissant seul. Ce mécanisme existe par exemple dans le cadre de la traite des êtres humains dont l’article 433octies du Code pénal prévoit que l’infraction sera punie plus lourdement qu’elle constitue ‘un acte de participation à l’activité principale ou accessoire d’une organisation criminelle, et ce, que le coupable ait ou non la qualité de dirigeant’.

La difficulté pour déterminer le taux de peine pour le nouvel article 140septies réside dans le fait que l’infraction porte sur la préparation d’une infraction (art. 137) qui recouvre en réalité plusieurs comportements distincts avec des taux de peine également distincts. Or, même si on peut prouver l’intention de commettre une attaque terroriste, il n’est pas forcément possible, au stade des actes préparatoires, de déterminer précisément l’objet de l’attaque (meurtre ou prise d’otages par exemple).”

Een terroristisch misdrijf dat wordt gepleegd door een enkeling, is evenwel niet noodzakelijk minder bedreigend of ernstig dan een terroristisch misdrijf dat is gepleegd door een terroristische groep. De onderlinge verhouding tussen de artikelen 2 en 5 van het ontwerp dient derhalve te worden herbekeken.

20. De formulering van het ontworpen artikel 140septies, 3°, van het Strafwetboek is enigszins ongelukkig nu “ruimten die een schuilplaats, vergaderplaats of ontmoetingsplaats of onderdak kunnen bieden” niet kunnen worden “vervoerd” of “vervaardigd”.

GwH 1 december 2011, nr. 181/2011, B.10; GwH, 22 december 2011, nr. 198/2011, B.4; GwH 17 september 2015, nr. 110/2015, B.97; GwH 18 februari 2016, nr. 25/2016, B.20.1).

¹⁸ Zie hieromtrent evenwel opmerking 5.

¹⁹ Dit verschil heeft ook belangrijke gevolgen inzake de motivering van de aanhouding zoals uitgewerkt in het voorontwerp wet ‘houdende diverse bepalingen ter bestrijding van terrorisme’, waarover advies 58.946/3 is verleend.

Artikel 6

21. Gevraagd of in de bij artikel 6 van het ontwerp beoogde wijziging de woorden “middelen bijdragen voor [lees: tot] het plegen van een misdrijf als bedoeld bij de artikelen 137 en 140*bis* tot 140*sexies*” niet de daaropvolgende woorden “middelen verstrekt aan een persoon van wie hij weet dat hij een misdrijf pleegt of zal plegen als bedoeld in artikel 137” omvatten, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

“La distinction vise à répondre à une exigence du GAFI qui demande à ce que le financement d'un ‘terroriste’ soit également punissable.

Recommandation 5 du GAFI : Terrorist financing offences should extend to any person who wilfully provides or collects funds by any means, directly or indirectly, with the unlawful intention that they should be used, or in the knowledge that they are to be used, in full or in part: (a) to carry out a terrorist act(s); (b) by a terrorist organisation; or (c) by an individual terrorist.

Or, la notion de ‘terroriste’ n’existe pas en tant que telle dans le Code pénal BE. Est considéré comme ‘terroriste’, la personne qui commet une infraction visée à l’article 137 et suivants du Code pénal.”

Door die uitleg wordt niet verhelderd waarom het genoemde onderscheid moet worden gemaakt. De formulering “terwijl hij wist of moest weten dat die middelen bijdragen voor [lees: tot] het plegen van een misdrijf als bedoeld in de artikelen 137 en 140*bis* tot 140*sexies*” omvat immers ook het verstrekken van middelen aan een individuele terrorist.

Indien het – om redenen die de Raad van State, afdeling Wetgeving, onduidelijk zijn – toch noodzakelijk blijkt om beide alternatieve categorieën te behouden, rijst de vraag waarom wat betreft de eerste categorie verwezen wordt naar de misdrijven bedoeld in de artikelen 137 en 140*bis* tot 140*sexies* van het Strafwetboek, en wat betreft de tweede categorie enkel naar de misdrijven bedoeld in artikel 137 van dat wetboek, met uitzondering van het in artikel 137, § 3, 6°, ervan bedoelde misdrijf.

22. Wat betreft de in te voegen woorden “of moest weten” wordt verwezen naar opmerking 6.

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis comporte un certain nombre d'adaptations du Code pénal et du Code judiciaire en vue de lutter contre le terrorisme.

L'article 2 du projet vise à modifier l'article 140, § 1^{er}, du Code pénal, qui érige en infraction la participation à une activité d'un groupe terroriste. Il suffirait désormais que l'intéressé « [sache] ou [doive] savoir que le groupe est un groupe terroriste », alors qu'il est actuellement requis qu'il « [ait] connaissance que cette participation contribue à commettre un crime ou un délit du groupe terroriste ».

L'article 3 vise à modifier l'article 140bis du Code pénal, en ce qui concerne l'incrimination de l'incitation à commettre des infractions terroristes. Premièrement, les infractions mentionnées à l'article 140sexies du Code pénal (relatif à l'incitation à voyager à des fins de terrorisme) seraient désormais également visées. Deuxièmement, l'obligation de démontrer que l'incitation a créé un risque de commettre une infraction terroriste est supprimée.

