

Numéro du rôle : 5147
Arrêt n° 198/2011 du 22 décembre 2011

A R R E T

En cause : la question préjudicielle concernant l'article 145, § 3bis, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, inséré par l'article 189 de la loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses (IV), posée par le Tribunal correctionnel de Charleroi.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents R. Henneuse et M. Bossuyt, et des juges L. Lavrysen, A. Alen, E. Derycke, J. Spreutels et P. Nihoul, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président R. Henneuse,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* * *

I. *Objet de la question préjudicielle et procédure*

Par jugement du 21 avril 2011 en cause du procureur du Roi contre S.C., dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 20 mai 2011, le Tribunal correctionnel de Charleroi a posé une question préjudicielle qui, par ordonnance de la Cour du 7 juin 2011, a été reformulée comme suit :

« L'article 145, § 3*bis*, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, inséré par la loi du 25 avril 2007, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne prévoit pas comme condition de recevabilité des poursuites une demande expresse de la victime contrairement à l'article 442*bis* du Code pénal et en ce qu'il incrimine le fait d'importuner un correspondant alors qu'aucune prévention n'existe quand on importune un tiers avec un autre moyen de communication ? ».

Des mémoires ont été introduits par :

- S.C.;
- le Conseil des ministres.

S.C. a introduit un mémoire en réponse.

A l'audience publique du 22 novembre 2011 :

- a comparu Me E. Jacobowitz, avocat au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs J. Spreutels et L. Lavrysen ont fait rapport;
- l'avocat précité a été entendu;
- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. *Les faits et la procédure antérieure*

S.C. est poursuivi pour avoir, en contravention avec la disposition en cause, utilisé un réseau ou un service de communications électroniques ou d'autres moyens de communications électroniques pour importuner un tiers ou provoquer des dommages. Devant le juge *a quo*, il fait valoir, d'une part, que l'article 442*bis* du Code pénal subordonne la recevabilité des poursuites à une demande expresse de la victime, condition que la disposition en cause ne prévoit pas, et, d'autre part, que celle-ci vise le fait d'importuner un correspondant alors qu'aucune prévention n'existe quand on importune un tiers avec un autre moyen de communication.

Le juge *a quo* adresse dès lors à la Cour une question préjudicielle qui, moyennant reformulation, a été reproduite plus haut.

III. En droit

- A -

A.1. Les faits de l'espèce sont rappelés par S.C. et par le Conseil des ministres; celui-ci rapproche les dispositions en cause des articles 32*bis* et 32*ter* de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail. Analysant la question préjudicielle, il considère qu'elle implique de comparer deux situations distinctes comportant chaque fois deux catégories de personnes.

Quant à la plainte de la victime en tant que condition de recevabilité des poursuites

A.2.1. Le Conseil des ministres considère que les deux catégories de personnes semblent être suffisamment comparables puisque l'article 442*bis* du Code pénal et l'article 145*bis* de la loi du 13 juin 2005 ont des champs d'application qui se recouvrent partiellement. La différence de traitement qu'ils instaurent entre les catégories de personnes qu'ils visent repose sur un critère objectif (le dépôt d'une plainte). Il se réfère à la doctrine et à la jurisprudence de la Cour pour indiquer que cet article 145*bis* est issu d'une évolution législative (dont le point de départ est l'article 114, § 8, 2°, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques) et procède d'un double objectif : la répression, par le biais d'une disposition à caractère pénal spécifique, de certains comportements impliquant l'usage de moyens de télécommunications et perturbant la tranquillité d'autrui; cela constitue un objectif légitime.

