

RF

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 42.178/2
DU 19 FÉVRIER 2007

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par la Vice-Première Ministre et Ministre de la Justice, le 25 janvier 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "relatif aux méthodes de recueil des données des services de renseignement et de sécurité", a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 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 de l'avant-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 générales

I. Le juste équilibre entre la protection des intérêts fondamentaux de la société et de l'État et la protection des droits et libertés ⁽¹⁾

L'avant-projet a pour but de régler l'ensemble des méthodes de recueil de données par les services de renseignement et de sécurité. Il prévoit, notamment, l'insertion, dans le chapitre III de la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité, d'une sous-section 2*bis* consacrée aux méthodes spécifiques et aux méthodes exceptionnelles de recherche qui s'ajoutent aux méthodes ordinaires déjà prévues dans le texte actuel de la loi, mais que l'avant-projet "renforce" ⁽²⁾.

L'avant-projet constitue, en quelque sorte, pour les services de renseignement et de sécurité, l'équivalent de la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête pour la police judiciaire.

⁽¹⁾ Selon l'exposé des motifs, "Le présent projet veille à trouver un juste équilibre entre la protection des intérêts fondamentaux de l'État et la protection des droits fondamentaux des personnes" (p. 3).

⁽²⁾ Exposé des motifs, p. 4.

Il existe cependant une différence importante entre les services de renseignement et de sécurité et la police judiciaire: le travail d'investigation policier est limité, même dans ses aspects proactifs, à la recherche de preuves d'infractions commises ou à commettre ⁽³⁾ et sa finalité est toujours judiciaire ⁽⁴⁾. Par contre, les services de renseignement et de sécurité ont un champ d'action beaucoup plus étendu, puisqu'ils ont pour mission "d'apprendre à connaître les structures et réseaux susceptibles de constituer de manière très générale une menace pour la société" ⁽⁵⁾ et qu'ils transmettent leurs renseignements "aux ministres et autorités administratives et judiciaires concernés, aux services de police et à toutes les instances et personnes compétentes conformément aux finalités de leur missions ainsi qu'aux instances et personnes qui font l'objet d'une menace visée aux articles 7 et 11" (article 19 de la loi du 30 novembre 1998, précitée).

Du point de vue de la protection des droits et libertés, cette différence n'est pas à négliger. Il est en effet normal que celui qui a commis une infraction ou qui s'apprête à en commettre fasse l'objet de recherches policières qui, pour les infractions les plus graves, peuvent mettre en oeuvre les méthodes particulières. Les personnes concernées connaissent d'ailleurs ce risque, de même que les conséquences qui peuvent en découler, à savoir des poursuites judiciaires - avec toutes les garanties relatives à un procès équitable - et les suites qui en résultent ⁽⁶⁾. Par contre, il est plus difficile de déterminer - aussi bien en droit qu'en fait - où commence exactement le travail d'investigation des services de renseignement et de sécurité.

La jurisprudence, notamment les cas soumis à la Cour européenne des droits de l'homme, les questions parlementaires, les travaux parlementaires de la loi du 30 novembre 1998, précitée, la note de la Ligue des droits de l'homme jointe en extraits à la demande d'avis, montrent qu'il existe toute une série de cas dont il est difficile de dire s'ils font et s'ils peuvent faire l'objet des activités des services de renseignement et de sécurité.

⁽³⁾ Exposé des motifs, p. 4. Voir également les articles 8 et 28bis du Code d'instruction criminelle.

⁽⁴⁾ F. GOOSENS, "Les missions et compétences des services de renseignement et de sécurité belges", J.T., n° 6066-30/2002 du 5 octobre 2002, p. 617.

⁽⁵⁾ Audition de M. B. VAN LIJSBETH, administrateur général de l'administration de la Sûreté de l'État, cité par F. GOOSENS, Op. cit, note 191.

⁽⁶⁾ Condamnation éventuelle, déchéance éventuelle de certains droits conformément aux articles 31 et suivants du Code pénal, mention au casier judiciaire.

Étant donné que les méthodes spécifiques et exceptionnelles de recueil de données sont, par nature, attentatoires à la vie privée et à l'exercice d'autres droits et libertés fondamentaux, il va de soi qu'il ne peut y être recouru qu'en interprétant de manière prudente les missions de renseignement telles que définies par les articles 7, 8 et 11 de la loi du 30 novembre 1998, précitée, et dans le strict respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité que visent d'ailleurs de manière expresse certaines dispositions de l'avant-projet.

II. La conformité de l'avant-projet avec l'article 8, alinéa 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et avec l'article 22 de la Constitution

1. En vertu de l'article 8, alinéa 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,

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

2. L'article 22 de la Constitution renforce la protection octroyée par l'article 8 de la Convention en exigeant l'intervention du législateur pour prévoir les cas et conditions dans lesquels le droit au respect de la vie privée et familiale peut être restreint.

3. Lorsque les services de renseignement et de sécurité analysent de manière générale et impersonnelle des "changements ou phénomènes qui traversent une société" ⁽⁷⁾, aucun problème ne se pose par rapport à l'article 8 de la Convention et à l'article 22 de la Constitution. Par définition, ces articles ne s'appliquent que lorsque les services de renseignement et de sécurité s'intéressent à la vie privée d'une personne. Selon le Cour, cette notion :

"Englobe le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables; de surcroît, aucune raison de principe ne permet d'exclure les activités professionnelles ou commerciales de la notion de «vie privée» (...). En outre, des données de nature publiques peuvent relever de la vie privée lorsqu'elles sont, d'une manière systématique, recueillies et mémorisées dans des fichiers tenus par les pouvoirs publics" ⁽⁸⁾.

Dans cette hypothèse, il importe de vérifier si l'avant-projet respecte les critères de prévisibilité et de nécessité imposés par la Convention.

3.1. L'exigence de prévisibilité

3.1.1. L'article 8, alinéa 2, de la Convention, implique, tout d'abord, qu'une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée soit "prévues par la loi". En vertu de la jurisprudence de la Cour, cette loi doit revêtir certaines qualités : l'ingérence doit, notamment, être prévisible, c'est-à-dire "rédigée avec assez de précision pour permettre à toute personne, en s'entourant au besoin de conseils éclairés, de régler sa conduite" ⁽⁹⁾. Cette prévisibilité se mesure à la précision et à la clarté de la loi.