L'article 4 vise à modifier l'article 140ter du Code pénal, afin d'incriminer également le recrutement de personnes en vue de commettre une infraction visée à l'article 140sexies de ce code.

L'article 5 tend à insérer dans le Code pénal un nouvel article visant à punir d'un emprisonnement de deux ans à cinq ans et d'une amende de vingt-six euros à mille euros les actes préparatoires à une infraction terroriste visée à l'article 137 de ce code, à l'exception du paragraphe 3, 6°, de cet article.

L'article 6 vise à élargir l'article 141 du Code pénal afin d'ériger en infraction la fourniture de moyens matériels lorsque la personne intéressée « savait ou devait savoir que ces moyens contribuent à la commission d'une infraction visée aux articles 137 et 140bis à 140sexies ou qu'elle fournit ces moyens à une personne dont elle sait qu'elle commet ou va commettre une infraction visée à l'article 137, à l'exception de l'infraction visée à l'article 137, § 3, 6° ».

L'article 7 vise à modifier l'article 144ter, § 1^{er}, du Code judiciaire afin de préciser la compétence du parquet fédéral en matière de terrorisme.

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

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

3. Selon l'article 140, § 1^{er}, du Code pénal, tel qu'il devrait s'énoncer si l'article 2 du projet est adopté, toute personne qui participe à « une activité » d'un groupe terroriste « alors qu'elle savait ou devait savoir que le groupe est un groupe terroriste », sera punie de la réclusion de cinq ans à dix ans et d'une amende de cent euros à cinq mille euros. Autrement dit, il n'est plus requis que l'intéressé sache « que cette participation contribue à commettre un crime ou un délit du groupe terroriste ».

En premier lieu, la question se pose de savoir si la nouvelle formulation de l'article 140, § 1^{er}, du Code pénal correspond effectivement à l'intention des auteurs du projet. Selon l'exposé des motifs, l'intention est en effet de simplifier l'article 140, § 1^{er}, du Code pénal afin de lui donner le sens souhaité par le législateur et que la jurisprudence a fait sien. Le délégué a en outre déclaré ce qui suit :

« La modification proposée dans l'avant-projet de loi concerne l'élément de connaissance. Comme indiqué dans l'exposé des motifs, la nouvelle formulation correspond à la jurisprudence. Elle a pour objectif de clarifier la formulation actuelle et éviter des incertitudes sur la preuve à apporter. Le projet ne modifie pas la formulation 'qui participe à une activité d'un groupe terroriste, y compris par la *fourniture d'informations* ou de *moyens matériels* au groupe terroriste, ou par toute forme de *financement* d'une activité du groupe terroriste'. Il faut donc un certain degré de participation. Mais il ne semble pas possible de faire une sélection en fonction de la nature des activités ».

Le nouveau texte de l'article 140^{bis} du Code pénal impliquerait toutefois un élargissement considérable de l'incrimination : il n'est plus requis que l'intéressé sache que la participation à l'activité du groupe terroriste contribue à commettre un crime ou un délit par ce groupe², mais seulement qu'il sache ou doive savoir que le groupe est un groupe terroriste. Dès lors, la modification en projet ne peut pas être considérée comme une simple clarification du texte existant. En outre, le segment de phrase « y compris par la fourniture d'informations ou de moyens matériels au groupe terroriste, ou par toute forme de financement d'une activité du groupe terroriste », que cite le délégué, ne comporte pas de restriction à l'incrimination, dès lors que sa formulation (« y compris ») n'exclut pas que d'autres formes de participation soient également susceptibles d'être punies. Si l'intention réelle n'est que de clarifier le texte existant, l'article 2 du projet doit donc être remanié en profondeur.

4. Si l'on n'envisage pas uniquement de clarifier le texte actuel (et que le texte n'est par conséquent pas adapté en ce sens), la question se pose de savoir quelle est la portée exacte de la modification en projet.

Interprétée littéralement, la nouvelle version de la disposition précitée implique qu'une personne, qui ne fait que participer à une activité d'un groupe terroriste qui est sans

² L'exposé des motifs du projet devenu la loi du 19 décembre 2003 'relative aux infractions terroristes', qui a inséré le texte actuel de l'article 140 du Code pénal, a souligné que cette connaissance est un critère décisif de l'incrimination (*Doc. parl.*, Chambre, S.E., 2003, n° 51-0258/001, p. 7 - voir également p. 13).

rapport avec les activités terroristes de celui-ci, serait également punissable. Cet élément, combiné au fait que le « devoir savoir » que le groupe est un groupe terroriste est également incorporé comme élément de l'incrimination, risque cependant d'avoir pour effet d'élargir considérablement le champ d'incrimination. Une formulation très large (« une activité d'un groupe terroriste ») peut en effet être liée à un type de connaissance potentielle, difficilement déterminable avec certitude, non pas des effets de sa propre action, mais de la nature d'activités (qui ne sont pas toujours univoques) effectuées par d'autres personnes. Il est problématique d'assortir ces activités, pas toujours claires, d'autres personnes, d'une norme de prudence pour toute tierce personne. Ainsi, le risque existe de créer une incrimination trop étendue qui peut porter atteinte à l'élément de la culpabilité, qui constitue un élément essentiel de l'infraction³. Eu égard à la nature et au degré de dangerosité très divers des actes qui sont susceptibles d'être visés par la définition de l'infraction, la question peut en outre se poser de savoir si la modification envisagée de la formulation actuelle ne se heurte pas au principe de la proportionnalité des peines.