A.2.2. Selon le Conseil des ministres, la différence de traitement est raisonnable et proportionnée. Elle s'explique par les différences essentielles entre les éléments constitutifs des deux infractions. Alors que l'article 442*bis* requiert des faits de harcèlement visant une personne, une atteinte grave à la tranquillité de cette personne, un lien de causalité entre ces faits de harcèlement et ladite atteinte et un élément moral qui est la connaissance que l'auteur avait ou devait avoir des conséquences de son comportement harcelant, l'article 145, § 3*bis*, comporte, en ce qui concerne l'incrimination en cause (importuner son correspondant), un élément matériel, à savoir l'usage d'un moyen de communication électronique, et un élément moral, à savoir la volonté d'importuner son correspondant.

La nécessité, ou non, d'une plainte préalable de la victime s'explique au regard de l'élément moral des deux infractions. L'application de l'article 442*bis*, qui n'exige pas un dol spécial, suppose que l'auteur savait ou devait savoir qu'il affecterait gravement la tranquillité de la victime; l'arrêt n° 71/2006 du 10 mai 2006 a admis que le juge pouvait, tout en ayant égard aux données objectives, prendre en compte les sentiments de la victime et c'est l'importance que leur reconnaît le législateur qui a amené celui-ci à subordonner les poursuites à une plainte déposée par cette victime.

A.2.3. Selon le Conseil des ministres, il en va tout autrement pour l'application de la disposition en cause, qui ne laisse aucune place aux sentiments de la victime mais requiert, comme élément moral, l'intention d'importuner son correspondant. L'arrêt n° 71/2006 précité s'est référé à cet élément moral à propos de l'article 114, § 8, 2°, précité et son enseignement est transposable *mutatis mutandis*. Le législateur pouvait donc, compte tenu de ces éléments, s'abstenir de subordonner la recevabilité des poursuites au dépôt d'une plainte de la victime. Ces éléments montrent aussi que la différence de traitement n'entraîne pas de conséquences disproportionnées dans le chef de l'auteur d'un comportement visé par la disposition en cause.

A.2.4. S.C. se réfère à l'arrêt de la Cour de cassation du 11 mars 2008 qui rappelle l'exigence d'une plainte pour engager des poursuites sur la base de l'article 442*bis* du Code pénal et aux arrêts n^{os} 98/2006, 55/2007 et 64/2007 de la Cour qui ont analysé les dispositions en cause. Il considère, sur la base de ces arrêts et des travaux préparatoires, d'une part, que l'article 442*bis* vise à sanctionner celui qui affecte gravement la tranquillité de la victime et qui savait ou aurait dû savoir quelles conséquences aurait son comportement et, d'autre part, que ce

comportement doit constituer une atteinte à la vie privée et consister à importuner une personne de manière irritante pour celle-ci; de plus, l'objectif de cette disposition est identique à celui de l'article 114, § 8, 2°, de la loi du 21 mars 1991 précitée, abrogé par la loi du 13 juin 2005, de sorte que les deux dispositions peuvent être comparées. La Cour a censuré tant l'article 114, § 8, 2°, que l'article 145, § 3, 2°, de la loi du 13 juin 2005 en ce qu'ils prévoyaient des peines plus lourdes pour celui qui utilise un moyen de télécommunication afin d'importuner son correspondant que celles prévues par l'article 442bis. L'objectif de ces dispositions étant identique, l'on perçoit mal la raison pour laquelle l'acte relevant du champ d'application de l'article 442bis ne peut être poursuivi que sur la plainte de la personne qui se prétend harcelée, alors que cette condition n'est pas requise par l'article 145, § 3, 2°.

A.2.5. Dans son mémoire en réponse, S.C. ajoute que la disposition en cause et l'article 442bis du Code pénal ont la même finalité, à savoir réprimer les comportements susceptibles de perturber la tranquillité d'autrui. Ce qui est en cause, ce n'est pas la possibilité d'être poursuivi et condamné sur la base de l'article 145, § 3bis, sans tenir compte du résultat obtenu, mais l'application de cette disposition « lorsque, en l'espèce, l'objectif voulu par l'auteur est atteint ». Il est inexact de soutenir que l'article 442bis du Code pénal n'exige pas de dol spécial. En prévoyant que le justiciable savait ou devait savoir qu'il importunait la victime, cette disposition exige bien un dol spécial puisque cette intention de nuire s'exprime par l'acte posé en connaissance des effets perturbateurs chez la victime. La connaissance du caractère perturbateur de l'acte implique la connaissance du caractère illégitime de son action.

