ROYAUME DE BELGIQUE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre de la Justice, le 6 août 1991, d'une demande d'avis sur un projet de loi "relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, enregistrements et interceptions de propos et communications privés", et en ayant délibéré en ses séances des 18 mai, 25 mai, 1er juin et 15 juin 1992, a donné le 15 juin 1992 l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 6 augustus 1991 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Justitie verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van wet "ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het afluisteren, opnemen en onderscheppen van privé-uitspraken en privé-mededelingen", heeft zich daarover beraden ter vergadering van 18 mei, 25 mei, 1 juni en 15 juni 1992, en heeft op 15 juni 1992 het volgend advies gegeven :

OBSERVATIONS GENERALES.

I. OBJET DU PROJET.

Le projet de loi soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat contient trois groupes de dispositions qui sont respectivement consacrées, les premières, à la répression des infractions au secret des communications et des propos privés, les secondes, à la réglementation des ingérences publiques dans ces communications et ces propos, les troisièmes, au commerce d'appareils permettant de procéder à des écoutes, des enregistrements ou des interceptions illégaux.

Un tel projet ne peut être adopté que s'il se révèle conforme aux impératifs énoncés par plusieurs conventions internationales, parmi lesquelles on citera :

1° La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui, dans son article 8, dispose que :

> "1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
>
> 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui".

Dans son arrêt Klass et consorts, du 6 septembre 1978, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que, quoique le paragraphe 1er de l'article 8 ne mentionne pas les conversations téléphoniques, celles-ci se trouvent comprises dans les notions de "vie privée" et de "correspondances" visées par ce texte, et qu'une surveillance secrète de ces conversations implique une ingérence dans l'exercice du droit reconnu par l'article 8, § 1er.

La Cour admet toutefois, en application du paragraphe 2 de l'article 8, l'existence de dispositions législatives accordant des pouvoirs de surveillance secrète de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications aux fins de combattre efficacement les menaces que font, de nos jours, peser sur les sociétés démocratiques des formes très complexes d'espionnage ainsi que le terrorisme (1), de même qu'elle reconnaît que l'augmentation de la délinquance, en particulier de la criminalité organisée, l'ingéniosité grandissante des délinquants et la facilité comme la rapidité de leurs déplacements, peuvent rendre les écoutes indispensables pour rechercher et combattre le crime (2).

La Cour exige que le recours à ce système de surveillance s'entoure de garanties adéquates et suffisantes contre les abus; elle invite ainsi, dans le contexte de l'article 8, à la recherche d'un "équilibre entre l'exercice par l'individu du droit que lui garantit le paragraphe 1er et la nécessité, d'après le paragraphe 2, d'imposer une

---

(1) Arrêt Klass et consorts, précité.

(2) Arrêt Malone, du 2 août 1984.

surveillance secrète pour protéger la société démocratique dans son ensemble" (arrêt Klass et consorts, précité).

2° Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, fait à New York le 19 décembre 1966, dont l'article 17 dispose que :

> "1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.
>
> 2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes" (1)(2).

3° La Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée à New York le 20 novembre 1989 et approuvée par la loi belge du 25 novembre 1991, contient à ce sujet les dispositions suivantes :

> "Article 16. 1. Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

---

(1) Adde, en ce qui concerne la protection due à l'enfant, l'article 24, § 1er.

(2) Sur la portée de l'article 17, voir J. VELU et R. ERGEC, Convention européenne des droits de l'homme, R.P.D.B., Compléments, tome VII, p. 336, n° 644.

2. L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes" (1)(2).

Il résulte des Conventions rappelées ci-dessus qu'en raison de son objet, la loi en projet constitue un moment décisif dans la protection de la vie privée à l'égard des communications et des propos privés.

II. CHAMP D'APPLICATION DU PROJET.

1. Le texte et l'exposé des motifs du projet sont muets sur la limitation éventuelle de l'application des dispositions nouvelles en temps de paix. Il ressort des explications des délégués du Ministre que celles-ci ne seraient pas applicables en temps de guerre, le terme "loi" utilisé à l'article 265bis, § 1er, en projet, renvoyant à l'ensemble des lois en vigueur, en ce compris, donc, l'arrêté-loi du 11 octobre 1916 relatif à l'état de guerre et à l'état de siège.

---

(1) Sur l'obligation de respecter pleinement, à tous les stades de la procédure, la vie privée de tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale, voir l'article 40, § 2, VII.

(2) Sur cette Convention, voir V. POULEAU, à propos de la Convention des droits de l'enfant - L'enfant, sujet de droits : enfin une réalité, J.T., 1990, 617.

Dans ses avis L. 14.053/2 du 22 mars 1982 et L. 14.891/2 du 15 décembre 1982 (1) qu'il a donnés au sujet de projets contenant des dispositions ayant un objet analogue au présent projet, le Conseil d'Etat a fait l'observation suivante :

> "Il résulte clairement des intentions exprimées dans l'exposé des motifs que l'article 4 s'appliquera en temps de paix. Le projet confirme ainsi implicitement qu'en cas d'application de l'arrêté-loi du 11 octobre 1916 relatif à l'état de guerre et à l'état de siège, les dispositions pertinentes de cet arrêté se substitueront à l'article 4 en projet. Il appartiendra au Gouvernement et aux Chambres législatives d'apprécier si les évolutions, notamment d'ordre technique, que le projet prend en compte, ne devraient pas conduire à une adaptation de l'arrêté-loi précité" (2).

Il y aurait lieu également d'avoir égard aux conditions énoncées par l'article 15 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

En tout état de cause, il importe que le texte laisse clairement apparaître qu'il ne s'applique qu'en temps de paix.

---

(1) Doc. Chambre, 1983-1984, n° 778/1, p. 28.

(2) Voir notamment l'article 4, alinéa 1er, 5°, en vertu duquel les autorités militaires peuvent, en vue d'assurer la défense nationale et la sécurité de l'armée, "surveiller, retenir et saisir les correspondances".

2. Le projet de loi délimite son champ d'application à l'aide de six concepts qui se retrouvent tous dans son intitulé : "écoutes", "enregistrements", "interception", "propos", "communications" et l'adjectif "privés".

a) Le verbe "enregistrer" ne paraît pas être utilisé par les auteurs du projet dans son sens usuel et général de "consigner par écrit" (1) mais dans le sens technique plus restreint de transcription à l'aide d'un appareil de reproduction automatique de sons ou de signaux (2). Si telle est l'intention des auteurs du projet, la précision devrait être apportée dans le texte même du projet, dès lors que l'expression "à l'aide d'un appareil quelconque", utilisée par les articles 265bis et 314bis en projet, est trop vague pour cerner avec précision le champ d'application des normes nouvelles.

b) Dans leur sens usuel, des "propos" sont des paroles prononcées ou échangées au cours d'une conversation, tandis qu'une "communication" peut désigner n'importe quelle transmission d'un message à quelqu'un ou le résultat d'une telle action.

---

(1) Voir à ce sujet l'avis L. 12.281/2 du 11 juin 1975, Doc. parl. Sénat, 1975-1976, n° 846/1, p. 60.

(2) L'exposé des motifs se borne à donner l'exemple du magnétophone.

L’exposé des motifs du présent projet s’écarte du sens usuel de ces mots en donnant les définitions suivantes :

> "Le concept "propos" doit être interprété dans le sens suivant : tout énoncé verbal direct, quel que soit le nombre des intéressés (aussi bien les monologues que les conversations de groupe sont visés). Par "communication", on entend : des énoncés verbaux à distance et un certain nombre de formes de communication non verbales à distance. Il peut s’agir ici notamment de télégrammes, de télex, de télécopieur et de transmissions électroniques de données entre réseaux informatiques".

Ainsi qu’il sera exposé sous l’observation générale III, les définitions données aux termes "communication" et "propos" aboutissent à des distinctions qui ne sont pas admissibles.

Dans le texte néerlandais du projet, il est conseillé de remplacer le mot "uitspraak" par le mot "gezegde".

Il convient, dès lors, de revoir ces définitions. De plus, elles doivent être incorporées dans le texte même du projet.

Le principe de la légalité des incriminations implique, en effet, pour le législateur et les autorités disposant du pouvoir de réglementation, l’obligation de définir les infractions de façon aussi claire et précise que possible; l’usage d’expressions vagues et extrêmement larges est contraire au principe de la légalité des incriminations sainement entendu.

La même remarque vaut pour l'emploi, dans le projet, de l'expression "à l'aide d'un appareil quelconque".

c) On peut supposer, à défaut d'indication en sens contraire dans l'exposé des motifs, que le verbe "intercepter" est, lui, pris dans son sens habituel de s'emparer par surprise et arrêter une communication qui est adressée à autrui.

3. Le projet ne règle que l'un des nombreux aspects de la protection de la vie privée. Il laisse ainsi en dehors de son champ d'application la réglementation des prises de vues qui, dans les projets antérieurs, étaient soumises aux mêmes dispositions que les écoutes. Selon les délégués du Ministre, une telle réglementation doit, en raison de ses particularités, faire l'objet d'un projet distinct.

Le projet ne mentionne pas davantage les règles spéciales qui, dans les projets antérieurs, étaient consacrées à la confiscation. La raison en est qu'il n'existe pas, sur ce point, de motif suffisant de déroger au droit commun formé par les articles 42 et 43 du Code pénal, notamment en ce qui concerne la propriété des choses formant l'objet de l'infraction et de celles qui ont servi ou qui ont été destinées à la commettre (1).

---

(1) L'intention des auteurs du projet risque, cependant, dans certains cas, d'être contrecarrée par l'article 117 de la loi du 21 mars 1991 (voir ci-après).

Si les choix de l'auteur du projet sont, à cet égard, à l'abri de toute critique, une hésitation peut apparaître en ce qui concerne la répression des appels téléphoniques malveillants qui relève également de la protection de la vie privée en matière de propos et de communications privés (1).

L'application de l'article 88bis inséré dans le Code d'instruction criminelle par la loi du 11 février 1991, permettra certes de déterminer de quel poste téléphonique provient l'appel malveillant.

Elle ne permet toutefois pas de déterminer le contenu d'un tel appel qui peut s'accompagner d'autres infractions, telles des menaces visées aux articles 327 à 331 du Code pénal. On observera que le projet, qui ne vise pas ces dispositions, n'autorise pas le juge d'instruction à faire procéder à l'écoute de pareil appel, même sur plainte de la victime (2). Or, ainsi que le Conseil d'Etat l'a souligné dans son avis L. 17.115/2/9 précité, l'intention malveillante de l'auteur de l'appel s'oppose à ce que ce dernier puisse bénéficier des dispositions législatives assurant la protection de la vie privée.

---

(1) Avis L. 17.115/2/9 des 5 et 11 mars 1986, Doc. parl. Sénat, 1985-1986, n○ 298/1, p. 106.

(2) Alors même que la victime peut enregistrer une telle communication sans commettre l'infraction prévue par l'article 2 du projet, l'écoute ordonnée par le juge d'instruction est, de façon inexpliquée, interdite dans ce cas.

D’un autre côté, l’article 114, § 8, 2°, de la loi du 21 mars 1991 punit d’une amende de cinq cents à cinquante mille francs maximum et d’un emprisonnement d’un à quatre ans ou d’une de ces peines seulement, la personne qui utilise l’infrastructure publique de télécommunications ou d’autres moyens de télécommunications afin d’importuner son correspondant ou de provoquer des dommages.

Semblable disposition qui trouverait mieux sa place dans le Code pénal, devrait être intégrée dans la réforme projetée.

III. LES NOTIONS DE "COMMUNICATIONS" ET DE "PROPOS".

1. Les articles 1er et 2 du projet sont en grande partie construits sur une distinction qui est faite entre les "communications privées" et les "propos privés", qui sont, sur des points importants, soumis à un régime différencié.

Le sens le mieux établi et le plus courant du mot communication est celui qui désigne le fait ou l’action de communiquer. Ce sens n’est pas celui dans lequel le projet utilise ce mot; il y est plutôt entendu comme le message communiqué (voir l’observation générale II ci-avant). L’exposé des motifs précise en effet le sens assez particulier que l’expression de communication revêt dans le projet; il y désigne, comme le propos, un énoncé. Communication et propos s’opposent toutefois quant à la position des interlocuteurs et quant au moyen d’expression auquel recourt le

message qu'ils échangent. La communication s'entend d'un message verbal ou non que des interlocuteurs, séparés dans l'espace, s'adressent ou échangent à distance; il y a propos quant les interlocuteurs sont en présence l'un de l'autre comme ils le sont dans une conversation ou une conférence, ou encore - mais le cas est sans doute rare - lorsque quelqu'un se parle à lui-même.

Ainsi qu'il sera exposé ci-après, l'examen des dispositions en projet construites à l'aide de la distinction entre les propos et les communications, tels que ces concepts sont définis par l'exposé des motifs, fait apparaître un certain nombre de contrastes difficiles à expliquer : des comportements indiscrets sont tantôt licites, tantôt illicites alors que leur matérialité n'est pas significativement différente, que leurs auteurs font preuve d'un égal degré de malignité et qu'ils exposent les citoyens à des indiscrétions également redoutables.

2. L'article 265bis, § 1er, 1°, et l'article 314bis, § 1er, 1°, du Code pénal, en projet, incriminent le fait de procéder, sans le consentement requis, à l'écoute, à l'enregistrement ou à l'interception, soit de propos privés, soit d'une communication privée à laquelle l'auteur de l'écoute, de l'enregistrement ou de l'interception est étranger.

Une telle distinction soulève deux types de problèmes.

a) <u>La distribution envisagée sous l'angle du consentement requis pour la licéité de l'enregistrement</u>.

Des propos peuvent s'insérer dans un dialogue; celui-ci est alors considéré, dans la logique du projet, comme une suite d'énoncés verbaux directs requérant chacun le consentement de leur auteur, non de celui à qui ils sont adressés.

Or, des propos échangés au cours d'un dialogue ne prennent généralement toute leur signification que s'ils sont rapprochés les uns des autres.

De ce point de vue, la règle en projet peut paraître bien artificielle.

Elle permet au locuteur d'enregistrer, de révéler ou d'utiliser les paroles qu'il prononce, et ce, sans le consentement, voire à l'insu, du destinataire de celles-ci, alors même que ces paroles peuvent être la réponse à des propos tenus par le destinataire ou appeler une telle réponse.

Elle permet aussi à un tiers d'écouter, d'enregistrer, de révéler et d'utiliser séparément les propos de celui qui y a consenti, sans devoir obtenir l'accord des autres personnes qui ont activement participé au dialogue.

Pareille situation est évitée pour les communications privées dès lors que le projet exige le consentement à la fois de l'auteur et du destinataire du message, alors

que la seule différence entre un dialogue constitutif d'une "communication" et une conversation constitutive d'un "propos", au sens donné à ces mots par l'exposé des motifs, est que le premier se fait à distance.

La distinction établie par le projet entre les propos et les communications paraît, dans cette hypothèse, manquer de toute justification objective et raisonnable sous l'angle des personnes dont le consentement est requis pour que l'enregistrement soit licite.

b) La distinction entre les propos et les communications auxquelles on est "étranger".

L'utilisation du pronom relatif au féminin singulier, "à laquelle", dans le texte français, limite aux communications privées, à l'exclusion des propos privés, la précision tenant à la participation d'une personne étrangère à l'échange du message. Le texte néerlandais exprime la même idée.

A cet égard, le projet appelle deux remarques.

D'une part, les mots "à laquelle il est étranger" sont ambigus puisqu'ils peuvent servir à désigner aussi bien l'auteur et le destinataire de la communication privée que celui qui, sans avoir l'une de ces deux qualités, en est l'objet parce que c'est de lui que le message parle.

D’autre part, n’est pas interdit, le fait pour le destinataire d’une communication privée d’écouter, d’enregistrer ou d’intercepter, sans le consentement de l’auteur de cette communication, un message qui lui est adressé. En revanche, le même fait est punissable s’il s’agit de propos.

La distinction entre les propos et les communications paraît ici aussi manquer de justification suffisante.

3. L’article 265bis, § 1er, 2°, du Code pénal, en projet, vise celui qui installe ou fait installer un appareil quelconque dans l’intention de commettre l’infraction prévue au 1°. L’article 265bis, § 1er, 3°, érige en infraction le fait de divulguer ou d’utiliser le contenu d’un message surpris en violation de la règle énoncée au 1°.

L’article 314bis, § 1er, 2°, et § 2, alinéa 1er, en projet, procède de même en ce qui concerne les personnes privées.

Ces dispositions appellent donc les mêmes observations que celles qui ont été faites ci-dessus au sujet de l’article 265bis, § 1er, 1°, et de l’article 314bis, § 1er, 1°.

4. Aux termes de l’article 265bis, § 1er, 4°, et de l’article 314bis, § 2, alinéa 2, du Code pénal, en projet, est punissable celui qui

> "avec une intention frauduleuse, fait usage de l’enregistrement d’une communication verbale sans le consen-

tement de l’auteur et du destinataire de la communication verbale".

L’exposé des motifs s’explique sur les raisons qui rendent inopportune, aux yeux des auteurs du projet, l’application de cette disposition aux communications non verbales, lesquelles seraient davantage destinées, par nature, à être utilisées par la suite.

En revanche, l’exposé des motifs ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles les propos sont exclus du champ d’application de la disposition.

5. En résumé, si les auteurs du projet estiment que la distinction entre les "propos" privés et les "communications" privées mérite d’être maintenue, une telle distinction devrait à tout le moins être revue, en ce qui concerne les conséquences qu’elle doit emporter, aux fins d’éliminer les différences qui ne sont pas susceptibles d’une justification objective et raisonnable.

A cet égard, le Conseil d’Etat formule les suggestions qui suivent.

a) Lorsque celui qui écoute, enregistre ou intercepte le message est un tiers, c’est-à-dire une personne qui n’est ni l’un des auteurs ni l’un des destinataires du message, il paraît logique que le tiers doive recueillir le consentement préalable et spécial, implicite ou explicite, non seulement du destinataire d’un message transmis à

distance mais, en outre de tous ceux qui participent à une conversation.

S’il s’agit de la formulation unilatérale d’un message, sans participation active d’interlocuteurs, le consentement préalable et spécial, explicite ou implicite du seul auteur des paroles peut suffire.

En outre, les mots "à laquelle il est étranger" seraient avantageusement remplacés par les mots "auxquels il ne participe pas".

b) Lorsqu’on envisage la position de l’auteur ou du destinataire du message, ceux-ci peuvent évidemment dans tous les cas s’écouter l’un l’autre, au besoin à l’aide d’un appareil "quelconque".

Ils peuvent aussi, bien entendu, enregistrer, divulguer ou utiliser le message si leur interlocuteur leur a donné un consentement spécial à l’une ou l’autre de ces fins.

La question est, en réalité, de déterminer s’ils peuvent enregistrer, divulguer ou utiliser le message ou l’enregistrement sans un tel consentement.

Si, dans le souci légitime de protéger la vie privée de l’interlocuteur, on répond par la négative à cette question, il conviendrait de veiller à limiter l’infraction au fait accompli par celui qui enregistre, divulgue ou

utilise le message à des fins illégitimes (intention frauduleuse) afin d'avoir égard aux différentes situations qui peuvent se présenter. A titre d'exemple, il convient d'éviter de rendre passible des lourdes peines prévues par le projet, le destinataire d'une communication privée qui désire faire lui-même la preuve du contenu d'une telle communication lorsque celle-ci véhicule, par exemple, des menaces, un chantage, des propos racistes, etc., pour lesquels l'auteur n'a évidemment aucun titre à prétendre à une protection de sa vie privée.

IV. INTEGRATION DU PROJET DANS LA LEGISLATION EXISTANTE.

En droit positif interne, de nombreuses dispositions législatives traitent d'ores et déjà du secret de certains propos et communications, parmi lesquelles :

1° Les articles 17 à 20 de la loi du 13 octobre 1930 coordonnant les différentes dispositions législatives concernant la télégraphie et la téléphonie avec fil :

Aux termes de l'article 17,

> "Sera puni d'un emprisonnement de huit jours à un mois et d'une amende de vingt-six à deux cents francs ou d'une de ces peines seulement, quiconque aura supprimé un télégramme ou quelque autre message confié à la régie, l'aura ouvert ou s'en sera emparé pour en prendre indûment connaissance, ou aura employé un moyen pour surprendre des communications sur une ligne publique de télégraphie ou de téléphonie".

La loi du 13 octobre 1930 a été abrogée par l'article 123 de la loi du 21 mars 1991, lequel n'est

toutefois pas encore entré en vigueur à ce jour (article 128).

2° L'article 13 de la loi du 3 janvier 1934 relative à l'établissement des liaisons téléphoniques et télégraphiques souterraines ou aériennes pour les besoins de l'organisation défensive du pays, qui dispose que :

> "Sera puni d'un emprisonnement de huit jours à un mois et d'une amende de vingt-six à deux cents francs ou d'une de ces peines seulement, quiconque aura employé un moyen de surprendre des communications sur une ligne militaire de télégraphie ou de téléphonie".

3° L'article 4, C, de la loi du 30 juillet 1979 relative aux radiocommunications interdit à quiconque de capter ou de tenter de capter des radiocommunications qui ne lui sont pas destinées; selon cette disposition, si de telles communications sont involontairement reçues, elles ne peuvent être reproduites, ni communiquées à des tiers, ni utilisées à une fin quelconque et leur existence même ne peut être révélée, sauf dans les cas imposés ou autorisés par la loi (1).

La répression des infractions à cette disposition fait l'objet de l'article 15 de la loi.

---

(1) Voyez à ce sujet : H.-D. BOSLY, la régularité de la preuve en matière pénale, J.T., 1992, pp. 124 et 125.

4° L'article 5, alinéa 1er, de la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé interdit au détective privé d'écouter ou de faire écouter, d'intercepter ou de faire intercepter, d'enregistrer ou de faire enregistrer intentionnellement à l'aide d'un appareil quelconque une conversation particulière ou une communication particulière sans le consentement de tous ceux qui participent à cette conversation ou qui sont concernés par cette communication (1).

La répression des infractions à l'article 5 fait l'objet de l'article 19 de la loi.

5° Les articles 111 et 112 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, qui ne sont pas encore entrés en vigueur à ce jour :

"Article 111. Sous réserve de l'autorisation de toutes les autres personnes directement ou indirectement concernées par l'information, l'identification ou les données visées ci-après, il est interdit à quiconque, qu'il agisse personnellement ou par l'entremise d'un tiers :

1° de prendre frauduleusement connaissance de l'existence ou du contenu de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de données de toute nature

(1) Dans son avis L. 19.761/2/V, donné le 6 août 1990, sur le projet qui est devenu la loi du 19 juillet 1991, le Conseil d'Etat a fait observer qu'"il va de soi que, le moment venu, l'article (5) devra être mis en harmonie avec les dispositions générales de protection de la vie privée car de toute évidence ce qui est interdit aux détectives privés n'est pas pour autant permis aux autres citoyens".

transmis par voie de télécommunications en provenance d'autres personnes et destinées à celles-ci;

2° d'enregistrer, de transformer ou de supprimer frauduleusement par n'importe quel procédé technique l'information visée au 1° ou d'identifier les autres personnes;

3° de prendre connaissance intentionnellement de données en matière de télécommunications, relatives à une autre personne;

4° de révéler ou de faire un usage quelconque de l'information, de l'identification et des données obtenues intentionnellement ou non, et visées aux 1°, 2°, 3°, de les modifier ou de les annuler.

Article 112. Les dispositions de l'article 111 ne sont pas applicables :

1° lorsque la loi permet ou impose l'accomplissement des actes visés;

2° lorsque les actes visés sont posés pour assurer un service de télécommunications.

L'information, l'identification et les données obtenues sur la base de l'alinéa 1er, 2°, peuvent uniquement être révélées pour ces mêmes raisons".

La répression des infractions à ces dispositions fait l'objet des articles 114, § 7, et 117, de la loi.