La déclaration du délégué, précitée, requiert toutefois qu'il y ait « un certain degré de participation », mais le texte modifié de l'article précité n'indique pas en quoi doit consister cette participation. Interrogé une nouvelle fois à ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Comme indiqué précédemment, le projet de loi ne modifie pas la partie de l'article relative aux termes 'qui participe à une activité d'un groupe terroriste, y compris par la fourniture d'informations ou de moyens matériels au groupe terroriste, ou par toute forme de financement d'une activité du groupe terroriste'. L'interprétation de cette partie, qui existe depuis 2003, et donc la précision du degré de participation requis est laissée à la jurisprudence. On peut juste indiquer ici que les exemples de participation repris dans l'article 140, même s'ils ne sont que des exemples, semblent montrer qu'un certain degré de participation est requis.

L'évaluation du degré de participation dépendra des faits de la cause. Chaque situation devra être évaluée de façon individualisée et circonscrite par le juge pour déterminer le degré d'implication de la personne mise en cause. C'est d'ailleurs déjà ce que fait la jurisprudence qui par exemple examine les circonstances et les éléments de l'affaire pour déterminer s'ils constituent des '*faisceaux de présomptions suffisantes pour affirmer*' que le prévenu a participé aux activités d'un groupe terroriste (Appel Brux., 19 janvier 2007) ».

En abandonnant l'exigence que l'intéressé ait connaissance que sa participation contribue à commettre un délit ou un crime du groupe terroriste, et en instaurant le critère « devoir savoir » qu'il s'agit d'un groupe terroriste, combiné avec le fait de laisser entièrement à la jurisprudence le

³ Au cours des travaux parlementaires de la loi du 10 janvier 1999 'relative aux organisations criminelles', qui a inséré l'article 324ter dans le Code pénal, les mots « ou doit savoir » ont été omis du paragraphe 2 de cet article, qui incrimine la participation à certaines activités de l'organisation criminelle. Au cours de la discussion, il avait été indiqué qu'on renversait ainsi la charge de la preuve et la crainte avait été exprimée que le juge risquerait de se voir ainsi accorder une marge d'appréciation trop étendue et qu'il soit conduit à déduire la culpabilité d'un suspect *in abstracto*, sans référence à son vécu (rapport VANDENBERGHE, *Doc. parl.*, Sénat 1997-98, n° 1-662/4, pp. 13-14 et pp. 28-29 ; voir aussi la justification de l'amendement n° 21 du gouvernement, *Doc. parl.*, Sénat, 1997-98, n° 1-662/3). À cet égard, on peut également faire référence à la réserve d'interprétation figurant dans l'arrêt n° 122/2014 de la Cour constitutionnelle. En ce qui concerne la répression de la participation à une organisation criminelle, cet arrêt juge qu'il est important que l'élément selon lequel l'intéressé *sache* que l'organisation utilise les méthodes visées à l'article 324ter soit intégré dans la définition de l'infraction (C.C., 19 septembre 2014, n° 122/2014, B.9 et B.10).

soin de déterminer quel degré de participation dans les activités du groupe est requis ⁴, l'article, ainsi conçu, risque de se heurter au principe de légalité en matière pénale, qui impose que la loi pénale soit formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable. Ce principe exige que le législateur indique, en des termes suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique, les faits qui sont érigés en infraction afin, d'une part, que celui qui adopte un comportement puisse évaluer préalablement, de manière suffisante, quelle sera la conséquence pénale de ce comportement et afin, d'autre part, que ne soit pas laissé au juge un trop grand pouvoir d'appréciation ⁵. Cette dernière condition n'est en tout cas pas respectée, dès lors que le juge devra déterminer le degré de participation sans disposer d'un critère précis à l'aune duquel il peut apprécier cette participation. À tout le moins faudrait-il dès lors indiquer qu'il s'agit de la participation aux activités qui sont liées à des actes délictueux du groupe concerné ⁶. Ainsi, la conformité à la première exigence serait en outre mieux assurée, puisque la personne concernée est mieux en mesure d'évaluer quels comportements peuvent entraîner une conséquence pénale.

5. Même si l'article 2 du projet est adapté à la lumière de l'observation 4, il n'en demeure pas moins que certains actes qui ont pour objet de préparer une infraction (terroriste ou pas) relèvent de la définition de l'acte délictueux. Dès lors que la peine prévue est la réclusion de cinq ans à dix ans et une amende de cent euros à cinq mille euros, il est possible que l'exécution d'une activité qui contribue à la préparation d'une infraction par le groupe terroriste soit plus sévèrement punie que la perpétration de cette infraction en tant que telle. La question se pose de savoir si la sanction ainsi instaurée n'est pas incohérente ⁷ et si elle n'est en outre pas susceptible de méconnaître le principe de la proportionnalité des peines.