Quant au moyen de communication utilisé pour commettre l'infraction

A.3.1. Le Conseil des ministres observe que la question préjudicielle se limite à la première des trois incriminations que comporte la disposition en cause, à savoir « importuner son correspondant ». Il indique que les moyens techniques visés par cette disposition sont définis à l'article 2, 3° et 5°, de la loi du 13 juin 2005 d'une manière telle que le champ d'application de ladite disposition est, au regard des modes de communication visés, particulièrement large. La doctrine relève en outre qu'elle suppose une interaction entre l'auteur de l'infraction et sa victime.

A.3.2. Le Conseil des ministres soutient qu'il est faux de prétendre que la personne importunant un correspondant avec un autre moyen de communication que ceux visés par la disposition en cause ne commettrait aucune infraction. Il existe en effet, sans être exhaustif, une infraction générale pénalisant le harcèlement inscrite à l'article 442bis du Code pénal et une infraction plus spécifique prévue dans l'arsenal législatif en droit social qui répriment le comportement d'une personne importunant un correspondant par un moyen de communication qui n'est pas visé par l'article 145, § 3bis, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

La loi ne définit pas la notion de harcèlement mais l'arrêt n° 71/2006 de la Cour constitutionnelle et l'arrêt de la Cour de cassation du 21 février 2007 en ont identifié les éléments en donnant à l'article 442bis un champ d'application particulièrement large. Dès lors, une personne peut user d'un moyen de communication de manière à importuner un correspondant, en l'occurrence en portant une atteinte grave à sa tranquillité au sens de l'article 442bis du Code pénal, sans pour autant avoir recouru à un moyen de communication visé par la disposition en cause. L'envoi répété de lettres indésirables à une personne déterminée peut être sanctionné sur la base de l'article 442bis et la correspondance écrite répond en outre à un processus de communication entre l'auteur et la victime, qui est requis pour incriminer le comportement visé par la disposition en cause. Il en va de même de l'incrimination spécifique constituant le harcèlement moral sur les lieux du travail visé par l'article 32ter de la loi relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail.

Dès lors, la différence de traitement envisagée par la question préjudicielle n'existe pas et celle-ci n'appelle pas de réponse.

A.3.3. Selon S.C., aucune disposition ne sanctionne l'utilisateur d'un moyen de communication autre que la télécommunication lorsque ce moyen est utilisé afin d'importuner un correspondant. Les différences existant entre l'article 442*bis* du Code pénal et l'article 114, § 8, 2°, de la loi du 21 mars 1991 précitée - dont les termes ont été repris par la disposition en cause - ont été indiquées par l'arrêt n° 98/2006 du 14 juin 2006 et s'opposent à ce que la première disposition soit considérée comme une disposition de même nature que la seconde, de sorte que la différence de traitement tenant au moyen de communication n'est pas justifiée eu égard à l'objectif identique qui est celui de ces dispositions.

A.3.4. Dans son mémoire en réponse, S.C. ajoute que les dispositions du droit social - étrangères à l'objet du litige - ne suppriment pas l'existence de la différence de traitement critiquée et que l'usage d'un moyen de communication autre que ceux visés par la disposition en cause n'est pas incriminé par l'article 442*bis* du Code pénal. Dans son arrêt relatif au *Moniteur belge* (n° 106/2004 du 16 juin 2004), la Cour a d'ailleurs indiqué qu'il existait d'autres modes de communication que les réseaux électroniques.

