

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 34.804/4

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre de la Justice, le 31 janvier 2003, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un avant-projet de loi "relatif à l'identification, au repérage, à la localisation, aux écoutes, à la prise de connaissance et à l'enregistrement de communications et télécommunications privées aux besoins des services de sécurité et renseignement", a donné le 19 mai 2003 l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 34.804/4

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierde kamer, op 31 januari 2003 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 identificatie, het opsporen, het afluisteren, het kennisnemen en het opnemen van privécommunicatie en - telecommunicatie ten behoeve van de inlichtingen - en veiligheidsdiensten", heeft op 19 mei 2003 het volgende advies gegeven :

LA PORTEE DU PROJET

Il ressort de l'exposé des motifs que

"(...), les services belges ne disposent pas d'un accès aux moyens techniques de (télé)communications, contrairement aux services de tous les pays limitrophes de la Belgique. Le Gouvernement estime indispensable que, dans des circonstances limitées et avec des garanties adéquates et suffisantes contre toute forme d'abus, une loi autorise les deux services de renseignement et de sécurité à recourir à l'utilisation de techniques de repérage et d'interception de communications et télécommunications privées"⁽¹⁾.

L'avant-projet de loi établit en conséquence un cadre légal pour les mesures d'identification, de repérage, de localisation et de surveillance de communications et de télécommunications privées qui seraient mises en oeuvre par la Sûreté de l'Etat et par le Service général du renseignement et de la sécurité des forces armées.

L'article 3 de l'avant-projet concerne l'identification des abonnés ou des utilisateurs habituels d'un service de télécommunication ainsi que l'identification des données relatives aux services de télécommunication auxquels une personne déterminée est abonnée ou a recours habituellement. Cette disposition s'inspire de l'article 46bis du Code d'Instruction criminelle.

L'article 4 de l'avant-projet est relatif au repérage des données d'appel de moyens de télécommunication, à la communication de factures afférentes à ces données d'appel et à la localisation de l'origine ou de la destination de télécommunications. Cette disposition s'inspire de l'article 88bis du Code d'Instruction criminelle.

Les articles 5 à 11 de l'avant-projet ont trait aux mesures de surveillance c'est-à-dire aux mesures permettant l'écoute, la prise de connaissance et l'enregistrement, pendant leur transmission, des communications et des télécommunications privées, moyennant le respect de conditions strictes et de plusieurs modalités. Ces dispositions s'inspirent également des articles 90ter et suivants du Code d'Instruction criminelle.

⁽¹⁾ Voir la page 3 de l'exposé des motifs.

Les articles 12 à 14 de l'avant-projet concernent le contrôle opéré par plusieurs instances sur le recours aux mesures prévues aux articles 3 à 5 de l'avant-projet.

L'article 15 de l'avant-projet soumet les informations obtenues grâce aux mesures précitées ainsi que les modalités mises en oeuvre pour les obtenir, à la procédure de classification organisée par la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations de sécurité et impose le secret à toute personne qui a participé à ces opérations de surveillance.

L'article 16 de l'avant-projet instaure une sanction pénale pour ceux qui ne respecteraient pas le secret et l'article 17 de l'avant-projet charge les ministres compétents d'élaborer un rapport à l'attention du Sénat afin d'évaluer la mise en oeuvre des différentes mesures préconisées dans l'avant-projet.

Enfin, l'article 18 de l'avant-projet apporte une modification à l'article 109ter, E, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

OBSERVATIONS GENERALES

1. La loi du 3 avril 2003 modifiant la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité et l'article 259bis du Code pénal ⁽²⁾, publiée au Moniteur belge du 12 mai 2003, autorise le Service général du renseignement et de la sécurité des forces armées à procéder à la captation, l'écoute, la prise de connaissance ou l'enregistrement de toute forme de communications émises à l'étranger tant à des fins militaires dans le cadre des missions prévues à l'article 11, § 1^{er}, 1° et 2°, de la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité que pour des motifs de sécurité et de protection de nos troupes et de celles de nos alliés lors de mission à l'étranger et de nos ressortissants établis à l'étranger.

⁽²⁾ Voir l'avis 32.623/4, donné le 28 janvier 2003 (Doc. parl. Ch., sess. 2002-2003, n° 2059/1, p. 9).

L'avant-projet examiné ce jour par la section de législation, concerne également en partie le Service général du renseignement et de la sécurité des forces armées et lui permet de recourir à des mesures de surveillance du même type mais sans être limité aux communications émises à l'étranger. Ainsi, l'article 5, § 2, de l'avant-projet prévoit que

"Le Service général du renseignement et de la sécurité des Forces armées peut, à titre exceptionnel et si les autres moyens de récolte d'informations s'avèrent insuffisants, être autorisé à écouter, prendre connaissance et enregistrer pendant leur transmission, les communications et télécommunications privées, lorsqu'il existe des indices sérieux que l'intégrité du territoire national, les plans de défenses militaires, l'accomplissement des missions des forces armées ou la sécurité des ressortissants belges à l'étranger ou tout autre intérêt fondamental du pays défini par le Roi sur proposition du Comité ministériel sont ou pourraient être gravement menacés par une activité telle que définie à l'article 11, § 2, de la loi organique".

Ces deux textes poursuivent des objectifs similaires mais l'encadrement juridique qu'ils préconisent chacun pour la mise en oeuvre de ces mesures de surveillance, diffère en de nombreux points.

Ainsi, l'article 5 de l'avant-projet examiné autorise l'interception de communications et de télécommunications privées moyennant le respect de plusieurs conditions très strictes afin de se conformer aux exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, telles qu'elles ont été mises en évidence par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Il ressort du commentaire de l'article 5 de l'avant-projet ⁽³⁾ que le recours à l'écoute, à la prise de connaissance et à l'enregistrement des communications et télécommunications privées ne pourra être autorisé que :

- "- dans le cadre des missions de recherche, d'analyse et de traitement du renseignement dévolues aux services de renseignements et de sécurité en vertu des articles 7, 1°, et 11, § 1^{er}, 1°, de la loi organique (du 30 novembre 1998 précitée);
- à titre exceptionnel;

⁽³⁾ Voir les pages 15 et 16 de l'exposé des motifs.

- à titre subsidiaire («si les autres moyens de recherche sont insuffisants »). (...) le service de renseignement peut demander de recourir à une mesure d'interception des communications ou télécommunications privées lorsque, compte tenu de la gravité de la situation ou de l'urgence, cette méthode d'investigation lui paraît indispensable pour obtenir le renseignement souhaité avec la célérité requise et qu'il estime que les autres moyens dont il dispose ne lui permettent pas d'atteindre cet objectif, sans qu'il soit tenu pour autant d'utiliser effectivement ces autres moyens au préalable;
- pendant la transmission des communications et télécommunications, c'est-à-dire sur le trajet entre l'émetteur et le récepteur (...);
- lorsque l'activité sur laquelle porte la recherche de renseignement constitue une menace à l'égard de certains intérêts;
- lorsque l'existence de cette menace est fondée sur des indices sérieux;
- lorsqu'il s'agit d'une menace grave;
- à l'égard de personnes soupçonnées, sur la base d'indices précis, de se livrer à une telle activité, à l'égard de leurs moyens de communication, des lieux où elles séjournent ou à l'égard de personnes présumées, sur la base de faits, être en communication régulière avec les personnes soupçonnées (...)"

Or, de telles garanties ne sont pas toutes consacrées par la nouvelle loi précitée ⁽⁴⁾.