Ce qui précède s'applique *a fortiori* lorsque l'on donne une portée encore plus étendue à l'article 140, § 1^{er}, du Code pénal, comme c'est actuellement le cas, eu égard à l'article 2 du projet. Pour le surplus, il est renvoyé à l'observation 19.

6. Contrairement à la formulation actuelle de l'article 140, § 1^{er}, du Code pénal, qui fait état d'une « connaissance », l'incrimination est étendue au cas où l'intéressé « savait ou *devait savoir* que le groupe est un groupe terroriste ». Au point 4, il a déjà été indiqué que l'utilisation de ce dernier critère, combiné avec l'abandon de l'exigence que l'intéressé « [ait] connaissance que cette participation contribue à commettre un crime ou un délit du groupe terroriste » est problématique. Il faut en outre se demander si l'utilisation du critère « devoir

⁴ Comparer à cet égard avec les critères plus précis prévus aux articles 324 et 324ter du Code pénal.

⁵ Voir par exemple C.C., 28 janvier 2015, n° 9/2015, B.13; C.C., 17 septembre 2015, n° 110/2015, B.3.3; C.C., 29 octobre 2015, n° 153/2015, B.33; C.C., 14 janvier 2016, n° 1/2016, B.5.3; C.C., 18 février 2016, n° 25/2016, B.18.2.

⁶ L'article 2, alinéa 2, b), de la décision-cadre du Conseil du 13 juillet 2002 'relative à la lutte contre le terrorisme' prévoit comme critère que l'intéressé a connaissance du fait que sa participation contribue aux activités criminelles du groupe terroriste. Comparer également avec l'article 421-2-1 du Code pénal français : « Constitue également un acte de terrorisme, le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents ».

⁷ Le simple fait qu'il s'agit de la préparation d'une infraction qui est commise par un groupe terroriste semble difficilement pouvoir justifier cette différence de sanction qui, dans certains cas, est importante.

savoir » est admissible si le lien avec l'activité délictueuse du groupe terroriste devait être précisé.

En utilisant un tel critère, la preuve que doit apporter le ministère public est quelque peu affaiblie du fait qu'il faut uniquement prouver une connaissance « potentielle » plutôt que réelle. Si le projet est effectivement adapté dans le sens précité, il semble que cela soit admissible⁸, à condition que le critère « devoir savoir » soit déduit d'éléments concrets qui peuvent être mis en relation avec la situation personnelle de l'intéressé (et par conséquent pas sur la base d'un critère abstrait)⁹.

Article 3

7. Il est renvoyé en premier lieu aux points B.9 à B.26 de l'arrêt n° 9/2015 du 28 janvier 2015 de la Cour constitutionnelle, qui avait rejeté le recours en annulation dirigé contre le texte actuel de l'article 140bis du Code pénal¹⁰. Les modifications à apporter à cet article ne conduisent pas à juger autrement que cet arrêt, sous réserve de ce qui est observé au point 8.

8. Le fait de ne plus exiger que le comportement incriminé par l'article 140bis du Code pénal entraîne le risque qu'une ou plusieurs infractions terroristes soient éventuellement commises¹¹, des comportements d'un degré de gravité un peu moins élevé sont également susceptibles d'être punis. Eu égard notamment au principe de la proportionnalité des peines, le législateur doit dès lors examiner s'il ne convient pas d'adapter la peine minimale de cinq ans de réclusion.

9. Les mots « à l'article 137 » sont mentionnés deux fois dans l'article 140bis du Code pénal. Dans un souci de précision, l'article 3, 2°, du projet peut spécifier que leur remplacement concerne la première mention de ces mots.

⁸ Comparer avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle en ce qui concerne l'utilisation de présomptions (Cour eur. D.H., 7 octobre 1988, *Salabiaku c. France*, cons. 26-30 ; Cour eur. D.H., 25 septembre 1992, *Pham Hoang c. France*, cons. 32-36 ; Cour eur. D.H., 21 mai 2003, *Janosevic c. Suède*, cons. 96-104 ; Cour eur. D.H., 30 mars 2004, *Radio France e.a. c. France*, cons. 21-24 ; Cour eur. D.H., 30 juin 2011, *Klouvi c. France*, cons. 41 ; C.C., 21 mars 2000, n° 27/2000, B.4 ; C.C., 29 mars 2001, n° 43/2001, B.5.3 ; C.C., 15 octobre 2002, n° 147/2002, B.7.2 ; C.C., 11 juin 2003, n° 81/2003, B.5 ; C.C., 17 novembre 2011, n° 178/2011). Voir également C.C., 6 novembre 1997, n° 65/97, dans lequel la Cour constitutionnelle a jugé que le fait que la même peine s'applique à celui qui sait qu'il commercialise illégalement certains animaux et à celui qui doit le savoir ne soulève pas d'objection constitutionnelle.