⁽⁷⁾ Exposé des motifs, p. 4.

⁽⁸⁾ CEDH, 4 mai 2000, Rotaru c. Roumanie, paragraphe 43; CEDH, 6 juin 2006, Segerstedt-Wiberg c. Suède, paragraphe 72.

⁽⁹⁾ CEDH, 4 mai 2000, Rotaru c. Roumanie, paragraphe 53.

3.1.2. Il est des domaines où la prévisibilité des effets de la loi est plus étroitement entendue que d'autres,

"(...) en ce sens qu'elle doit elle-même définir avec une netteté suffisante les circonstances, l'étendue et les modalités du pouvoir d'ingérence; il s'agit de domaines où le risque d'arbitraire est inhérent aux techniques mises en oeuvre, à savoir l'attribution d'un pouvoir d'appréciation à une autorité administrative et le recours à des mesures de surveillance secrètes" ⁽¹⁰⁾.

Dans l'affaire Rotaru c. Roumanie précitée, la Cour avait constaté que :

"(...) la loi précitée ne définit ni le genre d'informations pouvant être consignées, ni les catégories de personnes susceptibles de faire l'objet des mesures de surveillance telles que la collecte et la conservation de données, ni les circonstances dans lesquelles peuvent être prises ces mesures, ni la procédure à suivre. De même, ladite loi ne fixe pas de limite quant à l'ancienneté des informations détenues et la durée de leur conservation" ⁽¹¹⁾.

3.1.3. La Cour n'exige cependant pas que le contrôle soit nécessairement exercé par le pouvoir judiciaire. En effet, dans ses arrêts Klass et Leander, elle admet que celui-ci puisse l'être par une autorité présentant toutes les garanties d'impartialité et d'indépendance ⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ L.-E. PETTITI (sous la direction de) La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, éd. 2, Economica, 1999, p. 335; CEDH, 4 mai 2000, Rotaru c. Roumanie, § 55; CEDH, 6 juin 2006 Segerstedt-Wiberg c. Suède, paragraphe 76.

⁽¹¹⁾ Paragraphe 57. Voir également CEDH, 24 avril 1990, Kruslin c. France, § 35 où la Cour critique le fait qu'en droit français, "... rien ne définit les catégories de personnes susceptibles d'être mises sous écoute judiciaire, ni la nature des infractions pouvant y donner lieu", ainsi que CEDH, 16 février 2000, Amann c. Suisse, § 58.

⁽¹²⁾ Avis de la section de législation du Conseil d'État 32.623/4, donné le 28 janvier 2002 sur un avant-projet devenu 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.
Voir également CEDH, 4 mai 2000, Rotaru c. Roumanie, § 69; CEDH, 6 juin 2006, Segerstedt-Wiberg c. Suède, § 117.
Voir, enfin, C.A., arrêt n° 151/2006 du 18 octobre 2006 et C.A., arrêt n° 14/2006 du 25 janvier 2006.
Sur ce contrôle juridictionnel, voir infra l'observation générale IV.

Selon la Cour, pour qu'un système de surveillance secrète soit compatible avec l'article 8 de la Convention, il doit :

"(...) 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 (arrêt *Klass et autres* précité, pp. 25-26, § 55)" ⁽¹³⁾.

3.1.4. Si les principes de proportionnalité et de subsidiarité conditionnent le recours aux méthodes spécifiques et, a fortiori, aux méthodes exceptionnelles, il importe en outre de vérifier si les moyens de contrôle créés par l'avant-projet apportent une garantie effective que ces méthodes seront mises en œuvre dans des conditions respectueuses des droits fondamentaux.

Dans son arrêt 202/2004 du 21 décembre 2004, la Cour d'arbitrage a considéré que les dispositions de la loi du 6 janvier 2003 relative aux méthodes particulières de recherche, organisant le contrôle d'un juge indépendant et impartial sur la légalité de la mise en œuvre de ces méthodes de recherche, étaient insuffisantes en raison de l'existence d'un dossier confidentiel et séparé, géré par le procureur du Roi, et du caractère trop limité du contrôle juridictionnel. À la suite de cet arrêt, la loi a été modifiée le 27 décembre 2005 et le contrôle de la chambre des mises en accusation a été étendu et considérablement renforcé.

Les services de renseignement et de sécurité exercent des missions qui n'ont pas, en soi, une finalité judiciaire. Il se comprend donc que le contrôle soit exercé par d'autres autorités que lorsqu'il s'agit de rechercher les crimes et les délits. Mais cette considération ne dispense pas de vérifier si les mécanismes de contrôle institués par l'avant-projet apportent une garantie comparable à celle qui est instituée par le Code d'instruction criminelle, tant en matière d'écoute des (télé) communications privées qu'en matière de techniques particulières de recherche et autres méthodes d'enquête.

⁽¹³⁾ CEDH, 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, § 59.

À cet égard, le Conseil d'État ne peut que constater que le contrôle de la légalité des méthodes spécifiques est effectué a posteriori seulement par la commission administrative instituée par les articles 43/1 et 43/2, en projet. Seules les méthodes exceptionnelles font l'objet d'un contrôle préalable, puisque la commission précitée est appelée à donner un avis conforme à la proposition de décision émanant du dirigeant du service ou à refuser de délivrer cet avis conforme.

L'exposé des motifs doit mieux faire ressortir que les modalités de contrôle prévues par l'avant-projet s'inscrivent dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage et de la Cour européenne des droits de l'homme.

3.2. Le critère de nécessité dans une société démocratique.

La condition de nécessité, qui n'a pas la souplesse d'autres termes comme "utile" ou "opportun", conduit à exiger que l'ingérence réponde à un "besoin social impérieux" et reste proportionnée au but légitime poursuivi, et ce d'autant plus que la société démocratique devrait se caractériser par "le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture" ⁽¹⁴⁾ qui n'ont de sens que s'ils s'appliquent à ceux qui expriment des idées qui "heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population" ⁽¹⁵⁾.

En conclusion, seule l'interprétation prudente rappelée à l'observation générale I permet de satisfaire au critère de "nécessité dans une société démocratique".

III. La description des méthodes spécifiques et exceptionnelles

Les méthodes spécifiques et exceptionnelles de recueil de données sont en partie inspirées des méthodes spéciales et des autres méthodes de recherches figurant dans le Code d'instruction criminelle.