*

* *

L’exposé des motifs justifie la coexistence des dispositions en projet et de celles contenues dans les lois des 13 octobre 1930, 3 janvier 1934 et 30 juillet 1979, par la considération suivante :

> "Toutes ces dispositiosn ont cependant une portée limitée et contiennent des peines qui ne sont pas adaptées à la gravité des infractions. Par conséquent, si ces infractions coïncident avec les nouvelles incriminations, ce sont les peines prévues dans le présent projet qui primeront puisqu’elles sont plus élevées".

S’il est vrai que l’article 65 du Code pénal permet de régler les cas de concours idéal d’infractions, cette disposition n’élimine nullement les inconvénients qui résultent de la coexistence de multiples lois aux champs d’application variables, qui, pour des faits souvent identiques, prévoient des peines distinctes, définissent différemment les infractions et organisent un régime répressif spécifique.

Le concours idéal d’infractions suppose, par hypothèse, que l’on tienne pour acquis qu’un même fait entre simultanément dans le champ d’application de plusieurs dispositions pénales, toutes également en vigueur.

Or, la coexistence de ces multiples législations est précisément une source d’insécurité juridique, notamment en ce qui concerne le maintien en vigueur d’une loi ancienne incompatible avec l’application de la loi nouvelle (problème de l’abrogation implicite) ou quant aux champs d’applications respectifs d’une loi générale et d’une loi spéciale.

D’un autre côté, la coexistence de dispositions qui, sans être mises en harmonie, règlent un objet semblable, risque dans la pratique, de donner lieu à des hésitations; si celles-ci pourront être levées à l’aide des procédés prévus par le droit pénal, leur accumulation risque de rendre obscure la portée de la réforme voulue par le projet : par exemple, le juge d’instruction pourra-t-il ordonner une écoute qui est, en principe, interdite non seulement par les normes en projet, mais aussi par une disposition législative spéciale qui n’excepterait pas les cas prévus par les autres lois ?

Une telle situation pourrait aussi conduire à des résultats contraires aux intentions des auteurs du projet, ainsi en la matière de la confiscation réglée par l’article 64 du Code pénal (1).

Mais l’inconvénient majeur est d’obliger le citoyen à régler, dans le doute, sa conduite en fonction de plusieurs législations pénales qui contiennent, en l’occurrence, nombre de dispositions incompatibles entre elles, tandis que le même doute conduira à l’inefficacité de la législation répressive en projet.

Enfin, on observera que l’accumulation désordonnée de ces différentes lois serait de nature à priver, en la matière, la législation pénale de toute cohérence. Les concours d’infractions - certaines pouvant être également constitutives de la violation du secret professionnel, de la

---

(1) Voyez, par exemple, l’article 117 de la loi du 21 mars 1991 précitée.

diffamation, etc. - que suscitera l'application des dispositions en projet, seront déjà assez nombreux sans qu'il faille les multiplier.

Il s'impose donc que le projet abroge expressément toutes les dispositions législatives rappelées ci-dessus, quitte à reproduire certaines règles dont le maintien serait jugé indispensable. Seules des règles purement techniques, spécifiques à la matière traitée par ces lois spéciales, peuvent être maintenues dans celles-ci. Il en va d'autant plus ainsi que la plus importante de celles-ci, la loi du 21 mars 1991, contient des dispositions qui pourraient s'avérer peu adaptées aux exigences du droit pénal.

V. INTERVENTION DE LA COMMISSION DE LA VIE PRIVEE.

L'article 92 de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale, entré en vigueur le 1er janvier 1992, a institué une Commission de la protection de la vie privée qui a "pour mission de donner soit d'initiative, soit sur demande du Gouvernement, des Chambres, des Exécutifs et des Conseils communautaires et régionaux ou du Comité de surveillance, des avis sur toute question relative à l'application des principes fondamentaux de la protection de la vie privée dans le cadre de" trois textes à caractère législatif, "eu égard à l'évolution et à la mise en oeuvre des techniques de gestion automatisée de l'information" (article 92, alinéa 4). De même, il est prévu que "sans préjudice de toute voie de recours devant les tribunaux ...., la Commission examine les plaintes datées et signées qui lui sont adressées dans le cadre de sa mission

de protection de la vie privée, à l'égard des traitements automatisés de données à caractère personnel ou d'autres missions qui lui sont confiées par la loi" (article 92, alinéa 7).

Il semble requis que la Commission de la protection de la vie privée puisse accomplir ses missions d'avis sur toute question relative à l'application du projet de loi lorsqu'il aura été adopté et, notamment, que le Ministre soit tenu de demander à la Commission un avis sur les projets d'arrêtés d'exécution de la loi en projet. Ce serait sinon faire échapper une partie importante de la vie privée du champ de compétences de la Commission dont le législateur a pourtant entendu faire une pièce majeure du système de protection de la vie privée en Belgique.

Il appartiendra aux Chambres législatives d'apprécier si le projet de loi ne doit pas être complété en ce sens.

Quant à la question de l'examen des plaintes par ladite Commission, il appartiendra également aux Chambres d'apprécier si ce pouvoir d'examen peut s'exercer sans préjudice des pouvoirs que la Constitution et la loi réservent aux cours et tribunaux.

OBSERVATIONS PARTICULIERES.

ARRETE DE PRESENTATION.

L'arrêté de présentation fait défaut.

En raison du contenu de l'article 4, 1°, et de l'article 6 du projet, le Ministre des Affaires économiques et le Ministre des Communications doivent être associés à la présentation du projet. Ils doivent aussi le contresigner.

DISPOSITIF.

Article 1er.

Observations générales.

1. L'article 1er du projet tend à insérer un article 265bis dans le Code pénal aux fins d'ériger en infraction la violation du secret des communications et propos privés lorsque cette violation est le fait d'un "officier ou fonctionnaire public(s), dépositaire(s) ou agent(s) de la force publique".

On observera qu'en dépit des similitudes existant dans la rédaction des articles 1er et 2 du projet, celui-ci ne fait pas de la qualité de fonctionnaire public une circonstance aggravante d'un délit de droit commun, à l'instar des articles 266 et 377 du Code pénal, mais fait de cette qualité un élément constitutif d'une infraction de service. La distinction est importante notamment en ce qui concerne l'application des règles relatives à la participation criminelle et à la récidive.

Selon l'exposé des motifs, "les juges et les membres du ministère public tombent aussi sous l'application

de cette disposition (Les Novelles, Droit pénal, tome III, n°3.271)" (1).

Il y a donc lieu de compléter dans ce sens le texte de l'article 265bis en projet. Si les auteurs du projet souhaitent éviter que cet ajout ne donne prise à une interprétation a contrario des autres articles du titre IV du livre II du Code pénal, il suffit qu'ils s'en expliquent dans l'exposé des motifs.

2. L'expression "dans l'exercice de ses fonctions" est critiquée à juste titre par la doctrine.

Il y a lieu d'écrire "à l'occasion de l'exercice de ses fonctions". S'il n'en était pas ainsi, il suffirait à l'officier ou au fonctionnaire public d'être en dehors des conditions strictes de temps et de lieu de l'exercice de ses fonctions pour échapper à l'incrimination renforcée, alors qu'est tout aussi grave l'infraction ne présentant qu'un lien occasionnel avec l'exercice des fonctions dudit officier ou fonctionnaire. Cette modification permettrait également d'incriminer les actes qui, accomplis par l'agent pendant et au lieu de l'exercice de ses fonctions, sortent des limites de ses attributions.

3. En raison de l'emplacement choisi pour l'insertion de la disposition contenue dans l'article 1er du projet, l'article 260 du Code pénal ne sera pas applicable.

---

(1) Le passage auquel l'exposé des motifs fait référence ne vise cependant qu'une disposition particulière du Code pénal.

Cette conséquence n'ayant pas, au dire des délégués du Ministre, été voulue par les auteurs du projet, il est proposé d'insérer la disposition dans un chapitre Vbis comprenant un article 259bis.

En effet, les infractions qui y sont prévues sont plus importantes que celles contenues aux chapitres VI et VII du titre II. En outre, et surtout, l'article 260 du Code pénal qui traite de la cause de justification que constitue "l'ordre hiérarchique", serait applicable aux nouvelles infractions, ce qui n'est pas le cas dans le projet examiné.

La phrase liminaire de l'article 1er doit être adaptée en conséquence.

4. L'article appelle, en outre, les observations d'ordre légistique suivantes :

a) Il faut écrire, dans le texte français, "Article 1er" et "§ 1er"

b) Dans le texte français, l'intitulé du chapitre doit s'écrire "Des écoutes, enregistrements...".

c) Les subdivisions du paragraphe 1er doivent être introduites par 1°, 2°, 3°, 4° et non pas par des tirets.

La même observation vaut pour l'article 314bis du projet (article 2 du projet).

De plus, il convient de faire précéder chacune des subdivisions du paragraphe 1er par le terme "soit", afin de souligner qu'il s'agit chaque fois d'une hypothèse distincte constitutive, en soi, d'une infraction spécifique.

Observations particulières.

Paragraphe 1er, 1°.

1. L'article 265bis (devenant l'article 259bis), § 1er, premier tiret (devenant 1°), en projet, érige en infraction non seulement les agissements de celui qui écoute, enregistre ou intercepte illégalement des propos ou des communications mais, en outre, ceux qui consistent à faire écouter, faire enregistrer ou faire intercepter.

Selon l'exposé des motifs, à défaut d'une telle précision, "le provocateur ne pourrait être puni que si le mandat qu'il a donné de commettre l'infraction est accompagné de dons ou promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables (article 66, quatrième alinéa, du Code pénal)".

En réalité le "commettant" pourra être puni sur la base de l'article 67 du Code pénal ou conformément aux lois des 7 juillet 1875 et 25 mars 1891. Mais, la disposition en projet permettra de réprimer ses agissements comme ceux de l'exécutant, sans préjudice des articles 111 et 123bis, 1°, du même Code.

2. D'un autre côté, on observera que le projet est muet quant à la manière dont pourra être recueilli le consentement d'une personne qui, en raison de son âge ou

pour tout autre motif, ne peut être présumée, en droit, donner un consentement libre et éclairé.

3. On suppose à défaut de toute indication en sens contraire, que les règles en projet ne s'appliquent qu'au message en cours de transmission, à l'exclusion des documents ou supports consignant les résultats de celle-ci, et que ne se trouve pas remis en cause le pouvoir du juge d'instruction de saisir, en application des articles 87 et 88 du Code d'instruction criminelle, les papiers, effets et objets jugés utiles à la manifestation de la vérité, ceux-ci continssent-ils la transcription de communications ou de propos privés (1).

Si elle correspond à l'intention des auteurs du projet, cette précision doit figurer dans le texte en projet.

Paragraphe 1er, 2°.

Il résulte du renvoi fait au deuxième tiret (devenant 2°), à l'infraction visée au 1°, que l'incrimination est subordonnée à la preuve que l'installation est faite dans l'intention de surprendre des propos privés ou une communication privée sans le consentement des intéressés, à l'exclusion de l'installation d'un appareil dans l'attente d'un consentement, qui pourrait ne pas être donné.

(1) Voir à ce sujet : D. GARABEDIAN, obs. sub. Cass., 27 février 1985, et Bruxelles, 30 novembre 1984, J.T., 1985, page 732 et note infrapaginale n° 7.

Si l'intention est d'incriminer l'installation d'un appareil clandestin d'écoute, d'enregistrement ou d'interception sans le consentement préalable des intéressés, le texte serait mieux rédigé comme suit :

"2° installe ou fait installer un appareil quelconque permettant de commettre une des infractions visées au 1°;"

Paragraphe 1er, 3°.

1. Le verbe "communiquer" risque de provoquer une confusion avec le substantif "communication", laquelle communication, étant privée, ne peut être écoutée, enregistrée et interceptée que moyennant le respect de certaines règles, ce substantif étant apparemment pris dans un sens technique plus restreint.

Comme l'intention des auteurs du projet est, à juste titre, de viser également le fait de rendre public le contenu de propos privés ou d'une communication privée, il convient de remplacer les mots "communique sciemment à une autre personne" par : "révèle ou divulgue sciemment".

Il est à noter que, dans le texte français, l'adverbe "illégalement" devrait être placé avant l'énumération "écoutés, enregistrés ou interceptés", hypothèses auxquelles il se rapporte indistinctement.

2. Il ressort des explications des délégués du Ministre, que le texte ne doit pas viser le simple recel du contenu illégalement surpris de propos privés ou d'une communication privée, lequel recel serait déjà prévu par l'article 505 du Code pénal. La précision mériterait de figurer, à tout le moins, dans l'exposé des motifs (1).

---

(1) A titre de comparaison, on observera qu'à cet égard, le droit français est bien plus clair que le présent projet :

"L'élément matériel est compris avec une très grande largeur : l'article 369 incrimine tout d'abord la simple conservation du produit de l'espionnage, ensuite sa communication, enfin, d'une manière générale, son utilisation.

C'est d'abord la conservation du produit de l'espionnage, bande magnétique, disque, film qui est incriminée. On n'a pas manqué de relever l'analogie avec le délit de recel : les paroles ou l'image d'une personne ont été "volées", et le seul fait de conserver le produit de ce "vol" constitue une infraction. Ce n'est donc pas seulement le propriétaire de l'enregistrement ou du document, c'est-à-dire l'auteur de l'infraction de l'article 368, qui est puni quand il le conserve. C'est aussi le simple possesseur, et même le détenteur, un dépositaire par exemple.

On peut, il est vrai, se demander quelle est l'utilité de l'incrimination, car la victime ne connaît pas en général la personne qui conserve le produit de son juste titre que celle-ci peut se démasquer en menaçant la victime de publier, ou de révéler à un tiers, ses paroles ou son image, et que les éléments constitutifs du délit de chantage ne sont pas toujours réunis. La victime peut aussi être informée qu'une entreprise de presse est entrée en possession de ses paroles ou de son image, et l'incrimination de cette entreprise lui permet de prévenir la publication" (P. Kayser, La protection de la vie privée, Economica - P.U. d'Aix-Marseille, 1990, pp. 305 et 306).

Il appartiendra au Gouvernement et aux Chambres législatives d'apprécier si, outre la divulgation, il n'y a pas lieu de viser également la conservation du support contenant les propos et communications privés illégalement écoutés, enregistrés ou interceptés.

Paragraphe 1er, 4°.

Selon la disposition en projet, est punissable l'agent qui "avec une intention frauduleuse, fait usage de l'enregistrement d'une communication verbale sans le consentement de l'auteur et du destinataire de la communication verbale".

L'hypothèse est celle d'écoutes légalement effectuées. Il convient que cette précision apparaisse dans le texte en projet.

Paragraphe 3.

1. Le texte en projet organise une récidive temporaire (cinq ans) et spéciale (infractions aux paragraphes 1er et 2) qui détermine une aggravation obligatoire de la peine, alors qu'en principe, une telle aggravation est facultative, moyennant des exceptions, prévues soit par le Code pénal (article 54, alinéa 3, et article 55, alinéa 3), soit par des lois spéciales.

L'exposé des motifs justifie le caractère obligatoire de l'aggravation de la peine, en dérogation à l'arti-

cle 56, alinéa 2, du Code pénal, par le motif "qu'il s'agit ici de très graves atteintes à la vie privée".

Les termes "à nouveau" dans le projet impliquent que pour qu'il y ait récidive, il n'est pas nécessaire que la seconde infraction soit la même que la première, il suffit qu'elle viole une disposition de la même loi, ici la même disposition du Code pénal (1), ce qui est généralement le cas lorsque la récidive est prévue par des "lois spéciales" (2).

Il est proposé de rédiger le texte comme suit :

"§ 3. Les peines prévues aux paragraphes 1er et 2 sont doublées si une nouvelle infraction à l'une de ces dispositions est commise dans les cinq ans à compter du prononcé d'un jugement ou d'un arrêt, passés en force de chose jugée, portant condamnation en raison de l'une de ces infractions".

---

(1) A l'inverse des termes "de nouveau" qui signifient une nouvelle fois, c'est-à-dire encore une fois ou comme auparavant, "à nouveau" signifie : "en reprenant les choses d'une manière nouvelle, c'est-à-dire différente par rapport à ce qui a été fait". J GIRODET (Pièges et difficultés de la langue française, Bordas, Paris, 1988, p. 531) signale que l'expression "à nouveau", dans son sens exact, est un peu vieillie et qu'on dirait plutôt, par exemple, "il faut en refaire le plan ou faire un nouveau plan".

(2) MARCHAL et JASPAR, Droit criminel, Traité théorique et pratique, tome Ier, 2e édition, Brux., 1965, n° 366bis, page 145.

2. Il résulte du texte en projet que la récidive spéciale organisée par l'article 265bis ne sera applicable que si l'antécédent judiciaire et l'infraction nouvelle ont, tous deux, trait à une violation du secret des communications et propos privés, commise par un officier ou un fonctionnaire publics.

Lorsque l'antécédent judiciaire a trait à une infraction à l'article 265bis en projet tandis que l'infraction nouvelle est visée par l'article 314bis en projet, ou vice versa, ce seront donc normalement les règles prévues par l'article 56, alinéa 2, du Code pénal qui s'appliqueront (1).

Article 2.

L'article 314bis en projet contient des dispositions semblables à celles de l'article 265bis, à cette différence près que l'article 314bis en projet prévoit une gradation des peines selon que le particulier se rend coupable d'une écoute illicite ou en fait usage. Il appelle, mutatis mutandis, les mêmes observations que celles qui ont été formulées au sujet de l'article 265bis en projet.

---

(1) Voir, par analogie, l'article 100 du Code pénal et Cass. 2 juin 1975, Pas., I, 941.

Article 3.

A. Article 90ter en projet du Code d'instruction criminelle.

Observations générales.

1. L'article 3 du projet tend, en premier lieu, à insérer, dans le Code d'instruction criminelle, un article 90ter aux fins de déterminer les conditions auxquelles une autorité publique pourra légalement s'ingérer dans des propos privés ou dans une communication privée; une telle disposition entre dans le champ d'application de l'article 8, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

2. Le projet règle exclusivement l'intervention du juge d'instruction (articles 90ter à 90quinquies), suivie, le cas échéant, de celle de la chambre du conseil (article 90quinquies), mais il est muet sur la procédure à suivre lorsque les faits relèvent de la compétence des juridictions militaires.

On peut imaginer que les fonctions du juge d'instruction seraient exercées par l'auditeur militaire en sa qualité de président de la commission judiciaire, tandis que la mission confiée par le projet à la chambre du conseil serait attribuée à cette commission judiciaire, bien que celle-ci ne puisse être assimilée à une chambre du conseil (1) et bien que cette situation de quasi-cumul paraisse difficilement compatible avec l'économie de l'article 90quinquies en projet qui tend à ce que la confirmation

(1) Cass. 20 février 1922, Pas., 1922, I, 167.

de la mesure ressortisse à d'autres juges que ceux qui l'ont ordonnée.

Le silence du projet, comme l'inadaptation des dispositions contenues dans celui-ci à la procédure devant les juridictions militaires, risquent d'entraîner de nombreuses difficultés (1), lesquelles ont d'ailleurs déjà valu à la Belgique un arrêt de condamnation prononcé le 26 mai 1988 par la Cour européenne des droits de l'homme (2), pour violation de l'article 5, § 3, de la Convention.

3. Les termes très généraux dans lesquels sont définis les pouvoirs du juge d'instruction ("écouter ou faire écouter, enregistrer ou faire enregistrer, intercepter ou faire intercepter") ne pourraient être interprétés comme permettant de porter atteinte aux libertés garanties par la Constitution et, notamment, au secret des lettres (article 22) et à l'inviolabilité du domicile (article 10).

Suivant les déclarations des délégués du Ministre, l'intention des auteurs du projet est de permettre les écoutes non seulement à l'égard des moyens de communication utilisés par un suspect mais aussi à l'égard des lieux habituellement fréquentés par celui-ci. Ces lieux peuvent être aussi bien des lieux publics que des lieux protégés au sens de l'article 10 de la Constitution.

---

(1) Voir, à ce sujet, M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, Manuel de procédure pénale, Liège, 1989, pages 269 à 271, et 718 à 739.

(2) Publications de la Cour, Série A, vol. 135, affaire PAUWELS.

Si l'intention du législateur était de viser ces deux catégories de lieux, il conviendrait, en outre, de préciser dans quelles conditions les agents chargés de l'écoute pourraient, sous le couvert de l'ordonnance du juge d'instruction, pénétrer dans un domicile privé pour y installer un microphone.

4. Les conditions auxquelles est subordonnée l'ingérence dans des propos privés et des communications privées, sont fixées, par l'article 90ter en projet, d'une manière fort peu claire. En particulier, on discerne malaisément en quoi consistent précisément ces "circonstances précises et exceptionnelles" qui doivent être "en rapport avec le fait dont (le juge d'instruction) est saisi et (avec) les informations susceptibles d'être recueillies par la mesure ...".

La portée de cette disposition n'est guère explicitée par l'exposé des motifs qui énonce ce qui suit :

> "Ces circonstances sont soumises à une double restriction : non seulement elles doivent avoir un lien avec le fait dont est saisi le juge d'instruction, mais elles doivent en outre avoir un rapport avec l'information qu'est susceptible d'apporter la mesure. Cela signifie notamment que les écoutes "exploratoires" ne sont pas autorisées (par exemple, le fait d'appliquer la mesure à des criminels connus, en l'absence de raison spécifique). Il est nécessaire que des données suffisantes orientent dans une direction précise pour que la mesure puisse être appliquée".

Or, les mots "prévue par la loi", au sens de l'article 8, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, exigent non seulement que la mesure constitutive d'une ingérence dans la vie privée ait une base en droit interne mais ont trait, en

outre, aux qualités de clarté et de précision de la loi en cause; notamment, "la loi doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à opérer pareille atteinte secrète et virtuellement dangereuse, au droit au respect de la vie privée et de la correspondance" (1).

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, l'exigence de prévisibilité implique que la loi, qui autorise des écoutes et autres formes d'interception des entretiens privés, représentant une atteinte grave au respect de la vie privée, doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une précision particulière et une netteté suffisante pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire (2).

La rédaction de l'article 90ter en projet devra être revue aux fins de répondre à cette exigence.

5. Dans son arrêt Klass et consorts du 6 septembre 1978, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que quel que soit le système de surveillance retenu, elle doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus.

Si elle reconnaît que cette appréciation ne revêt qu'un caractère relatif, dépendant de toutes les circonstances de la cause, elle a été amenée, à la lumière de l'analyse de la législation allemande, à préciser certaines

---

(1) Arrêt Malone, du 2 août 1984, précité.

(2) Arrêt Kruslin, du 24 avril 1990.

garanties que la loi doit indiquer avec assez de clarté, en ce qui concerne l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation, à défaut de quoi les citoyens ne jouiraient pas "du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique" (1).

Parmi les conditions retenues par la législation allemande, jugées conformes à l'article 8 de la Convention, figurent :

- l'existence d'indices permettant de soupçonner quelqu'un de projeter, accomplir ou avoir accompli certaines infractions graves; les mesures de surveillance ne peuvent être prescrites que si l'établissement des faits d'une autre manière est voué à l'échec ou considérablement entravé; même alors, la surveillance ne peut concerner que le suspect lui-même ou les personnes présumées avoir des contacts avec lui, de sorte que la législation n'autorise pas une surveillance dite exploratoire ou générale (arrêt, § 51);

- la nécessité d'une demande écrite et motivée ainsi que d'une décision ayant les mêmes caractères;

- l'existence de conditions strictes assortissant tant l'application des mesures de surveillance que le traitement des enseignements recueillis de la sorte, en particulier, la fixation d'un délai maximum pour le maintien de la mesure;

---

(1) Voir, à ce sujet, P. LAMBERT, Les écoutes téléphoniques, J.T., 1990, p. 750, § 6.