⁹ Ainsi, le critère n'est en réalité pas tellement éloigné de l'élément de connaissance usuel, qui ne requiert pas non plus une connaissance tout à fait absolue (voir également CHR. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET et S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Anvers, Maklu, 2014, pp. 324-325). Reste toutefois à savoir quelle plus-value apporte encore le critère.

¹⁰ Voir également avis C.E. 51.806/3 du 18 septembre 2012 sur un avant-projet devenu la loi du 18 février 2013 'modifiant le livre II, titre Ier du Code pénal', *Doc. parl.*, Chambre 2012-13, n° 53-2502/001, pp. 22-29, observations 4, 5 en 9.

¹¹ Une condition analogue figure également à l'article 5, paragraphe 1, de la Convention du Conseil de l'Europe 'pour la prévention du terrorisme' et à l'article 3, paragraphe 1, a), de la décision-cadre du Conseil du 13 juillet 2002.

Article 5

10. L'article 5 du projet vise à insérer un nouvel article 140*septies* dans le Code pénal. Cet article en projet prévoit l'incrimination des actes préparatoires à une infraction terroriste. Les actes préparatoires sont définis dans une liste non exhaustive.

L'exposé des motifs précise « la préparation » d'une infraction terroriste notamment comme suit :

« Les actes préparatoires sont à distinguer de la tentative. Incriminer les actes préparatoires permettrait d'intervenir en amont à la commission d'une infraction terroriste, au stade préparatoire de l'acte terroriste. Le but est d'intervenir avant le début de l'exécution de l'infraction terroriste proprement dite. La tentative se caractérise en revanche par la manifestation d'actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution d'un crime ou d'un délit (art. 51, C. pén.).

L'objectif est d'incriminer un comportement jugé dangereux dans le but de prévenir un résultat dommageable. Cela est déjà le cas dans les articles 140*bis* à 140*sexies* du Code pénal : pour que ces actes soient punissables, il n'est pas nécessaire qu'une infraction terroriste soit effectivement commise (Ch. Représ., DOC 53-2502/001, p. 7 et DOC 54-1198/001, p. 6).

Les actes préparatoires visent à faciliter et rendre possible l'exécution d'un crime ou d'un délit mais ne constituent pas des actes matériels constitutifs de ladite infraction. Dans l'acte préparatoire, l'auteur se procure les moyens de l'infraction.

(...)

L'incrimination générale des actes préparatoires sans circonscrire ceux-ci n'offre pas suffisamment de précision. L'incrimination des actes préparatoires est délicate. Elle se caractérise par l'incrimination d'actes qui peuvent n'avoir rien d'illégal mais qui deviennent constitutifs d'une infraction parce qu'ils sont couplés à une 'intention', celle de commettre un acte terroriste. C'est une évolution fondamentale de notre droit pénal qui est nécessaire, pour le cas précis du terrorisme, mais qui doit être encadrée

Le gouvernement s'est inspiré de la législation française et de la législation allemande qui incriminent toutes deux spécifiquement la préparation d'un acte terroriste. Dans les deux cas, les législations concernées prévoient une liste de types de comportements qui doivent être considérés comme actes préparatoires. On notera que la législation française requiert la combinaison d'un acte préparatoire (Le fait de détenir, de rechercher, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui) avec un autre (par exemple, recueillir des renseignements sur des lieux ou des personnes permettant de mener une action dans ces lieux ou de porter atteinte à ces personnes ou exercer une surveillance sur ces lieux ou ces personnes). Cette approche a été jugée trop restrictive.

(...)

Au-delà des éléments matériels liés aux actes préparatoires, il faut pouvoir prouver l'intention de commettre une infraction terroriste visée à l'article 137 du Code pénal, c'est-à-dire l'intention de commettre un attentat terroriste. L'acte matériel n'est jamais suffisant pour qu'il y ait acte préparatoire. Cette intention pourra être prouvée par exemple par une interception des télécommunications dans lequel la personne indique son intention de commettre un attentat.

Sur base des éléments de preuve recueillis et des circonstances de l'espèce, il appartiendra au juge de déterminer si l'auteur d'un des actes énumérés l'a accompli en

vue de préparer la commission d'une infraction terroriste ou non. Ainsi par exemple, le fait de 'collecter des informations' ou de 'posséder des documents' qui pourraient être utilisés pour le terrorisme n'impliquent pas qu'ils seront utilisés à cette fin. C'est l'intention criminelle de l'auteur qui permettra de déterminer si l'action posée est illégale.

Le nouvel article 140septies du Code pénal en projet énumère à titre exemplatif des actes qui seront considérés comme préparatoires à la commission d'une infraction terroriste ».

Le délégué a encore ajouté ce qui suit :

« Il faut rappeler qu'il faudra toujours pouvoir prouver l'intention de commettre une infraction visée à l'article 137. Cette intention pourra par exemple être démontrée par une vidéo avec une revendication anticipée ou une conversation téléphonique interceptée (le fait qu'il y ait une conversation ne signifie pas forcément qu'il y ait un groupe, l'autre personne pouvant seulement être informée de l'intention de commettre un attentat).