⁽¹⁴⁾ Notamment, les arrêts CEDH, 7 décembre 1976, Handyside c. Royaume-Uni, § 49; CEDH, 23 septembre 1998, Lehideux et Isorni c. France, § 55, et CEDH, 28 septembre 1999, Öztürk c. Turquie, § 64.

⁽¹⁵⁾ Voir parmi beaucoup d'autres arrêts, CEDH, 7 décembre 1976, Handyside c. Royaume-Uni, § 49; CEDH, 23 septembre 1994, Jersild c. Danemark, § 37.

Dès lors, sauf lorsqu'une raison particulière impose une solution différente, il y a lieu de rédiger le texte de manière identique, notamment en ce qui concerne les termes utilisés pour la description des méthodes.

IV. Le contrôle juridictionnel

1. L'article 43/5, alinéa 2, en projet, habilite le Roi à déterminer "les modalités relatives au dépôt de plainte de la personne visée à l'alinéa 1^{er} ainsi que les modalités de saisine par le Comité permanent de contrôle des services de renseignement, par la Commission de la protection de la vie privée ainsi que les modalités de la transmission de la décision visée à l'article 43/2".

Cette habilitation est excessive. Les règles essentielles de la procédure doivent être fixées dans l'avant-projet ⁽¹⁶⁾.

2. Dans l'arrêt 151/2006 du 18 octobre 2006, la Cour d'arbitrage a estimé que :

"Les articles 5 et 9 de la loi du 11 décembre 1998 portant création d'un organe de recours en matière d'habilitations, d'attestations et d'avis de sécurité, tels qu'ils ont été modifiés par la loi en cause du 3 mai 2005, organisent une procédure qui permet à l'organe de recours de se faire communiquer tous les éléments utiles, qui autorise la consultation du dossier par le requérant et son avocat, qui prévoit une audience à laquelle sont entendus le requérant et son avocat et qui oblige l'organe de recours à motiver ses décisions. Ces éléments démontrent que l'organe de recours institué par la loi en cause est un organe juridictionnel" ⁽¹⁷⁾.

Par rapport aux éléments relevés par la Cour d'arbitrage, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

⁽¹⁶⁾ Voir, notamment, l'avis 25.705/2, donné par la section de législation du Conseil d'État le 28 mai 1997 sur un projet devenu la loi du 11 décembre 1998 portant création d'un organe de recours en matière d'habilitations, d'attestations et d'avis de sécurité.

⁽¹⁷⁾ Considérant B.17.3.

2.1. En ce qui concerne les méthodes exceptionnelles, les documents auxquels renvoie l'article 43/6, alinéa 1^{er}, en projet, semblent constituer une base suffisante pour permettre au collège de débiter sa mission de contrôle.

Tel n'est pas le cas pour les méthodes spécifiques. En effet, les documents transmis sont les listes des mesures d'observation, d'inspection, d'identification, de repérage et de localisation réalisées ⁽¹⁸⁾. Or, l'avant-projet ne précise pas ce que contiennent ces listes.

Pour que le collège puisse débiter un contrôle efficace, il faudrait y mentionner, au moins brièvement, pour quelle raison la personne concernée doit faire l'objet d'une surveillance des services de renseignement et de sécurité et pour quelle raison cette surveillance nécessite le recours aux méthodes spécifiques. La précision selon laquelle la commission communique "tout autre document utile" n'a évidemment pas le même effet que l'obligation précisément exprimée dans la loi de transmettre telle ou telle information.

Qu'il s'agisse de méthodes exceptionnelles ou de méthodes spécifiques, le collège doit pouvoir, s'il le souhaite, disposer du "dossier d'enquête complet, et donc, [de] toutes les informations que l'autorité de sécurité a eues à sa disposition pour prendre sa décision" et de "toutes les pièces de la procédure" ⁽¹⁹⁾. L'avant-projet doit le prévoir explicitement.

2.2. L'avant-projet reste également muet quant à la possibilité pour le plaignant et son avocat de prendre connaissance des documents communiqués par les services de renseignement au collège juridictionnel, en application de l'article 43/6, alinéas 1^{er} à 3, en projet.

⁽¹⁸⁾ Ces listes sont visées aux articles 18/5, § 2, 18/6, § 3, 18/7, § 2, 18/8, § 4, et 18/9, § 4.

⁽¹⁹⁾ Cour d'arbitrage, arrêt 14/2006 du 25 janvier 2006, considérants B.18 et B.21.

Il conviendrait que le texte en projet soit complété sur ce point afin de déterminer la mesure dans laquelle un accès à tout ou partie de ces documents est possible et que l'exposé des motifs justifie les restrictions éventuelles à cet accès au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour d'arbitrage ⁽²⁰⁾ ⁽²¹⁾.

2.3. L'avant-projet ne prévoit pas d'audience au sens strict du terme, mais l'audition obligatoire du plaignant et l'audition facultative des membres de la commission, du dirigeant du service concerné ainsi que des membres des services de renseignement et de sécurité qui ont mis en oeuvre les méthodes spécifiques ou exceptionnelles de recueil de données.

Cette façon de procéder, qui est semblable à celle prévue par la loi du 11 décembre 1998, précitée, -qui utilise cependant le mot "audience"-, peut être admise. Il convient cependant de prévoir que, lors de son audition, le requérant peut être assisté d'un avocat.

V. La transmission d'informations aux autorités judiciaires

Cet aspect est réglé de manière générale par l'article 18/3, § 2, en projet, et, plus précisément par l'article 18/18, § 4, alinéa 3, en projet, en ce qui concerne les écoutes téléphoniques.

La question qui se pose est la suivante : dès lors que le Code d'instruction criminelle ne permet le recours aux méthodes particulières ou aux autres méthodes de recherche qu'à certaines conditions, par exemple l'intervention du juge d'instruction en ce qui concerne les écoutes téléphoniques, peut-on admettre que des informations recueillies par les services de renseignement et de sécurité par le recours à des méthodes identiques mais, par définition, sans avoir suivi les règles du Code d'instruction criminelle, soient transmises aux autorités judiciaires ?

⁽²⁰⁾ Cour d'arbitrage, arrêt 14/2006 du 25 janvier 2006, considérant B.19.