- B -

B.1. L'article 145, § 3*bis*, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, inséré par l'article 189 de la loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses (IV), dispose :

« Est punie d'une amende de 20 EUR [50 EUR dans le texte néerlandais] à 300 EUR et d'un emprisonnement de quinze jours à deux ans ou d'une de ces peines seulement la personne qui utilise un réseau ou un service de communications électroniques ou d'autres moyens de communications électroniques afin d'importuner son correspondant ou de provoquer des dommages ainsi que la personne qui installe un appareil quelconque destiné à commettre l'infraction susmentionnée, ainsi que la tentative de commettre celle-ci ».

B.2. La Cour est interrogée sur la compatibilité de l'article 145, § 3*bis*, précité, avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il crée une double différence de traitement : d'une part, entre les prévenus, suivant qu'ils sont poursuivis sur la base de cette disposition ou sur la base de l'article 442*bis* du Code pénal réprimant le harcèlement, une plainte de la personne qui se prétend harcelée n'étant requise que dans le second cas; d'autre part, entre les justiciables importunant des tiers suivant qu'ils utilisent un moyen de communication électronique ou un autre moyen de communication, seuls les premiers pouvant, en vertu de la disposition en cause, faire l'objet de poursuites.

B.3. L'article 442*bis* du Code pénal dispose :

« Quiconque aura harcelé une personne alors qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il affecterait gravement par ce comportement la tranquillité de la personne visée, sera puni d'une peine d'emprisonnement de quinze jours à deux ans et d'une amende de cinquante euros à trois cents euros, ou de l'une de ces peines seulement.

Le délit prévu par le présent article ne pourra être poursuivi que sur la plainte de la personne qui se prétend harcelée ».

B.4. La définition des modalités d'engagement de poursuites pénales relève d'un jugement d'opportunité qui appartient au législateur.

La Cour empiéterait sur le domaine réservé au législateur si, en s'interrogeant sur la justification des différences qui existent entre les nombreux textes législatifs portant des sanctions pénales, elle ne limitait pas son appréciation, en ce qui concerne de telles modalités, aux cas dans lesquels le choix du législateur contient une incohérence telle qu'il aboutit à un traitement différent manifestement déraisonnable d'infractions comparables.

B.5. Les deux dispositions en cause ont pour objectif de réprimer des comportements qui sont susceptibles de perturber la tranquillité d'autrui. Elles peuvent donc être comparées de façon suffisamment pertinente en ce qui concerne la manière d'engager des poursuites.

B.6. L'article 442*bis* du Code pénal a pour objectif de réprimer des agissements portant atteinte à la vie privée des personnes en les importunant de manière irritante. La peine prévue par l'article 442*bis* du Code pénal n'est applicable que moyennant la réunion des conditions suivantes : le caractère harcelant du comportement de la personne poursuivie, une atteinte à la tranquillité de la personne visée par le harceleur, un lien de causalité entre le comportement de celui-ci et cette perturbation de la tranquillité d'autrui, la gravité de cette perturbation, ainsi que le fait que le harceleur savait ou aurait dû savoir qu'il affecterait gravement la tranquillité de la personne visée.

B.7. La disposition en cause fut insérée dans l'article 145 de la loi du 13 juin 2005 afin de réduire les peines que la disposition initiale prévoyait pour l'infraction qu'elle sanctionne (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, DOC 51-2873/001, p. 116). La loi du 13 juin 2005 vise, notamment, à protéger les utilisateurs des communications électroniques (*Doc. parl.*,

Chambre, 2004-2005, DOC 51-1425/001 et 1426/018, p. 4), tandis que son article 145 est présenté (*ibid.*, DOC 51-1425/001 et 1426/001, p. 91) comme s'inspirant de l'article 114, §§ 8 et 9, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (abrogé depuis par la loi du 13 juin 2005 (article 155) dont est issue la disposition en cause). Cette disposition, qui, en son paragraphe 8, 2° (modifié par la loi du 19 décembre 1997), visait « 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 », peut être appliquée même si les conditions d'application de l'article 442*bis* du Code pénal, indiquées en B.6, ne sont pas remplies puisqu'il n'est requis ni que l'utilisation du moyen de télécommunication présente un caractère harcelant ni que la tranquillité du correspondant de la personne soit effectivement perturbée. Elle avait fait l'objet des indications suivantes dans l'exposé des motifs :