Exemples possibles :

- Le fait de rassembler des plans d'un lieu ou des informations sur les déplacements d'une personne cible ;
- Le fait de réunir des substances dangereuses qui vont servir à la réalisation d'explosifs ;
- La revendication anticipée de l'attentat dans une vidéo (cet élément est repris explicitement dans l'article 140septies et constituera à la fois l'élément matériel de l'acte préparatoire et la preuve de l'intention terroriste) ;
- Le fait de préparer une planque ».

L'exposé des motifs et le délégué indiquent à juste titre que l'acte dont se déduit la préparation n'est par lui-même jamais suffisant pour pouvoir être considéré comme un acte préparatoire au sens de l'article 140septies, en projet, du Code pénal (l'acte peut avoir en soi une signification totalement neutre et, partant, ne pas être incriminable par lui-même), mais qu'il doit être lié à l'intention de commettre une infraction terroriste déterminée¹². En outre, cette intention doit toujours être prouvée sur la base d'éléments concrets. Il importe au plus haut point que les actes préparatoires puissent être liés à la preuve, sur la base d'éléments concrets et concordants, qu'il existe une volonté évidente de commettre une infraction terroriste déterminée¹³ (voir ci-après l'observation 17).

11. Il semble résulter du texte de l'article 140septies, en projet, du Code pénal qu'un acte préparatoire peut également être posé pour qu'une personne, autre que celle qui pose l'acte préparatoire, puisse commettre cette infraction. Toutefois, l'exposé des motifs manque de clarté à cet égard et le délégué semble considérer le contraire. En tout état de cause, il est essentiel d'apporter des précisions à ce sujet.

¹² Le caractère punissable découle en effet de ce lien.

¹³ Comme l'observe à juste titre le délégué, il ne sera pas toujours facile d'établir ce lien; or, compte tenu du caractère éventuellement neutre en soi de l'acte préparatoire, ce lien est essentiel pour satisfaire au principe de légalité en matière pénale et pour pouvoir démontrer la culpabilité. Tout au plus pourrait-on faire état de catégories d'infractions, mais cela exige un remaniement en profondeur de l'incrimination de l'acte préparatoire.

Si seule est visée la personne qui a elle-même l'intention de commettre l'infraction, il convient de formuler l'article d'une autre manière.

Au cas où d'autres personnes seraient également visées, il ne suffirait pas que l'intention de la personne qui envisage de commettre une infraction terroriste soit prouvée, mais il faudrait également démontrer que celui qui pose l'acte préparatoire savait que cette personne avait cette intention, ce qui, dans ce cas, doit ressortir du texte de l'article 140septies, en projet, du Code pénal ¹⁴.

12. Dans l'hypothèse où l'auteur de l'acte préparatoire n'est pas l'auteur de l'infraction ¹⁵, le fait de commettre effectivement cette infraction peut conduire à devoir considérer l'acte préparatoire comme un acte de corréité ou de complicité au sens des articles 66 à 68 du Code pénal. La question se pose de savoir si, en l'espèce, (la combinaison des) règles existantes en matière de concours ou de participation punissable est bien adéquate, plus particulièrement dans le cas de la complicité, ou s'il faut prévoir un régime spécifique de concours.

13. On peut également se demander s'il est admissible d'insérer dans l'article 140septies, en projet, du Code pénal une énumération non exhaustive d'actes susceptibles de constituer un acte préparatoire.

La réponse à cette question est affirmative, à condition que la définition de l'acte délictueux, précisée dans l'énumération, réponde elle-même au principe de légalité en matière pénale et soit dès lors suffisamment précise, claire et prévisible et, ne méconnaisse pas le principe selon lequel aucune peine ne peut être infligée sans culpabilité. En ce qui concerne ce dernier point, il est renvoyé aux observations 10 et 11.

Ce qui précède n'empêche pas qu'une liste limitative d'actes susceptibles d'être considérés, le cas échéant, comme des actes préparatoires, offre davantage de sécurité juridique et, s'il est possible d'établir une telle liste, doit être privilégiée.

14. Interrogé sur l'articulation de l'article 140septies, en projet, du Code pénal avec l'article 140 de ce Code, le délégué a répondu ce qui suit :

« Le gouvernement ne conteste pas que dans la plupart des situations l'article 140 du Code pénal sera applicable. Toutefois, et en particulier vu la situation actuelle et l'ampleur de la menace, il est essentiel de viser toutes les situations possibles, y compris des situations plus rares mais certainement pas unimaginables où la personne agit en dehors d'un groupe terroriste. Le cas de l'attentat perpétré par Anders Breivik en Norvège montre qu'un attentat peut être préparé et commis par un individu isolé.

Comme pour toutes les autres infractions pénales, en cas de concours d'infraction, la situation sera réglée par l'article 65 du Code pénal. Il appartiendra aux parquets et aux juges, en fonction des circonstances de l'espèce et des éléments objectifs qui ressortent du dossier, de déterminer quelle infraction sera applicable.

¹⁴ Comparer à cet égard avec l'article 67, alinéas 3 et 4, du Code pénal. Ces dispositions exigent également une connaissance spécifique.