- un contrôle de la surveillance lorsque celle-ci est ordonnée et pendant que la mesure est exécutée; la Cour estime préférable que ce contrôle soit confié à un juge;

- un recours judiciaire a posteriori.

L'arrêt Kruslin, du 24 avril 1990, donne également des exemples de garanties que la loi doit prévoir aux fins d'éviter les abus :

> "35. Surtout, le système (français) n'offre pas pour le moment des sauvegardes adéquates contre divers abus à redouter. Par exemple, rien ne définit les catégories de personnes susceptibles d'être mises sous écoute judiciaire, ni la nature des infractions pouvant y donner lieu; rien n'astreint le juge à fixer une limite à la durée de l'exécution de la mesure; rien non plus ne précise les conditions d'établissement des procès-verbaux de synthèse consignant les conversations interceptées, ni les précautions à prendre pour communiquer intacts et complets les enregistrements réalisés, aux fins de contrôle éventuel par le juge - qui ne peut guère se rendre sur place pour vérifier le nombre et la longueur des bandes magnétiques originales - et par la défense, ni les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction desdites bandes, notamment après non-lieu ou relaxe. Les renseignements donnés par le Gouvernement sur ces différents points révèlent au mieux l'existence d'une pratique dépourvue de force contraignante en l'absence de texte ou de jurisprudence".

Le présent projet prévoit, lui, les garanties suivantes :

- il faut des circonstances précises et exceptionnelles "en rapport avec le fait dont (le juge d'instruction) est saisi et (avec) les informations susceptibles d'être recueillies par la mesure (de surveillance)";

- ces circonstances doivent rendre la mesure nécessaire pour la manifestation de la vérité;

- les "moyens ordinaires d'investigation" doivent se révéler inopérants;

- le juge d'instruction doit être saisi d'un fait qui est visé par l'une des dispositions législatives énumérées au projet;

- la surveillance doit être ordonnée par une décision motivée du juge d'instruction indiquant les circonstances précises qui justifient la mesure ainsi que la "période de validité" de celle-ci (article 90quater);

- l'ordonnance du juge d'instruction ne peut sortir ses effets que pendant une période limitée, qui peut toutefois être prolongée (article 90quinquies);

- les articles 90sexies et 90septies sont relatifs au traitement et à l'utilisation des renseignements recueillis.

Si l'on compare ces exigences avec celles que la Cour européenne des droits de l'homme paraît tenir pour indispensables, on constate qu'à la différence de la législation allemande, le projet ne subordonne pas explicitement le caractère licite de la mesure de surveillance à la désignation nominative des personnes surveillées, de même qu'il n'exige a priori aucun lien nécessaire et direct entre les personnes surveillées et le fait dont le juge est saisi.

Certes l'article 88bis du Code d'instruction criminelle est également lacunaire à cet égard, mais il s'agit d'une mesure aux effets sensiblement plus limités et

qui a été critiquée par une certaine doctrine. F. DERUYCK (1) a mis en doute, pour ce motif, la compatibilité de cette disposition avec l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La disposition qui exige des circonstances précises et exceptionnelles "en rapport avec le fait dont (le juge d'instruction) est saisi et les informations susceptibles d'être recueillies par la mesure" et qui, selon l'exposé des motifs, est destinée à éviter les écoutes dites exploratoires, n'est pas suffisamment précise pour exclure avec certitude la surveillance abusive d'un grand nombre de personnes n'ayant que peu ou pas de lien avec l'infraction justifiant la mesure.

Le projet doit être revu sur ce point aux fins d'indiquer de manière aussi précise que possible les catégories de personnes susceptibles d'être mises sous écoute judiciaire, en réservant toutefois les cas où l'identification du suspect se révèlerait impossible (voir le texte proposé ci-dessous) (2).

6. Au moment où le juge d'instruction est saisi, celui-ci ne disposera que d'indices probants, à un moment où il ne peut pas encore être tenu pour établi que le fait dont il est saisi, est bien visé par l'une des dispositions

---

(1) "De wet van 11 februari 1991 tot invoeging van een artikel 88bis in het Wetboek van strafvordering betreffende het opsporen van telefonische mededelingen", R.W., 1991-1992, p. 15.

(2) Voir à ce sujet J. MILQUET, Ecoutes téléphoniques placées sur ordre du juge d'instruction ... de la fiction ?, Journal des procès, n° 114, 1987, p. 10.

pénales énumérées par l'article 90ter, I à VI, en projet; ce ne sera le cas que lorsque seront prononcés le jugement ou l'arrêt portant condamnation éventuelle en raison d'une des infractions ayant justifié la mesure de surveillance.

En subordonnant la légalité de celle-ci à la condition que le fait dont le juge d'instruction est saisi "soit visé par les articles" énumérés par lui, le projet anticipe sur la décision statuant sur l'action publique et a cette conséquence paradoxale de transformer, a posteriori, la surveillance en une infraction pénale visée par l'article 1er du projet, en cas de disqualification, d'acquittement, etc.

Il serait plus réaliste de n'exiger, à ce stade de la procédure, que des indices probants ou des présomptions qu'un tel fait a été commis.

7. L'article 90ter en projet traite, dans une seule et même disposition, d'une part, des conditions auxquelles est subordonnée la légalité de la surveillance et, d'autre part, des exigences relatives au contenu de l'ordonnance du juge d'instruction qui doit être motivée.

Le projet serait plus clair si l'article 90ter se bornait à énoncer les premières, tandis que les secondes trouveraient mieux leur place à l'article 90quater consacré de façon spécifique à l'ordonnance du juge d'instruction; l'indication des circonstances "précises et exceptionnelles" doit également figurer dans ce dernier article.

8. Tenant compte des observations formulées ci-avant, il est proposé de rédiger l'article 90ter en projet comme suit :

"Article 90ter.-

§ 1er. Lorsque les nécessités de l'instruction l'exigent, le juge d'instruction peut, à titre exceptionnel, écouter ou faire écouter, enregistrer ou faire enregistrer, intercepter ou faire intercepter des propos privés ou des communications privées s'il existe des indices sérieux que le fait dont il est saisi constitue une infraction visée par l'une des dispositions législatives énumérées au paragraphe 2, et si les autres moyens d'investigation ne suffisent pas à la manifestation de la vérité.

La mesure de surveillance ne peut être ordonnée qu'à l'égard soit de personnes soupçonnées, sur la base d'indices précis, d'avoir commis l'infraction, soit à l'égard des moyens de communication régulièrement utilisés par un suspect, soit à l'égard des lieux habituellement fréquentés par celui-ci. Elle peut l'être également à l'égard de personnes présumées, sur la base de faits précis, être en communication régulière avec le suspect.

§ 2. Les infractions justifiant une mesure de surveillance sont celles qui sont : (à faire suivre de l'énumération des infractions, divisée en 1°, 2°, 3°, etc., et subdivisée, le cas échéant, en a, b, c, etc.)".

La règle relative à la motivation de l'ordonnance du juge d'instruction et à l'indication des circonstances justifiant la surveillance, doit être insérée à l'article 90quater en projet, comme il a été dit ci-avant.

.../...

Observations particulières.

1. Une constatation préliminaire doit être faite : en exigeant l'ouverture d'une instruction judiciaire et en précisant que les faits doivent être visés par une disposition pénale, le projet n'autorise pas la surveillance des communications et propos privés aux fins de prévention d'infractions pénales graves, alors même que la nécessité d'une telle prévention est considérée comme une cause d'ingérence licite par l'article 8, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

A titre de comparaison, la législation allemande (loi du 13 août 1968, communément appelée G.10), prévoit que la surveillance peut être ordonnée notamment lorsqu'il existe des données de fait conduisant à penser qu'une personne a fait, à l'aide d'un acte punissable, des préparatifs en vue de commettre certaines infractions graves (1).

2. L'article 90ter, I, en projet, ne cite que les infractions visées aux articles 101 à 105 du Code pénal, commises dans le cadre d'un complot, mais ne retient pas les autres crimes et délits contre la sûreté de l'Etat, telles

---

(1) L.-E. PETTITI, Les écoutes téléphoniques et le droit français, A.J.D.A., 1992, p. 36, en ce qui concerne l'article 2 de la G. 10 modifiant les dispositions du Code de procédure pénale relatives à la surveillance et à l'enregistrement sonore des télécommunications dans le cadre des procédures pénales.

celles qui sont prévues par les articles 118, 122bis ou 124 du Code pénal.

Il appartiendra au Gouvernement et aux Chambres législatives d'apprécier si l'équilibre, inhérent au système de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre, d'une part, les droits de l'individu, exprimés notamment par l'article 8, 1, et, d'autre part, les exigences de la défense de la démocratie constitutionnelle auxquelles ont égard les articles 8, 2, et 17 (1), n'est pas exagérément rompu par le projet, au détriment des secondes.

Selon les délégués du ministre, cette question devra être résolue lors de l'élaboration d'un projet de loi distinct relatif à la sûreté de l'Etat.

Cette explication n'enlève cependant rien à la nécessité d'organiser, en attendant la mise en vigueur d'une telle loi, un régime de surveillance judiciaire en cas d'infractions graves contre la sûreté de l'Etat, dès lors que certaines techniques utilisées pour dépister celles-ci, à présent en dehors du champ de la loi pénale, seront

---

(1) Lire à ce sujet la décision du 10 mai 1985 de la Commission européenne des droits de l'homme, MERSCH et consorts, déclarant irrecevables les requêtes critiquant les articles 88-3 et 88-4 du Code d'instruction criminelle luxembourgeois (Décisions et rapports, n° 43, octobre 1985, pp. 72 à 77).

dorénavant interdites, sous peine de sanctions pénales, par les règles en projet (1).

3. L'article 90ter, II et III, en projet subordonne la légalité de la mesure de surveillance secrète à la double condition que le fait dont le juge d'instruction est saisi, constitue l'une des infractions limitativement énumérées par cet article et que ce fait soit "commis dans le cadre d'une association formée dans le but de commettre une infraction à (1') une de ces dispositions"(2).

L'article 90ter, V, en projet, permet, quant à lui, qu'une surveillance secrète soit ordonnée lorsque le fait dont le juge d'instruction est saisi, constitue "un crime ou un délit visé(s) aux articles 322 et 323 du Code pénal, pour autant que l'association soit formée dans le but de commettre un attentat contre les personnes ou les propriétés visées sous II ou III".

L'application des articles 322 et 323 du Code pénal ne requiert pas que des crimes ou des délits aient été effectivement réalisés par l'association, ni qu'ils aient réussi.

---

(1) Sur cette question, cfr. J. SPREUTELS, op. cit., pp. 111 et sv., et la note infrapaginale (18).

(2) Ne sont pas examinées ici les autres hypothèses prévues par l'article 92ter, II, en projet (otage non libéré; art. 347bis, alinéas 4 et 5, Code pénal).

Dans ces conditions, on n'aperçoit pas la portée de l'article 90ter, II et III, en projet, dont le champ d'application paraît entièrement englobé dans celui, plus large, de l'article 90ter, V, en projet, ce qui justifierait l'omission pure et simple de l'article 90ter, II et III, dont le contenu serait reproduit sous V (1).

Cependant, il paraît plus raisonnable, compte tenu de la difficulté prévisible d'établir, au stade de l'instruction, tous les éléments constitutifs d'une association de malfaiteurs (2), qui, plus est, est spécialement formée en vue de commettre des infractions bien déterminées, d'utiliser, à l'article 90ter, II et III, des concepts qui, bien que plus larges, permettent également de viser les groupements criminels auxquels le projet entend réserver les mesures de surveillance : "faits commis par deux ou plusieurs personnes" (p. ex., article 471 du Code pénal); "faits commis en bande" (p. ex., article 273 du même Code); "en réunion" (article 342 du même Code).

S'il reste inchangé, l'article 90ter, II et III, en projet, requerra la preuve, au stade de l'instruction, non seulement que l'infraction d'ores et déjà perpétrée soit

---

(1) Réserve faite des autres hypothèses prévues par l'article 90ter, II, en projet : cas de l'otage non libéré et ceux visés par l'article 347bis, alinéas 4 et 5, du Code pénal.

(2) Voir : Cass. 21 octobre 1963, Pas., 1964, I, 183; Cass. 4 décembre 1984, Pas., 1985, I, 415; Cass. 30 janvier 1991, J.T., 1991, 644; MARCHAL et JASPAR, Droit criminel, tome III, Brux., 1982, pp. 32 et suivantes.

mentionnée dans l'énumération que porte cet article, mais en outre la preuve des éléments suivants :

- l'existence d'une association;

- l'existence d'une organisation ayant un minimum de permanence;

- l'association est formée non seulement dans le but de commettre contre les personnes ou les propriétés des attentats constituant des crimes ou des délits mais, en outre, en vue spécialement de commettre une ou plusieurs infractions déterminées énumérées par cette disposition;

- la volonté délibérée de faire partie de ce groupe organisé poursuivant une telle fin.

Les auteurs du projet apprécieront si un tel régime est susceptible d'application pratique, d'autant plus que certaines formes d'associations qui ne sont pas visées, en matière de milices privées (loi du 29 juillet 1934), de déroutement aérien (loi du 27 juin 1937), etc., paraissent donc exclues.

Selon l'exposé des motifs,

> "Les faits punissables pour lesquels cette mesure d'instruction est possible, doivent être limités à des formes de criminalité graves correspondant notamment à ce qu'il est convenu d'appeler terrorisme, grand banditisme ou crime organisé. Comme ces notions criminologiques n'ont pas de signification définie dans

> la législation belge, une énumération limitative des faits est donnée à l'article 90ter sous I à VI. Cette formule présente l'avantage de permettre au législateur de limiter strictement le recours aux mesures d'écoutes aux cas dans lesquels il les estime justifiées".

Si la technique de l'énumération limitative des infractions justifiant la surveillance, offre l'incontestable avantage de cerner avec précision les seuls cas dans lesquels la mesure de surveillance est licite, elle présente le risque, si l'on n'y est attentif, de s'exposer à des oublis ou à des distinctions ne reposant pas sur des critères objectifs et raisonnables.

Ainsi, par exemple :

- à la rubrique II, l'arrestation , la détention ou l'enlèvement de personnes ne sont visés que lorsqu'il s'agit de répondre de l'exécution d'un ordre ou d'une condition, à l'exclusion des autres cas d'enlèvements, puisque les dispositions correspondantes du Code pénal, tels les articles 368 et suivants, ne sont pas citées;

- la rubrique III vise tous les cas de meurtres (articles 393, 394, 397, 475 du Code pénal) mais, d'une part, ne cite pas toutes les dispositions relatives aux circonstances aggravantes et, d'autre part, ne couvre qu'une partie des violences graves contre les personnes; ne sont pas cités, par exemple, les articles 257, 375, 473, 474, etc., du Code pénal; de même, à défaut d'incrimination

spécifique en droit belge (1), l'énumération ne permet pas d'atteindre tous les actes prohibés par l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

- l'article 90ter, III, a, en projet vise exclusivement l'article 331bis du Code pénal, à l'exclusion, notamment, des autres menaces d'attentat contre, entre autres, les personnes, faisant l'objet des articles 327 et suivants du même Code (2).

Il peut, cependant, ne pas y avoir de crime commis. Une menace peut avoir été proférée ou, moins clairement, un service de police peut avoir eu vent d'un danger imminent que courent une ou plusieurs personnes.

On aperçoit mal, dans ces hypothèses, comment le juge d'instruction et la chambre du conseil seront saisis, et comment la procédure prévue permettra de prendre des mesures utiles dans les délais très brefs que, selon les circonstances, ce genre d'affaires peut requérir.

Les exigences de la protection de la vie privée et celles de la prévention et de la poursuite des crimes les plus graves ne peuvent être conciliées que par des textes

---

(1) Voir à ce sujet, MARCHAL et JASPAR, op. cit., tome-Ier, 3e édition, Brux., 1975, n°35, p. 29.

(2) Idem pour la provocation (lois des 7 juillet 1875 et 25 mars 1891).

imposant, dans tous les cas, des procédures qui sauvegardent autant que possible l'efficacité de l'une et de l'autre;

- l'article 90ter, III, h, en projet, vise les vols et l'extorsion de matières nucléaires (articles 477 à 477sexies du Code pénal) mais exclut l'article 488bis du Code pénal relatif à la protection physique des matières nucléaires;

- l'article 90ter, III, i, en projet, vise uniquement l'article 505, alinéa 1er, 2°, du Code pénal, et ce, "pour autant qu'il s'agisse du blanchiment de fonds provenant d'une infraction visée par le présent article"; le blanchiment du produit d'activités illicites constitue un délit dont l'insertion dans l'énumération est motivée, dans l'exposé des motifs, par la considération "qu'il s'agit d'une obligation (1) imposée par la Convention de Strasbourg du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime".

Si l'article 4, § 2, de ladite Convention cite effectivement l'interception de télécommunications, son champ d'application est bien plus large que celui du projet, notamment en ce qui concerne les infractions

---

(1) Le libellé de cette disposition permet, toutefois, de mettre en doute l'affirmation selon laquelle elle mettrait une obligation de résultat à la charge des Etats signataires.

justifiant cette technique spéciale d'investigation; en réalité, le libellé de cette disposition permet de mettre en doute l'affirmation selon laquelle elle mettrait une obligation de résultat à la charge des Etats signataires.

Par ailleurs, le texte présente un discordance avec l'article 42, 3°, du Code pénal, auquel renvoie l'article 505, alinéa 1er, 2°, et qui utilise les termes d'"avantages patrimoniaux", "biens et valeurs" et "revenus"; l'exposé des motifs ne justifie pas l'emploi, dans le projet, du seul terme "fonds";

- l'article 90ter, III, j et k, cite les articles 510, 511 et 520 du Code pénal, à l'exclusion de l'article 516 du même Code, sans raison apparente.

En conclusion, il appartiendra au Gouvernement et aux Chambres législatives d'apprécier si l'énumération des infractions ne devrait pas être revue aux fins d'englober, compte tenu de l'article 17 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à la fois la prévention et la répression des infractions les plus graves portant atteinte aux droits et libertés reconnus par la Convention et, à tout le moins, ceux, intangibles, visés à l'article 15, § 2.

D'un autre côté, l'extrême précision du projet dans l'énumération des infractions autorisant la surveillance contraste étrangement avec la volonté, exprimée dans l'exposé des motifs, de laisser l'article 29 du Code d'instruction criminelle s'appliquer sans restriction dans

l'hypothèse où des faits relatifs à une infraction autre que celle sur laquelle s'appuie la mesure sont découverts à l'occasion de l'exécution de celle-ci.

A titre de comparaison, le projet de loi portant diverses mesures visant à renforcer la sécurité des citoyens, déposé le 2 juin 1986 (1), prévoyait que "par dérogation à l'article 29 (C.I.C.), si des faits relatifs à une infraction autre que celle qui fonde la mesure, sont révélés par l'exécution de celle-ci, ils ne peuvent donner lieu à des poursuites que s'il s'agit d'un crime".

En outre, le texte néerlandais devrait être rédigé en tenant compte des observations qui sont faites dans la version néerlandaise du présent avis.

B. Article 90quater en projet du Code d'instruction criminelle.

Alinéa 1er.

1. L'article 90quater, alinéa 1er, en projet, a trait à la motivation de l'ordonnance du juge d'instruction relative à la surveillance secrète de communications ou de propos privés. Il appelle les observations suivantes.

---

(1) Doc. Sénat, 1985-1986, n○ 298/1.

a) Il convient d'éviter de prévoir un délai calculé en heures, dont le point de départ est un jour, sous peine de s'exposer à des problèmes de computation du délai (1).

b) La disposition devrait être complétée aux fins d'y regrouper l'ensemble des règles relatives au contenu de la décision ordonnant une mesure de surveillance; dans cette décision, devraient à tout le moins figurer la date de l'ordonnance (point de départ du délai de deux jours), l'indication des personnes, moyens de communication ou lieux surveillés, ainsi que celle des personnes qui auront la responsabilité de mettre en oeuvre ce moyen d'investigation exceptionnel.

Le texte suivant est proposé :

"Article 90quater.

§ 1er. Toute mesure de surveillance de ... (2) est préalablement autorisée par une ordonnance motivée du juge d'instruction.

A peine de nullité, l'ordonnance est datée et indique :

---

(1) Il ressort des explications des délégués du Ministre qu'il s'agit d'un délai de deux jours à compter de la prononciation de la décision, le dies a quo n'étant pas compris dans le délai.

(2) Voir observation générale III, page 11.

1° les indices ainsi que les faits concrets et propres à la cause qui justifient la mesure conformément à l'article 90ter;

2° les motifs pour lesquels la mesure est indispensable à la manifestation de la vérité;

3° la personne, le moyen de communication ou le lieu soumis à la surveillance;

4° la période pendant laquelle la surveillance peut être pratiquée et qui ne peut excéder deux jours à compter de la décision ordonnant la mesure;

5° les nom et qualité des personnes chargées d'assurer la surveillance".

Dans le paragraphe 2 seraient insérées les dispositions actuellement contenues dans les alinéas 2 et 3 de l'article 90quater en projet, sous réserve des observations qui seront formulées ci-après.

2. Par la force des choses, la décision du juge d'instruction ordonnant une mesure de surveillance secrète sera, en pratique, soustraite à toute possibilité de recours. Il ressort de la combinaison des articles 90quater et 90quinquies en projet que pendant une période de quatre jours, la décision d'ordonner une telle mesure est laissée à l'entière discrétion de ce juge.

Il appartiendra au Gouvernement et aux Chambres législatives d'apprécier si, aux fins de compenser l'absence de recours ouvert contre la décision ordonnant la surveillance, le projet ne devrait pas être complété, à l'instar des projets antérieurs (1), par une disposition soumettant l'ordonnance à la confirmation de la chambre du conseil ou éventuellement de la chambre des mises en accusation.

Alinéa 2.

Il y a lieu d'avoir égard au fait que, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 21 mars 1991, la Régie des télégraphes et des téléphones est remplacée par une entreprise publique économique dénommée "BELGACOM".

Le texte néerlandais de l'alinéa 2 devrait être rédigé comme il est proposé dans la version néerlandaise du présent avis.

Alinéa 3.

Le texte en projet ne permet pas de déterminer si le juge d'instruction peut commettre, pour l'exécution de l'ordonnance prescivant un moyen aussi exceptionnel d'investigation, des agents judiciaires commissionnés en qualité d'officier de police judiciaire auxiliaire du procureur du Roi.

---

(1) Voir par exemple, l'article 6 du titre II du projet de loi portant diverses mesures visant à renforcer la sécurité des citoyens, Doc. parl. Sénat, 1985-1986, n° 298/1, pp. 54 et 55.

D’un autre côté, il ressort implicitement de l’alinéa 3 que le juge d’instruction doit indiquer dans son ordonnance les nom et qualité des personnes chargées d’assurer la surveillance; le texte proposé pour le premier paragraphe en tient compte (voyez-dessus p. 57).

Le texte néerlandais de l’alinéa 3 devrait être rédigé comme il est proposé dans la version néerlandaise du présent avis.

C. Article 90quinquies en projet du Code d’instruction criminelle.

1. Par le jeu des prolongations successivement décidées par le juge d’instruction et par la chambre du conseil, sans qu’un recours quelconque soit prévu, rien n’empêche que la surveillance secrète soit réalisée pendant une durée indéfinie. Or, la limitation de la durée de la mesure fait partie des garanties que la Cour européenne des droits de l’homme juge nécessaires aux fins d’éviter les abus (1).

Certes, l’exposé des motifs précise qu’"étant donné que les circonstances graves doivent être mentionnées pour chaque prolongation, l’opportunité de la mesure doit chaque fois être réexaminée". Mais, on note sur ce point une discordance avec le texte même du projet qui se borne à

---

(1) Voir, s’agissant de l’article 88bis du Code d’instruction criminelle, F. DERUYCK, op cit., § 34, pp. 14 et 15.

prévoir que l'ordonnance indique les circonstances précises qui justifient la seule prolongation, sans rendre applicables à celle-ci les dispositions contenues dans les articles 90ter et 90quater en projet.