Interrogé sur l'articulation de ces deux textes, le délégué du ministre a expliqué qu'effectivement les deux textes se différencient sur de nombreux points et poursuivent des logiques qui ne sont pas directement compatibles entre-elles. Ainsi, par exemple, les mesures de surveillance prévues dans le présent avant-projet ne pourront jamais intervenir à des fins exploratoires ⁽⁵⁾ alors que la loi du 3 avril 2003 précitée n'exclut pas une telle possibilité.

⁽⁴⁾ Dans son avis 32.623/4 précité, la section de législation a fondamentalement critiqué l'avant-projet de loi "modifiant l'article 44 de la loi organique du 30 novembre 1998 des services de renseignement et de sécurité" en soulignant que "la loi en projet se borne à donner une autorisation générale de captation, d'écoute, de prise de connaissance ou d'enregistrement. Une pareille formulation ne satisfait ni à l'exigence d'accessibilité, ni à l'exigence de prévisibilité prévue par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (...)".

⁽⁵⁾ Ceci est clairement souligné dans l'exposé des motifs de l'avant-projet examiné (pp. 7 et 16).

Le législateur pourrait soit modifier cette loi pour la mettre en conformité avec les options du présent avant-projet soit limiter le champ d'application de celui-ci aux investigations ordonnées par la Sûreté de l'Etat, aux mesures d'identification, de repérage et de localisation faites à l'initiative du Service général du renseignement et de la sécurité des Forces armées et aux mesures de surveillance (écoute, prise de connaissance et enregistrement) des communications et des télécommunications privées émises depuis la Belgique.

2. Tout comme les autorités judiciaires, les services de renseignements seront, en vertu des dispositions de l'avant-projet, en mesure d'écouter, de prendre connaissance et d'enregistrer des communications et des télécommunications privées dans le respect de plusieurs conditions dès lors que certains intérêts fondamentaux de l'Etat sont ou pourraient être gravement menacés par des activités "ayant un rapport avec l'espionnage, le terrorisme, l'extrémisme, la prolifération, l'organisation sectaire nuisible, les organisations criminelles et l'ingérence tels que définis à l'article 8, 1^o, de la loi organique" (article 5, § 1^{er}, de l'avant-projet).

Il est donc fort probable, comme l'indique l'article 6 de l'avant-projet, que les informations ainsi recueillies par les services de renseignements soient de nature à intéresser directement les autorités judiciaires.

Les articles 19 et 20 de la loi du 30 novembre 1998, précitée, préconisent d'ailleurs une collaboration entre ces services de l'Etat.

Ainsi, en vertu de l'article 19, les services de renseignement et de sécurité sont autorisés à communiquer les renseignements qu'ils ont obtenus notamment aux autorités judiciaires et aux services de police; quant à l'article 20, il invite les services de renseignement et de sécurité, les services de police et notamment les autorités judiciaires à assurer entre eux une coopération mutuelle aussi efficace que possible et précise que ces services de renseignement et de sécurité sont autorisés à prêter leur concours et notamment leur assistance technique à ces autorités judiciaires, dans les limites d'un protocole approuvé par les ministres concernés.

.../...

3. Dans plusieurs de ses avis, la section de législation a soulevé la question de savoir quel serait le sort de ces informations ainsi recueillies par les services de renseignement et de sécurité dans le cadre de poursuites judiciaires.

Ainsi, dans son avis 33.325/4 ⁽⁶⁾, elle s'est exprimée comme suit :

"Les informations recueillies par les services de renseignement et de sécurité font l'objet d'une classification déterminée en fonction de leur contenu, conformément aux articles 4 et 5 de la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations de sécurité.

Toute personne qui souhaite avoir accès à ces informations classifiées doit être titulaire d'une habilitation de sécurité.

Toutefois, selon l'article 8, alinéa 1^{er}, de la loi du 11 décembre 1998, précitée, cette habilitation de sécurité n'est pas requise dans le chef des autorités judiciaires.

(...)

Le Conseil d'Etat attire cependant l'attention de l'auteur de l'avant-projet sur la circonstance que du fait de leur classification, certaines informations ne figurent pas dans le dossier répressif; le ministère public dispose ainsi d'informations ignorées des parties. La modification de l'avant-projet risque d'accentuer cette différence.

S'il est essentiel pour un Etat de se doter d'instruments juridiques en vue de lutter le plus efficacement possible contre la criminalité organisée et plus particulièrement les opérations de blanchiment de capitaux, il appartient au législateur de maintenir un juste équilibre entre la protection des intérêts supérieurs de l'Etat et l'exercice des droits fondamentaux au regard notamment des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales."

Dans son avis 32.623/4, précité, la section de législation du Conseil d'Etat a également insisté sur la nécessité pour la loi en projet d'être plus précise sur les obligations du Service général du renseignement et de la sécurité des forces armées dès lors qu'il collabore avec les autorités judiciaires et leur apporte des renseignements sur la commission d'infractions ou la tentative d'une telle commission".

⁽⁶⁾ Donné le 30 avril 2002 sur un avant-projet de loi "modifiant la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations de sécurité".

Comme l'a indiqué le délégué du ministre, la loi en projet n'exclut pas que des poursuites judiciaires soient entamées sur la base d'enregistrements de conversations téléphoniques opérés par les services de renseignements.

Or, l'avant-projet reste silencieux sur l'exercice des droits de la défense par rapport à de tels enregistrements.

En vertu de l'article 90septies, alinéas 5 à 7, du Code d'Instruction criminelle, le juge d'instruction est compétent pour se prononcer sur les demandes introduites par l'inculpé, le prévenu, la partie civile ou leurs conseils, de consulter des enregistrements et des transcriptions déposés au greffe qui ne sont pas consignés dans un procès-verbal ainsi que sur leurs demandes de transcrire des parties additionnelles des enregistrements.

Dès lors que ces enregistrements n'auront pas été réalisés par les autorités judiciaires elles-mêmes et qu'en vertu de l'article 15 de l'avant-projet, ils seront soumis à la procédure de classification telle qu'elle est organisée par la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations de sécurité, l'article 90septies, précité ne peut être rendu applicable tel quel.

Comme en a convenu le délégué du ministre, l'avant-projet de loi doit être complété sur ce point afin de garantir les droits de la défense de la personne ainsi poursuivie.

4. Par ailleurs, l'avant-projet devrait également, s'inspirant en cela de l'article 90octies du Code d'Instruction criminelle, prévoir des mesures particulières qui assurent la protection du secret professionnel des avocats et des médecins.

.../...

OBSERVATIONS PARTICULIERES

Dispositif

Article 3

1. L'article 3 de l'avant-projet s'inspire largement de l'article 46bis du Code d'Instruction criminelle.

Toutefois, le paragraphe 2 en projet n'exige pas de motivation de l'extrême urgence alors que tel est bien le cas de l'article 46bis, § 1^{er}, alinéa 2, du Code d'Instruction criminelle. La section de législation du Conseil d'Etat n'aperçoit pas pour quelle raison cette motivation n'est pas exigée dans le texte examiné.

La même observation vaut pour l'article 4, § 2, de l'avant-projet en tant qu'il prévoit également "l'extrême urgence".

Les textes en projet doivent être complétés sur ce point.

2. Au paragraphe 1^{er}, mieux vaut écrire "par décision écrite et motivée" plutôt que "après décision écrite et motivée".

La même observation vaut pour la suite du projet.

Article 4

Le paragraphe 2, tel qu'il est rédigé, peut être interprété comme signifiant que le ministre peut aussi infirmer la décision dans les 72 heures. Le texte gagnerait à le dire expressément.