⁽²¹⁾ CEDH, 6 juin 2006, Segerstedt-Wiberg c. Suède, §§ 102 à 104.

Le Conseil d'État n'aperçoit pas ce qui l'interdirait. Compte tenu de l'article 29 du Code d'instruction criminelle, cette transmission est même une obligation.

Le procès-verbal transmis conformément aux articles 18/3, § 2, et 18/18, § 4, alinéa 3, en projet, servira de point de départ à la recherche des éléments de preuve.

Mais ce procès verbal peut-il lui-même constituer un élément de preuve (par exemple lorsqu'il relate les constatations faites par un agent des services de renseignement et de sécurité ou contient la retranscription d'une écoute téléphonique) ? Il semble que non. Dans la réponse donnée aux observations de l'Ordre van de Vlaamse Balies (OVV) et à l'avis du collège des procureurs généraux, le Gouvernement souligne que :

"Le procès-verbal non classifié est versé dans le dossier pénal et soumis à la contradiction des parties. Chacune disposera des mêmes informations.

(...) les autorités judiciaires ne pourront pas fonder une action sur la base du procès-verbal ⁽²²⁾. Ce procès-verbal doit être vu comme un élément d'information parmi d'autres.

(...) les services de renseignement ne fourniront pas une preuve aux autorités judiciaires mais bien un renseignement.

(...) les autorités judiciaires n'auront donc [pas] accès au dossier de la méthode de recueil de données en tant que tel. Il n'y a donc pas de rupture de l'égalité des armes."

Dans le même ordre d'idées, l'on suppose qu'il sera impossible ou, à tout le moins, fort difficile, de faire témoigner les agents des services de renseignement et de sécurité au sujet de leurs constatations.

Dès lors que seul le procès verbal et non les éléments y mentionnés sont soumis à la contradiction, ces éléments ne peuvent être considérés comme des éléments de preuve ⁽²³⁾.

⁽²²⁾ Le Conseil d'État n'aperçoit pas clairement le sens de cette phrase. Ne faut-il pas lire "ne pourront fonder une condamnation" ?

⁽²³⁾ Voir le passage cité par l'auteur de l'avant-projet dans sa réponse à l'OVV relatif à l'arrêt CEDH, 25 septembre 2001, PG et JH c. Royaume-Uni, § 77.

En tout état de cause, l'exposé des motifs devrait examiner de manière plus précise cette question.

Observations particulières

Dispositif

Article 2

(Article 2, en projet, de la loi du 30 novembre 1998)

1. Le paragraphe 2, alinéa 1^{er}, en projet, dispose que par dérogation à l'article 29 du Code d'instruction criminelle, lorsque les services de renseignement et de sécurité obtiennent des données protégées par le secret professionnel, ces données doivent être traitées, analysées et exploitées dans le respect de cette protection.

L'exposé des motifs doit préciser la portée de cette disposition et notamment des mots "Par dérogation à l'article 29 du Code d'instruction criminelle".

2. Le paragraphe 3, en projet, qui permet à une personne physique justifiant d'un intérêt légitime d'être avisée qu'elle a fait l'objet d'une méthode spécifique ou exceptionnelle de recueil de données, commence par ces termes :

"Sans préjudice de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration et de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (...)".

La référence à la loi du 8 décembre 1992 suscite une interrogation. En effet, l'article 3, § 4, de celle-ci dispose que ses articles 6 à 10, 12, 14, 15, 17, 17bis, alinéa 1^{er}, 18, 20 et 31, §§ 1^{er} à 3, ne s'appliquent pas aux traitements de données à caractère personnel gérés par la Sûreté de l'État et par le Service général de renseignement et de la sécurité des forces armées. Il est vrai que l'article 3, § 4, précité, ne vise pas l'article 13 de la loi dont l'alinéa 1^{er} dispose que "Toute personne justifiant de son identité a le droit de s'adresser sans frais à la Commission de la protection de la vie privée pour exercer les

.../...

droits visés aux articles 10 et 12 à l'égard des traitements de données à caractère personnel visés à l'article 3, §§ 4, 5 et 6". Comme l'a indiqué la fonctionnaire déléguée, cette disposition crée un droit distinct des articles 10 et 12 qui peut être mis en oeuvre même à l'égard des services de renseignement et de sécurité. La référence à la loi du 8 décembre 1992 peut donc être admise.

Le recours à la loi du 11 avril 1994 est théoriquement possible mais il se heurtera souvent à l'article 6, § 2, 4/, que l'avant-projet introduit dans cette loi et qui permet à l'autorité administrative de rejeter la demande si la publication du document administratif porte atteinte aux intérêts visés à l'article 3 de la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification, aux habilitations, attestations et avis de sécurité.

3. Au paragraphe 3, en projet, le Conseil d'État n'aperçoit pas la portée exacte de l'obligation imposée au service de renseignement et de sécurité d'aviser la personne concernée qu'elle a fait l'objet d'une méthode spécifique ou d'une méthode exceptionnelle de recueil de données. En effet, si l'information ne porte que sur le fait de la mise en œuvre d'une méthode et sur l'indication de la nature de la méthode, on comprend mal en quoi le contenu des données recueillies pourrait être un motif dispensant de donner cet avis. L'exposé des motifs veillera à apporter cette précision, sinon le dispositif sera modifié.

Article 3

(Article 3, en projet)

Le 12/, en projet, définit le "lieu privé" comme :

- " - le lieu qui n'est manifestement pas un domicile, ou
- une dépendance propre y enclose d'un domicile au sens des articles 479, 480 et 481 du Code pénal".

D'autres articles de l'avant-projet mentionnent également le "domicile ou une dépendance propre y enclose d'un domicile au sens des articles 479, 480 et 481 du Code pénal" (articles 18/12, 18/14, § 1^{er}, 18/18, § 2).

.../...

Cette définition s'inspire de celle de l'article 46^{quinquies} du Code d'instruction criminelle au sujet duquel la doctrine a relevé des problèmes d'interprétation :

"Dès lors que la notion de domicile ne reçoit pas de définition légale mais est susceptible d'évoluer en fonction de la jurisprudence de la Cour de cassation, le nouvel article 46^{quinquies} apparaît en effet comme un véritable «nid à procès» susceptible d'engendrer énormément d'insécurité juridique" ⁽²⁴⁾.

Plus fondamentalement, la définition en projet, contrairement à l'article 46^{quinquies}, ne vise pas les locaux professionnels.