L'article 90quinquies doit être revu aux fins de le rendre compatible avec l'article 8, 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

2. Les auteurs du projet devraient se prononcer explicitement sur l'existence ou l'absence de voies de recours ouvertes contre l'ordonnance décidant ou refusant une prolongation, ainsi que, le cas échéant, sur les garanties procédurales à prévoir afin de compenser l'absence éventuelle de recours.

3. A titre de garantie supplémentaire, il devrait être prévu, à l'instar de la législation allemande, que le juge a l'obligation de mettre fin aux mesures de surveillance dès que les circonstances qui les ont justifiées ont disparu (1).

4. La deuxième phrase serait rédigée plus simplement comme suit, tout en tenant compte de l'observation n° 3 :

---

(1) cf. arrêt Klass précité.

"La chambre du conseil peut prolonger une ou plusieurs fois le délai de l'ordonnance d'un délai qui ne peut dépasser huit jours, sans préjudice de la décision du juge de mettre fin à la mesure dès que les circonstances qui l'ont justifiée ont disparu".

Le texte néerlandais de la troisième phrase devrait être rédigé comme il est proposé dans la version néerlandaise du présent avis.

D. Articles 90sexies et 90septies en projet du Code d'instruction criminelle.

1. Les articles 90sexies et 90septies prévoient que toute écoute doit faire l'objet d'un enregistrement conservé au greffe sous pli scellé, tandis que seules les informations, propos ou communications présentant un intérêt pour l'instruction sont consignés dans les procès-verbaux de synthèse.

De par sa nature même, une mesure de surveillance secrète de propos ou communications privés peut être à l'origine de dangereux abus dans le domaine de l'administration de la preuve si rien n'est prévu pour éviter que les enregistrements soient suspectés d'être l'objet de "montages", voire de falsifications, et aux fins de contrôler que les procès-verbaux de synthèse relatent fidèlement et complètement les propos et les communications du prévenu, en mentionnant tous les éléments tant à décharge qu'à charge de celui-ci.

Il en va d'autant plus ainsi que les mots "présentant un intérêt pour l'instruction" à l'article 90sexies en projet sont de nature à conférer au rédacteur du procès-verbal un large pouvoir d'appréciation discrétionnaire quant à ce qui est subjectivement jugé utile pour l'instruction.

De tels abus doivent être prévenus par des dispositions législatives qui permettent un réel contrôle d'un juge sur la manière dont l'enregistrement est réalisé ainsi que sur la valeur probante des procès-verbaux de synthèse.

De surcroît, le respect des droits de la défense implique que les parties puissent discuter librement les éléments de preuve (1) recueillis grâce à la mesure de surveillance, ce qui suppose que le prévenu puisse, le cas échéant dès la première comparution en chambre du conseil (2), prendre connaissance des procès-verbaux, les confronter avec les enregistrements et contester efficacement ceux-ci, au besoin par le recours à une expertise des bandes enregistrées (3).

Le respect des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique que ces garanties soient inscrites dans le texte même de la loi en projet.

---

(1) Cass. 8 juin 1983, Pas., 1983, I, 1133.

(2) Article 21, § 3, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive.

(3) D. GARABEDIAN, obs. sub. Cass. 27 février 1985 et Bruxelles 30 novembre 1984, J.T., 1985, pages 734 à 736.

L'article 125 du tarif criminel permettra d'éviter, grâce à l'intervention du procureur général près la cour d'appel, que le dossier contenant des éléments obtenus à l'aide de la surveillance de communications ou de propos privés, ne soit communiqué dans des conditions de nature à porter atteinte à la vie privée du condamné ou de tiers, ou que des copies ne soient délivrées dans de telles conditions. Au besoin, il appartiendra au Roi de procéder à une adaptation de cette disposition aux fins de tenir compte des spécificités de la matière, en ayant néanmoins égard aux exigences du respect des droits de la défense.

Le texte néerlandais de l'article 90 sexies devrait être rédigé comme il est proposé dans la version néerlandaise du présent avis.

2. A l'article 90septies, alinéa 2, en projet, le mot "transcription" est particulièrement ambigu et pourrait donner à penser que sera détruite la partie de l'enregistrement dont le contenu n'est pas consigné dans le procès-verbal de synthèse (1).

Il ressort des explications des délégués du ministre qu'en réalité, la destruction vise les notes manuscrites rédigées en vue de préparer la surveillance ou lors de celle-ci.

---

(1) Ce qui pourrait difficilement être admis : avis L. 14.891/2 du 15 décembre 1982, Doc. parl. Chambre, 1983-1984, n° 778/1, page 34.

Le texte doit être revu aux fins de traduire exactement l'intention des auteurs du projet.

Sous réserve d'une telle révision, le texte néerlandais de l'article 90septies devrait être rédigé comme il est proposé dans la version néerlandaise du présent avis.

E. Article 90octies en projet du Code d'instruction criminelle.

Une première observation concerne le champ d'application ratione temporis du texte en projet.

Dans l'arrêt Kruslin précité, la Cour européenne des droits de l'homme se borne à évoquer le cas de l'avocat, alors que le texte en projet vise le médecin mais non d'autres confidents nécessaires.

L'exposé des motifs, à tout le moins, devrait justifier ce champ d'application.

D'autre part, le texte est rédigé de façon trop imprécise pour que l'on puisse cerner avec certitude sa portée, notamment en ce qui concerne les "locaux" qui sont visés ou "l'infraction" dont il s'agit. De même, la garan-

tie tenant à l'intervention du bâtonnier ou d'un médecin de l'ordre provincial des médecins, n'est évoquée que dans l'exposé des motifs, sans que l'on sache à quel moment cette garantie est appelée à jouer.

De surcroît, tel qu'il est rédigé, l'article 90octies rend impossible la mesure de surveillance lorsqu'est suspectée d'avoir commis l'infraction ou d'y avoir participé, une personne qui, sans avoir la qualité de médecin ou d'avocat, résiderait chez ceux-ci ou utiliserait régulièrement une ligne de communication dépendant de leur résidence.

Il conviendrait que les auteurs du projet précisent leur intention à cet égard.

Sous réserve de ces précisions, il est proposé de rédiger le texte néerlandais de l'article 90octies ainsi qu'il est proposé dans la version néerlandaise du présent avis.

F. Article 90nonies en projet du Code d'instruction criminelle.

Le mot "transcription" est ambigu. Il doit, à la lumière de l'exposé des motifs, être remplacé par les mots "ne sont pas consignés dans le procès-verbal". De surcroît, cette règle, qui a trait à la rédaction du procès-verbal de synthèse, doit être insérée à l'article 90sexies en projet.

Il ne s'agit donc nullement de la transcription visée à l'alinéa 2 de l'article 90. Dès lors, les propos et communications couverts par le secret professionnel ne seront pas détruits.

Il appartient aux Chambres législatives d'apprécier s'il ne s'impose pas de prévoir leur destruction, dès que les droits de la défense auront été exercés, c'est-à-dire, dès qu'une décision définitive est intervenue.

Sous réserve de ces adaptations, il est proposé de rédiger le texte néerlandais de l'article 90nonies comme il est proposé dans la version néerlandaise du présent avis.

G. Article 90decies en projet du Code d'instruction criminelle.

L'avertissement donné par le greffier aux personnes concernées que celles-ci ont fait l'objet d'une mesure de surveillance portant atteinte à leur vie privée, constitue une garantie indispensable, notamment du point de vue de la mise en oeuvre du recours effectif imposé par l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : comment, en effet, peut-on se défendre à l'égard d'une surveillance secrète illégalement pratiquée si l'on ignore l'existence de la mesure ?

Cette garantie doit, cependant, être prévue au profit non seulement du prévenu ou de la personne à l'égard de laquelle la surveillance est ordonnée, mais, en outre, au

profit de toutes les personnes - identifiables - dont les propos privés ou les communications privées ont été, de facto, écoutés, enregistrés ou interceptés. Le projet devrait être revu afin de ne laisser aucun doute sur ce point.

D'un autre côté, il y aura des cas où l'accès aux enregistrements et aux procès-verbaux de synthèse, qui font partie du dossier répressif, devra être aménagé avant le règlement de la procédure; ainsi, lorsque la mesure de surveillance est suivie par la délivrance d'un mandat d'arrêt (article 21, § 3, loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive).

Il y a donc lieu d'écrire, à l'article 90decies en projet, "au plus tard au moment du règlement de la procédure".

De plus, il convient de remplacer les mots "du présent article" par les mots "l'article 90ter".

H. Article 90undecies en projet du Code d'instruction criminelle.

Le rapport du Ministre de la Justice étant appelé à faire l'objet d'un débat parlementaire public, il va de soi que les informations contenues dans ce rapport ne permettent en aucun cas, directement ou indirectement, une identification des personnes dont les propos privés ou les communications privées ont été écoutés, enregistrés ou

interceptés, sous peine de s'exposer à une violation flagrante des conventions internationales garantissant le droit au respect de la vie privée.

Il est proposé de rédiger le texte néerlandais de l'alinéa 2 de l'article 90undecies, in fine, comme il est suggéré dans la version néerlandaise du présent avis.

Article 4.

1. L'article 4 donne au Roi le pouvoir de réglementer la vente, l'offre en vente, l'achat, la location, la détention, la cession, la fabrication, l'importation, l'exportation, le transport, le placement des appareils ou ensemble d'appareils permettant de commettre des infractions prévues aux articles 265bis et 314bis du Code pénal, ainsi que la publicité relative à ces appareils.

Certes, la réglementation ne peut être édictée qu'à la seule fin de "prévenir les délits prévus par les articles 265bis et 314bis du Code pénal".

Cette restriction ne suffit cependant pas à supprimer le caractère exorbitant de la délégation de compétence consentie par le législateur au Roi qui pourra établir une réglementation portant gravement atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie (1) sur des appareils soit d'usage courant (magnétophones, appareils d'amplifica-

(1) Voir à ce sujet : P. KAYSER, op. cit., pages 308 et suivantes.

tion des sons, répondeur automatique, etc.), soit techniques (par exemple un stéthoscope), qui peuvent être utilisés à des fins tout à fait licites et qui ne sont susceptibles de nuire que par l'utilisation malhonnête qui pourrait en être faite.

Il ne resterait, en effet, rien de la liberté du commerce et de l'industrie si le Roi était autorisé à réglementer ou à interdire le commerce ou le placement de n'importe quel "appareil", sous le prétexte que celui-ci pourrait éventuellement être utilisé un jour à des fins illicites au regard des articles 265bis et 314bis en projet.

La question se pose, dès lors, de savoir si l'application de l'article 4 devrait être limitée à certains types d'appareils, tels les appareils miniaturisés qui sont conçus en vue de l'écoute, de l'enregistrement ou de l'interception clandestins de propos ou de communications ou, au cas où une telle interprétation n'est pas retenue, si les auteurs du projet ne doivent pas déterminer, au moins dans l'exposé des motifs, des critères plus précis en vue de limiter les pouvoirs du Roi.

2. En ce qui concerne le placement des appareils, l'article 4, 2°, du projet, de même que ses articles 5 à 9, se révèlent incompatibles avec l'article 114, § 9, de la loi du 21 mars 1991 précitée, ainsi qu'avec le régime répressif organisé par les articles 110 et 116 à 118 de la même loi.

D’une façon plus générale, l’application simultanée de la loi du 21 mars 1991, d’une part, et des articles 4 à 9 du projet, d’autre part, risque de soulever de multiples difficultés.

Articles 5 à 9.

Les dispositions contenues dans les articles 5 à 9 du projet ne peuvent être utilement examinées que lorsqu’auront été résolus les problèmes évoqués au début du présent avis, sous le titre "Intégration du projet dans la législation existante".

Sous cette réserve, il y a lieu d’observer ce qui suit :

1. L’article 6 est, quant à la désignation des agents pouvant dresser procès-verbal valant jusqu’à preuve du contraire, rédigé de manière beaucoup trop vague.

Il y a lieu de préciser le texte en visant des personnes qui ont une qualification particulière.

2. L’article 7 devrait préciser que sont seuls visés les cours adjacentes aux ateliers et bâtiments professionnels ainsi que les enclos y attenant, afin d’exclure le domicile privé.

3. Il y a une contradiction entre l'article 9 et l'article 5, alinéa 2, qui déroge aux articles 54 et suivants du Code pénal.

OBSERVATION FINALE.

Le texte néerlandais du projet est extrêmement critiquable du point de vue de la correction de la langue. Un nombre de propositions de texte sont faites dans le présent avis, à titre d'exemple. Le texte néerlandais du projet devrait être fondamentalement revu.

ALGEMENE OPMERKINGEN.

I. DOEL VAN HET ONTWERP.

Het wetsontwerp dat ter fine van advies aan de afdeling wetgeving van de Raad van State is voorgelegd bevat drie groepen bepalingen. De bepalingen in de eerste groep betreffen de bestraffing van strafbare feiten gepleegd in verband met de geheimhouding van privé-mededelingen en -uitspraken, die in de tweede groep zijn gewijd aan de regelgeving in verband met het zich bemoeien van de overheid met die mededelingen en uitspraken en die in de derde groep gaan over de handel in toestellen waarmee het mogelijk is wederrechtelijk af te luisteren, op te nemen of te onderscheppen.

Zulk een ontwerp kan alleen worden aangenomen als het in overeenstemming blijkt te zijn met de voorschriften die in verscheidene internationale verdragen worden geformuleerd, met name in :

1° Het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, waarvan artikel 8 bepaalt :

> "1. Een ieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.
>
> 2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het

.../...

economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen".

Het Europese Hof voor de rechten van de mens heeft in zijn arrest Klass c.s. van 6 september 1978 verklaard dat in het eerste lid van artikel 8 weliswaar geen sprake is van telefoongesprekken, maar dat deze vervat zijn in de begrippen "privé-leven" en "briefwisseling", welke in die tekst staan, en dat het heimelijk bewaken van die gesprekken een inmenging betekent in de uitoefening van het door artikel 8, eerste lid, verleende recht.

Het Hof aanvaardt evenwel ingevolge het tweede lid van artikel 8 het bestaan van wettelijke bepalingen die bevoegd maken tot het heimelijk bewaken van briefwisseling, postzendingen en telecommunicatie, om doeltreffend strijd te kunnen leveren tegen de grote gevaren die vandaag aan de dag voor de democratische samenlevingen uitgaan van zeer ingewikkelde vormen van spionage en van het terrorisme (1), en het Hof geeft ook toe dat de stijging van de misdadigheid, in het bijzonder van de georganiseerde misdaad, de groeiende vindingrijkheid van de misdadigers en het gemak en de snelheid waarmee zij zich verplaatsen, afluisteren onontbeerlijk kunnen maken met het oog op het opsporen en bestrijden van misdaden (2).

---

(1) Het voornoemde arrest Klass c.s.

(2) Het arrest Malone van 2 augustus 1984.

Het Hof eist dat het werken met zulk een bewakingssysteem verbonden wordt met deugdelijke en voldoende waarborgen tegen misbruiken; zodoende roept het binnen het verband van artikel 8 op tot het zoeken naar een "evenwicht tussen het door het individu uitoefenen van het recht dat hem door het eerste lid wordt gewaarborgd en de volgens het tweede lid bestaande noodzaak om heimelijke bewaking verplicht te stellen ten einde de democratische samenleving in haar geheel te beschermen" (het voormelde arrest Klass c.s.).

2° Het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, opgemaakt te New York op 19 december 1966, waarvan artikel 17 bepaalt :

> "1. Niemand mag worden onderworpen aan willekeurige of onwettige inmenging in zijn privé-leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling, noch aan onwettige aantasting van zijn eer en goede naam.
>
> Een ieder heeft recht op bescherming door de wet tegen zodanige inmenging of aantasting" (1)(2).

3° Het Verdrag inzake de rechten van het kind, aangenomen te New York op 20 november 1989 en goedgekeurd bij de Belgische wet van 25 november 1991 bevat hieromtrent de volgende bepalingen :

---

(1) Adde, wat de aan het kind verschuldigde bescherming betreft, artikel 24, § 1.

(2) Zie wat de strekking van artikel 17 betreft J. VELU en R. ERGEC, Convention européenne des droits de l'homme, R.P.D.B., Compléments, deel VII, blz. 336, nr. 644.

"Artikel 16. 1. Geen enkel kind mag worden onderworpen aan willekeurige of onrechtmatige inmenging in zijn privé-leven, in zijn gezinsleven, zijn huis of zijn briefwisseling, noch aan enige onrechtmatige aantasting van zijn eer en goede naam.

2. Het kind heeft recht op bescherming door de wet tegen zodanige inmenging of aantasting" (1)(2).

Uit de hierboven gememoreerde verdragen blijkt dat de ontworpen wet, vanwege het doel ervan, een beslissend moment vormt in de bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten aanzien van de privé-mededelingen en -uitspraken.

II. WERKINGSSFEER VAN HET ONTWERP.

1. In de tekst en in de memorie van toelichting wordt met geen woord gerept van het eventuele beperkt houden van de toepasselijkheid van de nieuwe bepalingen tot vredestijd. Uit de uitleg die de gemachtigden van de Minister verschaft hebben blijkt dat deze niet zouden gelden in oorlogstijd, waarbij de term "wet", die in het ontworpen artikel 265, § 1, gebruikt wordt, verwijst naar de gezamenlijke vigerende wetten, dus met inbegrip van de besluitwet van 11 oktober 1916 betreffende de staat van oorlog en de staat van beleg.

---

(1) Ten aanzien van de verplichting om in elk stadium van de rechtspleging ten volle het privé-leven te ontzien van ieder kind dat verdacht, beschuldigd of schuldig bevonden wordt aan overtreding van de strafwet, zie artikel 40, § 2, VII.

(2) Ten aanzien van dat Verdrag zie V. POULEAU, in verband met het Verdrag inzake de rechten van het kind - L'enfant, sujet de droits : enfin une réalité, J.T., 1990, 617.

De Raad van State heeft in zijn adviezen L. 14.053/2 van 22 maart 1982 en L. 14.891/2 van 15 december 1982 (1), die hij verstrekt heeft over ontwerpen met bepalingen die een soortgelijk opzet als het onderhavige ontwerp hebben, de volgende opmerking gemaakt :

> "Uit de in de memorie van toelichting te kennen gegeven bedoeling blijkt duidelijk dat artikel 4 van toepassing zal zijn in vredestijd. Het ontwerp bevestigt aldus stilzwijgend dat, in geval van toepassing van de besluitwet van 19 oktober 1916 betreffende de staat van oorlog en de staat van beleg, de ter zake dienende bepalingen van dat besluit in de plaats zullen treden van het ontworpen artikel 4. Het is zaak van de Regering en van de Wetgevende Kamers uit te maken of de ontwikkelingen onder andere op technisch gebied, waarmee het ontwerp rekening houdt, niet tot een aanpassing van de voornoemde besluitwet zouden moeten leiden" (2).

Er zou tevens aandacht geschonken moeten worden aan de voorwaarden die gesteld worden in artikel 15 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

Het komt er hoe dan ook op aan dat in de tekst duidelijk naar voren komt dat hij alleen in vredestijd toepassing vindt.

---

(1) Gedr. St., Kamer, 1983-1984, nr. 778/1, blz. 28.

(2) Zie inzonderheid artikel 4, eerste lid, 5°, krachtens hetwelk de militaire overheid, om te zorgen voor de verdediging van het land en de veiligheid van het leger, "toezicht (kan) houden over de correspondentie, ze wederhouden en in beslag nemen".

2. In het wetsontwerp wordt de werkingssfeer ervan afgebakend door middel van zes begrippen die alle in het opschrift van het ontwerp staan : "afluisteren", "opnemen", "onderscheppen", "uitspraken", "mededelingen" en het bijvoeglijk naamwoord "privé".

a) Het woord "opnemen" lijkt door de stellers van het ontwerp niet te zijn gebruikt in de betekenis "aantekening houden van de gegevens die men verzamelt, optekenen"(1), maar in de beperktere technische betekenis van kopiëren door middel van een toestel voor het automatisch weergeven van klanken of signalen (2). Indien de stellers van het ontwerp het zo verstaan, zou zulks in de tekst zelf van het ontwerp nader moeten worden aangegeven, aangezien de uitdrukking "met behulp van een of ander toestel", die in de ontworpen artikelen 265bis en 314bis gebezigd wordt, te vaag is dan dat zij de werkingssfeer van de nieuwe rechtsregels nauwkeurig zou afbakenen (3)(4).

---

(1) Zie hieromtrent advies L. 12.281/2 van 11 juni 1975, Gedr. St., Senaat, 1975-1976, nr. 846/1, blz. 60.

(2) In de memorie van toelichting wordt alleen het voorbeeld van een bandopnemer gegeven.

(3) Volgens Van Dale, Groot Woordenboek der Nederlandse Taal, heeft het woord "opnemen" vierentwintig betekenissen, waaronder de betekenis 17 : een fotografische afbeelding van iets maken - vervolgens ook met betrekking tot geluid; iets op de plaat, op de band opnemen, en de betekenis 19 : aantekening houden van de gegevens die men verzamelt, optekenen.

(4) In de tekst zou ook gewerkt kunnen worden met het woord "registreren", met als tweede betekenis : "optekenen door middel van een instrument".

b) Volgens Van Dale, Groot Woordenboek der Nederlandse Taal, heeft het woord "uitspraak" vier betekenissen, waarvan alleen de vierde relevant genoeg is om te worden vermeld, namelijk een gezegde waarin een mening wordt geuit, waarin iets geponeerd wordt. Insgelijks volgens Van Dale heeft het woord "mededeling" drie betekenissen, namelijk : 1. het mededelen; 2. kennisgeving, bericht, boodschap; 3. wat in een vergadering wordt medegedeeld.

In de memorie van toelichting van het onderhavige ontwerp wordt van de gangbare betekenis van die woorden afgeweken met de volgende definities :

> "Het concept "uitspraak" moet begrepen worden in de volgende betekenis : elke rechtstreekse mondelinge taaluiting, ongeacht het aantal betrokkenen (zowel monologen als groepsgesprekken). Onder "mededeling" dient verstaan te worden : mondelinge taaluitingen op afstand en een aantal vormen van niet-mondelinge communicatie op afstand. Gedacht kan hier o.a. worden aan telegrammen, telex, telefax en elektronische gegevensoverdracht tussen computernetwerken".

Gelijk onder algemene opmerking III wordt uiteengezet, geven de definities van de termen "mededeling" en "uitspraak" aanleiding tot het maken van een onderscheid dat niet kan worden gedoogd.

Aangeraden wordt de term "uitspraak" te vervangen door de term "gezegde".

Een en ander heeft tot gevolg dat de definities zouden moeten worden herzien en daarenboven opgenomen moeten worden in de tekst zelf van het ontwerp.

Het beginsel van de wettelijkheid van de strafbaarstellingen brengt voor de wetgever en de overheid bevoegd voor regelgeving namelijk de verplichting met zich om de strafbare feiten zo duidelijk en nauwkeurig mogelijk te definiëren; het gebruik van vage en uiterst ruime uitdrukkingen is strijdig met elke gezonde opvatting omtrent het beginsel van de wettelijkheid van de strafbaarstellingen.

Dezelfde opmerking geldt in zoverre in de tekst de uitdrukking "met behulp van een of ander toestel" gebezigd wordt.

c) Bij ontstentenis van enige tegengestelde aanwijzing in de memorie van toelichting kan worden verondersteld dat het werkwoord "onderscheppen" gebruikt wordt in een gangbare betekenis, namelijk iets beletten voort te gaan of zijn doel te bereiken.

3. Het ontwerp regelt slechts een van de talrijke aspecten van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Zo laat het buiten zijn werkingssfeer het regelen van beeldopnamen, waarvoor in de vroegere ontwerpen dezelfde bepalingen golden als voor het afluisteren. Volgens de gemachtigden van de Minister behoort een afzonderlijk ontwerp te worden besteed aan een zodanige regelgeving, wegens de bijzondere kenmerken ervan.

In het ontwerp wordt evenmin melding gemaakt van de bijzondere voorschriften die in de vroegere ontwerpen gewijd waren aan de verbeurdverklaring. De reden hiervan is dat er in dezen geen voldoende motief voorhanden is om af te wijken van het gemene recht dat gevormd wordt door de artikelen 42 en 43 van het Strafwetboek, inzonderheid wat de eigendom betreft van de zaken die het voorwerp van het strafbaar feit uitmaken en van die welke gediend hebben of bestemd waren tot het plegen van het strafbare feit (1).

Ofschoon de keuze van de stellers van het ontwerp in dit opzicht boven elke kritiek staat, kan enige twijfel rijzen omtrent de beteugeling van kwaadwillige telefoon-oproepen die eveneens tot de bescherming van de persoonlijke levenssfeer behoort ter zake van privé-gezegden en -mededelingen (2).

Door artikel 88bis toe te passen, dat in het Wetboek van Strafvordering is ingevoegd bij de wet van 11 februari 1991, zal weliswaar bepaald kunnen worden van welk telefoontoestel de kwaadwillige oproep vandaan komt.

Zodoende zal echter niet de inhoud van zulk een oproep bepaald kunnen worden, welke oproep gepaard kan gaan met andere strafbare feiten, zoals bedreigingen bedoeld in

---

(1) Het gevaar bestaat echter dat aan de bedoeling van de stellers van het ontwerp in een aantal gevallen artikel 117 van de wet van 21 maart 1991 in de weg staat (zie hierna).

(2) Advies L. 17.115/2/9 van 5 en 11 maart 1986, Gedr. St., Senaat, 1985-1986, nr. 298/1, blz. 106.

de artikelen 327 tot 331 van het Strafwetboek. Op te merken valt dat het ontwerp, dat naar die bepalingen niet verwijst, de onderzoeksrechter niet machtigt tot het laten afluisteren van de met dat toestel gevoerde gesprekken, zelfs niet na een klacht van de getroffene (1). Zoals de Raad van State er in zijn voormeld advies L. 17.155/2/9 nadrukkelijk op gewezen heeft, staat de kwaadwillige bedoeling van degene van wie de oproep uitgaat er aan in de weg dat deze aanspraak zou kunnen maken op de wettelijke bepalingen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Van de andere kant wordt ingevolge artikel 114, § 8, 2°, van de wet van 21 maart 1991 gestraft met geldboete van vijfhonderd tot ten hoogste vijftigduizend frank en met een gevangenisstraf van één tot vier jaar of met één van die straffen alleen de persoon die de openbare telecommunicatie-infrastructuur of andere middelen van telecommunicatie gebruikt om overlast te veroorzaken aan zijn correspondent of schade te berokkenen.

Zulk een bepaling, die veeleer thuis hoort in het Strafwetboek, zou in de geplande hervorming opgenomen moeten worden.

III. DE BEGRIPPEN "MEDEDELINGEN" EN "UITSPRAKEN".

---

(1) Zelfs al mag de getroffene zulk een mededeling opnemen zonder dat hierdoor het strafbare feit gepleegd wordt omschreven in artikel 2 van het ontwerp, is afluisteren op bevel van de onderzoeksrechter zonder dat hiervoor enige verklaring voorhanden is, in dat geval verboden.

1. De artikelen 1 en 2 van het ontwerp zijn grotendeels opgebouwd rond een onderscheid dat wordt gemaakt tussen "privé-mededelingen" en "privé-uitspraken", welke begrippen in belangrijke opzichten aan een verschillende regeling onderworpen zijn.

De meest gevestigde en meest gangbare betekenis van het woord mededeling is die waarmee het feit of de daad van het mededelen wordt aangewezen. Die betekenis is niet die waarmee in het ontwerp wordt gewerkt; daarin wordt er veeleer de medegedeelde boodschap onder verstaan (zie de algemene opmerking II hierboven). In de memorie van toelichting wordt immers de vrij specifieke betekenis die de term mededeling in het ontwerp aanneemt, gepreciseerd; zoals bij het gezegde, gaat het hier om een uiting. Mededeling en gezegde verschillen evenwel van elkaar wat betreft de positie van de gesprekspartners en wat betreft het middel waarmee de door de gesprekspartners uitgewisselde boodschap wordt uitgedrukt. Onder mededeling wordt verstaan een al dan niet mondelinge boodschap die ruimtelijk gescheiden gesprekspartners op afstand tot elkaar richten of uitwisselen; er is sprake van een gezegde wanneer de gesprekspartners tegenover elkaar staan, zoals het geval is bij een gesprek of een bijeenkomst, of nog - ofschoon het geval zonder twijfel zelden voorkomt - wanneer iemand in zichzelf praat.

Zoals hierna zal worden uiteengezet, doet het onderzoek van de ontworpen bepalingen die geredigeerd zijn met behulp van het onderscheid tussen gezegden en mededelingen, zoals die begrippen omschreven worden in de memorie van

toelichting, duidelijk een aantal moeilijk uit te leggen tegenstellingen uitkomen : indiscrete gedragingen zijn nu eens geoorloofd dan weer ongeoorloofd, terwijl de inhoud ervan geen betekenisvol verschil vertoont, degenen die de gedragingen vertonen een zelfde graad van boosaardigheid aan de dag leggen en de burgers blootstellen aan indiscreties die evenzeer te duchten zijn.

2. De ontworpen artikelen 265bis, § 1, 1°, en 314bis, § 1, 1°, van het Strafwetboek stellen straf op het afluisteren, het opnemen of het onderscheppen, zonder de vereiste toestemming, van ofwel privé-gezegden, ofwel een privé-mededeling waarmee degene die afluistert, opneemt of onderschept niets heeft uit te staan.

Een zodanig onderscheid doet twee soorten problemen rijzen.

a) <u>De beoogde verspreiding uit het oogpunt van de toestemming die vereist is voor de wettigheid van de opname</u>.

In een dialoog kunnen gezegden voorkomen; die dialoog wordt dan, in de samenhang van het ontwerp, beschouwd als een reeks rechtstreekse mondelinge taaluitingen die elk de toestemming vereisen van degene die daartoe het initiatief heeft genomen, niet van degene tot wie ze gericht zijn.

Gezegden echter die tijdens een dialoog worden uitgewisseld verkrijgen over het algemeen eerst hun volle betekenis indien ze met elkaar in verband worden gebracht.

Uit dat oogpunt kan de ontworpen regel vrij artificieel lijken.

Hij maakt het de spreker mogelijk de woorden die hij uitspreekt op te nemen, openbaar te maken of te gebruiken, en zulks zonder de toestemming, ja zelfs buiten medeweten, van degene toe wie ze gericht zijn, zelfs al kunnen die woorden het antwoord zijn op gezegden van degene tot wie ze gericht zijn of een zodanig antwoord meebrengen.

Hij maakt het een derde ook mogelijk de gezegden van een derde te beluisteren, op te nemen, openbaar te maken en afzonderlijk te gebruiken, wanneer deze daarin heeft toegestemd, zonder dat hij de toestemming hoeft te verkrijgen van de andere personen die actief hebben deelgenomen aan de dialoog.

Een dergelijke toestand wordt vermeden voor de privé-mededelingen daar het ontwerp immers de toestemming voorschrijft van zowel degene die de mededeling doet als van degene tot wie ze gericht is, terwijl het enige verschilpunt tussen een dialoog die een "mededeling" oplevert en een gesprek dat een "uitspraak" oplevert, in de betekenis die aan die woorden wordt gegeven door de memorie van toelichting, erin bestaat dat de eerste op afstand geschiedt.

Voor het onderscheid dat het ontwerp invoert tussen gezegden en mededelingen lijkt in dat geval helemaal geen objectieve en redelijke verantwoording voorhanden te zijn uit het oogpunt van de personen wier toestemming vereist is opdat de opname wettig is.

b) Het onderscheid tussen de uitspraken en de mededelingen waaraan men "vreemd" is.

Door het gebruik van het betrekkelijk voornaamwoord, vrouwelijk enkelvoud, "à laquelle", in de Franse tekst, wordt de precisering die verband houdt met de deelname van een persoon die niets uit te staan heeft met de uitwisseling van de boodschap, beperkt tot de privé-mededelingen, met uitsluiting van de privé-uitspraken. In de Nederlandse tekst wordt, door het gebruik van slechts één komma, dezelfde idee weergegeven.

In dat opzicht zijn bij het ontwerp twee opmerkingen te maken.

Enerzijds zijn de woorden "waaraan hij vreemd is" dubbelzinnig aangezien ermee zowel degene die de privé-mededeling doet en degene tot wie ze gericht is kunnen worden aangewezen als degene die, zonder één van die beide hoedanigheden te bezitten, het onderwerp is van de privé-mededeling omdat in de boodschap precies over hem wordt gesproken.

Anderzijds is het degene tot wie een privé-mededeling gericht is niet verboden een boodschap die voor hem

bestemd is, te beluisteren, op te nemen of te onderscheppen, zonder de toestemming van degene die de mededeling doet. Wanneer het daarentegen om gezegden gaat is datzelfde feit wel strafbaar.

Ook hier lijkt er geen voldoende grond te zijn voor een onderscheid tussen gezegden en mededelingen.

3. Het ontworpen artikel 265bis, § 1, 2°, van het Strafwetboek, heeft betrekking op degene die met het opzet het in 1° bedoelde strafbaar feit te plegen, enig toestel opstelt of doet opstellen. Het ontworpen artikel 265bis, § 1, 3°, maakt van het verspreiden of het gebruiken van de inhoud van een boodschap die is ontdekt met schending van de in 1° gestelde regel, een strafbaar feit.

Het ontworpen artikel 314bis, § 1, 2°, en § 2, eerste lid, bepaalt hetzelfde ten aanzien van privé-personen.

Bij die bepalingen zijn dus dezelfde opmerkingen te maken als die welke hierboven zijn gemaakt met betrekking tot artikel 265bis, § 1, 1°, en artikel 314bis, § 1, 1°.

4. Volgens de ontworpen artikelen 265bis, § 1, 4°, en 314bis, § 2, tweede lid, van het Strafwetboek is strafbaar hij die

> "met bedrieglijk opzet, gebruik maakt van de opname van een mondelinge privé-mededeling zonder toestemming van degene die de mondelinge mededeling doet en van de bestemmeling van de mondelinge mededeling".

De memorie van toelichting verklaart zich nader over de redenen die, naar de mening van de stellers van het ontwerp, de toepassing van die bepaling op niet-mondelinge mededelingen niet opportuun maken; die mededelingen zouden uit de aard der zaak nog meer bestemd zijn om achteraf te worden gebruikt.

Daarentegen kan aan de hand van de memorie van toelichting niet worden opgemaakt waarom de uitspraken buiten de werkingssfeer van de bepaling worden gehouden.

5. Kortom, indien de stellers van het ontwerp de mening toegedaan zijn dat het onderscheid tussen de privé-"uitspraken" en de privé-"mededelingen" dient te worden gehandhaafd, dan zou een zodanig onderscheid op zijn minst moeten worden herzien, wat betreft de gevolgen die het moet meebrengen, ten einde de verschilpunten weg te werken waarvoor geen objectieve en redelijke verantwoording kan worden gegeven.

In dat verband geeft de Raad van State het volgende in overweging.

a) Wanneer degene die de boodschap afluistert, opneemt of onderschept een derde is, dat wil zeggen een persoon die noch een van de uitzenders noch een van de ontvangers is van de boodschap, lijkt het logisch dat de derde de voorafgaande en bijzondere, uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming moet krijgen, niet alleen van degene tot wie een boodschap op afstand is gericht, maar bovendien ook van allen die deelnemen aan een gesprek.

Wordt een boodschap eenzijdig geformuleerd, zonder actieve medewerking van gesprekspartners, dan kan de voorafgaande en bijzondere uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming van degene die de woorden uitspreekt, en van die alleen, volstaan.

Bovendien zouden de woorden "waaraan hij vreemd is" heel goed worden vervangen door de woorden "waaraan hij niet deelneemt".

b) Wanneer men de positie voor ogen houdt van degene van wie de boodschap uitgaat of van degene tot wie ze gericht is, dan blijkt dat zij elkaar natuurlijk in alle gevallen kunnen afluisteren, zo nodig met behulp van "enig" toestel.

Het is wel te verstaan dat zij tevens de boodschap kunnen opnemen, verspreiden of gebruiken indien hun gesprekspartners hun daartoe een bijzondere toestemming gegeven heeft.

In feite gaat het erom te bepalen of zij de boodschap of de opname mogen opnemen, verspreiden of gebruiken zonder een dergelijke toestemming.

Wordt, ter wille van het rechtmatige streven om de persoonlijke levenssfeer van de gesprekspartners te beschermen, ontkennend geantwoord op die vraag, dan zou ervoor moeten worden gezorgd het strafbare feit te beperken tot het feit dat is gepleegd door degene die de boodschap opneemt,

verspreidt of gebruikt met onwettige oogmerken (bedrieglijk opzet), om rekening te houden met de verschillende situaties die zich kunnen aandienen. Bij wijze van voorbeeld kan worden gesteld dat dient te worden vermeden dat tot de zware straffen waarin het ontwerp voorziet, veroordeeld kan worden degene tot wie een privé-mededeling gericht is en die zelf het bewijs wenst te leveren van de inhoud van een dergelijke mededeling wanneer deze bij voorbeeld bedreigingen, chantage, racistische uitspraken enz. inhoudt, waarvoor degene die de mededeling doet vanzelfsprekend geen aanspraak kan maken op een bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer.

IV. INPASSING VAN HET ONTWERP IN DE BESTAANDE WETGEVING.

In het interne positieve recht handelen talrijke wetsbepalingen nu al over de geheimhouding van bepaalde uitspraken en mededelingen. Daaronder kunnen worden opgenoemd :

1° De artikelen 17 tot 20 van de wet van 13 oktober 1930 tot samenordening der verschillende wetsbepalingen op de telegrafie en de telefonie met draad. Artikel 17 luidt als volgt :

> "Al wie een telegram of elke andere aan de Regie toevertrouwde mededeling verduisterd, geopend of zich er van meester gemaakt heeft, om er ten onrechte kennis van te nemen, of een middel heeft aangewend om de over een openbare telegraaf- of telefoonlijn verzonden telegrammen of gevoerde gesprekken te onderscheppen, wordt gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot één maand en met geldboete van zesentwintig tot tweehonderd frank of met een van die straffen alleen".

De wet van 13 oktober 1930 is opgeheven bij artikel 123 van de wet van 21 maart 1991, welk artikel tot dusver echter nog niet in werking getreden is (artikel 128).

2° Artikel 13 van de wet van 3 januari 1934 betreffende het aanleggen van onder- of bovengrondse telefoon- en telegraafverbindingen voor ’s Lands defensieve organisatie, dat luidt als volgt :

> "Wordt gestraft met acht dagen tot een maand gevangenisstraf en een geldboete van zesentwintig tot tweehonderd frank, of met een dezer straffen alleen, alwie een middel zal hebben aangewend om de over een militaire telegraaf- of telefoonlijn verzonden telegrammen of gevoerde gesprekken te onderscheppen".

3° Artikel 4, C, van de wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberichtgeving verbiedt wie dan ook radioverbindingen die niet voor hem bestemd zijn, op te vangen of te trachten op te vangen; het bepaalt voorts dat indien zulke verbindingen onopzettelijk worden ontvangen, zij noch weergegeven, noch aan derden medegedeeld noch voor enig doeleinde gebruikt mogen worden en zelfs aan hun bestaan geen bekendheid mag worden gegeven, behalve in de gevallen door de wet opgelegd of toegestaan (1).

De overtredingen van die bepaling worden gestraft overeenkomstig artikel 15 van de wet.

---

(1) Zie in dat verband : H.-D. BOSLY, La régularité de la preuve en matière pénale, J.T., 1992, blz. 124 en 125.

4° Artikel 5, eerste lid, van de wet van 19 juli 1991 tot regeling van het beroep van privé-detective verbiedt de privé-detective een particulier gesprek of een particuliere mededeling met behulp van enig toestel af te luisteren, te doen afluisteren, te onderscheppen of te doen onderscheppen, opzettelijk op te nemen of te doen opnemen zonder de toestemming van allen die aan dat gesprek deelnemen of bij die mededeling zijn betrokken (1).

De overtredingen van artikel 5 worden gestraft overeenkomstig artikel 19 van de wet.

5° De artikelen 111 en 112 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, die tot dusver nog niet in werking getreden zijn. Die artikelen luiden als volgt :

"Artikel 111. Behoudens toestemming van alle andere personen, die rechtstreeks of onrechtstreeks betrokken zijn bij de hierna bedoelde informatie, identificatie of gegevens, is het iedereen verboden zelf of door toedoen van een derde :

---

(1) In zijn advies L. 19.761/2/V, dat hij op 6 augustus 1990 heeft gegeven over het ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 19 juli 1991, heeft de Raad van State erop gewezen dat "het (...) geen betoog (behoeft) dat (...) artikel (5) te gepasten tijde in overeenstemming gebracht zal moeten worden met de algemene bepalingen omtrent de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, want het ligt voor de hand dat wat verboden is voor privé-detectives daarom nog niet is toegestaan aan de overige burgers".

1° met bedrieglijk opzet kennis te nemen van het bestaan of van de inhoud van met telecommunicatie overgebrachte tekens, seinen, geschriften, beelden, klanken of gegevens van alle aard, die herkomstig zijn van en bestemd zijn voor andere personen;

2° met bedrieglijk opzet de in 1° bedoelde informatie met gelijk welk technisch procédé op te nemen, te wijzigen of weg te laten of de andere personen te identificeren;

3° met opzet kennis te nemen van gegevens inzake telecommunicatie, die betrekking hebben op een ander persoon;

4° de in 1°, 2° en 3° bedoelde informatie, identificatie en gegevens die met of zonder opzet werden bekomen, kenbaar te maken, er enig gebruik van te maken, deze te wijzigen of ze te vernietigen.

Artikel 112. De bepalingen van artikel 111 zijn niet van toepassing :

1° wanneer de wet het stellen van de bedoelde handelingen toelaat of oplegt;

2° wanneer de bedoelde handelingen worden gesteld ten behoeve van de verzorging van een dienst voor telecommunicatie.

De naar aanleiding van het eerste lid, 2°, bekomen informatie, identificatie en gegevens mogen slechts wegens dezelfde redenen worden bekendgemaakt".

De overtredingen van die bepalingen worden gestraft overeenkomstig de artikelen 114, § 7, en 117 van de wet.

*

* *

.../...

In de memorie van toelichting wordt het samengaan van de ontworpen bepalingen met die vervat in de wetten van 13 oktober 1930, 3 januari 1934 en 30 juli 1979 als volgt gerechtvaardigd :

> "Al deze bepalingen hebben evenwel een beperkte draagwijdte, en een strafmaat die niet aangepast is aan de ernst van de inbreuken. Ingeval van samenloop met nieuwe incriminaties, zullen de strafbaarstellingen in dit ontwerp derhalve primeren, gezien hun hogere strafmaat".

Artikel 65 van het Strafwetboek maakt het weliswaar mogelijk de gevallen van eendaadse samenloop van strafbare feiten te regelen, doch die bepaling sluit de nadelen niet uit die voortvloeien uit het naast elkaar bestaan van verscheidene wetten met een uiteenlopende werkingssfeer die wegens vaak soortgelijke feiten verschillende straffen opleggen, de strafbare feiten op verschillende wijze omschrijven en een specifieke strafregeling instellen.

Bij een eendaadse samenloop van strafbare feiten wordt uitgegaan van de onderstelling dat als vaststaand wordt beschouwd dat een zelfde feit tegelijk in de werkingssfeer van verscheidene strafbepalingen valt die alle in gelijke mate in werking zijn.

Het naast elkaar bestaan van die vele wetgevingen is uitgerekend een bron van rechtsonzekerheid, onder meer met betrekking tot het in stand houden van een oude wet die onverenigbaar is met de toepassing van de nieuwe wet (probleem van de impliciete opheffing) of wat de respectieve

werkingssferen van een algemene en een bijzondere wet betreft.

Bovendien kan het naast elkaar bestaan van bepalingen die weliswaar niet met elkaar in overeenstemming zijn gebracht doch een zelfde onderwerp regelen, in de praktijk aanleiding geven tot twijfel; indien deze kan worden weggenomen met behulp van de procédés waarin het strafrecht voorziet, zou de opeenstapeling ervan de draagwijdte van de hervorming die met het ontwerp wordt beoogd kunnen doen vervagen : zal de onderzoeksrechter bijvoorbeeld bevel kunnen geven tot het afluisteren, hetgeen in beginsel verboden is, niet alleen op grond van de ontworpen rechtsregels, maar ook ingevolge een bijzondere wetsbepaling die geen uitzondering zou maken voor de gevallen waarin andere wetten voorzien ?

Een dergelijke situatie zou eveneens gevolgen kunnen hebben die tegengesteld zijn aan de bedoelingen van de stellers van het ontwerp, zoals inzake de verbeurdverklaring welke geregeld is door artikel 64 van het Strafwetboek (1).

Het grote nadeel bestaat erin dat de burger ertoe verplicht wordt zijn gedrag bij twijfel af te stemmen op meer dan een strafwet, welke in casu een aantal bepalingen bevatten die onderling onverenigbaar zijn, terwijl diezelfde

---

(1) Zie bijvoorbeeld artikel 117 van de voornoemde wet van 21 maart 1991.

twijfel ertoe zal leiden dat de ontworpen strafwetgeving onwerkzaam wordt.

Ten slotte merke men op dat de strafwetgeving ter zake door de ongeordende toename van het aantal wetten onsamenhangend zou worden. De samenloop van strafbare feiten - waarvan sommige eveneens een schending van het beroepsgeheim kunnen vormen, eerroof kunnen zijn, enz. - waartoe de toepassing van de ontworpen bepalingen aanleiding zal geven, zullen reeds voldoende talrijk zijn zonder dat ze nog moeten toenemen.

Het ontwerp moet alle hiervoren in herinnering gebrachte wetsbepalingen uitdrukkelijk opheffen, met de mogelijkheid dat sommige bepalingen waarvan het behoud onontbeerlijk zou worden geacht worden overgenomen. Alleen de louter technische regels die specifiek zijn voor de in die bijzondere wetten behandelde aangelegenheid, kunnen in deze wetten worden behouden. Dit geldt des te meer daar de voornaamste ervan, namelijk de wet van 21 maart 1991, bepalingen bevat die niet goed blijken te beantwoorden aan de eisen van het strafrecht.

V. OPTREDEN VAN DE COMMISSIE VOOR DE PERSOONLIJKE LEVENSSFEER.

Bij artikel 92 van de wet van 15 januari 1990 houdende oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van de sociale zekerheid, dat op 1 januari 1992 in werking is getreden, is een "Commissie voor de bescherming van de

persoonlijke levenssfeer" ingesteld die "tot taak (heeft), hetzij uit eigen beweging, hetzij op verzoek van de Regering, van de Kamers, van de Executieven en Raden van de Gemeenschappen en Gewesten of van het Toezichtscomité, een advies uit te brengen omtrent iedere aangelegenheid die betrekking heeft op de toepassing van de grondbeginselen van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in het kader van "drie wetgevende teksten," gelet op de evolutie en de aanwending van de technieken van geautomatiseerd informatiebeheer" (artikel 92, vierde lid). Er wordt tevens bepaald dat "onverminderd enig rechtsmiddel voor de rechtbanken ..., ... de Commissie de gedateerde en getekende klachten (onderzoekt) die haar in verband met haar taak van bescherming van de persoonlijke levenssfeer worden toegestuurd, en die betrekking hebben op de automatische verwerking van gegevens van persoonlijke aard of op andere taken die haar bij de wet zijn toevertrouwd" (artikel 92, zevende lid).

Het lijkt noodzakelijk dat de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer haar adviserende taak kan uitoefenen omtrent iedere aangelegenheid die betrekking heeft op de toepassing van het wetsontwerp zodra het eenmaal is goedgekeurd en met name dat de Minister de commissie om advies moet vragen over de ontwerpen van besluiten tot uitvoering van de ontworpen wet. Zoniet zou een aanzienlijk gedeelte van de persoonlijke levenssfeer buiten de bevoegdheid komen te vallen van de Commissie waarvan de wetgever nochtans een hoeksteen heeft willen maken van de regeling ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in België.

Het staat aan de wetgevende kamers te oordelen of het wetsontwerp in die zin niet moet worden aangevuld.

Wat de kwestie van het onderzoek van de klachten door de genoemde commissie betreft, is het eveneens een aangelegenheid van het Parlement te oordelen of die onderzoeksbevoegdheid kan worden uitgeoefend zonder afbreuk te doen aan de bevoegdheden die de Grondwet en de wet voor de hoven en rechtbanken reserveren.

BIJZONDERE OPMERKINGEN.

INDIENINGSBESLUIT.

Er is geen indieningsbesluit.

Wegens de inhoud van artikel 4, 1°, en artikel 6 van het ontwerp, moeten de Minister van Economische Zaken en de Minister van Verkeerswezen worden betrokken bij de indiening van het ontwerp. Zij moeten het eveneens mede-ondertekenen.

BEPALEND GEDEELTE.

Artikel 1.

Algemene opmerkingen.

1. Artikel 1 van het ontwerp heeft tot doel een artikel 265bis in het Strafwetboek in te voegen ten einde de

schending van de verplichting tot geheimhouding van privé-gezegden en -mededelingen strafbaar te stellen wanneer die overtreding is begaan door een "openbaar officier of ambtenaar, drager of agent van de openbare macht".

Men merke op dat er in het ontwerp, in weerwil van gelijkenissen in de redactie van de artikelen 1 en 2 van het ontwerp, van de hoedanigheid van openbaar ambtenaar geen bezwarende omstandigheid wordt gemaakt voor een wanbedrijf van gemeen recht, naar het voorbeeld van de artikelen 266 en 377 van het Strafwetboek, doch een bestanddeel van een strafbaar feit gepleegd in dienstverband. Het onderscheid is belangrijk, met name met betrekking tot de toepassing van regels betreffende de deelneming aan een misdrijf en de herhaling.

Volgens de memorie van toelichting vallen "onder deze bepaling ... ook de rechters en de leden van het Openbaar Ministerie (Les Novelles, Droit pénal, Deel III, nr. 3271)" (1).

De tekst van het ontworpen artikel 265bis moet bijgevolg in die zin worden aangevuld. Indien de indieners van het ontwerp wensen te vermijden dat die aanvulling aanleiding geeft tot een interpretatie a contrario van de overige artikelen van titel IV van boek II van het Strafwetboek, dan is het voldoende dat zij hierover uitleg verschaffen in de memorie van toelichting.

---

(1) De passage waarnaar in de memorie van toelichting wordt verwezen heeft evenwel slechts op een bijzondere bepaling van het Strafwetboek betrekking.

2. Op de uitdrukking "in de uitoefening van zijn bediening" wordt in de rechtsleer terecht kritiek geleverd.

Er behoort te worden geschreven "naar aanleiding van de uitoefening van zijn bediening". Mocht dit niet het geval zijn dan zou het voldoende zijn dat de openbaar officier of ambtenaar buiten de strikte voorwaarden van tijd en ruimte valt die gelden voor de uitoefening van zijn ambt om te ontsnappen aan de zwaardere strafbaarstelling, terwijl het strafbare feit dat slechts toevallig verband houdt met de uitoefening van het ambt van die officier of ambtenaar al even ernstig is. Die wijziging zou het eveneens mogelijk maken de daden strafbaar te stellen die de functionaris tijdens en op de plaats van zijn ambtsuitoefening heeft gesteld maar niet tot zijn ambtsbevoegdheid behoren.

3. Artikel 260 van het Strafwetboek zal niet van toepassing zijn wegens de plaats waar men de in artikel 1 van het ontwerp vervatte bepaling wil invoegen. Aangezien de stellers van het ontwerp volgens de gemachtigden van de Minister deze consequentie niet gewild hebben, wordt voorgesteld de bepaling in te voegen in een hoofdstuk Vbis dat een artikel 259bis bevat.

De strafbare feiten die daarin vermeld staan zijn immers zwaarwegender dan die waarvan sprake in de hoofdstukken VI en VII van titel II. Bovendien zou vooral artikel 260 van het Strafwetboek, waarin het "bevel gegeven door een hiërchische meerdere" als rechtvaardigingsgrond wordt beschouwd, toepasselijk zijn op de nieuwe strafbare feiten, wat niet het geval is in het onderzochte ontwerp.

De volzin die artikel 1 inleidt moet dienovereenkomstig worden aangepast.

4. Voorts zijn uit wetgevingstechnisch oogpunt de volgende opmerkingen te maken :

a) In de Franse tekst schrijve men "Article 1er" en "§ 1er".

b) In de Franse tekst van het opschrift van het hoofdstuk schrijve men "Des écoutes, enregistrements ...".

c) De onderverdelingen van paragraaf 1 moeten worden ingeleid met 1°, 2°, 3°, 4° en niet met streepjes.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 314bis van het ontwerp (artikel 2 van het ontwerp).

Bovendien moet elke onderverdeling van paragraaf 1 worden voorafgegaan door het woord "ofwel", ten einde erop te wijzen dat het telkens gaat om een onderscheiden geval dat op zich een specifiek strafbaar feit vormt.

Bijzondere opmerkingen.

Paragraaf 1, 1°.

1. In het ontworpen artikel 265bis (dat artikel 259bis wordt), § 1, eerste streepje (dat 1° wordt),

worden niet alleen de handelingen van degene die gezegden of mededelingen op onwettige wijze afluistert, opneemt of onderschept strafbaar gesteld, doch bovendien die welke erin bestaan te doen afluisteren, te doen opnemen of te doen onderscheppen.

Volgens de memorie van toelichting zou, zonder die verduidelijking, "de aanstichter slechts kunnen worden gestraft indien die opdracht om het misdrijf te plegen met giften, beloften, bedreigingen, misbruik van gezag of van macht, misdadige kuiperijen, of arglistigheden samen gaat (artikel 66, vierde lid, van het Strafwetboek)".

In werkelijkheid kan "de opdrachtgever" worden gestraft op grond van artikel 67 van het Strafwetboek of overeenkomstig de wetten van 7 juli 1875 en 25 maart 1891. De ontworpen bepaling zal het echter mogelijk maken zowel zijn handelingen als die van de uitvoerder te bestraffen, onverminderd de artikelen 111 en 123bis, 1°, van hetzelfde Wetboek.

2. Bovendien zij opgemerkt dat het ontwerp met geen woord rept over de wijze waarop de instemming kan worden verkregen van een persoon die wegens zijn leeftijd of om enige andere reden niet kan worden geacht rechtens vrij en weloverwogen zijn instemming te betuigen.

3. Bij gebreke van enig andersluidend gegeven wordt verondersteld dat de ontworpen regels slechts van

toepassing zijn op de boodschap terwijl deze wordt overgebracht, met uitsluiting van de documenten of dragers die de resultaten van de overbrenging bevatten, en dat de bevoegdheid van de onderzoeksrechter om met toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Wetboek van Strafvordering beslag te leggen op de papieren, de zaken en de voorwerpen die kunnen dienen om de waarheid aan de dag te brengen, onverschillig of zij de overschrijving van privé-mededelingen of privé-gezegden bevatten, niet op de helling komt te staan (1).

Indien die precisering overeenstemt met de bedoeling van de stellers van het ontwerp, moet zij in de ontworpen tekst voorkomen (1).

Paragraaf 1, 2°.

Uit de verwijzing bij het tweede streepje (dat 2° wordt) naar het strafbare feit bedoeld in 1°, blijkt dat de strafbaarstelling afhankelijk wordt gemaakt van het bewijs dat de installatie is geplaatst met de bedoeling privé-gezegden of een privé-mededeling te onderscheppen zonder de toestemming van de betrokkenen, met uitzondering van de plaatsing van een toestel in afwachting dat toestemming wordt verleend, die wel eens niet gegeven zou kunnen worden.

---

(1) Zie in dat verband : D. GARABEDIAN, opm. sub. Cass., 27 februari 1985, en Brussel, 30 november 1984, J.T., 1985, blz. 732 en voetnoot nr. 7.

Indien het de bedoeling is straf te stellen op het installeren van een verborgen toestel met het oog af te luisteren, op te nemen of te onderscheppen zonder dat de betrokkenen daartoe vooraf toestemming hebben gegeven, zou het beter zijn dat de tekst als volgt wordt geredigeerd :

"2° enig toestel waarmede een van de in 1° bedoelde strafbare feiten kunnen worden gepleegd opstelt of doet opstellen;".

Paragraaf 1, 3°.

1. Het werkwoord "bekendmaken" kan voor verwarring zorgen met het zelfstandig naamwoord "mededeling". Die mededeling, die van private aard is, mag slechts met inachtneming van sommige regels worden afgeluisterd, opgenomen en onderschept. Dit zelfstandig naamwoord is immers blijkbaar in een beperktere technische betekenis opgevat.

Daar de stellers van het ontwerp terecht de bedoeling hebben eveneens gewag te maken van het openbaar maken van de inhoud van privé-gezegden of van een privé-mededeling, moeten de woorden "wetens aan een andere persoon ... bekendmaakt" worden vervangen door "wetens de inhoud van ... onthult of verspreidt".

Er dient te worden opgemerkt dat in de Franse tekst het bijwoord "illégalement" voor de opsomming "écoutés, enregistrés ou interceptés" zou moeten worden geplaatst, waarmede het zonder onderscheid verbonden is.

2. Uit de uitleg van de gemachtigden van de Minister blijkt dat in de tekst geen gewag hoeft te worden gemaakt van gewone heling van de op onwettige wijze opgevangen inhoud van privé-gezegden of van een privé-mededeling. Die heling wordt reeds behandeld in artikel 505 van het Strafwetboek. Een en ander zou op zijn minst moeten worden gepreciseerd in de memorie van toelichting (1).

---

(1) Bij wijze van vergelijking merke men op dat het Franse recht in dat opzicht heel wat duidelijker is dan dit ontwerp :

"L'élément matériel est compris avec une très grande largeur : l'article 369 incrimine tout d'abord la simple conservation du produit de l'espionnage, ensuite sa communication, enfin, d'une manière générale, son utilisation.

C'est d'abord la conservation du produit de l'espionnage, bande magnétique, disque, film qui est incriminée. On n'a pas manqué de relever l'analogie avec le délit de recel : les paroles ou l'image d'une personne ont été "volées", et le seul fait de conserver le produit de ce "vol" constitue une infraction. Ce n'est donc pas seulement le propriétaire de l'enregistrement ou du document, c'est-à-dire l'auteur de l'infraction de l'article 368, qui est puni quand il le conserve. C'est aussi le simple possesseur, et même le détenteur, un dépositaire par exemple.

On peut, il est vrai, se demander quelle est l'utilité de l'incrimination, car la victime ne connaît pas en général la personne qui conserve le produit de son juste titre que celle-ci peut se démasquer en menaçant la victime de publier, ou de révéler à un tiers, ses paroles ou son image, et que les éléments constitutifs du délit de chantage ne sont pas toujours réunis. La victime peut aussi être informée qu'une entreprise de presse est entrée en possession de ses paroles ou de son image, et l'incrimination de cette entreprise lui permet de prévenir la publication" (P. Kayser, La protection de la vie privée, Economica - P.U. d'Aix-Marseille, 1990, blz. 305 et 306).

De Regering en de Wetgevende Kamers zullen moeten oordelen of er, afgezien van het verspreiden, niet eveneens gewag behoeft te worden gemaakt van het bewaren van de drager van de op onwettige wijze afgeluisterde, opgenomen of onderschepte privé-gezegden en privé-mededelingen.

Paragraaf 1, 4°.

Volgens de ontworpen bepaling kan worden gestraft de functionaris die "met bedrieglijk opzet, gebruik maakt van de opname van een mondelinge privé-mededeling zonder toestemming van degene die de mondelinge mededeling doet en van de bestemmeling van de mondelinge mededeling".

Het gaat hier om het wettelijk afluisteren. Die verduidelijking moet in de ontworpen tekst voorkomen.

Paragraaf 3.

1. De ontworpen tekst regelt de gevallen van tijdelijke (vijf jaar) en bijzondere herhaling (overtredingen van de paragrafen 1 en 2) die bepalend zijn voor een verplichte verzwaring van de strafmaat, terwijl een zodanige verzwaring in beginsel niet verplicht is, de uitzonderingen voorgeschreven door het Strafwetboek (artikel 54, derde lid, en artikel 55, derde lid) of door bijzondere wetten daargelaten.

Dat de verzwaring van de straf, in afwijking van artikel 56, tweede lid, van het Strafwetboek verplicht is, wordt in de memorie van toelichting zo gerechtvaardigd, dat "het hier gaat om zeer ernstige inbreuken op de private levenssfeer".

Het woord "opnieuw" dat in het ontwerp voorkomt, houdt in dat, wil er sprake zijn van herhaling, het niet noodzakelijk is dat het tweede strafbare feit hetzelfde is als het eerste. Het is voldoende dat een bepaling van dezelfde wet erdoor wordt geschonden, in dit geval dezelfde bepaling van het Strafwetboek (1), wat doorgaans het geval is wanneer de herhaling wordt geregeld in "bijzondere wetten" (2).

Er wordt voorgesteld de tekst als volgt te redigeren :

"§ 3. De straffen gesteld in de paragrafen 1 en 2 worden verdubbeld indien een nieuwe overtreding van een van

---

(1) In het Frans betekenen de woorden "de nouveau" "une nouvelle fois, c'est-à-dire encore une fois ou comme auparavant"; "à nouveau" betekent daarentegen : "en reprenant les choses d'une manière nouvelle, c'est-à-dire différente par rapport à ce qui a été fait". J. GIRODET (Pièges et difficultés de la langue française, Bordas, Paris, 1988, blz. 531) zegt dat de uitdrukking "à nouveau" in haar juiste betekenis enigszins verouderd is en dat men bijvoorbeeld eerder zou zeggen "il faut en refaire le plan ou faire un nouveau plan".

(2) MARCHAL en JASPAR, Droit criminel, Traité théorique et pratique, deel I, 2e uitgave, Brussel, 1965, nr. 366bis, blz. 145.

die bepalingen wordt begaan binnen vijf jaar na de uitspraak van een vonnis of een arrest houdende veroordeling wegens een van die strafbare feiten, dat in kracht van gewijsde is gegaan".

2. Uit de ontworpen tekst blijkt dat de bijzondere herhaling die door artikel 265bis wordt geregeld, slechts van toepassing zal zijn indien het gerechtelijk antecedent en het nieuwe strafbare feit beide betrekking hebben op een door een openbaar officier of openbaar ambtenaar begane schending van de geheimhouding van privé-mededelingen en privé-gezegden.

Wanneer het gerechtelijk antecedent betrekking heeft op een overtreding van het ontworpen artikel 265bis, terwijl het nieuwe strafbare feit betrekking heeft op het ontworpen artikel 314bis of vice versa, gelden normaliter de regels voorgeschreven door artikel 56, tweede lid, van het Strafwetboek (1).

Artikel 2.

Het ontworpen artikel 314bis bevat soortgelijke bepalingen als artikel 265bis, met dit verschil dat het ontworpen artikel 314bis in een gradatie van straffen voorziet naargelang de particulier zich schuldig maakt aan

---

(1) Zie, naar analogie, artikel 100 van het Strafwetboek en Cass. 2 juni 1975, Pas., I, 941.

het ongeoorloofd afluisteren of hiervan gebruik maakt. Hierbij zijn mutatis mutandis dezelfde opmerkingen te maken als die welke zijn geformuleerd in verband met het ontworpen artikel 265bis.

Artikel 3.

A. Het ontworpen artikel 90ter van het Wetboek van Strafvordering.

Algemene opmerkingen.

1. Artikel 3 van het ontwerp heeft in de eerste plaats tot doel in het Wetboek van Strafvordering een artikel 90ter in te voegen ten einde te bepalen onder welke voorwaarden een openbare overheid zich wettelijk zal kunnen bemoeien met privé-gezegden of met een privé-mededeling; zulk een bepaling valt onder de toepassing van artikel 8, § 2, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

2. Het ontwerp regelt uitsluitend het optreden van de onderzoeksrechter (artikelen 90ter tot 90quinquies), eventueel gevolgd door dat van de raadkamer (artikel 90quinquies), doch rept met geen woord van de procedure die moet worden gevolgd wanneer de feiten tot de bevoegdheid van de militaire gerechten behoren.

Er kan worden aangenomen dat het ambt van onderzoeksrechter zou worden uitgeoefend door de krijgsauditeur in zijn hoedanigheid van voorzitter van de rechterlijke commissie, terwijl de taak die het ontwerp opdraagt aan de raadkamer zou worden toevertrouwd aan die rechterlijke commissie, hoewel deze niet kan worden gelijkgesteld met een raadkamer (1) en hoewel deze oneigenlijke cumulatie als situatie moeilijk te verenigen lijkt met de strekking van het ontworpen artikel 90quinquies, dat ervoor zorgt dat een maatregel wordt bevestigd door andere rechters dan die welke hem hebben bevolen.

Het feit dat hiervan niet wordt gerept in het ontwerp en dat de bepalingen ervan niet zijn aangepast aan de procedure voor de militaire gerechten, kan ervoor zorgen dat er tal van moeilijkheden rijzen (2), ten gevolge waarvan België reeds bij een op 26 mei 1988 door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (3) uitgesproken arrest is veroordeeld wegens schending van artikel 5, § 3, van het Verdrag.

---

(1) Cass. 20 februari 1922, Pas. 1922, I, blz. 167.

(2) Zie in dat verband M. FRANCHIMONT, A. JACOBS en A. MASSET, Manuel de procédure pénale, Luik, 1989, blz. 269 tot 271, en 718 tot 739.

(3) Publications de la Cour, Série A, vol. 135, zaak PAUWELS.

3. De zeer algemene bewoordingen waarmede de bevoegdheden van de onderzoeksrechter worden omschreven ("afluisteren of doen afluisteren, opnemen of doen opnemen, onderscheppen of doen onderscheppen") zouden niet zo kunnen worden opgevat dat ze de mogelijkheid verschaffen afbreuk te doen aan de door de Grondwet gewaarborgde vrijheden en met name aan het briefgeheim (artikel 22) en aan de onschendbaarheid van de woning (artikel 10).

Volgens de verklaringen van de gemachtigden van de Minister, is het de bedoeling van de stellers van het ontwerp dat het afluisteren mogelijk wordt gemaakt, niet alleen met betrekking tot de communicatiemiddelen die door een verdachte worden gehanteerd, doch ook met betrekking tot de plaatsen waar deze gewoonlijk vertoeft. Die plaatsen kunnen zowel openbare plaatsen zijn als beschermde plaatsen in de zin van artikel 10 van de Grondwet.

Indien het de bedoeling van de wetgever is dat naar die twee categorieën van plaatsen wordt verwezen, zou bovendien moeten worden gepreciseerd onder welke voorwaarden de functionarissen die met afluisteropdrachten worden belast, gedekt door een beschikking van de onderzoeksrechter een privé-woning zouden kunnen betreden om er een microfoon te installeren.

4. De voorwaarden waaraan de inmenging in privégezegden en privé-mededelingen is verbonden, worden op een erg onduidelijke manier bepaald door het ontworpen artikel 90ter. Met name ziet men niet goed in waarin juist die

"welbepaalde en uitzonderlijke omstandigheden" bestaan, welke "in verband (moeten staan) met het feit waarmee (de onderzoeksrechter) gelast is en (met) de inlichtingen die kunnen verzameld worden door de maatregel ...".

De draagwijdte van die bepaling komt in de memorie van toelichting nauwelijks tot uiting. Daarin staat te lezen :

> "Die omstandigheden zijn aan een dubbele beperking onderhevig : niet alleen moeten ze verband houden met het feit waarmee de onderzoeksrechter belast is, maar bovendien dienen ze betrekking te hebben op de potentiële informatie die de aftap kan opleveren. Dit betekent onder andere dat "verkennend" afluisteren niet toegelaten is (bv. hoewel er geen bijzondere reden toe, de maatregel toepassen op gereputeerde criminelen). Er dienen wel degelijk voldoende gegevens in een bepaalde richting te wijzen om de maatregel toe te mogen passen".

De woorden "bij de wet is voorzien" in de zin van artikel 8.2, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, houden niet alleen in dat de inmenging in het privé-leven als maatregel een grondslag moet hebben in het interne recht, doch houden bovendien verband met de duidelijkheid en de precisie van de wet in kwestie; immers, "la loi doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à opérer pareille atteinte secrète et virtuellement dangereuse, au droit au respect de la vie privée et de la correspondance" (1).

---

(1) Arrest Malone, van 2 augustus 1984, voornoemd.

Volgens het Europese Hof voor de rechten van de mens brengt het vereiste van het voorzienbaar zijn mee dat de wet, die bewilligt in het afluisteren en in andere vormen van onderscheppen van privé-gesprekken die een grove inbreuk op de eerbiediging van het privé-leven vormen, bijzonder nauwkeurig en voldoende duidelijk de strekking en de wijze van uitoefening van een dergelijke bevoegdheid moet bepalen ten einde het individu een adequate bescherming te geven tegen willekeur (1).

De redactie van het ontworpen artikel 90ter zal moeten worden herzien ten einde aan dit vereiste te voldoen.

5. In zijn arrest Klass c.s. van 6 september 1978 heeft het Europese Hof voor de rechten van de mens in herinnering gebracht dat het Hof, ongeacht het in aanmerking genomen bewakingssysteem, er zich van moet vergewissen dat tegen misbruik passende en voldoende waarborgen bestaan.

Het Hof geeft weliswaar toe dat die beoordeling slechts betrekkelijk is en afhankelijk is van alle omstandigheden van de zaak, doch het heeft in het kader van een analyse van de Duitse wetgeving sommige waarborgen nader moeten omschrijven welke de wet met voldoende duidelijkheid moet aanwijzen met betrekking tot de strekking en de wijze van uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid, bij gebreke waarvan het de burgers zou ontbreken aan de "degré minimal

---

(1) Arrest Kruslin, van 24 april 1990.

de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique" (1).

Als voorwaarden die door de Duitse wetgeving in aanmerking worden genomen en in overeenstemming worden geacht met artikel 8 van het Verdrag gelden :

- het bestaan van aanwijzingen op grond waarvan kan worden vermoed dat iemand van plan is sommige zware strafbare feiten te plegen, deze pleegt of heeft gepleegd; de bewakingsmaatregelen kunnen slechts worden voorgeschreven als het bewijzen van de feiten op een andere manier gedoemd is tot mislukking of aanzienlijk wordt bemoeilijkt; zelfs dan kan de bewaking alleen betrekking hebben op de verdachte zelf of op de personen van wie wordt vermoed dat zij met hem contacten hebben, zodat de wetgeving geen zogenaamd verkennende of algemene bewaking toestaat (arrest, § 51);

- de noodzaak van een schriftelijke en met redenen omklede aanvraag en van een beslissing van dezelfde aard;

- het bestaan van strikte voorwaarden zowel voor de toepassing van de bewakingsmaatregelen als voor de behandeling van de aldus verkregen inlichtingen, met name de vaststelling van een maximumtermijn voor het in stand houden van de maatregel;

---

(1) Zie, in dat verband, P. LAMBERT, Les écoutes téléphoniques, J.T., 1990, blz. 750, § 6.

- een controle op de bewaking wanneer deze wordt bevolen en terwijl de maatregel wordt uitgevoerd; het Hof gaat ervan uit dat het beter is dat die controle aan een rechter wordt toevertrouwd;

- a posteriori de mogelijkheid om zich tot de rechter te wenden.