.../...

Article 6

Comme le précise l'exposé des motifs, ce texte se borne à rappeler le principe de finalité ainsi que l'application de l'article 29 du Code d'Instruction criminelle et des articles 19 et 20 de la loi du 30 novembre 1998 précitée.

Si le législateur estime devoir rappeler ces règles, le texte devrait viser également les renseignements recueillis sur la base des articles 3 et 4 de l'avant-projet.

Mieux vaudrait l'insérer dans les "dispositions diverses" du chapitre IV.

Article 7

Selon le paragraphe 1^{er}, alinéa 2, en projet, les mesures de surveillance visées à l'article 5, § 2, de la loi du 30 novembre 1998 précitée doivent, préalablement à leur exécution, être autorisées par "le ministre d'Affaires Intérieures". Conformément à l'article 5, § 2, précité, il s'agit du "Ministre de l'Intérieur". La disposition sera corrigée sur ce point.

Article 8

Il ressort du commentaire de cette disposition que "la prolongation d'une autorisation ne peut être décidée que pour un nouveau terme ne dépassant pas trois mois, la prolongation maximale de l'autorisation ne pouvant excéder dix-huit mois". Or, l'article 7, § 4, en projet, précise que la surveillance ne peut être exercée que pour une période de deux mois. Quant à l'article 8, alinéa 1^{er}, en projet, il dispose que l'autorisation de surveillance peut être prolongée "pour un nouveau terme qui ne peut dépasser le terme fixé à l'article 7, § 4, avec un maximum équivalent à six fois ce terme (...)", soit douze mois.

Le commentaire de la disposition examinée ne traduit donc pas correctement son dispositif . Cette ambiguïté doit en conséquence être levée.

.../...

Article 9

A l'alinéa 2 en projet, il convient de remplacer la référence à l'article 5 de l'avant-projet par une référence à l'alinéa 1^{er} en projet de la disposition examinée.

Article 10

a) Le paragraphe 2 en projet prévoit que "seuls les enregistrements des communications ou des télécommunications estimés pertinents pour l'exécution des missions visées aux articles 7, 1°, et 11, § 1^{er}, 1°, de la loi organique, peuvent faire l'objet d'une transcription". Cette disposition s'inspire dans une certaine mesure de l'article 90sexies du Code d'Instruction criminelle. Cependant cette dernière disposition précise que c'est, dans un premier temps, l'officier de police judiciaire qui a été commis pour exécuter la mesure de surveillance, qui va opérer une sélection des communications et des télécommunications estimées pertinentes pour l'instruction et qui feront l'objet d'une transcription. Dans un second temps, le juge d'instruction appréciera cette sélection et pourra toujours demander que d'autres communications soient transcrites.

Le texte en projet n'apporte pas de telles précisions. On ignore en effet qui prendra la décision d'une transcription et qui appréciera la pertinence des communications, le texte en projet présentant en outre une telle transcription comme une simple faculté.

Par ailleurs, comme il a déjà été souligné dans l'observation générale n° 2, il conviendrait également de permettre au juge d'instruction d'ordonner la transcription des enregistrements qui lui auraient été communiqués par les services de renseignements s'il les juge utiles à l'instruction. Il se pourrait aussi que, dans le souci de préserver les droits de la défense, le juge d'instruction apprécie différemment la pertinence de certains enregistrements et que, dès lors, il souhaite prendre en considération des enregistrements qui, au regard des missions des services de renseignements, n'ont pas été jugés pertinents.

b) Le paragraphe 3 en projet s'inspire également de l'article 90septies, alinéa 2, du Code d'Instruction criminelle en tant qu'il prévoit la destruction des notes qui ont été prises dans le cadre de l'exécution des mesures de surveillance mais qui n'ont pas été consignées dans un rapport. Cependant, l'article 90septies, précité, indique qui opère cette destruction et prévoit qu'une telle opération doit faire l'objet d'un procès-verbal. La disposition en projet devrait être complétée en ce sens.

c) Le paragraphe 6 en projet habilite le Roi à fixer les modalités suivant lesquelles les enregistrements avec transcription éventuelle et leur traduction éventuelle sont détruits. Une telle habilitation est trop générale. Dès lors que ces enregistrements constituent des immixtions dans la vie privée des citoyens, il importe au regard de l'article 22 de la Constitution que le législateur détermine lui-même les délais de conservation de ces enregistrements et les conditions dans lesquelles leur destruction pourra intervenir.

Article 11

Selon cette disposition, le Roi est habilité à organiser "la centralisation des mesures de surveillance visées à l'article 5" de l'avant-projet.

Il ressort des explications du délégué du ministre que l'intention est de permettre au Roi d'adopter une réglementation assez similaire à celle prévue par l'arrêté royal du 9 janvier 2003 portant exécution des articles 46bis, § 2, alinéa 1^{er}, 88bis, § 2, alinéas 1^{er} et 3, et 90quater, § 2, alinéa 3, du Code d'Instruction criminelle ainsi que de l'article 109ter, E, § 2, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques. Cet arrêté royal détermine notamment les obligations des opérateurs des réseaux de communications et des fournisseurs de services de télécommunications dans le cadre des réquisitions qui leur sont adressées par les autorités judiciaires. Parmi ces obligations, il est notamment question de la création par chaque opérateur et chaque fournisseur d'une cellule de coordination de la justice qui doit exécuter les réquisitions des autorités judiciaires.

.../...

Si l'intention du législateur est, dans le cas présent, d'instaurer de telles règles de collaboration entre les services de renseignement et ces tiers, il conviendrait de préciser davantage l'habilitation au Roi en ce sens.

Par ailleurs, dès lors que les articles 3 et 4 de l'avant-projet s'inspirent respectivement des articles 46bis et 88bis du Code d'Instruction criminelle, le Conseil d'Etat se demande si le seul renvoi à l'article 5 de l'avant-projet est judicieux, l'arrêté royal du 9 janvier 2003, précité, préconisant également des obligations pour les opérateurs et les fournisseurs dans le cadre des articles 46bis et 88bis, précités.

Article 13

a) La version néerlandaise du texte de cette disposition ne concorde pas toujours avec sa version française.

Ainsi, au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, en projet, il est fait référence, dans la version française, à un délai de "cinq jours francs" alors que dans la version néerlandaise, il est seulement question d'un délai de "vijf dagen". Dans ce même paragraphe 1^{er}, alinéa 2, en projet, il est prévu que "la Commission statue à la majorité" alors que dans la version néerlandaise, il est indiqué que "de Commissie beslist bij gewone meerderheid".

Enfin, au paragraphe 2, alinéa 3, en projet, il est prévu, dans la version française, que "la Commission statue à la majorité" alors que cette phrase est absente de la version néerlandaise.

Les textes en projet doivent en conséquence être revus sur le plan linguistique.

b) Au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, dès lors que la Commission se compose de trois membres, la section de législation n'aperçoit pas l'hypothèse dans laquelle la parité de voix pourrait se présenter.

.../...

c) Le paragraphe 2, alinéas 1^{er} et 2, en projet prévoit qu'"en cas d'extrême urgence, et lorsque tout retard apporté à la décision est de nature à compromettre gravement, les intérêts visés aux articles 7, 1^o et 11, § 1^{er}, 1^o, de la loi organique", le ministre concerné peut autoriser la mesure de surveillance sans avoir l'avis préalable de la Commission des interceptions de communications et télécommunications privées mais pour une durée ne pouvant excéder les 48 heures.

Cette Commission dispose donc d'un délai de 48 heures pour donner son avis et si elle ne le fait pas, l'autorisation ministérielle prend fin au bout des 48 heures.