¹⁵ Voir l'observation 11 à propos de la précision nécessaire en la matière.

Pour le surplus, il faut noter qu'en ce qui concerne l'article 140^{ter} du code pénal (recrutement pour le terrorisme), la Cour constitutionnelle a déjà décidé dans son arrêt n° 9/2015 du 28 janvier 2015 que 'le fait que le comportement visé par [ce texte] puisse être réprimé sur la base d'autres dispositions du Code pénal [ne rend pas] l'article 140^{ter} du Code pénal incompatible avec le principe de la légalité pénale' ».

Il est recommandé d'approfondir cette question dans l'exposé des motifs.

15. À la question de savoir si l'abstention ou la dissimulation peut également constituer un acte préparatoire, le délégué a répondu ce qui suit :

« L'abstention ou la dissimulation seront plutôt envisagés sous l'angle du droit commun avec par exemple l'infraction de non-assistance à personne en danger visée à l'article 422^{bis} du Code pénal ».

Il est recommandé d'approfondir également ce point dans l'exposé des motifs.

16. Selon l'exposé des motifs, les actes préparatoires visent « à faciliter et rendre possible l'exécution d'un crime ou d'un délit mais ne constituent pas des actes matériels constitutifs de ladite infraction. Dans l'acte préparatoire, l'auteur se procure les moyens de l'infraction ». Toutefois, le Conseil d'État n'aperçoit pas comment la revendication préalable, sous quelque forme que ce soit, de la commission d'une infraction au sens de l'article 137 du Code pénal, mentionnée à l'article 140^{septies}, 4°, en projet, du Code pénal, s'inscrit dans cette définition.

17. L'acte préparatoire doit toujours être lié à l'intention de commettre une ou plusieurs infractions terroristes, qui doivent être concrètement spécifiées. Même si cette liaison peut engendrer des problèmes de preuves, il n'en demeure pas moins qu'elle est essentielle pour que la disposition en projet soit conforme au principe de légalité en matière pénale.

18. La préparation des infractions terroristes visées à l'article 140^{septies}, en projet, du Code pénal est toujours punie, quelle que soit l'infraction terroriste qui est préparée, d'un emprisonnement de deux ans à cinq ans et d'une amende de vingt-six euros à mille euros. Ce régime de sanctions soulève un certain nombre de questions.

18.1. Le dispositif en projet peut avoir pour effet que la préparation d'une infraction terroriste déterminée puisse être plus lourdement sanctionnée que l'infraction terroriste proprement dite ou la tentative d'infraction terroriste, ce qui peut difficilement être réputé conforme au principe de la proportionnalité des peines et au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. Ainsi, il est possible que tant la peine minimale que maximale soient plus élevées pour la préparation de l'infraction (telles par exemple les infractions visées aux articles 398, 405^{bis}, 1°, 405^{ter} et 410¹⁶, dans la mesure où elles concernent les articles 398, 526 et 550^{bis}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code pénal lorsqu'elles sont commises avec une intention terroriste et l'infraction visée à l'article 114, § 4, de la loi du 21 mars 1991 'portant réforme de certaines

¹⁶ La question se pose toutefois de savoir si l'infraction définie dans cet article peut un jour être constitutive d'une infraction terroriste.

entreprises publiques économiques'), que la peine minimale soit (sensiblement) plus élevée pour la préparation de l'infraction que pour l'infraction même (il en est ainsi par exemple des articles 399, 521, alinéa 3, et 523, du Code pénal) ou que la tentative de commettre l'infraction soit sanctionnée moins lourdement que sa préparation. La peine prévue à l'article 140septies, en projet, du Code pénal doit dès lors être revue, compte tenu de la différenciation des peines fixées pour les infractions terroristes qui sont préparées (voir sur ce dernier point également l'observation 18.2).

18.2. Alors que l'accomplissement d'un acte préparatoire en vue de commettre une infraction terroriste est sanctionné d'une manière uniforme, quelle que soit la nature de l'infraction qui est préparée, des peines très divergentes s'appliquent aux infractions terroristes proprement dites. Ainsi, la peine prévue pour la préparation de l'infraction de coups et blessures volontaires avec préméditation (article 398, alinéa 2, du Code pénal) dans un but terroriste est aussi lourde que pour la préparation d'un assassinat (article 394 du Code pénal) à des fins terroristes. Il en va de même pour toute une série d'autres infractions susceptibles de constituer une infraction terroriste. La question se pose de savoir si ces différences peuvent effectivement se concilier avec le principe de la proportionnalité de la peine¹⁷, ainsi qu'avec le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, dès lors qu'on pourrait soutenir que des personnes se trouvant dans une situation fondamentalement différente sont traitées de manière égale sans aucune justification.