L'avant-projet doit dès lors être modifié sur ce point.

Article 6

(Article 13, en projet)

1. Le Conseil d'État se demande s'il ne serait pas préférable, dans le but de mieux protéger la vie privée, que le Roi soit habilité à établir la liste de ces banques de données du secteur public pouvant être consultées par les agents de services de renseignement et de sécurité.

2. L'article 13 de la loi du 30 novembre 1998, précitée, est une disposition générale (il fait partie de la sous-section 1 intitulée "dispositions générales") qui autorise les services de renseignement et de sécurité à rechercher, collecter, recevoir et traiter des informations et des données à caractère personnel ⁽²⁵⁾ qui peuvent être utiles à l'exécution de leurs missions.

⁽²⁴⁾ M.-A. BEERNAERT, "La loi du 27 décembre 2005 visant à améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée : un premier aperçu rapide", J.T., n/ 6218-12/2006, 25 mars 2006, pp. 193 et suivantes.

⁽²⁵⁾ Il va de soi que cette autorisation vaut, a fortiori, pour les données non personnelles.

Cette recherche, cette collecte, cette réception peuvent se faire par le recours à des méthodes ordinaires de recueil de données (sous-section 2) ou par le recours à des méthodes spécifiques ou exceptionnelles de recueil de données.

Il en résulte que chaque méthode de recueil de données entre nécessairement soit dans la sous-section 2 soit dans la sous-section *2bis*.

L'article 13, en projet, ne peut contenir que des règles communes à toutes les méthodes de recueil de données.

En conséquence :

- a) la disposition prévue par l'article 6, 1/, de l'avant-projet, qui prévoit l'accès des services de renseignement et de sécurité aux banques de données du secteur public, doit se trouver dans la sous-section 2 et non dans l'article 13, en projet;
- b) il y a lieu de mentionner, dans la sous-section 2, que font partie des méthodes ordinaires de recueil de données, l'observation sans l'aide de moyens techniques dans les lieux publics ainsi que toute méthode légitime qui porte moins atteinte au droit au respect de la vie privée que celles prévues à la sous-section *2bis*.

Article 7

(Article 13*bis*, en projet)

1. Cette disposition en projet crée une cause d'excuse absolutoire lorsque des infractions absolument nécessaires sont commises avec l'autorisation de la commission. Les bénéficiaires de cette exemption de peine sont les agents des services de renseignement et de sécurité, les personnes qui leur ont prêté l'aide ou l'assistance nécessaire ainsi que les membres de la commission qui ont autorisé les agents à commettre ces infractions. Il n'est pas précisé si l'accord exprès de la commission doit être donné avant que l'infraction ne soit commise ou s'il peut être donné par la suite. Il est certes dans l'intérêt des agents qu'ils disposent d'une autorisation préalable à la réalisation de l'infraction en question. Leur sécurité juridique s'en trouvera améliorée. En outre, l'efficacité du contrôle s'en trouvera en règle renforcée. L'auteur de l'avant-projet est invité à apporter cette précision et pourrait à cette fin s'inspirer de la solution adoptée par la disposition de l'article 47*quinquies*, § 3, du Code d'instruction criminelle.

.../...

2. Au paragraphe 1^{er}, en projet, ne conviendrait-il pas de préciser qu'un agent peut utiliser un faux nom pour des raisons de sécurité liées à sa personne "ou" (et non "et") pour les besoins inhérents à l'exercice d'une mission ? L'on conçoit aisément, par exemple, qu'un agent n'entre pas en contact avec des milieux radicaux sous sa propre identité, surtout si celle-ci est, pour une raison ou une autre, connue des milieux en question.

3. Le Conseil d'État n'aperçoit pas les raisons pour lesquelles il serait permis aux membres des services de renseignement et de sécurité de porter atteinte à l'intégrité physique des personnes, à l'exception des hypothèses classiques des causes de justification et des causes d'excuse du droit pénal.

Article 9

(Article 14, en projet)

1. L'avant-projet supprime, à l'alinéa 2, les mots "dans le respect de la loi" alors qu'il les maintient à l'alinéa 1^{er}.

Une telle façon de procéder ne peut être admise. Si l'on considère que les mots "dans le respect de la loi" vont de soi et sont inutiles, il y a lieu de les supprimer dans les deux alinéas. Si l'on considère que le rappel du respect de la loi est utile, il y a lieu de le maintenir dans les deux alinéas.

2. L'actuel article 14, alinéa 3, de la loi du 30 novembre 1998, précitée, permet aux autorités judiciaires, aux fonctionnaires et agents des services publics de ne pas communiquer les informations demandées par les services de renseignement et de sécurité.

Désormais, ce refus ne pourra intervenir qu'au cas où la communication des informations demandées est de nature à porter atteinte à une information ou une instruction judiciaire en cours, à la récolte d'informations visées par la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme, à faire courir un danger à une personne, ou à porter gravement atteinte à la vie privée de la personne concernée.

.../...

En mentionnant le risque d'atteinte à une information ou une instruction judiciaire en cours et à la récolte d'informations visées par la loi du 11 janvier 1993, précitée, l'avant-projet ne vise que les rapports entre les services de renseignement et de sécurité, les autorités judiciaires et celles chargées de la lutte contre le blanchiment. Qu'en sera-t-il des autres administrations ? L'administration fiscale ou le SPF Défense ne pourraient-ils refuser de communiquer une information lorsque cela risque de porter atteinte aux intérêts qu'ils poursuivent, par exemple le recouvrement de l'impôt ou la réussite d'une opération militaire ?

Article 12

Article 18/1, en projet

1. L'article 18/1, 1/, en projet habilite la Sûreté de l'État à utiliser des méthodes spécifiques ou exceptionnelles de recueil de données pour l'exercice des missions visées, notamment, à l'article 7, 1/, de la loi du 30 novembre 1998, précitée. Il est douteux, au regard de l'article 22 de la Constitution, que ces méthodes puissent être exercées dans le cadre de la protection d'un "intérêt fondamental du pays" que cet article 7, 1/, de la loi habilite le Roi à définir sur proposition du comité ministériel.