Si la Commission émet un avis négatif ou ne donne pas d'avis dans les 48 heures, "ceci est porté sans délai à la connaissance du Comité permanent de contrôle des services de renseignement par le dirigeant du service".

Selon l'article 14 de l'avant-projet, le Comité permanent de contrôle des services de renseignement est habilité à exercer un contrôle de légalité a posteriori sur les mesures de surveillance prévues à l'article 5 de l'avant-projet et s'il s'agit d'une mesure qui a fait l'objet d'un avis négatif de la part de la Commission des interceptions de communications et télécommunications privées ou qui n'a pas donné lieu à un tel avis, le Comité précité peut faire cesser la mesure.

La section de législation du Conseil d'Etat n'aperçoit pas la pertinence de ce dernier pouvoir du Comité dès lors qu'en vertu de l'article 13, § 2, alinéa 2, de l'avant-projet, la mesure de surveillance doit en tout état de cause prendre fin si dans le délai de 48 heures la Commission précitée n'a pas donné d'avis sur la mesure de surveillance décidée par le ministre concerné en cas d'extrême urgence.

La cohérence des ces dispositions de l'avant-projet doit être clarifiée.

.../...

Article 14

a) Dès lors que les mesures prévues aux articles 3 et 4 de l'avant-projet constituent également des immixtions dans la vie privée des individus, au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 22 de la Constitution, la section de législation du Conseil d'Etat n'aperçoit pas pour quelle raison de telles mesures échapperaient à tout contrôle de légalité, comme le laisse entendre le paragraphe 2 de la disposition examinée.

Dans son avis 32.623/4 du 28 janvier 2002, la section de législation avait déjà attiré l'attention sur la nécessité d'organiser un contrôle effectif des activités des services de renseignement notamment eu égard à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dont il résulte que,

"(...) pour que les systèmes de surveillance secrète soient compatibles avec l'article 8 de la Convention, ils doivent contenir des garanties établies par la loi et qui sont applicables au contrôle des activités des services concernés. Les procédures de contrôle doivent respecter aussi fidèlement que possible les valeurs d'une société démocratique, en particulier la prééminence du droit, à laquelle se réfère expressément le préambule de la Convention. Elle implique, entre autres, qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits de l'individu soit soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer, au moins en dernier ressort, le pouvoir judiciaire, car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière" ⁽⁷⁾.

La section de législation a cependant souligné que la Cour n'exige pas que le contrôle soit nécessairement exercé par le pouvoir judiciaire. En effet, dans ses arrêts Klass ⁽⁸⁾ et Leander ⁽⁹⁾, elle admet que celui-ci puisse l'être par une autorité présentant toutes les garanties d'impartialité et d'indépendance.

⁽⁷⁾ Voir l'arrêt Rotaru de la Cour européenne des droits de l'homme du 4 mai 2000, § 59.

⁽⁸⁾ Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 6 septembre 1978, série A, n° 28.

⁽⁹⁾ Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 mars 1987, série A, n° 116.

En écartant les mesures prévues aux articles 3 et 4 de l'avant-projet du contrôle effectif du Comité permanent de contrôle des services de renseignements, l'avant-projet examiné n'est pas compatible avec les obligations internationales de la Belgique.

La disposition en projet doit en conséquence être complétée sur ce point.

b) Si l'intention de l'auteur de l'avant-projet est de permettre au Comité permanent de contrôle des services de renseignement d'exercer un réel pouvoir de décision concernant l'ensemble de ces mesures de surveillance, il conviendrait, dans un souci de sécurité juridique, d'apporter des modifications à la loi du 18 juillet 1991, précitée, qui définit les pouvoirs et les missions du Comité permanent de contrôle des services de renseignements et du Service d'enquête de ces services.

Article 15

L'alinéa 1^{er} en projet spécifie que "les mesures exécutées conformément aux articles 3 à 5, les informations obtenues par ces mesures, ainsi que les modalités mises en oeuvre pour les obtenir sont classifiées en application de la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations de sécurité".

Comme il a déjà été souligné dans l'observation générale n° 2, une telle disposition ne peut méconnaître la circonstance que certaines informations ainsi classifiées, pourront directement être utilisées par les autorités judiciaires⁽¹⁰⁾ dans le cadre de poursuites et qu'il conviendrait dès lors d'assurer un accès à ces informations afin de respecter l'exercice des droits de la défense.

⁽¹⁰⁾ En vertu de l'article 8 de la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations de sécurité, les autorités judiciaires ainsi que la Cellule de traitement des informations financières sont dispensées des habilitations de sécurité qui sont en principe requises pour pouvoir avoir accès à des documents classifiés. Toutefois, cette dispense ne concerne pas les avocats qui interviennent pour défendre les parties à la cause.

Article 16

Cette disposition de l'avant-projet fait référence à l'article 259bis, §§ 2 à 4 du Code pénal.

L'avant-projet devrait être complété par une disposition modifiant l'article 259bis, § 5, tel qu'il a été remplacé par l'article 2 de la loi du 3 avril 2003 précitée, afin de rendre cette disposition applicable à la Sûreté de l'Etat.

STREKKING VAN HET ONTWERP

Uit de memorie van toelichting blijkt dat

"(...) de Belgische diensten niet (beschikken) over een toegang tot de technische communicatiemiddelen en dit in tegenstelling tot de diensten van de ons omringende landen. De regering is van oordeel dat het noodzakelijk is dat, in bepaalde omstandigheden en met voldoende en afdoende garanties tegen elke mogelijke vorm van misbruik, een wet de twee inlichtingen- en veiligheidsdiensten toelaat over te gaan tot het opsporen en het onderscheppen van privé-communicatie en -telecommunicatie"⁽¹⁾.

Om die reden wordt bij het voorontwerp van wet een wettelijk kader vastgesteld voor de maatregelen betreffende de identificatie, de opsporing en de lokalisatie van privé-communicatie en -telecommunicatie en voor de bewakingsmaatregelen van privé-communicatie en -telecommunicatie die door de Veiligheid van de Staat en door de Algemene Dienst inlichting en veiligheid van de Krijgsmacht zouden worden aangewend.

Artikel 3 van het voorontwerp heeft betrekking op de identificatie van de abonnees of de gewone gebruikers van een telecommunicatiedienst alsook op de identificatie van de gegevens betreffende de telecommunicatiediensten waarop een bepaald persoon geabonneerd is of die deze persoon gewoonlijk gebruikt. Deze bepaling is gesteld volgens het model van artikel 46bis van het Wetboek van Strafvordering.

Artikel 4 van het voorontwerp houdt verband met de opsporing van de oproepgegevens van telecommunicatiemiddelen, het krijgen van inzage in de facturen betreffende die oproepgegevens en het lokaliseren van de oorsprong of de bestemming van telecommunicatie. Deze bepaling is gesteld volgens het model van artikel 88bis van het Wetboek van Strafvordering.

De artikelen 5 tot 11 van het voorontwerp hebben betrekking op de bewakingsmaatregelen, dat wil zeggen op de maatregelen die het mogelijk maken om, met naleving van strikte voorwaarden en van verscheidene nadere regels, privé-communicatie en -telecommunicatie tijdens de overbrenging ervan af te luisteren, er kennis van te nemen en op te nemen. Deze bepalingen zijn gesteld volgens het model van de artikelen 90ter en volgende van het Wetboek van Strafvordering.

⁽¹⁾ Zie bladzijde 3 van de memorie van toelichting.