« Le point 2° du § 8 prévoit la punition d'appels malicieux qui, par leur répétition, importunent les utilisateurs du téléphone. Sont également punissables, les pratiques visant à l'accès illicite, par la voie des télécommunications, à des programmes ou à des fichiers informatiques » (*Doc. parl.*, Chambre, 1989-1990, n° 1287/1, p. 71).

B.8. Cet objectif de « réprimer les communications téléphoniques malveillantes » (*ibid.*, p. 173), qui est aussi celui de la disposition en cause, doit être mis en relation avec une des constatations ayant amené à l'élaboration de nouvelles dispositions de droit européen entre 1999 et 2002 et auxquelles le législateur s'est référé lors de l'adoption de la loi du 13 juin 2005, constatation selon laquelle l'évolution des technologies était « très rapide et imprévisible » (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, DOC 51-1425/001 et 1426/001, p. 6), le secteur des télécommunications ayant, à la fin des années 1990, connu une dynamique importante et des modifications substantielles (*ibid.*, p. 3).

B.9. Compte tenu de l'objectif de la disposition en cause décrit en B.7 ainsi que du contexte technique et de son évolution décrits en B.8, le législateur a pu estimer, sans porter une atteinte discriminatoire aux droits des intéressés, qu'il convenait de permettre que des poursuites puissent être engagées pour réprimer les infractions visées par la disposition en cause sans qu'une plainte de la personne se prétendant harcelée soit requise : l'usage des

communications électroniques a en effet pu être considéré comme constituant une source d'abus plus importants que dans d'autres domaines où il peut être justifié qu'une importance soit accordée aux sentiments de la victime. A cet égard, la disposition en cause prend en compte un élément moral (la volonté d'importuner son correspondant) qui ne correspond pas à l'élément moral pris en compte par l'article 442*bis* du Code pénal (la connaissance que l'auteur avait ou devait avoir des conséquences de son comportement sur la tranquillité de la personne harcelée). En n'exigeant pas l'intention qui est requise par la disposition en cause, l'article 442*bis* entend tenir compte des sentiments de la victime (*Doc. parl.*, Chambre, 1996-1997, n° 1046/5, p. 2 et n° 1046/8, p. 3) dont la plainte conditionne dès lors la recevabilité des poursuites. Cette préoccupation a pu ne pas être celle du législateur lorsqu'en adoptant la disposition en cause, il a défini l'élément moral de l'infraction comme étant l'intention d'importuner et ce choix n'emporte pas une incohérence qui entraînerait un traitement manifestement discriminatoire.

B.10. C'est le même souci de réagir contre les comportements abusifs dans un secteur ayant connu récemment des développements techniques importants qui peut avoir amené le législateur à punir spécifiquement ceux qui importunent leur correspondant ou provoquent des dommages lorsqu'ils le font par la voie de communications électroniques alors que ceux qui le font par la voie d'autres moyens de communication tombent sous le droit commun. Comme le fait observer, à cet égard, le Conseil des ministres, le comportement de celui qui importunerait son correspondant en utilisant d'autres moyens de communication que ceux visés par la disposition en cause peut être réprimé sur la base d'autres dispositions, tel l'article 442*bis* du Code pénal, et, contrairement à ce que soutient le prévenu devant le juge *a quo*, les différences entre cette disposition et la disposition en cause ne sont pas à ce point essentielles que l'application de l'une et de l'autre, dans les conditions qu'elles prévoient, serait discriminatoire.

B.11. La question préjudicielle appelle une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

L'article 145, § 3*bis*, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, inséré par la loi du 25 avril 2007, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

Ainsi prononcé en langue française et en langue néerlandaise, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 22 décembre 2011.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

R. Henneuse