2. Au 1/, le Conseil d'État n'aperçoit pas l'utilité des mots "sauf les exceptions prévues à l'article 18/10", qui ne sont d'ailleurs pas repris au 2/, alors que les missions du service général du renseignement et de la sécurité des Forces armées pour lesquelles des méthodes exceptionnelles peuvent être utilisées sont plus limitées que les missions auxquelles renvoie l'article 18/1, 2/.

Article 18/2, en projet

L'article 18/2 en projet énumère d'abord les différentes méthodes spécifiques et ensuite les différentes méthodes exceptionnelles qui seraient à l'avenir mises à la disposition des agents des services de renseignement et de sécurité.

L'exposé des motifs n'explique pas en quoi consistent ces différentes méthodes. Certaines d'entre elles ne demandent guère de précision. Par contre, il en va différemment pour la méthode d'inspection, à l'aide ou non de moyens techniques, d'objets fermés et de lieux accessibles au public ou des lieux privés (article 18/2, § 1^{er}, 2/, en projet).

À défaut de précision, peut-on considérer, par exemple, que cette méthode autoriserait les agents concernés à pénétrer, de jour comme de nuit, dans des lieux accessibles au public à un moment où ces lieux sont fermés ou à pénétrer dans des lieux privés (par exemple affectés à des fins professionnelles tels que des bureaux) en l'absence de l'occupant de ces lieux ?

Le texte de l'article 46^{quinquies} du Code d'instruction criminelle qui accorde aux services de police des pouvoirs comparables est beaucoup plus précis et détaillé. L'auteur de l'avant-projet veillera à préciser dans l'exposé des motifs ce que la méthode d'inspection de ces lieux permet de faire concrètement.

La même observation vaut pour les articles 18/6 et 18/14, en projet.

Article 18/3, en projet

L'article 18/3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, vise à éviter que l'utilisation des méthodes spécifiques ou des méthodes exceptionnelles de recueil de données, porte préjudice à une information pénale ou à une instruction judiciaire en cours. L'exposé des motifs vise notamment le souci de préserver l'égalité des armes dans le cadre d'un dossier pénal. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a admis que certaines irrégularités commises lors de la phase préliminaire du procès n'étaient pas réparables ultérieurement de sorte que la tenue d'un procès équitable n'était plus possible.

L'exposé des motifs veillera à préciser que le souci de préserver le droit au procès équitable des personnes poursuivies - et pas uniquement l'égalité des armes - est compris dans la disposition de l'article 18/3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet.

Article 18/4, en projet

1. En vertu de l'article 18/4, en projet, de la loi du 30 novembre 1998, précitée, les méthodes spécifiques de recueil de données peuvent être mises en oeuvre "à propos d'une menace potentielle" visée à l'article 18/1, dont le 2/ fait, pour le Service général du renseignement et de la sécurité des Forces armées, référence à l'article 11, § 1^{er}, 1/ à 3/, de la loi du 30 novembre 1998, précitée. Dès lors que l'article 11, § 1^{er}, 2/ et 3/ ne fait pas état d'une menace potentielle, la question se pose de savoir si le recours à des méthodes spécifiques ou exceptionnelles de recueil de données est également envisageable pour l'accomplissement de ces missions.

Si tel est le cas, il convient de revoir la rédaction de l'article 18/4, en projet, afin d'éviter les renvois en cascade et toute incertitude quant aux dispositions auxquelles il entend renvoyer.

2. Le dispositif mentionne que l'officier de renseignement informe régulièrement le dirigeant du service "et", le cas échéant, l'officier de renseignement désigné à cet effet, de l'exécution de la méthode spécifique de recueil de données. Le commentaire de la même disposition ⁽²⁶⁾ indique au contraire que l'information sera adressée au dirigeant du service "ou" à l'officier désigné par lui. Si le dirigeant du service a désigné un officier pour contrôler le déroulement de l'opération, il s'indique que l'information lui soit communiquée, à charge pour ce dernier d'en informer le dirigeant du service selon les modalités fixées par ce dernier. Le dispositif sera modifié pour remplacer la conjonction "et" par la conjonction "ou".

Articles 18/5 et 18/6, en projet

Ces articles opposent les "lieux accessibles au public" aux "lieux privés".

Cette distinction n'est nullement évidente, et ce, que l'on donne aux mots "lieux privés" le sens de "propriété privée" ou le sens prévu par l'article 3, 12/, en projet.

⁽²⁶⁾ Exposé des motifs, p. 22.

En effet, un lieu accessible au public peut parfaitement être un lieu privé. Tel est le cas, par exemple, d'un grand magasin, d'un cinéma ou d'une banque. Inversement, un lieu public peut ne pas être entièrement accessible au public. Tel est le cas de certaines administrations où le public n'est admis qu'aux guichets.

En réalité, il existe une double distinction : celle qui oppose les lieux accessibles au public et les lieux non accessibles au public et celle qui oppose les lieux publics aux lieux privés. Il peut donc y avoir des lieux privés non accessibles au public, des lieux privés accessibles au public, des lieux publics non accessibles au public et des lieux publics accessibles au public. En outre, l'accessibilité au public peut être plus ou moins large selon les cas ⁽²⁷⁾.

L'avant projet doit donc être précisé afin que l'on sache exactement quel régime est applicable à chaque lieu.

Article 18/5, en projet

1. Le paragraphe 2, alinéa 4, dispose que les données recueillies dans des conditions qui ne respectent manifestement pas les dispositions légales applicables sont conservées sous le contrôle de la commission et que celle-ci interdit aux services de renseignement et de sécurité l'exploitation de ces données et suspend l'observation si celle-ci est toujours en cours.

Il y a lieu de prévoir que tous ces cas sont transmis au collège qui, en vertu de l'article 43/7, § 1^{er}, en projet, peut décider de la destruction des données recueillies ou lever l'interdiction d'exploitation.

La même observation vaut pour la suite de l'avant-projet.

⁽²⁷⁾ Dans certains cas, seules certaines catégories de personnes, par exemple celles qui disposent d'un billet d'entrée, d'une réservation, d'une invitation, d'une tenue correcte, etc. peuvent avoir accès à un lieu déterminé.

2. Au paragraphe 2, alinéa 4, pourquoi faut-il que les conditions ne respectent "manifestement" pas les dispositions légales applicables ?

L'exposé des motifs doit répondre à cette question.

La même observation vaut pour les articles suivants qui utilisent l'adverbe "manifestement" ⁽²⁸⁾.

Article 18/6, en projet

Le paragraphe 2, en projet, prévoit que l'objet doit être remis en place dans les plus brefs délais. Il est fait exception si "le bon déroulement de la mission du service s'y oppose". Cette exception n'a pour effet que de retarder la remise en place de l'objet. Dès lors qu'aucun pouvoir de saisie n'a été accordé aux agents des services de renseignement et de sécurité, l'exception ne peut pas être interprétée comme pouvant dispenser de la remise en place de l'objet suspect. L'exposé des motifs veillera à préciser cette interprétation.

La même observation vaut pour l'article 18/14, § 2, en projet.

Article 18/7, en projet

Au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, le Conseil d'État n'aperçoit pas clairement quelle est la portée concrète de la disposition lorsqu'elle permet aux services de renseignement et de sécurité de prendre connaissance des données d'identification de l'expéditeur ou du destinataire d'un courrier alors que celui-ci n'est pas confié au même moment à son opérateur postal. Cela signifie-t-il que cette vérification ne peut être entreprise qu'à l'occasion de la mise en œuvre d'une autre méthode ?

⁽²⁸⁾ Voir par exemple l'article 18/11, § 5, alinéa 4, en projet.

D'ailleurs, le commentaire de la disposition en projet ne vise que l'hypothèse du courrier confié à un opérateur postal.

La question se pose différemment lorsque le courrier est confié à un opérateur postal puisque la vérification s'opère auprès de cet opérateur.

Article 18/9, en projet

Cette disposition permet aux agents désignés des services de renseignement et de sécurité de faire procéder au repérage et à la localisation des télécommunications. Cette disposition est calquée sur l'article 88*bis* du Code d'instruction criminelle qui attribue ce pouvoir au juge d'instruction, et en cas de flagrance mais pour une durée de 24 heures seulement, au procureur du Roi. Contrairement à la disposition en projet, l'article 88*bis* ne prévoit pas l'hypothèse de l'extrême urgence.

Si l'auteur de l'avant-projet entend maintenir cette disposition, il veillera à compléter l'exposé des motifs en indiquant la raison pour laquelle l'officier de renseignement concerné peut demander oralement ces informations à l'opérateur du réseau de communication ou au fournisseur du service de communication.

Article 18/11, en projet

1. Au paragraphe 2, 5/, alinéa 2, en projet, il y a lieu d'écrire "Sauf disposition légale contraire".

2. Le paragraphe 3, alinéa 3, en projet, laisse perplexe. En effet, si la commission n'a pas rendu d'avis dans les cinq jours, l'avant-projet prévoit que le service concerné saisit à nouveau la commission qui dispose d'un délai de 48 heures pour rendre son avis. À défaut d'avis dans ce délai, le service concerné saisit le Ministre compétent qui décide.

L'exposé des motifs n'indique pas quelles seraient les circonstances valables pour lesquelles la commission, composée de trois magistrats exerçant leurs fonctions à temps plein et statuant à la majorité, ne remettrait pas d'avis d'abord dans le délai de cinq jours, ensuite dans le délai supplémentaire de deux jours. Il n'explique pas non plus la raison pour laquelle un délai supplémentaire de deux jours est jugé nécessaire.

Enfin, le Conseil d'État se demande s'il ne serait pas nécessaire, pour appliquer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de prévoir que la décision du Ministre n'aurait de valeur que pendant une période limitée et que la prolongation de la décision devrait obligatoirement être prise par la commission.

3. Selon le paragraphe 3, alinéa 6, en projet, en cas d'extrême urgence, le dirigeant du service peut décider, moyennant l'avis conforme du président de la commission, de recourir à une méthode exceptionnelle pendant quarante-huit heures maximum.

Il peut arriver que la mise en œuvre de cette méthode doive être prolongée au-delà de quarante-huit heures. Dans ce cas, l'avis de la commission devrait être prévu.

En conséquence, l'alinéa 6 doit être adapté.

4. Le paragraphe 3, alinéa 7, en projet, dispose qu'à défaut d'avis conforme du président de la commission, le service concerné saisit le ministre de tutelle compétent qui décide d'autoriser ou non la méthode visée.

Les mots "à défaut d'avis conforme" sont ambigus. Visent-ils seulement l'hypothèse où le président ne donne pas d'avis, comme c'est le cas lorsqu'il n'y a pas d'extrême urgence, ou également l'hypothèse où il donne un avis négatif ?

Cette dernière hypothèse poserait problème dès lors que l'on n'aperçoit pas, d'une part, pour quelle raison établir des règles fondamentalement différentes en cas d'extrême urgence et, d'autre part, pourquoi établir une commission qui "agit en toute indépendance", si c'est pour donner le dernier mot au ministre.

.../...

Le texte de l'avant-projet doit, dès lors, être précisé.

5. Au paragraphe 4, alinéa 1^{er}, en projet, ne serait-il pas plus clair d'écrire, par analogie avec le paragraphe 3, alinéa 6 :

"Le dirigeant du service peut autoriser, après avis conforme préalable de la commission, la prolongation de la méthode exceptionnelle de recueil de données..." ?

6. Au même alinéa, le Conseil d'État ne comprend pas la raison pour laquelle la décision initiale de recourir à l'une ou l'autre méthode exceptionnelle ne vaut que pour une durée de deux mois maximum, alors que la décision de prolongation pourra valoir pour une durée de quatre mois maximum.

7. Au paragraphe 4, alinéa 3, en projet, il y a lieu de viser également les conditions prévues au paragraphe 1^{er}.

8. Au paragraphe 5, en projet, il y a lieu, comme à l'article 18/5, § 2, alinéa 4, de prévoir que le Roi exerce Son pouvoir réglementaire après avis de la Commission de la protection de la vie privée.

9. Au paragraphe 6, il y a lieu de prévoir la transmission au collège non seulement des cas où la commission a mis fin ou a suspendu une méthode exceptionnelle de recherche des données mais également les cas où la commission a constaté l'illégalité manifeste d'une méthode exceptionnelle de recherche déjà terminée et en a interdit l'exploitation.

Il convient, en effet, que le collège, conformément à l'article 43/7, § 1^{er}, en projet, se prononce définitivement sur cette illégalité et ordonne la destruction des données recueillies ou, au contraire, lève l'interdiction d'exploitation.

.../...