De artikelen 12 tot 14 van het voorontwerp houden verband met de controle die door verscheidene instanties wordt uitgeoefend op de uitvoering van de maatregelen bepaald in de artikelen 3 tot 5 van het voorontwerp.

Bij artikel 15 van het voorontwerp worden de informatiegegevens die dank zij de voormelde maatregelen verkregen zijn en de nadere regels die gevolgd werden om die informatiegegevens te verkrijgen, onderworpen aan de procedure van classificatie vervat in de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, en wordt zwijgplicht opgelegd aan elke persoon die aan die bewakingsverrichtingen heeft meegewerkt.

Bij artikel 16 van het voorontwerp wordt een strafrechtelijke sanctie ingevoerd voor degenen die zich niet aan de zwijgplicht houden, terwijl bij artikel 17 van het voorontwerp de bevoegde ministers ermee worden belast een verslag ter attentie van de Senaat op te stellen teneinde de uitvoering te evalueren van de onderscheiden maatregelen die in het voorontwerp worden voorgesteld.

Ten slotte wordt bij artikel 18 van het voorontwerp een wijziging aangebracht in artikel 109ter, E, § 2, eerste lid, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Krachtens de wet van 3 april 2003 tot wijziging van de wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdienst en van artikel 259bis van het Strafwetboek ⁽²⁾, die bekendgemaakt is in het Belgisch Staatsblad van 12 mei 2003, is de Algemene Dienst Inlichting en Veiligheid van de Krijgsmacht bevoegd voor het onderscheppen, het af luisteren, het kennisnemen of het opnemen van elke vorm van communicatie uitgezonden in het buitenland zowel om redenen van militaire aard in het kader van de opdrachten gedefinieerd in artikel 11, § 1, 1° en 2°, van de wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdienst

⁽²⁾ Zie advies 32.623/4, dat op 28 januari 2003 is gegeven (Gedr. St., Kamer, zitting 2002-2003, nr. 2059/1, blz. 9).

als om redenen van veiligheid en bescherming van onze troepen en van die van onze geallieerden tijdens opdrachten in het buitenland en van onze onderdanen die in het buitenland gevestigd zijn.

Het voorontwerp dat heden door de afdeling Wetgeving is onderzocht, heeft eveneens ten dele betrekking op de Algemene Dienst Inlichting en Veiligheid van de Krijgsmacht en stelt die dienst in staat soortgelijke bewakingsmaatregelen te treffen, evenwel zonder beperking tot de communicatie die in het buitenland wordt uitgezonden. Zo luidt artikel 5, § 2, van het voorontwerp als volgt :

"De Algemene Dienst inlichting en veiligheid van de Krijgsmacht kan uitzonderlijk en indien de andere middelen voor het inwinnen van inlichtingen ontoereikend lijken, ertoe worden gemachtigd om privé-communicatie en -telecommunicatie, tijdens de overbrenging ervan, af te luisteren, er kennis van te nemen en op te nemen indien er ernstige aanwijzingen bestaan dat de onschendbaarheid van het nationaal grondgebied, de militaire defensieplannen, de vervulling van de opdrachten van de strijdkrachten, of de veiligheid van de Belgische onderdanen in het buitenland of elk ander fundamenteel belang van het land, zoals gedefinieerd door de koning op voorstel van het Ministerieel Comité, bedreigt of zou kunnen bedreigen door een activiteit zoals wordt gedefinieerd in artikel 11 § 2 van de organieke wet."

Met die beide teksten worden soortgelijke doeleinden nagestreefd, maar het juridisch kader waarin in elk van beide wordt voorzien voor het uitvoeren van die bewakingsmaatregelen, is op vele punten verschillend.

Zo wordt in artikel 5 van het thans onderzochte voorontwerp het onderscheppen van privé-communicatie en -telecommunicatie toegestaan mits aan verscheidene zeer strikte voorwaarden wordt voldaan opdat de vereisten van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, zoals zij tot uiting zijn gekomen in de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van mens, worden nageleefd.

Uit de bespreking van artikel 5 van het voorontwerp ⁽³⁾ blijkt dat het afluisteren, het kennismaken en het opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie alleen is toegestaan :

⁽³⁾ Zie de bladzijden 15 en 16 van de memorie van toelichting.

- "- in het kader van de opsporings-, de analyse- en de verwerkingsopdrachten van inlichtingen welke aan de inlichtingen- en veiligheidsdiensten zijn toegekend op basis van de artikelen 7, 1° en 11 § 1, 1° van de (voormelde) organieke wet (van 30 november 1998);
- indien ze bij uitzonderlijke titel wordt uitgevoerd;
- wanneer het subsidiariteitsbeginsel in acht wordt genomen ("indien de andere opsporingsmaatregelen ontoereikend zijn"). (...) de inlichtingendienst (kan om) een interceptiemaatregel voor privé-communicatie en -telecommunicatie verzoeken indien, gelet op de ernst van de toestand of de dringendheid, deze opsporingsmethode haar onontbeerlijk lijkt om de gewenste inlichtingen met de nodige snelheid te bekomen. Bovendien is zij van mening dat de andere methodes waarover ze beschikt en welke ze daadwerkelijk voorafgaandelijk heeft aangewend, haar niet in staat stellen dit doel te bereiken;
- tijdens de overbrenging van communicatie en telecommunicatie, namelijk op het traject tussen de uitzender en de ontvanger (...);
- indien de activiteit die het voorwerp uitmaakt van de inlichtingenopsporing een bedreiging voor bepaalde belangen vormt;
- wanneer het bestaan van deze bedreiging is gebaseerd op ernstige aanwijzingen;
- wanneer het om een ernstige bedreiging gaat;
- voor wat de betrokkenen betreft : er bestaan aanwijzingen dat deze zich wijden aan zulke activiteiten; wat hun communicatiemiddelen, hun verblijfplaatsen, evenals de betrokkenen betreft, ze, op basis van feiten, op regelmatige basis communiceren met de betrokkene personen (...)"

Niet al die garanties zijn evenwel vervat in de nieuwe wet waarvan hiervoor sprake is geweest ⁽⁴⁾.

Naar aanleiding van vragen over de onderlinge afstemming van die beide regelingen, heeft de gemachtigde van de minister uitgelegd dat beide teksten inderdaad op vele punten van elkaar verschillen en dat daarin redeneringen worden gevolgd die niet direct met elkaar verenigbaar zijn. Zo bijvoorbeeld kunnen de bewakingsmaatregelen

⁽⁴⁾ In haar voormelde advies 32.623/4 heeft de afdeling Wetgeving fundamentele kritiek geuit op het voorontwerp van wet "tot wijziging van artikel 44 van de wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten" door op het volgende te wijzen : "De ontworpen wet bepaalt zich ertoe een algemene machtiging tot het onderscheppen, af luisteren, kennisnemen of opnemen te verlenen. Zulke bewoordingen voldoen niet aan de vereiste van toegankelijkheid, noch aan de vereiste van rechtszekerheid gesteld in artikel 8 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (...)".

waarin dit voorontwerp voorziet nooit voor verkenningsdoeleinden worden aangewend ⁽⁵⁾, terwijl de voormelde wet van 3 april 2003 die mogelijkheid niet uitsluit.

De wetgever zou ofwel die wet kunnen wijzigen teneinde ze met de opties van dit voorontwerp in overeenstemming te brengen, ofwel de werkingssfeer van het voorontwerp kunnen beperken tot de onderzoeken die door de Veiligheid van de Staat worden bevolen, tot de maatregelen betreffende de identificatie, de opsporing en de lokalisatie uitgevoerd op initiatief van de Algemene Dienst Inlichting en Veiligheid van de Krijgsmacht en tot de bewakingsmaatregelen (het af luisteren, het kennisnemen en het opnemen) van privé-communicatie en -telecommunicatie die vanuit België wordt verzonden.