19. Lorsqu'il s'agit d'une infraction qui sera éventuellement commise par un groupe terroriste, l'accomplissement d'un acte préparatoire visant à commettre une infraction terroriste pourra également être sanctionné sur la base de l'article 140, § 1^{er}, du Code pénal, qui prévoit toutefois une peine criminelle¹⁸, alors que l'article 140septies, en projet, du Code pénal prévoit une peine correctionnelle. Un même acte (préparatoire) est donc sanctionné nettement moins lourdement selon que l'infraction à commettre est organisée ou non par un groupe terroriste¹⁹. La question se pose de savoir si cette différence peut se justifier au regard du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. Invité à fournir des précisions à ce sujet, le délégué a notamment répondu ce qui suit :

« En outre, un même comportement qui sera posé dans le cadre d'un groupe terroriste peut être considéré comme étant plus grave du fait de l'existence d'une structure qui dispose de plus de moyens d'action qu'un individu agissant seul. Ce mécanisme existe par exemple dans le cadre de la traite des êtres humains dont l'article 433octies du Code pénal prévoit que l'infraction sera punie plus lourdement qu'elle constitue 'un acte de

¹⁷ Même si le législateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans ce domaine, il n'en demeure pas moins que la Cour constitutionnelle peut censurer à cet égard les différences entre la répression d'infractions similaires lorsque le choix du législateur contient une incohérence telle qu'il aboutit à une différence de traitement manifestement déraisonnable entre des infractions comparables ou à une sanction manifestement déraisonnable ou des effets manifestement disproportionnés (voir, avec des formulations variables, notamment C.C., 29 octobre 2009, n° 167/2009, B.8; C.C., 7 juillet 2011, n° 127/2011, B.8.1; C.C., 1^{er} décembre 2011, n° 181/2011, B.10; C.C., 22 décembre 2011, n° 198/2011, B.4; C.C., 17 septembre 2015, n° 110/2015, B.97; C.C., 18 février 2016, n° 25/2016, B.20.1).

¹⁸ Voir toutefois à ce sujet l'observation 5.

¹⁹ Cette différence a également d'importantes conséquences concernant la motivation de l'arrestation réglée dans l'avant-projet de loi 'portant des dispositions directes en matière de lutte contre le terrorisme', qui a fait l'objet de l'avis 58.946/3.

participation à l'activité principale ou accessoire d'une organisation criminelle, et ce, que le coupable ait ou non la qualité de dirigeant'.

La difficulté pour déterminer le taux de peine pour le nouvel article 140septies réside dans le fait que l'infraction porte sur la préparation d'une infraction (art. 137) qui recouvre en réalité plusieurs comportements distincts avec des taux de peine également distincts. Or, même si on peut prouver l'intention de commettre une attaque terroriste, il n'est pas forcément possible, au stade des actes préparatoires, de déterminer précisément l'objet de l'attaque (meurtre ou prise d'otages par exemple) ».

Toutefois, une infraction terroriste commise par un individu agissant seul n'est pas nécessairement moins menaçante ou grave qu'une infraction terroriste commise par un groupe terroriste. L'articulation entre les articles 2 et 5 du projet doit dès lors être réexaminée.

20. La formulation de l'article 140septies, 3°, en projet, du Code pénal est quelque peu malheureuse, dès lors que « des espaces qui peuvent servir comme logement, retraite, lieu de réunions ou lieu de rencontre » ne peuvent pas être « transportés » ou « fabriqués ».

Article 6

21. À la question de savoir si dans la modification que l'article 6 du projet entend apporter, les mots « moyens contribuent à la commission d'une infraction visée aux articles 137 et 140bis à 140sexies », n'englobent pas les mots subséquents « fournit ces moyens à une personne dont elle sait qu'elle commet ou va commettre une infraction visée à l'article 137 », le délégué a répondu ce qui suit :

« La distinction vise à répondre à une exigence du GAFI qui demande à ce que le financement d'un 'terroriste' soit également punissable.

Recommandation 5 du GAFI : Terrorist financing offences should extend to any person who wilfully provides or collects funds by any means, directly or indirectly, with the unlawful intention that they should be used, or in the knowledge that they are to be used, in full or in part: (a) to carry out a terrorist act(s); (b) by a terrorist organisation; or (c) by an individual terrorist.

Or, la notion de 'terroriste' n'existe pas en tant que telle dans le Code pénal BE. Est considéré comme 'terroriste', la personne qui commet une infraction visée à l'article 137 et suivants du Code pénal ».

Cette explication ne précise pas pourquoi la distinction précitée doit être opérée. En effet, la formulation « alors qu'elle savait ou devait savoir que ces moyens contribuent à la commission d'une infraction visée aux articles 137 et 140bis à 140sexies » vise également la fourniture de moyens à un terroriste agissant à titre individuel.

Si – pour des raisons que le Conseil d'État, section de législation, n'aperçoit pas clairement – il s'avère néanmoins nécessaire de maintenir les deux catégories alternatives, la question se pose de savoir pourquoi, en ce qui concerne la première catégorie, il est fait référence aux infractions visées aux articles 137 et 140bis à 140sexies du Code pénal et, en ce qui concerne la deuxième catégorie, uniquement aux infractions visées à l'article 137 de ce code, à l'exception de l'infraction visée à son article 137, § 3, 6°.

22. En ce qui concerne les mots « ou devait savoir » à insérer, il est renvoyé à l'observation 6.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT