

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 30.774/2

DE LA SECTION DE LEGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de la Justice, le 10 octobre 2000, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un avant-projet de loi "relatif à l'extension de la liste d'infractions pouvant justifier une mesure de surveillance, visée à l'article 90ter du Code d'instruction criminelle", a donné le 27 novembre 2000 l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIE

ADVIES 30.774/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 10 oktober 2000 door de Minister van Justitie verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste een maand, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "betreffende de uitbreiding van de strafbare feiten die een bewakingsmaatregel kunnen wettigen, vervat in artikel 90ter W.v.S.", heeft op 27 november 2000 het volgende advies gegeven :

Observation générale

La loi en projet poursuit deux objectifs : d'une part, permettre au juge d'instruction d'ordonner

"... une mesure d'interception de communications ou de télécommunications prévue aux articles 90ter et suivants du Code d'instruction criminelle"

afin de faciliter les recherches et la preuve des infractions en matière de corruption publique et privée et, d'autre part, autoriser l'enquête proactive dans le cadre de l'information pour ce type d'infractions.

Sur ce dernier point, l'article 28bis, § 2, du Code d'instruction criminelle dispose que

"L'information s'étend à l'enquête proactive. Celle-ci, dans le but de permettre la poursuite d'auteurs d'infractions, consiste en la recherche, la collecte, l'enregistrement et le traitement de données et d'informations sur la base d'une suspicion raisonnable que des faits punissables vont être commis ou ont été commis mais ne sont pas encore connus, et qui sont ou seraient commis dans le cadre d'une organisation criminelle, telle que définie par la loi, ou constituent ou constitueraient un crime ou un délit tel que visé à l'article 90ter, §§ 2, 3 et 4. Pour entamer une enquête proactive, l'autorisation écrite et préalable du procureur du Roi, de l'auditeur du travail, ou du magistrat national, dans le cadre de leur compétence respective, est requise, sans préjudice du respect des dispositions légales spécifiques réglant les techniques particulières de recherche."

Si le principe de l'enquête proactive est ainsi consacré par la loi, il convient cependant de constater que les techniques particulières de recherche qui pourraient

.../...

être mises en oeuvre dans ce contexte, n'ont pas été définies dans un texte légal.

Tant l'enquête proactive que les techniques particulières de recherche sont actuellement régies par des directives ministérielles, dont la directive du 31 décembre 1996 pour ce qui concerne l'enquête proactive (1) et les circulaires ministérielles des 24 avril 1990 et 5 mars 1992 pour ce qui a trait aux techniques particulières de recherche (2).

Cependant, certains instruments internationaux ratifiés par la Belgique comme l'Accord de Schengen ou la Convention Europol, consacrent le principe de la recherche proactive.

Il convient, dès lors, d'adopter un cadre légal précis permettant l'exercice de la recherche proactive et le recours aux techniques particulières de recherche. L'usage de circulaires ou de directives ministérielles en cette matière n'est pas compatible avec les exigences de ces instruments internationaux ni avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Comme l'ont souligné certains auteurs,

"... si le principe même de rassembler des informations en vue de réprimer des infractions futures ne doit pas être, a priori, exclu, il convient, cependant, d'entou-

(1) Voir à ce sujet H.-D. Bosly et D. Vandermeersch, "Droit de la procédure pénale", éd. La Charte, 1999, p. 274.

(2) H.-D. Bosly et D. Vandermeersch, op. cit, p. 322.

rer ce type de méthodes de garanties suffisantes notamment en matière de protection de la vie privée" (1).

Ainsi, si l'article 8, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales autorise une ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, encore faut-il que cette ingérence soit prévue par la loi et qu'elle constitue, dans une société démocratique, une mesure nécessaire notamment à la sûreté publique, à la sécurité nationale, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Les termes "prévue par la loi", tels qu'ils sont interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme, ne signifient pas seulement que l'ingérence dans la vie privée ait une base en droit interne mais que la loi qui la consacre possède certaines qualités : accessibilité, précision, limitation du pouvoir de l'autorité grâce à l'énumération de diverses restrictions et grâce à un contrôle juridictionnel adéquat (2).

-
- (1) Ch. De Valkeneer, "Les opérations sous-couvertures et la recherche proactive dans les instruments internationaux", in "La justice pénale et l'Europe" sous la direction de Fr. Tulkens et H.-D. Bosly, éd. Bruylant, 1996, p. 371.
- (2) H.-D. Bosly et D. Vandermeersch, "La loi belge du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées", R.D.P.C., 1995, p. 340.

.../...

En ce qui concerne tant la recherche proactive que les techniques particulières de recherche, l'article 28bis, § 2, du Code d'instruction criminelle ne constitue pas un cadre légal suffisant au regard des exigences ainsi définies par la Cour européenne des droits de l'homme.

En prévoyant, comme le fait la loi en projet, que désormais la recherche proactive pourra concerner des infractions comme la corruption privée (articles 504bis et 504ter du Code pénal), c'est-à-dire des actes de corruption commis dans le cadre d'entreprises privées, il convient d'être particulièrement attentif à ce que cette recherche proactive ne conduise pas à des abus et que les éléments d'information ainsi recueillis et faisant l'objet d'un traitement se limitent strictement à la détection de faits punissables.

En conséquence, il convient d'établir un cadre légal précis définissant les contours de la recherche proactive ainsi que la portée des techniques particulières de recherche, et ce compte tenu de la volonté d'étendre le champ d'application de cette recherche à une nouvelle infraction.

Algemene opmerking

Met de ontworpen wet worden twee doeleinden nagestreefd : enerzijds is het de bedoeling de onderzoeks-rechter de mogelijkheid te bieden

"... een maatregel tot interceptie van communicatie of telecommunicatie (te) bevelen, zoals geregeld in de artikelen 90ter e.v. van het Wetboek van Strafvordering"

teneinde de onderzoeken naar en de bewijsvoering inzake strafbare feiten gepleegd in het kader van publieke of private corruptie te vergemakkelijken, en anderzijds bestaat het opzet erin proactieve recherche mogelijk te maken in het kader van het opsporingsonderzoek naar dat soort strafbare feiten.

In verband met het laatstgenoemde punt, luidt artikel 28bis, § 2, van het Wetboek van Strafvordering als volgt :

"Het opsporingsonderzoek strekt zich uit over de proactieve recherche. Hieronder wordt verstaan, met het doel te komen tot het vervolgen van daders van misdrijven, het opsporen, het verzamelen, registreren en verwerken van gegevens en inlichtingen op grond van een redelijk vermoeden van te plegen of reeds gepleegde maar nog niet aan het licht gebrachte strafbare feiten, en die worden of zouden worden gepleegd in het kader van een criminele organisatie, zoals gedefinieerd door de wet, of misdaden of wanbedrijven als bedoeld in artikel 90ter, §§ 2, 3 en 4, uitmaken of zouden uitmaken. Het instellen van een proactieve recherche behoeft voorafgaande schriftelijke toestemming, door de procureur des Konings, de arbeidsauditeur, of de nationaal magistraat gegeven in het kader van hun

.../...

respectieve bevoegdheid, onverminderd de naleving van de specifieke wettelijke bepalingen die de bijzondere opsporingstechnieken regelen."

Hoewel het principe van de proactieve recherche aldus ingeschreven is in de wet, behoort erop te worden gewezen dat niet in een wettekst is vastgelegd welke bijzondere opsporingstechnieken in die context zouden kunnen worden aangewend.

Zowel voor de proactieve recherche als voor de bijzondere opsporingstechnieken gelden thans ministeriële richtlijnen, waaronder de richtlijn van 31 december 1996, wat de proactieve recherche betreft (1), en de ministeriële circulaires van 24 april 1990 en 5 maart 1992, wat de bijzondere opsporingstechnieken betreft (2).

Bepaalde internationale verdragen die door België bekrachtigd zijn, zoals het Akkoord van Schengen of de Europol-Overeenkomst, huldigen evenwel het principe van de proactieve recherche.

Er dient dan ook een precies wettelijk kader te worden vastgesteld dat het mogelijk maakt tot proactieve recherche over te gaan en gebruik te maken van bijzondere opsporingstechnieken. Dat in dit verband met ministeriële circulaires en dito richtlijnen wordt gewerkt, is strijdig

(1) Zie in dit verband H.-D. Bosly en D. Vandermeersch, "Droit de la procédure pénale", Die Keure, 1999, blz. 274.

(2) H.-D. Bosly en D. Vandermeersch, op. cit., blz. 322.

met de eisen die vervat zijn in die internationale verdragen en met het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

Bepaalde auteurs hebben op het volgende gewezen :

"... si le principe même de rassembler des informations en vue de réprimer des infractions futures ne doit pas être, a priori, exclu, il convient, cependant, d'entourer ce type de méthodes de garanties suffisantes notamment en matière de protection de la vie privée" (1).

Weliswaar is een inmenging van het openbaar gezag met betrekking tot de uitoefening van het recht op eerbiediging van het privé-leven, het gezinsleven, het huis en de briefwisseling toegestaan krachtens artikel 8, lid 2, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, doch zulks geldt alleen voor zover die inmenging bij de wet is voorzien en ze in een democratische samenleving nodig is in het belang van, inzonderheid, de openbare veiligheid, 's lands veiligheid, of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Zoals de woorden "(voor zover) bij de wet is voorzien" door het Europees Hof voor de Rechten van de mens

(1) Ch. De Valkeneer, "Les opérations sous-couvertures et la recherche proactive dans les instruments internationaux", in "La justice pénale et l'Europe" onder de leiding van Fr. Tulkens en H.-D. Bosly, Bruylant, 1996, blz. 371.

worden uitgelegd, betekenen ze niet alleen dat er voor de inmenging in de persoonlijke levenssfeer een rechtsgrond in het interne recht moet bestaan, maar ook dat de wet waarbij die inmenging wordt toegestaan aan bepaalde voorwaarden moet voldoen : toegankelijkheid, nauwkeurigheid, beperking van de bevoegdheid van de overheid door een opsomming van verscheidene beperkingen en door een passende rechterlijke controle (1).

Wat zowel de proactieve recherche als de bijzondere opsporingstechnieken betreft, vormt artikel 28bis, § 2, van het Wetboek van Strafvordering geen toereikend wettelijk kader in het licht van de vereisten die aldus door het Europees Hof voor de rechten van de mens zijn gedefinieerd.

Wanneer, zoals in de ontworpen wet, wordt bepaald dat proactieve recherche voortaan mogelijk is voor het opsporen van strafbare feiten gepleegd in het kader van private corruptie (de artikelen 504bis en 504ter van het Strafwetboek), dat wil zeggen van daden van corruptie gepleegd in het raam van privé-ondernemingen, dient er nauwlettend te worden op toegezien dat die proactieve recherche niet tot misbruiken leidt en dat de aldus ingewonnen en verwerkte informatiegegevens alleen dienen voor het opsporen van strafbare feiten.

(1) H.-D. Bosly en D. Vandermeersch, "La loi belge du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées", R.D.P.C., 1995, blz. 340.

Bijgevolg dient, rekening houdend met de bedoeling om een nieuw strafbaar feit tot het toepassingsgebied van de proactieve recherche te doen behoren, een precies wettelijk kader te worden geschapen tot bepaling van de grenzen van de proactieve recherche en van de reikwijdte van de bijzondere opsporingstechnieken.

La chambre était composée de

Messieurs Y. KREINS,
de Heren

 P. LIENARDY,
 P. QUERTAINMONT,

 J. van COMPERNOLLE,

Madame B. VIGNERON,
Mevrouw

Le rapport a été présenté par
Mme P. VANDERNACHT, auditeur. La
note du Bureau de coordination
a été rédigée et exposée par
Mme G. MARTOU, référendaire
adjoint.

La concordance entre la ver-
sion française et la version néer-
landaise a été vérifiée sous le
contrôle de M. P. LIENARDY.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

B. VIGNERON

De kamer was samengesteld uit

conseiller d'Etat, président,
staatsraad, voorzitter,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

assesseur,
assessor,

greffier,
griffier.

Het verslag werd uitgebracht
door Mevr. P. VANDERNACHT,
auditeur. De nota van het Coör-
dinatiebureau werd opgesteld en
toegelicht door Mevr. G. MARTOU,
adjunct-referendaris.

De overeenstemming tussen de
Franse en de Nederlandse tekst
werd nagezien onder toezicht van
de H. P. LIENARDY.

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

Y. KREINS