2. Net zoals de gerechtelijke overheden kunnen de inlichtingendiensten krachtens de bepalingen van het voorontwerp en met naleving van verscheidene voorwaarden privé-communicatie en -telecommunicatie af luisteren, daar kennis van nemen en die opnemen zodra bepaalde fundamentele belangen van de Staat bedreigd worden of zouden kunnen worden door activiteiten "die verband (kunnen) hebben met spionage, terrorisme, extremisme, proliferatie, schadelijke sektarische organisaties, criminele organisaties en inmenging zoals gedefinieerd in artikel 8, 1°, van de organieke wet" (artikel 5, § 1, van het voorontwerp).

Zoals in artikel 6 van het voorontwerp wordt aangegeven, is de kans dan ook groot dat de inlichtingen die de inlichtingendiensten aldus inwinnen rechtstreeks van belang kunnen zijn voor de gerechtelijke overheden.

In de artikelen 19 en 20 van de voormelde wet van 30 november 1998 wordt een samenwerking tussen die staatsdiensten overigens aanbevolen.

Zodoende kunnen de inlichtingen- en veiligheidsdiensten krachtens artikel 19 de door hen ingewonnen inlichtingen meedelen aan inzonderheid de gerechtelijke overheden en de politiediensten; artikel 20, zijnerzijds, nodigt de

⁽⁵⁾ Dat wordt duidelijk aangegeven in de memorie van toelichting van het voorliggende voorontwerp (blz. 7 en 16).

inlichtingen- en veiligheidsdiensten, de politiediensten en inzonderheid de gerechtelijke overheden uit om voor een zo doeltreffend mogelijke wederzijdse samenwerking te zorgen en stelt dat die inlichtingen- en veiligheidsdiensten hun medewerking en in het bijzonder hun technische bijstand kunnen verlenen aan die gerechtelijke overheden binnen de perken van een protocol goedgekeurd door de betrokken ministers.

3. De afdeling Wetgeving heeft in verscheidene van haar adviezen de vraag opgeworpen wat zou gebeuren met de inlichtingen die aldus door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten worden ingewonnen in het kader van een gerechtelijke vervolging.

Zo heeft ze in haar advies 33.325/4 ⁽⁶⁾ het volgende gesteld :

"De door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten ingewonnen informatie wordt naargelang van de inhoud ervan in een bepaald classificatieniveau ondergebracht, overeenkomstig de artikelen 4 en 5 van de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen.

Eenieder die toegang wenst tot die geclassificeerde informatie moet houder zijn van een veiligheidsmachtiging.

Volgens artikel 8, eerste lid, van de voormelde wet van 11 december 1998, wordt die veiligheidsmachtiging evenwel niet vereist zijdens de gerechtelijke overheden.

(...)

De Raad van State wijst de steller van het voorontwerp evenwel op de omstandigheid dat bepaalde informatie, doordat ze is geclassificeerd, niet in het strafdossier wordt opgenomen; het openbaar ministerie beschikt aldus over informatie waarvan de partijen geen kennis hebben. Het gevaar bestaat dat de wijziging die het voorontwerp wil invoeren dit verschil accentueert.

Enerzijds is het voor een Staat van wezenlijk belang zich toe te rusten met rechtsinstrumenten om de georganiseerde misdaad en meer bepaald de verrichtingen voor het witwassen van geld, zo doeltreffend mogelijk te bestrijden, doch anderzijds staat het aan de wetgever een billijk evenwicht te handhaven tussen de bescherming van de hogere belangen van de Staat en de uitoefening van de fundamentele rechten uit het oogpunt onder meer van de artikelen 6 en 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden."

⁽⁶⁾ gegeven op 30 april 2002 over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen".

In haar voornoemde advies 32.623/4 heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State onderstreept dat in de ontworpen wet "duidelijker (zou) moeten worden vermeld welke verplichtingen de Algemene Dienst Inlichting en Veiligheid van de Krijgsmacht moet nakomen, aangezien die dienst samenwerkt met de gerechtelijke autoriteiten en ze inlichtingen over gepleegde strafbare feiten of pogingen tot het plegen van zulke feiten verstrekt."

Zoals de gemachtigde van de Minister heeft aangegeven, sluit de ontworpen wet geen rechtsvervolging uit op basis van opnamen van telefoongesprekken door de inlichtingendiensten.

In het voorontwerp wordt echter niets gepreciseerd over de uitoefening van de rechten van verdediging ten aanzien van zulke opnamen.

Krachtens artikel 90septies, vijfde tot zevende lid, van het Wetboek van Strafvordering is de onderzoeksrechter bevoegd om zich uit te spreken over het verzoek van de verdachte, de beklaagde, de burgerlijke partij of hun raadsman, om de ter griffie neergelegde opnamen en overschrijvingen die niet in een proces-verbaal opgetekend zijn, te raadplegen, en over hun verzoek tot overschrijving van bijkomende delen van de opnamen.

Doordat deze opnamen niet uitgevoerd zijn door de gerechtelijke autoriteiten zelf en krachtens artikel 15 van het voorontwerp voor die opnamen de classificatieprocedure dient te worden gevolgd zoals die wordt geregeld bij de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, kan het voormelde artikel 90septies als zodanig niet van toepassing worden verklaard.

De gemachtigde van de Minister is het er mee eens dat het voorontwerp van wet op dit punt dient te worden aangevuld om de rechten van verdediging van de persoon die aldus vervolgd wordt te waarborgen.

4. Bovendien zou het voorontwerp eveneens, in navolging van artikel 90octies van het Wetboek van Strafvordering, moeten voorzien in bijzondere maatregelen om het beroepsgeheim van advocaten en artsen te beschermen.

.../...

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Dispositief

Artikel 3

1. Artikel 3 van het voorontwerp steunt in ruime mate op artikel 46bis van het Wetboek van Strafvordering.

De ontworpen paragraaf 2 schrijft echter geen motivering van de uiterst dringende noodzakelijkheid voor, terwijl dit wel het geval is met artikel 46bis, § 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering. Het is de afdeling Wetgeving van de Raad van State niet duidelijk om welke reden deze motivering niet vereist wordt in de onderzochte bepaling.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 4, § 2, van het voorontwerp in zoverre het eveneens voorziet in "uiterste hoogdringendheid".

De ontworpen bepalingen dienen op dit punt te worden aangevuld.

2. In de Franse tekst van paragraaf 1 is het beter te schrijven "par décision écrite et motivée" in plaats van "après décision écrite et motivée".

Dezelfde opmerking geldt voor het vervolg van het ontwerp.

Artikel 4

Paragraaf 2 kan in de huidige redactie ervan worden uitgelegd alsof de minister de beslissing binnen 72 uur ook kan tenietdoen. Dit dient uitdrukkelijk in de bepaling te worden aangegeven.

Artikel 6

Zoals in de memorie van toelichting wordt aangegeven, wordt in deze bepaling alleen herinnerd aan het finaliteitsbeginsel en aan de gelding van artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering en van de artikelen 19 en 20 van de voornoemde wet van 30 november 1998.

Als de wetgever het nodig acht deze regels in herinnering te brengen, zou in deze bepaling eveneens moeten worden verwezen naar de inlichtingen ingewonnen op basis van de artikelen 3 en 4 van het voorontwerp.

Deze bepaling zou beter in de "diverse bepalingen" van hoofdstuk IV worden opgenomen.

Artikel 7

Volgens de ontworpen paragraaf 1, tweede lid, moet voor de bewakingsmaatregelen bedoeld in artikel 5, § 2, van de voormelde wet van 30 november 1998 vooraf machtiging worden verleend door de Minister van Binnenlandse Zaken. Overeenkomstig het voornoemde artikel 5, § 2, gaat het in de Franse tekst om de "Ministre de l'Intérieur". De bepaling dient op dit punt te worden verbeterd.

Artikel 8

Uit de bespreking van deze bepaling blijkt dat "het besluit tot verlenging van de machtiging (...) slechts (gebeurt) voor een nieuwe termijn van drie maanden, met een maximale verlenging van ten hoogste achttien maanden". In het ontworpen artikel 7, § 4, wordt evenwel gepreciseerd dat de bewaking slechts voor een periode van twee maanden wordt toegestaan. Het ontworpen artikel 8, eerste lid, van zijn kant, bepaalt dat de machtiging tot bewaking kan worden verlengd "met een termijn die niet langer mag zijn dan de termijn bepaald in artikel 7, § 4, met een maximum van zesmaal die termijn (...)", dit is twaalf maanden.

In de bespreking van de onderzochte bepaling wordt het dispositief ervan dus niet correct weergegeven. Deze dubbelzinnigheid dient bijgevolg te worden weggewerkt.

Artikel 9

In het ontworpen tweede lid dient de verwijzing naar artikel 5 van het voorontwerp te worden vervangen door een verwijzing naar het ontworpen eerste lid van de onderzochte bepaling.

Artikel 10

a) De ontworpen paragraaf 2 bepaalt dat "alleen de opnamen van communicatie en telecommunicatie die van belang worden geacht voor de uitvoering van de opdrachten zoals bedoeld in de artikelen 7, 1°, en 11, § 1, 1°, van de organieke wet, (...) het voorwerp (kunnen) zijn van een overschrijving". Deze bepaling steunt in zekere mate op artikel 90sexies van het Wetboek van Strafvordering. In deze laatste bepaling wordt echter gepreciseerd dat eerst de officier van gerechtelijke politie die aangewezen is om de bewakingsmaatregel uit te voeren, een selectie maakt van de communicatie en telecommunicatie die voor het onderzoek van belang wordt geacht en die worden overgeschreven. Vervolgens beoordeelt de rechter deze selectie en kan hij steeds vorderen andere communicatie over te schrijven.

In de ontworpen bepaling wordt dit niet aangegeven. Het is immers niet duidelijk wie het besluit tot overschrijving neemt en wie oordeelt of de communicaties van belang zijn. In de ontworpen tekst wordt overschrijving bovendien als een loutere mogelijkheid voorgesteld.

Zoals reeds onderstreept is onder algemene opmerking nr. 2, dient voorts aan de onderzoeksrechter eveneens de mogelijkheid te worden geboden bevel te geven tot overschrijving van de opnamen die hem door de inlichtingendiensten bezorgd zouden zijn, indien hij van oordeel is dat deze opnamen voor het onderzoek nuttig zijn. Het is ook mogelijk dat de onderzoeksrechter, om de rechten van de verdediging te vrijwaren, het

.../...

belang van bepaalde opnamen verschillend beoordeelt en dat hij derhalve rekening wenst te houden met opnamen die, gelet op de opdrachten van de inlichtingendiensten, niet van belang geacht zijn.

b) De ontworpen paragraaf 3 steunt eveneens op artikel 90septies, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering in zoverre erin bepaald wordt dat de nota's die werden genomen in het kader van de uitvoering van de bewakingsmaatregelen maar die niet opgetekend werden in een proces-verbaal vernietigd worden. Het voornoemde artikel 90septies geeft evenwel aan wie zorgt voor deze vernietiging en bepaalt dat van deze operatie in een proces-verbaal melding dient te worden gemaakt. De ontworpen bepaling dient in deze zin te worden aangevuld.

c) De ontworpen paragraaf 6 machtigt de Koning de nadere regels vast te stellen volgens welke de opnamen samen met de eventuele overschrijving en de eventuele vertaling ervan worden vernietigd. Een dergelijke machtiging is te algemeen. Doordat deze opnamen een inmenging in het privé-leven van de burger vormen, dient de wetgever in het licht van artikel 22 van de Grondwet zelf de termijnen voor de bewaring van deze opnamen en de voorwaarden waaronder ze mogen worden vernietigd te bepalen.

Artikel 11

Volgens deze bepaling is de Koning gemachtigd om "de centralisatie van de bewakingsmaatregelen bedoeld in artikel 5" van het voorontwerp te regelen.

Uit de uitleg van de gemachtigde van de Minister blijkt dat het de bedoeling is de Koning te machtigen een regeling uit te vaardigen die vrij veel gelijkenis vertoont met, die bepaald bij het koninklijk besluit van 9 januari 2003 tot uitvoering van de artikelen 46bis, § 2, eerste lid, 88bis, § 2, eerste en derde lid, en 90quater, § 2, derde lid, van het Wetboek van Strafvordering en van artikel 109ter, E, § 2, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven. Dit koninklijk besluit bepaalt inzonderheid de verplichtingen van operatoren van telecommunicatienetwerken en verstrekkers van telecommunicatiediensten in het kader van de vorderingen uitgaande van de gerechtelijke autoriteiten. Bij deze verplichtingen is onder meer sprake van de oprichting, door elke operator en elke verstrekker, van de "Coördinatiecel Justitie", die de vorderingen van de gerechtelijke autoriteiten moet uitvoeren.

Indien het in het onderhavige geval de bedoeling van de wetgever is om in dergelijke samenwerkingsregels te voorzien tussen de inlichtingendiensten en die derden, zou de aan de Koning verleende machtiging in die zin nader moeten worden gepreciseerd.

Aangezien de artikelen 3 en 4 van het voorontwerp voortbouwen op respectievelijk de artikelen 46bis en 88bis van het Wetboek van Strafvordering, vraagt de Raad van State zich bovendien af of de steller van het ontwerp er goed aan doet om alleen te verwijzen naar artikel 5 van het voorontwerp, daar in het voornoemde koninklijk besluit van 9 januari 2003 eveneens verplichtingen worden voorgestaan voor de operatoren en de verstrekkers van telecommunicatiediensten in het kader van de voornoemde artikelen 46bis en 88bis.

Artikel 13

a) De Nederlandse versie van de tekst van deze bepaling komt niet steeds overeen met de Franse versie ervan.

Zo wordt in de Franse versie van de ontworpen paragraaf 1, tweede lid, verwezen naar een termijn van "cinq jours francs" terwijl in de Nederlandse versie er alleen sprake is van een termijn van "vijf dagen". In diezelfde ontworpen paragraaf 1, tweede lid, wordt gesteld dat "la Commission statue à la majorité" terwijl in de Nederlandse versie staat dat "de Commissie beslist bij gewone meerderheid".

Tot slot wordt in de Franse versie van de ontworpen paragraaf 2, derde lid, bepaald dat "la Commission statue à la majorité" terwijl die zin ontbreekt in de Nederlandse versie.

