ROYAUME DE BELGIQUE

_ _ _ _ _ _ _ _ _ _

AVIS 36.929/4
DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

_ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par la Vice-Première Ministre et Ministre de la Justice, le 7 avril 2004, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "modifiant la loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique, la loi du 30 juin 1994 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins, et la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale", a donné le 5 mai 2004 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Observations liminaires

1. L'exposé des motifs indique que l'avant-projet de loi a pour objet la mise en conformité du droit belge avec la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, signée à Budapest, le 23 novembre 2001 et son Protocole additionnel relatif à l'incrimination d'acte de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, signé à Strasbourg le 28 janvier 2003 (1).

L'attention est toutefois attirée sur le fait que ces deux traités n'ont fait l'objet ni d'une loi d'assentiment ni d'une ratification par le Roi. Ils ne sont donc pas en vigueur dans l'ordre juridique interne. En outre, seule la Convention précitée du 23 novembre 2001 entrera en vigueur le 1er juillet 2004 dans l'ordre juridique international à l'égard des États qui l'ont ratifiée (2).

---

(1) Dans des textes en langue néerlandaise dont dispose le Conseil d'État et qui semblent être en usage aussi bien auprès des autorités fédérales belges qu'aux Pays-Bas, la Convention et le protocole s'intitulent respectivement : "Verdrag inzake de bestrijding van delicten met betrekking tot computercriminaliteit" et "Aanvullend protocol bij het verdrag inzake de bestrijding van delicten met betrekking tot computercriminaleit, betreffende de strafbaarstelling van handelingen van racistische of xenofobe aard via computersystemen". Il ne semble pas indiqué d'utiliser une terminologie divergente.

(2) Sur le statut de la convention sur la cybercriminalité (STCE n° 185), voy. http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=05/05/04&CL=FRE.

Il serait utile de joindre ces traités au projet de loi qui sera présenté à la Chambre des Représentants, afin d'éviter que l'exercice du droit d'amendement inscrit à l'article 76 de la Constitution n'excède les limites du pouvoir d'appréciation que ces textes laissent aux États qui ratifient la Convention.

2. Selon l'exposé des motifs,

> "L'article 11 (de la Convention) oblige à incriminer la complicité et la tentative de commettre certains comportements prévus par la Convention. La tentative d'atteinte à l'intégrité des données et la tentative d'atteinte à l'intégrité des systèmes n'est pas prévue par notre droit. La Belgique devra donc modifier sa législation en conséquence plutôt que d'introduire une réserve conformément à l'article 42 de la Convention. En effet, l'article 5 de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne relative aux attaques visant les systèmes d'information impose l'incrimination de la tentative d'atteinte à l'intégrité des données."

Toutefois l'article 11, § 3 de la Convention précitée, permet à chaque partie de se réserver le droit de ne pas ériger en infraction pénale toute tentative intentionnelle de commettre l'une des infractions établies en application des articles 3 à 5, 7, 8, 9.1.a et c de la Convention.

Par ailleurs, la décision-cadre qui oblige les États membres à adopter les mesures nécessaires pour s'y conformer [(3)] et qui leur impose de rendre punissable la tentative de commettre des infractions visées en ses articles 3 et 4, n'a à ce jour pas été adoptée par le Conseil de l'Union européenne.

Il est suggéré de joindre à l'exposé des motifs le projet de la décision-cadre telle qu'elle est pendante devant le Conseil de l'Union européenne.

---

(3) Voy. l'article 34, § 2, b), du traité du 7 février 1992 sur l'Union européenne.

Observation générale

Le mot "dispositif" utilisé à de nombreuses reprises dans le texte en projet est emprunté à la Convention dont il est fait état ci-dessus [4]. Compte tenu du principe de la légalité des incriminations inscrit notamment à l'article 12, alinéa 2, de la Constitution et à l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'exposé des motifs doit préciser le sens de ce mot dans le contexte de la Convention à la lumière de son rapport explicatif [5].

Observations particulières

Article 7

Comme l'explique l'exposé des motifs, l'article 7 de l'avant-projet de loi

> "contient une modification de l'article 81 de la loi du 30 juin 1994 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins. En effet, l'article 13 de la Convention oblige les États à prévoir des peines privatives de liberté pour les infractions prévues aux articles 2 à 11. Les articles 80 et suivants de la loi du 30 juin 1994 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins punissent pénalement la contrefaçon, mais des peines d'emprisonnement ne sont prévues qu'en cas de récidive. Il faut donc introduire une peine d'emprisonnement à l'article 81".

L'article 81 de la loi du 30 juin 1994 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins sera donc remplacé comme suit, en vertu de l'article 7 en projet :

> "Art. 81. Les délits prévus à l'article 80 seront punis d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 100 euros à 100.000 euros ou d'une de ces peines seulement. Toute récidive relative aux délits prévus à l'article 80 est punie d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 100 euros à 100.000 euros ou d'une de ces peines seulement".

---

(4) Dans la traduction néerlandaise précitée de la Convention, intitulée "Verdrag inzake de bestrijding van delicten met betrekking tot computercriminaliteit", le terme français "dispositif" est rendu par le terme néerlandais "instrument".

(5) Sur le rapport explicatif, voy. http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/185.htm

Or, l'article 21 de l'avant-projet de loi "transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et du droit voisin dans la société de l'information" modifie lui aussi ledit article 81 [(6)].

Cet avant-projet a fait l'objet de l'avis 36.840/2 du Conseil d'État, donné le 19 avril 2004, au Ministre de l'Économie.

L'avis précité recommandait des adaptations du dispositif et de coordonner les modifications prévues par l'article 21 avec le remplacement envisagé dans le projet présentement examiné, de l'article 81 de la loi 30 juin 1994. La recommandation demeure d'actualité.

Plus fondamentalement, les auteurs des deux projets et le pouvoir législatif doivent en outre clairement déterminer si une peine d'emprisonnement mérite d'être prévue dès la première infraction dans toutes les hypothèses qui seront visées par la loi.

Sur ce point, le fonctionnaire délégué a précisé ce qui suit :

> "de tekst van de Overeenkomst verplicht lidstaten tot het voorzien van een gevangenisstraf op de daarin vervatte misdrijven. De nieuwe misdrijven van artikel 79bis en 79ter zijn geen misdrijven die bepaald worden door de Overeenkomst. Ik zie echter geen probleem om ook voor deze misdrijven een gevangenisstraf te voorzien. De tekst zal dan ook afgestemd worden op het ontwerp dat voorbereid werd door de FOD Economische Zaken, tenzij deze FOD daarover een andere mening zou hebben".

---

(6) Selon cet avant-projet cet article serait rédigé comme suit :
"À l'article 81 de la même loi, sont apportées les modifications suivantes :
a) les mots «Les délits prévus à l'article 80» sont remplacés par les mots «Les délits prévus aux articles 79*bis*, 79*ter* et 80»;
b) les mots «Toute récidive relative aux délits prévus à l'article 80» sont remplacés par les mots «Toute récidive relative aux délits prévus aux articles 79*bis*, 79*ter* et 80»".

Observation finale

Comme l'avant-projet modifie l'article 550*bis* du Code pénal, y inséré par l'article 6 de la loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique, l'attention est attirée sur le fait que l'article précité fait l'objet d'une question préjudicielle devant la Cour d'arbitrage sous le n° 2697 (avis du 11 juillet 2003), conçue en ces termes :

> "L'article 550*bis* du Code pénal (...) viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ne rendant punissable le pirate informatique interne que lorsqu'il y a dol spécial (à savoir une intention frauduleuse ou un but de nuire) (article 550*bis*, § 2) , alors que le pirate informatique externe est punissable dès qu'il y a dol général (article 550*bis*, § 1er) ?"

La chambre était composée de

Madame	M.-L. WILLOT-THOMAS,	président de chambre,
Messieurs	P. LIÉNARDY, P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. J. REGNIER, premier auditeur chef de section.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT M.-L. WILLOT-THOMAS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 36.929/4

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierde kamer, op 7 april 2004 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Justitie verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 28 november 2000 betreffende de informaticacriminaliteit, de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, en van de wet van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaal socialistische regime is gepleegd", heeft op 5 mei 2004 het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Voorafgaande opmerkingen

1. In de memorie van toelichting staat dat het voorontwerp van wet tot doel heeft het Belgische recht in overeenstemming te brengen met de Overeenkomst van de Raad van Europa inzake informaticacriminaliteit, opgemaakt te Boedapest op 23 november 2001, en (met) het Aanvullend Protocol bij de Overeenkomst inzake informaticacriminaliteit betreffende de bestraffing van racistische en xenofobe feiten gepleegd met behulp van informaticasystemen, opgemaakt te Straatsburg op 28 januari 2003 [(1)].

Er wordt evenwel op gewezen dat met geen van die beide verdragen is ingestemd bij wet, en die verdragen evenmin door de Koning zijn bekrachtigd. Ze zijn dus niet van kracht in de interne rechtsorde. Bovendien zal alleen het genoemde Verdrag van 23 november 2001 op 1 juli 2004 in de internationale rechtsorde in werking treden ten aanzien van de Staten die die overeenkomst hebben bekrachtigd [(2)].

---

(1) In teksten waarover de Raad van State beschikt en die naar het zich laat aanzien zowel bij de Belgische federale overheid als in Nederland in gebruik zijn, worden de overeenkomst en het aanvullend protocol respectievelijk genoemd : "Verdrag inzake de bestrijding van delicten met betrekking tot computercriminaliteit" en "Aanvullend protocol bij het verdrag inzake de bestrijding van delicten met betrekking tot computercriminaliteit, betreffende de strafbaarstelling van handelingen van racistische of xenofobe aard via computersystemen". Het lijkt niet geraden uiteenlopende terminologie te bezigen.

(2) Zie, wat betreft de stand van het verdrag inzake computercriminaliteit (STCE nr. 185), http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=05/05/04&CL=FRE.

Het verdient aanbeveling de genoemde verdragen te voegen bij het wetsontwerp dat ingediend zal worden bij de Kamer van volksvertegenwoordigers, om te voorkomen dat bij de uitoefening van het recht van amendering vastgelegd in artikel 76 van de Grondwet, de grenzen van de beoordelingsbevoegdheid overschreden worden die bij die regelingen gelaten wordt aan de Staten die het verdrag bekrachtigen.

2. In de memorie van toelichting staat het volgende :

> "Artikel 11 (van het Verdrag) verplicht de Staten om het mededaderschap en de poging tot het plegen van bepaalde misdrijven strafbaar te stellen. De poging tot schending van de integriteit van gegevens en de poging tot schending van de integriteit van informaticasystemen zijn niet voorzien door het Belgische recht. Ten gevolge daarvan moet België zijn wetgeving wijzigen, eerder dan een voorbehoud te maken met toepassing van artikel 42 van de Overeenkomst. Er is immers ook artikel 5 van het Kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie betreffende de aanvallen op informaticasystemen, dat de strafbaarstelling van de poging tot schending van informaticasystemen oplegt."

Artikel 11, lid 3, van het genoemde Verdrag, biedt evenwel iedere partij de mogelijkheid zich het recht voor te behouden om niet iedere opzettelijke poging om één van de in de artikelen 3 tot en met 5, 7, 8, 9, eerste lid, a en c van het Verdrag strafbaar gestelde feiten te begaan, strafbaar te stellen.

Bovendien is het kaderbesluit waarbij de lidstaten ertoe verplicht worden de maatregelen te nemen die nodig zijn om zich naar dat Verdrag te richten [(3)], en waarbij hun wordt opgelegd iedere poging om strafbare feiten genoemd in de artikelen 3 en 4 van dat Verdrag te plegen, strafbaar te stellen, tot op heden nog niet aangenomen door de Raad van de Europese Unie.

Voorgesteld wordt aan de memorie van toelichting het ontwerp van het kaderbesluit toe te voegen zoals dat thans hangende is bij de Raad van de Europese Unie.

---

(3) Zie artikel 34, lid 2, b), van het Verdrag van 7 februari 1992 betreffende de Europese Unie.

Algemene opmerking

Het woord "dispositif", dat herhaaldelijk wordt gebruikt in de Franse versie van de ontworpen regeling, is ontleend aan het bovengenoemde Verdrag [4]. Vanwege het beginsel van de wettelijkheid van de tenlasteleggingen, inzonderheid vastgelegd in artikel 12, tweede lid, van de Grondwet en in artikel 7 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, moet de betekenis van de Nederlandse vertaling van dat woord in de context van het Verdrag gepreciseerd worden in de memorie van toelichting, in het licht van het toelichtend verslag van dat Verdrag [5].

Bijzondere opmerkingen

Artikel 7

Zoals in de memorie van toelichting wordt uitgelegd, bevat artikel 7 van het voorontwerp van wet

> "een wijziging van artikel 81 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten. Artikel 13 van de Overeenkomst verplicht de Staten immers om vrijheidsbenemende straffen te voorzien voor de misdrijven voorzien in de artikelen 2 tot 11. De artikelen 80 en volgende van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten bestraffen namaak strafrechtelijk, doch er zijn slechts gevangenisstraffen voorzien in geval van herhaling. Er moet dus een gevangenisstraf voorzien worden in artikel 81".

Bijgevolg zal, overeenkomstig het ontworpen artikel 7, artikel 81 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten vervangen worden als volgt :

> "Art. 81. De misdrijven omschreven in artikel 80 worden gestraft met een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met een geldboete van 100 euro tot 100.000 euro of met één van die straffen alleen. Met gevangenisstraf van drie

---

(4) In de hiervoren genoemde Nederlandse vertaling, genoemd "Verdrag inzake de bestrijding van delicten met betrekking tot computercriminaliteit" beantwoordt aan de Franse term "dispositif" de Nederlandse term "instrument".

(5) Zie, wat het toelichtend verslag betreft, http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/185.htm

maanden tot twee jaar en met een geldboete van 100 euro tot 100.000 euro of met één van die straffen alleen wordt gestraft elke herhaling met betrekking tot de misdrijven omschreven in artikel 80."

Welnu, artikel 21 van het voorontwerp van wet "houdende de omzetting in Belgisch recht van de Europese richtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij", brengt ook wijzigingen aan in het genoemde artikel 81 [(6)].

Dat voorontwerp is onderzocht in advies 36.840/2 van de Raad van State, dat op 19 april 2004 aan de Minister van Economie is gegeven.

In het genoemde advies werd aanbevolen het dispositief aan te passen en de wijzigingen vervat in artikel 21 af te stemmen op de vervanging van artikel 81 van de wet van 30 juni 1994, waarin in het thans voorliggende ontwerp wordt voorzien. Die aanbeveling blijft gelden.

Nog belangrijker is dat de stellers van de beide ontwerpen en de wetgevende macht bovendien duidelijk bepalen of in een gevangenisstraf voorzien moet worden vanaf het eerste strafbare feit voor alle gevallen die in de wet genoemd worden.

In dat verband heeft de gemachtigde ambtenaar het volgende gesteld :

"de tekst van de Overeenkomst verplicht lidstaten tot het voorzien van een gevangenisstraf op de daarin vervatte misdrijven. De nieuwe misdrijven van artikel 79*bis* en 79*ter* zijn geen misdrijven die bepaald worden door de Overeenkomst. Ik zie echter geen probleem om ook voor deze misdrijven een gevangenisstraf te voorzien. De tekst zal dan ook afgestemd worden op het ontwerp dat voorbereid werd door de FOD Economische Zaken, tenzij deze FOD daarover een andere mening zou hebben".

---

(6) Luidens dat voorontwerp zou dat artikel gesteld worden als volgt :
"In artikel 81 van dezelfde wet worden de volgende wijzigingen aangebracht :
a) de woorden «De misdrijven omschreven in artikel 80» worden vervangen door de woorden «De misdrijven omschreven in de artikelen 79*bis*, 79*ter* en 80»;
b) de woorden «elke herhaling met betrekking tot de misdrijven omschreven in artikel 80» worden vervangen door de woorden «elke herhaling met betrekking tot de misdrijven omschreven in de artikelen 79*bis*, 79*ter* en 80»".

Slotopmerking

Aangezien bij het voorontwerp artikel 550*bis* van het Strafwetboek gewijzigd wordt, dat daarin is ingevoegd bij artikel 6 van de wet van 28 november 2000 inzake informaticacriminaliteit, wordt erop gewezen dat aangaande het genoemde artikel een prejudiciële vraag bij het Arbitragehof hangende is onder het nr. 2697 (advies van 11 juli 2003), die gesteld is als volgt :

> "Schendt artikel 550bis van het Strafwetboek (...) de artikelen 10 en 11 van de Grondwet door de interne hacker slechts strafbaar te stellen wanneer een bijzonder opzet (nl. een bedrieglijk opzet of het oogmerk om te schaden) aanwezig is (artikel 550*bis*, § 2), terwijl de externe hacker reeds strafbaar is zodra een algemeen opzet aanwezig is (artikel 550*bis*, § 1)?"

De kamer was samengesteld uit

Mevrouw	M.-L.	WILLOT-THOMAS,	kamervoorzitter,
de Heren	P.	LIÉNARDY,	staatsraden,
	P.	VANDERNOOT,	
Mevrouw	C.	GIGOT,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. REGNIER, eerste auditeur-afdelingshoofd.

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

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

C. GIGOT M.-L. WILLOT-THOMAS