In het arrest Kruslin van 24 april 1990 worden eveneens voorbeelden gegeven van waarborgen die de wet moet bevatten om misbruiken te voorkomen :

> "35. Surtout, le système (français) n'offre pas pour le moment des sauvegardes adéquates contre divers abus à redouter. Par exemple, rien ne définit les catégories de personnes susceptibles d'être mises sous écoute judiciaire, ni la nature des infractions pouvant y donner lieu; rien n'astreint le juge à fixer une limite à la durée de l'exécution de la mesure; rien non plus ne précise les conditions d'établissement des procès-verbaux de synthèse consignant les conversations interceptées, ni les précautions à prendre pour communiquer intacts et complets les enregistrements réalisés, aux fins de contrôle éventuel par le juge - qui ne peut guère se rendre sur place pour vérifier le nombre et la longueur des bandes magnétiques originales - et par la défense, ni les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction desdites bandes, notamment après non-lieu ou relaxe. Les renseignements donnés par le Gouvernement sur ces différents points révèlent au mieux l'existence d'une pratique dépourvue de force contraignante en l'absence de texte ou de jurisprudence".

Dit ontwerp bevat de volgende waarborgen :

- er zijn welomschreven en uitzonderlijke omstandigheden noodzakelijk die "in verband (staan) met het feit waarmee

(de onderzoeksrechter) gelast (lees : belast) is en (met) de inlichtingen die kunnen verzameld worden door de (bewakings)maatregel";

- die omstandigheden moeten de maatregel noodzakelijk maken om de waarheid aan het licht te brengen;

- de "gewone onderzoeksmiddelen" moeten ondoeltreffend blijken te zijn;

- de onderzoeksrechter moet geadieerd worden ter zake van een feit bedoeld in een van de in het ontwerp opgenomen wetsbepalingen;

- de bewaking moet worden bevolen bij een met redenen omklede beslissing van de onderzoeksrechter met vermelding van de precieze omstandigheden die de maatregel rechtvaardigen en de "termijn gedurende dewelke zij (lees : gedurende welke hij) geldig is" (artikel 90quater);

- de beschikking van de onderzoeksrechter kan slechts gedurende een beperkte periode, die evenwel kan worden verlengd, uitwerking hebben (artikel 90quinquies);

- de artikelen 90sexies en 90septies hebben betrekking op de verwerking en het gebruik van de verzamelde gegevens.

Indien men deze vereisten vergelijkt met die welke het Europese Hof voor de rechten van de mens onontbeerlijk lijkt te achten, stelt men vast dat het ontwerp, in tegen-

stelling met de Duitse wetgeving, het geoorloofd zijn van de bewakingsmaatregel niet uitdrukkelijk afhankelijk maakt van de aanwijzing bij name van de bewaakte personen en evenmin a priori enig noodzakelijk en direct verband vergt tussen de bewaakte personen en het feit ter zake waarvan de rechter wordt geadieerd.

Artikel 88bis van het Wetboek van Strafvordering bevat in dat verband weliswaar ook een leemte, doch het gaat om een maatregel waarvan de gevolgen heel wat beperkter zijn en waarop door sommige auteurs kritiek is geleverd. F. DERUYCK (1) heeft hierom twijfels geuit over de verenigbaarheid van die bepaling met artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

De bepaling die eist dat er welbepaalde en uitzonderlijke omstandigheden voorhanden moeten zijn die "in verband (staan) met het feit waarmee (de onderzoeksrechter) gelast is en de inlichtingen die kunnen verzameld worden door de maatregel" en waarmede, volgens de memorie van toelichting, wordt beoogd het zogenaamd verkennend afluisteren te voorkomen, is onvoldoende duidelijk om met zekerheid uit te sluiten dat een groot aantal personen die weinig of niets te maken hebben met het strafbaar feit dat de maatregel rechtvaardigt, ten onrechte wordt bewaakt.

---

(1) "De wet van 11 februari 1991 tot invoeging van een artikel 88bis in het Wetboek van Strafvordering betreffende het opsporen van telefonische mededelingen", R.W., 1991-1992, blz. 15.

Het ontwerp moet op dit punt herzien worden ten einde zo duidelijk mogelijk aan te geven welke categorieën van personen door het gerecht kunnen worden afgeluisterd, waarbij voorbehoud wordt gemaakt voor de gevallen waarin de identificatie van de persoon op wie een verdenking rust onmogelijk zou blijken (zie de hieronder voorgestelde tekst)(1).

6. Op het ogenblik dat de onderzoeksrechter kennis neemt van het feit, zal deze slechts over bewijskrachtige aanwijzingen beschikken, op een ogenblik dat nog niet als bewezen kan worden beschouwd dat het feit waarvan hij kennis heeft genomen vermeld wordt in een van de strafbepalingen die zijn opgenoemd in het ontworpen artikel 90ter, I tot VI; dit zal eerst het geval zijn wanneer het vonnis of het arrest met de eventuele veroordeling wegens een van de strafbare feiten die de bewakingsmaatregel hebben gerechtvaardigd zal zijn uitgesproken.

Door als voorwaarde voor de wettigheid ervan te stellen dat het feit waarvan de onderzoeksrechter kennis heeft genomen "beoogd wordt door de artikelen" die in het ontwerp worden opgenoemd, loopt dit ontwerp vooruit op de beslissing waarbij uitspraak wordt gedaan over de strafvordering en heeft het paradoxaal tot gevolg dat in geval van diskwalificatie, van vrijspraak, enz., de bewaking achteraf

---

(1) Zie in dat verband J. MILQUET, Ecoutes téléphoniques placées sur ordre du juge d'instruction ... de la fiction ?, Journal des procès, nr. 114, 1987, blz. 10.

de vorm aanneemt van een strafbaar feit bedoeld in artikel 1 van het ontwerp.

Het zou realistischer zijn in dit stadium van de procedure alleen te eisen dat er bewijskrachtige aanwijzingen of vermoedens dat een zodanig feit is gepleegd voorhanden zouden zijn.

7. Het ontworpen artikel 90ter behandelt in één en dezelfde bepaling enerzijds de voorwaarden voor de wettigheid van de bewaking, en anderzijds de vereisten inzake de inhoud van de beschikking van de onderzoeksrechter, welke met redenen moet worden omkleed.

Het ontwerp zou aan duidelijkheid winnen indien artikel 90ter zich ertoe bepaalt de voorwaarden te vermelden; het zou beter zijn de vereisten op te nemen in artikel 90quater, dat specifiek handelt over de beschikking van de onderzoeksrechter; de vermelding van de "welbepaalde en uitzonderlijke" omstandigheden moet eveneens voorkomen in laatstgenoemd artikel.

8. Gelet op de hierboven gemaakte opmerkingen wordt voorgesteld het ontworpen artikel 90ter als volgt te redigeren :

"Artikel 90ter.-

§ 1. De onderzoeksrechter kan in uitzonderlijke gevallen, wanneer het onderzoek zulks vereist, privé-gezeg-

den of privé-mededelingen afluisteren of doen afluisteren, opnemen of doen opnemen, onderscheppen of doen onderscheppen indien er ernstige aanwijzingen bestaan dat het feit waarvan hij kennis neemt een strafbaar feit is, bedoeld in één van de wetsbepalingen opgesomd in paragraaf 2, en indien de overige middelen van onderzoek niet volstaan om de waarheid aan de dag te brengen.

De bewakingsmaatregel kan alleen worden bevolen ten aanzien van personen die op grond van precieze aanwijzingen ervan verdacht worden het strafbare feit te hebben gepleegd, ten aanzien van de communicatiemiddelen die geregeld worden gebruikt door een persoon op wie een verdenking rust, of ten aanzien van de plaatsen waar deze gewoonlijk vertoeft. Die maatregel kan eveneens worden bevolen ten aanzien van personen van wie op grond van precieze feiten vermoed wordt dat zij geregeld in verbinding staan met degene op wie de verdenking rust.

§ 2. De strafbare feiten die een bewakingsmaatregel wettigen, zijn die welke : (gevolgd door de opsomming van de strafbare feiten, ingedeeld in 1°, 2°, 3°, enz., en zo nodig onderverdeeld in a, b, c, enz., en rekening houdende met de tekstvoorstellen die verder in dit advies omtrent artikel 90ter worden gemaakt)".

De regel betreffende de motivering van de beschikking van de onderzoeksrechter en de vermelding van de omstandigheden die de bewaking wettigen, moet worden ingevoegd in het ontworpen artikel 90quater, zoals hierboven is gesteld.

.../...

BIJZONDERE OPMERKINGEN.

1. Een voorafgaande vaststelling moet worden gemaakt : doordat geëist wordt dat een gerechtelijk onderzoek wordt ingesteld en doordat gepreciseerd wordt dat de feiten in een strafbepaling moeten worden bedoeld, staat het ontwerp niet toe dat de privé-gezegden en privé-mededelingen bewaakt worden met het oog op het voorkomen van zware strafbare feiten, ofschoon de noodzaak van zulke voorkoming bij artikel 8.2 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden als een gewettigde grond van inmenging wordt aangezien.

Bij wijze van vergelijking schrijft de Duitse wetgeving (wet van 13 augustus 1968, gemeenlijk G.10 genoemd) voor dat de bewaking inzonderheid kan worden bevolen wanneer er feitelijke gegevens bestaan die doen vermoeden dat een persoon door middel van een strafbare daad voorbereidselen heeft getroffen om bepaalde ernstige strafbare feiten te plegen (1).

2. Het ontworpen artikel 90ter, I, noemt alleen de strafbare feiten bedoeld in de artikelen 101 tot 105 van het Strafwetboek, gepleegd in het kader van een samenspanning, doch vermeldt niet de overige misdaden en wanbedrijven tegen

---

(1) L.-E. PETTITI, Les écoutes téléphoniques et le droit français, A.J.D.A., 1992, blz. 36, met betrekking tot artikel 2 van de G.10, waarbij de bepalingen van het Duitse Wetboek van Strafvordering inzake het bewaken en de geluidsopname van telecommunicaties in het kader van de strafprocedures worden gewijzigd.

de veiligheid van de Staat, zoals die welke zijn bepaald bij de artikelen 118, 122bis of 124 van het Strafwetboek.

Het zal aan de Regering en aan de Wetgevende Kamers toekomen te oordelen of het evenwicht, inherent aan de regeling van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, tussen enerzijds de rechten van het individu, inzonderheid vervat in artikel 8.1, en anderzijds de vereisten van de verdediging van de grondwettelijke democratie, waarop de artikelen 8, § 2, en 17 (1) betrekking hebben, niet bovenmatig verstoord wordt door het ontwerp, en wel ten nadele van voornoemde vereisten.

Volgens de gemachtigden van de Minister moet deze kwestie worden geregeld bij de uitwerking van een onderscheiden ontwerp van wet betreffende de veiligheid van de Staat.

Deze uitleg doet evenwel niets af aan de noodzaak om in afwachting van de inwerkingtreding van een zodanige wet een regeling van gerechtelijke bewaking in te voeren in geval van zware strafbare feiten gepleegd tegen de veiligheid van de Staat, daar bepaalde technieken die worden aangewend om die strafbare feiten op te sporen, welke thans buiten de werkingssfeer van de strafwetgeving vallen,

---

(1) Lees in dat verband de beslissing van 10 mei 1985 van de Europese Commissie voor de Rechten van de mens, MERSCH en anderen, waarbij de verzoekschriften ingesteld tegen de artikelen 88-3 en 88-4 van de Code d'instruction criminelle van Luxemburg niet-ontvankelijk worden verklaard (Décisions et rapports, nr. 43, oktober 1985, blz. 72 tot 77).

voortaan op grond van de ontworpen voorschriften verboden zullen zijn op straffe van strafrechtelijke sancties (1).

3. Het ontworpen artikel 90ter, II en III, maakt de wettigheid van de maatregel van heimelijke bewaking afhankelijk van de dubbele voorwaarde dat het feit dat bij de onderzoeksrechter wordt aangebracht, één van de strafbare feiten is die in dat artikel beperkend worden opgesomd, en dat het feit "gepleegd wordt in het kader van een vereniging gevormd met het doel een overtreding te plegen van een van deze bepalingen" (2).

Het ontworpen artikel 90ter, V, maakt het zijnerzijds mogelijk dat een heimelijke bewaking bevolen wordt wanneer het feit dat bij de onderzoeksrechter wordt aangebracht, een "misdaad of een wanbedrijf is beoogd in artikel 322 en 323 van het Strafwetboek, voor zover de vereniging gevormd is met het doel een aanslag te plegen tegen de personen of eigendommen beoogd onder II. of III.".

De toepassing van de artikelen 322 en 323 van het Strafwetboek vereist niet dat de misdaden of wanbedrijven werkelijk door de vereniging zouden zijn ten uitvoer gebracht, noch dat zij geslaagd zouden zijn.

---

(1) Zie in dat verband J. SPREUTELS, op. cit., blz. 111 e.v., en de noot (18) onder aan de bladzijde.

(2) Hier worden niet onderzocht de overige gevallen bedoeld in het ontworpen artikel 92ter, II (niet bevrijde gegijzelde; artikel 347bis, vierde en vijfde lid, Strafwetboek).

In die omstandigheden is de strekking van het ontworpen artikel 90ter, II en III, niet duidelijk, te meer daar de werkingssfeer ervan volledig lijkt op te gaan in de ruimere werkingssfeer van het ontworpen artikel 90ter, V, waardoor artikel 90ter, II en III, waarvan de inhoud in V zou worden opgenomen, gewoon kan vervallen (1).

Gelet op de te voorziene moeilijkheid om in het stadium van het onderzoek alle bestanddelen vast te stellen van een vereniging met het oogmerk om misdrijven te plegen (2), welke vereniging daarenboven in het bijzonder gevormd wordt met het oog op het plegen van duidelijk bepaalde strafbare feiten, lijkt het meer aangewezen in artikel 90ter, II en III, begrippen te gebruiken die, ofschoon ze ruimer zijn, het eveneens mogelijk maken daarbij de misdadige groeperingen te betrekken welke volgens het ontwerp de enige zijn waarop de bewakingsmaatregelen kunnen worden toegepast : "feiten gepleegd door twee of meer personen" (bv. artikel 471 van het Strafwetboek); "feiten gepleegd in bende" (bv. artikel 273 van hetzelfde Wetboek); "in vereniging" (artikel 342 van hetzelfde Wetboek).

---

(1) Onder voorbehoud van de overige gevallen bedoeld in het ontworpen artikel 90ter, II : geval van een niet bevrijde gegijzelde en die bedoeld in artikel 347bis, vierde en vijfde lid, van het Strafwetboek.

(2) Zie Cass. 21 oktober 1963, Pas., 1964, I, 183; Cass. 4 december 1984, Arr. Cass. 1984-1985, II, 464; Cass. 30 januari 1991, J.T., 1991, 644; MARCHAL en JASPAR, Droit criminel, deel III, Brussel, 1982, blz. 32 en volgende.

Indien het ontworpen artikel 90ter, II en III, ongewijzigd blijft, is in het stadium van het onderzoek het bewijs vereist dat het reeds gepleegde strafbare feit vermeld wordt in de opsomming vervat in dat artikel, en bovendien het bewijs van de volgende bestanddelen :

- het bestaan van een vereniging;

- het bestaan van een organisatie met een minimale bestendigheid;

- de vereniging wordt gevormd, niet alleen met het doel om tegen personen of eigendommen aanslagen te plegen die misdaden of wanbedrijven vormen, doch voorts in het bijzonder met het oog op het plegen van één of meer bepaalde strafbare feiten, opgesomd in deze bepaling;

- het weloverwogen opzet om deel uit te maken van die georganiseerde groep welke een zodanig doel nastreeft.

Het komt aan de stellers van het ontwerp toe te oordelen of een zodanige regeling praktische toepassing kan vinden, te meer daar bepaalde vormen van verenigingen die niet worden vermeld, op het stuk van de privé-milities (wet van 29 juli 1934), de koerswijziging van luchtvaartuigen (wet van 27 juni 1937), enz. derhalve uitgesloten lijken.

In de memorie van toelichting staat te lezen :

"De strafbare feiten waarvoor deze onderzoeksmaatregel mogelijk is, dienen beperkt te worden tot vormen van zware criminaliteit, met name terrorisme, groot

banditisme of georganiseerde misdaad. Gezien deze criminologische noties in de Belgische wetgeving geen vastomlijnde betekenis hebben, wordt in artikel 90ter onder I tot en met VI, een limitatieve opsomming gegeven van de feiten die hiermee worden bedoeld. Deze formule biedt het voordeel dat de wetgever de afluisterpraktijken strikt kan beperken tot de gevallen waarin hij ze verantwoord acht".

Ofschoon de techniek van de beperkende opsomming van de strafbare feiten die de bewaking wettigen het onomstotelijke voordeel oplevert dat met nauwkeurigheid alleen de gevallen worden bepaald waarin de bewakingsmaatregel wettig is, kan zij, indien men niet nauwlettend is, aanleiding geven tot omissies of tot enig onderscheid dat niet op objectieve en redelijke maatstaven rust.

Zo bijvoorbeeld :

- worden in rubriek II de aanhouding, de gevangenhouding of de ontvoering van personen alleen bedoeld wanneer verantwoording moet worden afgelegd voor de tenuitvoerlegging van een bevel of een voorwaarde, met uitzondering van de overige gevallen van ontvoering, aangezien de overeenkomstige bepalingen van het Strafwetboek, zoals de artikelen 368 en volgende, niet worden genoemd;

- worden in rubriek III alle gevallen van doodslag bedoeld (artikelen 393, 394, 397, 475 van het Strafwetboek), doch worden enerzijds niet alle bepalingen geciteerd met betrekking tot de verzwarende omstandigheden, en slaat rubriek III anderzijds slechts voor een deel op de zware gewelddaden tegen personen; zo worden bijvoorbeeld de artikelen 257, 375, 473, 474, enz. van het Strafwetboek

niet geciteerd; zo ook kan de opsomming, bij ontstentenis van een specifieke strafbaarstelling in het Belgische recht (1), niet alle daden omvatten die worden verboden bij artikel 3 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden;

- verwijst het ontworpen artikel 90ter, III, a, uitsluitend naar artikel 331bis van het Strafwetboek, met uitsluiting van inzonderheid de overige bedreigingen met een aanslag op personen onder meer, zoals bedoeld in de artikelen 327 en volgende van hetzelfde Wetboek (2).

Het is evenwel mogelijk dat geen misdaad is gepleegd. Een bedreiging kan zijn geuit of, minder duidelijk nog, een politiedienst kan vernomen hebben dat één of meer personen een dreigend gevaar lopen.

In die gevallen is het niet duidelijk hoe de onderzoeksrechter en de raadkamer daarvan kennis zullen nemen, en hoe de voorgeschreven procedure het mogelijk zal maken nuttige maatregelen te nemen binnen een zeer korte tijdspanne, zoals naargelang van de omstandigheden in zulke aangelegenheden nodig kan blijken.

---

(1) Zie in dat verband MARCHAL en JASPAR, op. cit., deel I, 3e druk, Brussel, 1975, nr. 35, blz. 29.

(2) Idem voor de aanzetting (wetten van 7 juli 1875 en 25 maart 1891).

De vereisten van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en die van het voorkomen en de vervolging van de zwaarste misdaden kunnen slechts met elkaar in overeenstemming worden gebracht door middel van teksten die in alle gevallen procedures opleggen die de doeltreffendheid van de ene en de andere zo veel mogelijk waarborgen;

- verwijst het ontworpen artikel 90ter, III, h, naar de diefstal en de afpersing van kernmateriaal (artikelen 477 tot 477sexies van het Strafwetboek), doch sluit het artikel 488bis van het Strafwetboek betreffende de externe beveiliging van kernmateriaal uit;

- verwijst het ontworpen artikel 90ter, III, i, uitsluitend naar artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek, en wel "voor zover het het witwassen van fondsen die voortspruiten uit een misdrijf beoogd door dit artikel" betreft; het witwassen van wat voortkomt uit onwettige activiteiten is een wanbedrijf waarvan de invoeging in de opsomming in de memorie van toelichting gemotiveerd wordt door de volgende overweging : "Het betreft hier een verplichting (1) opgelegd door de Overeenkomst van Straatsburg van 8 november 1990 betreffende het witwassen, de opsporing, de inbeslagneming en de confiscatie van opbrengsten van misdrijven".

---

(1) Zoals deze bepaling geredigeerd is, kan evenwel twijfel rijzen omtrent de bewering dat zij een resultaatsverbintenis zou opleggen aan de Verdragsluitende Staten.

Ofschoon artikel 4.2 van die Overeenkomst inderdaad het aftappen van telecommunicatiemiddelen vermeldt, is de werkingssfeer van dat artikel veel ruimer dan die van het ontwerp, inzonderheid wat de strafbare feiten betreft die deze bijzondere onderzoekingstechniek wettigen; in werkelijkheid kan, gezien de wijze waarop deze bepaling geredigeerd is, twijfel rijzen omtrent de bewering dat zij een resultaatsverbintenis zou opleggen aan de Verdragsluitende Staten.

Voorts vertoont de tekst een gebrek aan overeenstemming met artikel 42, 3°, van het Strafwetboek waarnaar artikel 505, eerste lid, 2°, verwijst en waarin de termen "vermogensvoordelen", "goederen en waarden" en "inkomsten" worden gebruikt; in de memorie van toelichting wordt het gebruik van het enkele woord "fondsen" in het ontwerp niet verantwoord;

- artikel 90ter, III, j en k, citeert de artikelen 510, 511 en 520 van het Strafwetboek, met uitzondering, om onduidelijke redenen, van artikel 516 van hetzelfde Wetboek.

Kortom, het komt aan de Regering en de Wetgevende Kamers toe te oordelen of de opsomming van de strafbare feiten niet behoort te worden herzien, waarbij, gelet op artikel 17 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, in het ontwerp zowel de voorkoming als de beteugeling zou worden opgenomen van de zwaarste strafbare feiten die de bij het Verdrag erkende rechten en vrijheden schenden, en op zijn minst de onschendbare rechten bedoeld in artikel 15, § 2.

Daarentegen vormt de uiterst nauwkeurige opsomming, in het ontwerp, van de strafbare feiten waarbij de bewaking wordt toegestaan een sterk contrast met het opzet, uiteengezet in de memorie van toelichting, om artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering zonder beperking te laten toepassen in het geval waarin feiten met betrekking tot een ander strafbaar feit dan dat waarop de maatregel is gesteund, aan het licht komen bij de uitvoering ervan.

Bij wijze van vergelijking bepaalde het ontwerp van wet houdende verscheidene maatregelen ter verhoging van de veiligheid van de burger, ingediend op 2 juni 1986 (1), het volgende : "In afwijking van artikel 29 (Sv.), indien feiten met betrekking tot een ander misdrijf dan dit waarop de maatregel is gesteund, aan het licht komen bij de uitvoering ervan, kunnen zij slechts aanleiding geven tot vervolging indien het om een misdaad gaat".

Voorts verdient het aanbeveling in het ontworpen artikel 90ter de woorden "waarmee hij gelast is" te vervangen door de woorden "waarmee hij belast is". Zo ook behoren de woorden "beoogd door", "beoogd in" en "beoogd onder" te worden vervangen door de woorden "bedoeld in". De woorden "lid 1", "lid 3" en "lid 6" moeten worden vervangen door de woorden "eerste lid", "derde lid" en "zesde lid". In artikel 90ter, VI, behoort te worden geschreven : "... van de wet van 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van de giftstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, ontsmettingsstoffen en antiseptica".

---

(1) Gedr. St., Senaat, 1985-1986, nr. 298/1.

B. Het ontworpen artikel 90quater van het Wetboek van Strafvordering.

Eerste lid.