De ontworpen teksten moeten bijgevolg worden herzien op taalkundig vlak.

b) Aangezien de Commissie is samengesteld uit drie leden, ziet de afdeling wetgeving niet in wanneer er sprake zou kunnen zijn van staking van stemmen, zoals wordt bepaald in paragraaf 1, tweede lid.

c) In de ontworpen paragraaf 2, eerste en tweede lid, wordt bepaald dat "in geval van uiterste hoogdringendheid en wanneer elke vertraging die de beslissing oploopt de belangen bedoeld in de artikelen 7, 1° en 11, § 1, 1° van de organieke wet ernstig in het gedrang kan brengen", de bevoegde minister een machtiging tot een bewakingsmaatregel kan verlenen zonder voorafgaand advies van de Commissie van interceptie van privé-communicatie en -telecommunicatie, maar voor een duur die 48 uur niet overschrijdt.

Deze Commissie beschikt dus over een termijn van 48 uur teneinde haar advies te geven en als zij dit niet doet, verloopt de ministeriële machtiging na die 48 uur.

Indien de Commissie een negatief advies geeft of geen advies geeft binnen 48 uur, "brengt het diensthoofd dit onverwijld ter kennis van het Vast Comité van Toezicht op de Inlichtingendiensten".

Volgens artikel 14 van het voorontwerp is het Vast Comité van Toezicht op de Inlichtingendiensten gemachtigd om een wettigheidscontrole a posteriori uit te oefenen op de bewakingsmaatregelen waarin voorzien wordt in artikel 5 van het voorontwerp en indien het een maatregel betreft waaromtrent een negatief advies gegeven is door de commissie van interceptie van privé-communicatie en -telecommunicatie of die geen aanleiding gegeven heeft tot zulk een advies, kan het voornoemde Comité de maatregel laten stopzetten.

De afdeling wetgeving van de Raad van State ziet niet de relevantie in van die laatste bevoegdheid van het Comité, aangezien krachtens artikel 13, § 2, tweede lid, van het voorontwerp de bewakingsmaatregel hoe dan ook moet worden stopgezet indien de voornoemde Commissie binnen de termijn van 48 uur geen advies gegeven heeft met betrekking tot de bewakingsmaatregel waartoe door de betrokken minister besloten is in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid.

De samenhang van die bepalingen van het voorontwerp moet worden verduidelijkt.

Artikel 14

a) Aangezien de maatregelen bedoeld in de artikelen 3 en 4 van het voorontwerp eveneens een inmenging in het privé-leven van individuen uitmaken, in de zin van artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en van artikel 22 van de Grondwet, ziet de afdeling wetgeving van de Raad van State niet in om welke reden dergelijke maatregelen zouden ontsnappen aan elke vorm van wettigheidscontrole, zoals paragraaf 2 van de onderzochte bepaling doet uitschijnen.

In haar advies 32.623/4 van 28 januari 2002 heeft de afdeling wetgeving reeds gewezen op de noodzaak om daadwerkelijk controle uit te oefenen op de werkzaamheden van de inlichtingendiensten, inzonderheid in het licht van de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens, waaruit het volgende blijkt :

"(...) pour que les systèmes de surveillance secrète soient compatibles avec l'article 8 de la Convention, ils doivent contenir des garanties établies par la loi et qui sont applicables au contrôle des activités des services concernés. Les procédures de contrôle doivent respecter aussi fidèlement que possible les valeurs d'une société démocratique, en particulier la prééminence du droit, à laquelle se réfère expressément le préambule de la Convention. Elle implique, entre autres, qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits d'individu soit soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer, au moins en dernier ressort, le pouvoir judiciaire, car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière" ⁽⁷⁾.

De afdeling wetgeving heeft evenwel benadrukt dat het Hof niet eist dat de controle noodzakelijkerwijs wordt uitgeoefend door de rechterlijke macht. Immers, dat Hof heeft in zijn arresten *Klass* ⁽⁸⁾ en *Leander* ⁽⁹⁾ gesteld dat die controle kan worden uitgeoefend door een instantie die borg staat voor onpartijdigheid en onafhankelijkheid.

⁽⁷⁾ Zie arrest Rotaru van het Europees Hof voor de rechten van de mens van 4 mei 2000, § 59.

⁽⁸⁾ Arrest van het Europees Hof voor de rechten van de mens van 6 september 1978, serie A, nr. 28.

⁽⁹⁾ Arrest van het Europees Hof voor de rechten van de mens van 26 maart 1987, serie A, nr. 116.

Doordat het voorliggende voorontwerp bepaalt dat de daadwerkelijke controle door het Vast Comité van Toezicht op de Inlichtingendiensten niet van toepassing is op de maatregelen waarin de artikelen 3 en 4 van voorontwerp voorzien, is het niet bestaanbaar met de internationale verplichtingen van België.

De ontworpen bepaling moet bijgevolg op dat punt worden aangevuld.

b) Indien het de bedoeling is van de steller van het voorontwerp om het Vast Comité van Toezicht op de Inlichtingendiensten de mogelijkheid te bieden om een daadwerkelijke beslissingsbevoegdheid te laten uitoefenen met betrekking tot het geheel van die bewakingsmaatregelen, zou het beter zijn om, met het oog op de rechtszekerheid, wijzigingen aan te brengen in de voornoemde wet van 18 juli 1991, die de bevoegdheden en de opdrachten bepaalt van het Vast Comité van Toezicht op de Inlichtingendiensten en van de Dienst Enquêtes voor die diensten.

Artikel 15

In het ontworpen eerste lid wordt bepaald dat "de maatregelen uitgevoerd overeenkomstig de artikelen 3 tot 5, de informatie bekomen via deze maatregelen alsook de wijze waarop zij worden verkregen, worden geclassificeerd" met "toepassing van de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en veiligheidsmachtigingen".

Zoals reeds werd benadrukt onder de algemene opmerking nr. 2, mag een dergelijke bepaling niet voorbij gaan aan de omstandigheid dat bepaalde aldus geclassificeerde inlichtingen rechtstreeks gebruikt kunnen worden door de gerechtelijke instanties ⁽¹⁰⁾ in het raam van gerechtelijke vervolgingen en dat het derhalve aangewezen zou zijn om te voorzien in een toegang tot die inlichtingen teneinde de uitoefening van de rechten van verdediging in acht te nemen.

⁽¹⁰⁾ Krachtens artikel 8 van de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen zijn de gerechtelijke instanties en de Cel voor financiële informatieverwerking vrijgesteld van de veiligheidsmachtigingen die in principe vereist zijn teneinde toegang te krijgen tot geclassificeerde documenten. Deze vrijstelling heeft evenwel geen betrekking op de advocaten die optreden om de partijen in de zaak te verdedigen.

Artikel 16

Deze bepaling van het voorontwerp verwijst naar artikel 259bis, §§ 2 tot 4, van het Strafwetboek.

Het voorontwerp zou moeten worden aangevuld met een bepaling die wijzigingen aanbrengt in artikel 259bis, § 5, zoals dat vervangen werd bij artikel 2 van de voornoemde wet van 3 april 2003, teneinde deze bepaling ook te laten gelden voor de Staatsveiligheid.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Madame
Mevrouw

M.-L. WILLOT-THOMAS,

président de chambre,
kamervoorzitter,

Messieurs
de Heren

P. LIÉNARDY,
P. VANDERNOOT,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

J. van COMPERNOLLE,
B. GLANSDORFF,

assesseurs de la section de législation,
assessoren van de afdeling wetgeving,

Madame
Mevrouw

C. GIGOT,

greffier,
griffier.

Le rapport a été présenté par Mme P. VANDERNACHT, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée par M. M. JOASSART, référendaire adjoint.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. P. VANDERNACHT, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld door de H. M. JOASSART, adjunct-referendaris.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. P. LIÉNARDY.

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

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER,

C. GIGOT

M.-L. WILLOT-THOMAS