1. Het ontworpen artikel 90quater, eerste lid, betreft de motivering van de beschikking van de onderzoeksrechter met betrekking tot de heimelijke bewaking van privé-mededelingen of privé-gezegden. Daaromtrent dienen de volgende opmerkingen te worden gemaakt.

a) Er behoort geen termijn, berekend in uren, te worden bepaald waarvan het aanvangspunt een dag is, zo niet kunnen problemen rijzen bij de berekening van de termijn (1).

b) De bepaling behoort te worden aangevuld, waarbij alle regels worden bijeengebracht die betrekking hebben op de inhoud van de beslissing waarbij een bewakingsmaatregel wordt bevolen; in die beslissing zouden ten minste de datum van de beschikking moeten worden vermeld (aanvangspunt van de termijn van twee dagen), de opgaaf van de personen, de wijzen van mededeling of de plaatsen die het voorwerp zijn van de bewaking, alsook de opgaaf van de personen die verantwoordelijk zullen zijn voor de tenuitvoerlegging van dat uitzonderlijk middel van onderzoek.

---

(1) Uit de toelichtingen van de gemachtigden van de Minister blijkt dat de termijn twee dagen bedraagt, te rekenen van de uitspraak van de beslissing, met dien verstande dat de dies a quo niet begrepen is in de termijn.

De volgende tekst wordt voorgesteld :

"Art. 90quater.-

§ 1. Tot iedere bewakingsmaatregel ... (1) wordt vooraf machtiging verleend bij een met redenen omklede beschikking van de onderzoeksrechter.

Op straffe van nietigheid wordt de beschikking gedagtekend en vermeldt zij :

1° de aanwijzingen en de concrete feiten, eigen aan de zaak, die de maatregel wettigen overeenkomstig artikel 90ter;

2° de redenen waarom de maatregel onontbeerlijk is om de waarheid aan de dag te brengen;

3° de persoon, de wijze van mededeling of de plaats die het voorwerp is van de bewaking;

4° de periode tijdens welke de bewaking kan worden uitgeoefend, welke niet langer mag zijn dan twee dagen te rekenen van de beslissing waarbij de maatregel wordt bevolen;

5° de naam en de hoedanigheid van de personen belast met de bewaking".

In paragraaf 2 zouden de bepalingen worden ingevoegd die thans vervat zijn in het tweede en het derde lid

---

(1) Zie de algemene opmerking III, blz. 11.

van het ontworpen artikel 90quater, onder voorbehoud van de hierna gemaakte opmerkingen.

2. Tegen de beslissing van de onderzoeksrechter die een maatregel van heimelijke bewaking beveelt, zal in de praktijk noodgedwongen geen enkel beroep openstaan. Uit de gezamenlijke teksten van de ontworpen artikelen 90quater en 90quinquies blijkt dat de beslissing om een zodanige maatregel te bevelen tijdens een duur van vier dagen ter beoordeling volkomen aan de onderzoeksrechter wordt overgelaten.

Het komt aan de Regering en aan de Wetgevende Kamers toe te oordelen of het ontwerp naar analogie van de voorgaande ontwerpen (1) niet behoeft te worden aangevuld met een bepaling waarbij de beschikking ter fine van bevestiging wordt voorgelegd aan de raadkamer of, in voorkomend geval, aan de kamer van inbeschuldigingstelling, zulks als compensatie voor de omstandigheid dat tegen de beslissing waarbij de bewaking wordt bevolen geen beroep openstaat.

Tweede lid.

Rekening moet worden gehouden met het feit dat de Regie van Telegrafie en Telefonie sedert de inwerkingtreding

---

(1) Zie bijvoorbeeld artikel 6 van titel II van het ontwerp van wet houdende verscheidene maatregelen ter verhoging van de veiligheid van de burger, Gedr. St. Senaat, 1985-1986, nr. 298/1, blz. 54 en 55.

van de wet van 21 maart 1991 vervangen is door een economisch overheidsbedrijf, "BELGACOM" genaamd.

Voorgesteld wordt het tweede lid als volgt te redigeren :

"De onderzoeksrechter verzoekt om de technische medewerking van ... indien de maatregel een bewerking op het net van ...".

Derde lid.

Uit de ontworpen tekst kan niet worden opgemaakt of de onderzoeksrechter voor de tenuitvoerlegging van de beschikking waarbij een zo uitzonderlijk middel van onderzoek wordt voorgeschreven, gerechtelijke agenten kan aanwijzen die als officier van gerechtelijke politie, hulpofficier van de procureur des Konings zijn aangesteld.

Daarentegen blijkt impliciet uit het derde lid dat de onderzoeksrechter in zijn beschikking de naam en de hoedanigheid moet vermelden van de personen die met de bewaking worden belast; de voor de eerste paragraaf voorgestelde tekst houdt daarmee rekening (zie hierboven, blz. 131).

Voorgesteld wordt het derde lid als volgt te stellen :

"Hij mag voor de tenuitvoerlegging van zijn beschikking alleen officieren van gerechtelijke politie aanwijzen, die ... agenten van gerechtelijke politie wier namen vooraf aan de onderzoeksrechter worden medegedeeld".

C. Het ontworpen artikel 90quinquies van het Wetboek van Strafvordering.

1. Niets belet dat de heimelijke bewaking voor onbepaalde tijd wordt uitgeoefend, zulks als gevolg van de verlengingen die opeenvolgend door de onderzoeksrechter en de raadkamer worden beslist, zonder dat in enig beroep is voorzien. De beperking van de duur van de maatregel is echter één van de waarborgen die het Europese Hof voor de Rechten van de mens nodig acht om misbruik te voorkomen (1).

Weliswaar staat in de memorie van toelichting te lezen : "Aangezien bij elke verlenging de welbepaalde omstandigheden vermeld moeten worden, moet telkens opnieuw de opportuniteit van de maatregel worden beoordeeld". In dat opzicht moet echter gewezen worden op een gebrek aan overeenstemming met de eigenlijke tekst van het ontwerp, waarin men zich ertoe bepaalt voor te schrijven dat de beschikking de "welbepaalde" omstandigheden vermeldt die de enkele verlenging wettigen, zonder op die verlenging de bepalingen toepasselijk te maken die zijn vervat in de ontworpen artikelen 90ter en 90quater.

---

(1) Zie met betrekking tot artikel 88bis van het Wetboek van Strafvordering F. DERUYCK, op. cit., § 34, blz. 14 en 15.

Artikel 90quinquies moet worden herzien, zodat het bestaanbaar wordt gemaakt met artikel 8.2 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

2. De stellers van het ontwerp zouden zich uitdrukkelijk moeten uitspreken omtrent het bestaan of de afwezigheid van rechtsmiddelen welke openstaan tegen de beschikking waarbij een verlenging wordt toegestaan of afgewezen, alsook, in voorkomend geval, omtrent de procedurele waarborgen waarin moet worden voorzien ten einde de eventuele ontstentenis van beroep te compenseren.

3. Als bijkomende waarborg zou naar het voorbeeld van de Duitse wetgeving bepaald moeten worden dat de rechter verplicht is een eind te maken aan de bewakingsmaatregelen zodra de omstandigheden die ze hebben gewettigd verdwenen zijn (1).

4. De tweede volzin zou eenvoudiger zijn indien hij, rekening houdend met de opmerking onder punt 3, als volgt werd gesteld :

"De raadkamer kan de duur van de beschikking één of meer malen verlengen met een termijn die niet langer mag zijn dan acht dagen, onverminderd de beslissing van de

---

(1) Zie voornoemd arrest Klass.

rechter om aan de maatregel een eind te maken zodra de omstandigheden die deze gewettigd hebben verdwenen zijn".

In de derde volzin behoort het woord "welbepaalde" vervangen te worden door het woord "precieze".

D. De ontworpen artikelen 90sexies en 90 septies van het Wetboek van Strafvordering.

1. De artikelen 90sexies en 90septies bepalen dat ieder afgeluisterd gesprek moet worden opgenomen, en dat die opname onder verzegelde omslag ter griffie wordt bewaard. Alleen de inlichtingen, gezegden of mededelingen die van belang zijn voor het onderzoek, worden in de samenvattende processen-verbaal opgetekend.

Uit de aard der zaak kan een maatregel van heimelijke bewaking van privé-gezegden of privé-mededelingen aanleiding geven tot tal van gevaarlijke misbruiken op het stuk van de bewijsvoering indien niets is voorgeschreven om te beletten dat opnamen ervan verdacht zouden worden "gemonteerd" te zijn of zelfs vervalst, en om na te gaan of de samenvattende processen-verbaal de gezegden en mededelingen van de beklaagde getrouw en volledig weergeven, met vermelding van alle gegevens, zowel die ter verdediging als die ter bezwaring.

Dit geldt des te meer daar de woorden "die een belang inhouden voor het onderzoek" in het ontworpen artikel 90sexies van die aard zijn dat zij de steller van

het proces-verbaal een ruime bevoegdheid van discretionaire beoordeling verlenen met betrekking tot wat subjectief nuttig geacht wordt voor het onderzoek.

Zulke misbruiken moeten voorkomen worden door wetsbepalingen die een werkelijke controle van de rechter mogelijk maken op de wijze waarop de opname wordt gemaakt, alsook op de bewijskracht van de samenvattende processen-verbaal.

Bovendien houdt de naleving van de rechten van verdediging in dat de partijen vrijelijk kunnen beraadslagen over het bewijsmateriaal (1) dat is ingewonnen dank zij de bewakingsmaatregel, wat veronderstelt dat de beklaagde in voorkomend geval reeds bij de eerste verschijning voor de raadkamer (2) kennis zou kunnen nemen van de processen-verbaal, ze confronteren met de opnamen en deze laatste doeltreffend betwisten, zo nodig door middel van een deskundigenonderzoek van de opgenomen banden (3).

De naleving van de artikelen 6 en 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden houdt in dat die waarborgen opgenomen worden in de tekst zelf van de ontworpen wet.

---

(1) Cass. 8 juni 1983, Arr. Cass., 1982-1983, III, 1248.

(2) Artikel 21, § 3, van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis.

(3) D. GARABEDIAN, opm. onder Cass. 27 februari 1985 en Brussel 30 november 1984, J.T., 1985, blz. 734 tot 736.

Artikel 125 van het tarief in strafzaken zal het mogelijk maken dank zij de bemoeiing van de procureur-generaal bij het hof van beroep te voorkomen dat het dossier, dat gegevens bevat die zijn verkregen door de bewaking van privé-gezegden of privé-mededelingen, zou worden medegedeeld in omstandigheden die afbreuk kunnen doen aan de persoonlijke levenssfeer van de veroordeelde of van derden, of dat afschriften in zodanige omstandigheden zouden worden afgegeven. Zo nodig komt het aan de Koning toe die bepaling aan te passen zodat rekening wordt gehouden met de eigenheid van die aangelegenheid, waarbij evenwel gelet wordt op de vereisten van de naleving van de rechten van verdediging.

Voorts verdient het aanbeveling artikel 90sexies als volgt te stellen :

"Alleen de inlichtingen, gezegden of mededelingen die zijn opgevangen als gevolg van de maatregelen genomen met toepassing van de artikelen 90ter, 90quater en 90quinquies en die van belang zijn voor het onderzoek, worden in processen-verbaal opgetekend".

2. In het ontworpen artikel 90septies, tweede lid, is het woord "overschrijving" bijzonder dubbelzinnig en zou eruit afgeleid kunnen worden dat het deel van de opname

wordt vernietigd waarvan de inhoud niet is opgetekend in het samenvattend proces-verbaal (1).

Uit de toelichtingen van de gemachtigden van de Minister blijkt dat de vernietiging in werkelijkheid betrekking heeft op de met de hand geschreven aantekeningen die zijn opgemaakt met het oog op de voorbereiding van de bewaking of tijdens deze laatste.

De tekst moet worden herzien ten einde de bedoeling van de stellers van het ontwerp duidelijk weer te geven.

Onder voorbehoud van een zodanige herziening wordt de volgende Nederlandse tekst voorgesteld :

"Art. 90septies.-

De gezegden of mededelingen opgevangen als gevolg van de maatregelen die zijn genomen met toepassing van de artikelen 90ter, 90quater en 90quinquies worden opgenomen. Het voorwerp van de maatregel en de dagen en uren waarop deze is uitgevoerd, worden opgenomen bij het begin en op het einde van iedere opname die erop betrekking heeft.

Iedere overschrijving van de gezegden of mededelingen opgevangen als gevolg van de maatregelen, genomen met toepassing van de genoemde artikelen, die niet is opgetekend in een proces-verbaal, wordt vernietigd.

---

(1) Zulks kan moeilijk worden aangenomen : advies L. 14.891/2 van 15 december 1982, Gedr. St. Kamer, 1983-1984, nr. 778/1, blz. 34.

De opnamen worden samen met de afschriften van de processen-verbaal onder verzegelde omslag ter griffie bewaard.

De griffier vermeldt in een bijzonder register iedere opname en ieder afschrift van proces-verbaal neergelegd ter griffie, alsook de dag van de neerlegging ervan, de naam van de onderzoeksrechter die de desbetreffende maatregel heeft bevolen en het voorwerp ervan, de dag waarop de zegels zijn verbroken en in voorkomend geval opnieuw zijn gelegd, de dag waarop de opname of het afschrift van proces-verbaal beluisterd of gelezen is overeenkomstig artikel 90decies, en iedere andere gebeurtenis die erop betrekking heeft".

E. Het ontworpen artikel 90octies van het Wetboek van Strafvordering.

Een eerste opmerking betreft de werkingssfeer van de ontworpen tekst in de tijd.

In voornoemd arrest Kruslin bepaalt het Europese Hof voor de Rechten van de mens zich ertoe het geval van de advocaat aan te halen, terwijl de ontworpen tekst verwijst naar de arts, doch niet naar andere noodzakelijke vertrouwelingen.

In de memorie van toelichting behoort die werkingssfeer op zijn minst te worden verantwoord.

Daarenboven is de tekst te onduidelijk gesteld wil men de strekking ervan precies kunnen begrijpen, inzonderheid wat de bedoelde "lokalen" betreft of "het misdrijf" waarover het gaat. Zo ook wordt de waarborg met betrekking tot het optreden van de stafhouder of van een arts van de provinciale orde van geneesheren alleen in de memorie van toelichting aangehaald, zonder dat duidelijk is op welk tijdstip die waarborg geacht wordt te gelden.

Bovendien maakt artikel 90octies, zoals het is geredigeerd, de bewakingsmaatregel onmogelijk wanneer de persoon die ervan verdacht wordt het strafbare feit te hebben gepleegd of eraan te hebben deelgenomen geen arts of advocaat is en bij dezen zou verblijven of geregeld een communicatielijn zou gebruiken welke van hun verblijfplaats afhangt.

De stellers van het ontwerp behoren hun bedoeling ter zake nader te bepalen.

Onder voorbehoud van deze aanpassingen wordt voorgesteld de Nederlandse tekst van artikel 90octies als volgt te redigeren :

"Art. 90octies.-

De maatregel kan alleen betrekking hebben op de lokalen, de woonplaats of de communicatielijn van een advocaat of een arts indien deze er zelf van verdacht wordt het strafbare feit te hebben gepleegd of eraan deelgenomen te hebben".

F. Het ontworpen artikel 90nonies van het Wetboek van Strafvordering.

Het woord "overgeschreven" is dubbelzinnig. In het licht van de memorie van toelichting behoort het vervangen te worden door de woorden "worden niet opgetekend in het proces-verbaal". Bovendien moet dat voorschrift, dat betrekking heeft op de redactie van het samenvattend proces-verbaal, ingevoegd worden in het ontworpen artikel 90sexies.

Het betreft dus geenszins de overschrijving bedoeld in het tweede lid van artikel 90. Derhalve worden de gezegden en mededelingen waarop het beroepsgeheim van toepassing is, niet vernietigd.

Het komt aan de Wetgevende Kamers toe te oordelen of in de vernietiging ervan moet worden voorzien zodra de rechten van verdediging zijn uitgeoefend, dit wil zeggen zodra een definitieve beslissing is genomen.

Onder voorbehoud van deze aanpassingen wordt voorgesteld de Nederlandse tekst als volgt te redigeren :

"Art. 90nonies.

De gezegden of mededelingen die onder het beroepsgeheim vallen, worden niet opgetekend in het proces-verbaal".

.../...

G. Het ontworpen artikel 90decies van het Wetboek van Strafvordering.

De inkennisstelling door de griffier aan de betrokkenen dat te hunnen aanzien een bewakingsmaatregel is genomen die een inbreuk is op hun persoonlijke levenssfeer, is een onontbeerlijke waarborg, inzonderheid uit het oogpunt van de inwerkingstelling van de daadwerkelijke rechtshulp opgelegd bij artikel 13 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden : hoe kan men zich immers verdedigen tegen een heimelijke, onwettig uitgevoerde bewaking indien men niet op de hoogte is van het bestaan van de maatregel ?

In die waarborg moet evenwel niet alleen worden voorzien ten behoeve van de beklaagde of van diegene ten aanzien van wie de bewaking wordt bevolen, doch eveneens ten aanzien van alle identificeerbare personen wier privé-gezegden of privé-mededelingen de facto zijn afgeluisterd, opgenomen of onderschept. Het ontwerp behoort te worden herzien ten einde daaromtrent geen enkele twijfel te laten bestaan.

Daarenboven zullen er zich gevallen voordoen waarin de toegang tot de opnamen en de samenvattende processen-verbaal, welke deel uitmaken van het strafdossier, moet worden geregeld vooraleer de rechtspleging wordt geregeld, bijvoorbeeld wanneer de bewakingsmaatregel gevolgd wordt door de afgifte van een bevel tot aanhouding (artikel 21, § 3, van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis).

In het ontworpen artikel 90decies behoort dus te worden geschreven :

"Uiterlijk op het tijdstip van de regeling van de rechtspleging stelt de griffier iedere persoon ten aanzien van wie een maatregel bedoeld in artikel 90ter is genomen, schriftelijk in kennis van de aard van die maatregel en van de dagen waarop deze is uitgevoerd, alsook van de plaatsen, dagen en uren waarop die persoon de opnamen kan beluisteren en kennis nemen van de afschriften van processen-verbaal die erop betrekking hebben, overeenkomstig de nadere regels vastgesteld door de Koning".

H. Het ontworpen artikel 90undecies van het Wetboek van Strafvordering.

Aangezien over het verslag van de Minister van Justitie een openbaar parlementair debat zal worden gevoerd, spreekt het vanzelf dat de in het verslag vervatte inlichtingen het in geen geval, rechtstreeks of onrechtstreeks, mogelijk mogen maken personen te identificeren wier privé-gezegden of privé-mededelingen zijn afgeluisterd, opgenomen of onderschept, zo niet loopt men gevaar op flagrante wijze de internationale verdragen te schenden die de eerbied voor de persoonlijke levenssfeer waarborgen.

Voorgesteld wordt aan het eind van het tweede lid te schrijven : "... en van de behaalde resultaten".

Artikel 4.

1. Artikel 4 verleent de Koning bevoegdheid om regels te stellen met betrekking tot de verkoop, het te koop aanbieden, de aankoop, de verhuring, het onder zich hebben, de afstand, de vervaardiging, de invoer, de uitvoer, het vervoer en de opstelling van de toestellen of combinaties van toestellen waarmee in de artikelen 265bis en 314bis van het Strafwetboek omschreven misdrijven kunnen worden gepleegd, alsook met betrekking tot de reclame voor die toestellen.

Weliswaar kan die regeling alleen worden uitgevaardigd "met het oog op de beteugeling van de wanbedrijven voorzien in de artikelen 265bis en 324bis van het Strafwetboek".

Ondanks die beperking blijft de delegatie van bevoegdheid die de wetgever aan de Koning heeft toegekend evenwel uitermate ruim, aangezien de Koning regels zal kunnen stellen die een ernstige inbreuk vormen op de vrijheid van handel en nijverheid (1) in veelvuldig gebruikte toestellen (bandrecorders, toestellen voor geluidsversterking, automatische antwoordapparaten, enz.) of in meer technische toestellen (een stethoscoop bijvoorbeeld), die voor volkomen wettige doeleinden kunnen worden aangewend en die alleen nadeel kunnen berokkenen als gevolg van het oneerlijke gebruik dat ervan kan worden gemaakt.

---

(1) Zie in dat verband P. KAYSER, op. cit., blz. 308 en volgende.

Aan de vrijheid van handel en nijverheid zou immers op ongehoorde wijze afbreuk worden gedaan indien de Koning gemachtigd zou worden de handel of de opstelling van ongeacht welk "toestel" te regelen of te verbieden, onder het voorwendsel dat het eventueel kan worden gebruikt voor onwettige doeleinden in het licht van de ontworpen artikelen 265bis en 314bis.

Derhalve rijst de vraag of de toepassing van artikel 4 behoort te worden beperkt tot bepaalde modellen van toestellen, zoals de sterk verkleinde toestellen die zijn ontworpen met het oog op het heimelijk afluisteren, opnemen of onderscheppen van gezegden of mededelingen, dan wel of, in het geval dat een zodanige uitlegging niet in aanmerking wordt genomen, de stellers van het ontwerp op zijn minst in de memorie van toelichting geen preciezere criteria moeten vaststellen ten einde de bevoegdheid van de Koning te beperken.

2. Wat de opstelling van de toestellen betreft, blijken de artikelen 4, 2°, en 5 tot 9 van het ontwerp onbestaanbaar met artikel 114, § 9, van voornoemde wet van 21 maart 1991, alsook met de strafregeling voorgeschreven bij de artikelen 110 en 116 tot 118 van diezelfde wet.

Meer algemeen kan de gelijktijdige toepassing van de wet van 21 maart 1991 enerzijds en van de artikelen 4 tot 9 van het ontwerp anderzijds tal van moeilijkheden doen rijzen.

Artikelen 5 tot 9.

De bepalingen vervat in de artikelen 5 tot 9 van het ontwerp kunnen pas op nuttige wijze worden onderzocht wanneer de problemen zijn opgelost die aan het begin van dit advies zijn aangehaald, onder het opschrift : "Inpassing van het ontwerp in de bestaande wetgeving".

Onder dat voorbehoud behoort het volgende opgemerkt te worden :

1. De aanwijzing van de ambtenaren die gerechtigd zijn tot het opmaken van een proces-verbaal dat geldt als bewijs zolang het tegendeel niet is bewezen, is in artikel 6 veel te vaag geredigeerd.

De tekst dient preciezer te worden gesteld, waarbij wordt verwezen naar personen die een bijzondere kwalificatie hebben.

2. In artikel 7 behoort te worden bepaald dat alleen bedoeld worden de binnenplaatsen die aan de werk-plaatsen en bedrijfsgebouwen palen, alsook de aangrenzende erven, zodat de privé-woning ervan wordt uitgesloten.

3. Er bestaat een tegenstelling tussen artikel 9 en artikel 5, tweede lid, dat voorziet in een afwijking van de artikelen 54 en volgende van het Strafwetboek.

Slotopmerking.

De Nederlandse tekst van het ontwerp is uit een oogpunt van correct taalgebruik ondermaats. Bij wijze van voorbeeld zijn in het advies een aantal tekstvoorstellen gedaan. De Nederlandse tekst van het ontwerp zou grondig moeten worden herzien.

La chambre était composée de

Messieurs : J.-J. STRYCKMANS, président de chambre,
de Heren : kamervoorzitter,

Y. BOUCQUEY, conseillers d'Etat,
Y. KREINS, staatsraden,

J. DE GAVRE, assesseurs de la section de législation,
P. GOTHOT, assessoren van de afdeling wetgeving,

Madame : R. DEROY, greffier,
Mevrouw : griffier.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. J.-J. STRYCKMANS.

Le rapport a été présenté par M. M. QUINTIN, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. P. NIHOUL, référendaire adjoint.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J.-J. STRYCKMANS.

Het verslag werd uitgebracht door de H. M. QUINTIN, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. P. NIHOUL, adjunct-referendaris.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER, LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

R. DEROY. J.-J. STRYCKMANS.