Il semble également que toute méthode dont le ministre (article 18/11, § 3, alinéas 5 et 9) ou le dirigeant du service (article 18/11, § 4, alinéa 1^{er}) constate l'illégalité devrait finalement aboutir au collègue qui est seul compétent pour ordonner la destruction des données ou lever l'interdiction d'exploitation.

Article 18/13, en projet

L'alinéa 4 déroge à la règle générale énoncée à l'article 18/11, § 2, 5/, alinéa 2, en projet, selon laquelle toute méthode exceptionnelle n'est autorisée que pour une durée déterminée, en l'occurrence deux mois maximum. L'exposé des motifs ⁽²⁹⁾ indique que la mise en œuvre de la méthode qualifiée de "front office" ne peut matériellement être limitée au délai de rigueur de deux mois.

L'exposé des motifs doit indiquer pourquoi ce délai maximum n'est pas applicable dans ce cas, dès lors qu'il existe une procédure de prolongation qui comporte inévitablement une nouvelle appréciation de la légalité de la méthode et de la sécurité des agents qui la mettent en œuvre. En outre, la même méthode de "front office" appliquée par les services de police dans le cadre d'une infiltration comporte une durée déterminée, en l'occurrence celle de trois mois (article 47^{octies}, § 3, 5/, du Code d'instruction criminelle).

Article 18/15, en projet

Au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, en projet, afin que l'opérateur postal puisse constater lui-même que la demande du dirigeant du service est conforme à la loi et qu'il a dès lors l'obligation de s'y soumettre, il serait utile qu'elle mentionne l'existence d'un avis conforme de la commission ou d'une décision du ministre.

La même observation vaut également pour l'article 18/16, § 2, alinéa 1^{er}, en projet.

⁽²⁹⁾ Voir p. 27.

Article 18/17, en projet

Au paragraphe 3, il convient de remplacer les mots "à l'alinéa 1^{er}" par les mots "au paragraphe 2".

Article 14

(Article 24, en projet)

Cet article ne fait pas l'objet d'un commentaire dans l'exposé des motifs.

En outre, à partir de cet article, il y a un décalage, dans la numérotation, entre les articles de l'avant-projet et leur commentaire dans l'exposé des motifs.

Ces lacunes doivent être comblées.

Article 15

(Article 37bis, en projet)

L'exposé des motifs explique que tout document contenant une description de l'organisation et du fonctionnement des services dont l'utilisation inappropriée est de nature à porter atteinte aux intérêts visés à l'article 3 de la loi du 11 décembre 1998, précitée, "peut être classifié".

Le texte de l'avant-projet dispose que tout document de ce type "est classifié".

Cette contradiction doit être levée.

Article 16

(Article 42, en projet)

L'exposé des motifs explique que les informations obtenues par les méthodes spécifiques et exceptionnelles de recueil de données pourront faire l'objet d'une classification conformément à la loi du 11 décembre 1998, précitée.

Le texte de l'avant-projet dispose que ces informations "sont classifiées" en application de cette même loi du 11 décembre 1998.

Cette contradiction doit être levée.

Article 17

(Article 43, en projet)

Le Conseil d'État n'aperçoit pas l'utilité de mentionner les mots "Sans préjudice de l'article 458 du Code pénal", dans la mesure où la disposition en projet ne comporte pas les exceptions prévues par l'article 458, précité, et établit des peines soit rigoureusement identiques à celles prévues par ce même article 458 pour l'infraction définie à l'article 17, 1/, en projet, soit plus fortes que celles prévues à l'article 458 pour les infractions définies à l'article 17, 2/ et 3/, en projet. Il y a lieu de rappeler qu'en cas de concours idéal d'infractions ou de délits collectifs, une seule peine la plus forte sera prononcée en vertu de l'article 65 du Code pénal. En outre, il y a lieu de rappeler que la communication des données faite par les agents des services de renseignement et de sécurité aux autorités et services publics compétents dans le respect des dispositions de la loi du 30 novembre 1998, précitée, ne constitue évidemment ni une violation du secret professionnel ni l'infraction définie à l'article 17, en projet.

Article 18

Article 43/1, en projet.

Au paragraphe 4, il y a lieu de préciser en quoi doit consister l'expérience utile.

Article 43/3, en projet

1. Au paragraphe 1^{er}, ne convient-il pas de prévoir, comme dans la loi du 11 décembre 1998, précitée, que tous les membres du collège doivent être des magistrats ?

2. Au paragraphe 2, il y a lieu de préciser la nature de l'expérience utile exigée.

Article 43/4, en projet

1. À l'alinéa 1^{er}, il est inexact d'écrire que les méthodes spécifiques et les méthodes exceptionnelles de recueil de données sont "exécutées conformément à l'article 18/2", puisque cet article ne fait qu'énumérer les mesures sans en régler l'exécution.

2. L'article 43/4, en projet, implique, semble-t-il, que le collège doit examiner toutes les méthodes spécifiques et exceptionnelles utilisées.

Or, il résulte de l'article 43/5, en projet, que le collège n'examine pas toutes les méthodes spécifiques et exceptionnelles, mais uniquement celles dont il est saisi par une plainte, celles qu'il examine d'initiative et celles qu'il doit examiner d'office.

Cette contradiction doit être levée.

Article 43/5

1. Il y a lieu de prévoir que le collège agit d'office non seulement lorsque la commission a suspendu une méthode spécifique ou exceptionnelle de recueil de données pour raison d'illégalité, mais également lorsque la commission a constaté l'illégalité d'une méthode déjà terminée et a interdit l'exploitation des données.

Il convient, en effet, que le collège, conformément à l'article 43/7, § 1^{er}, en projet, se prononce définitivement sur cette illégalité et ordonne la destruction des données recueillies ou, au contraire, lève l'interdiction d'exploitation.

2. L'alinéa 2 mentionne, in fine "la décision visée à l'article 43/2". Or, l'article 43/2, en projet, ne fait état d'aucune décision.

Article 43/7, en projet

1. En vertu du paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, lorsque le collège estime qu'une méthode spécifique ou exceptionnelle de recueil de données n'est pas conforme aux dispositions de la présente loi, il procède à la destruction des données recueillies par ces méthodes.

En vertu de l'alinéa 2, la décision est communiquée à la commission qui veille, le cas échéant, à ordonner au service concerné l'interdiction d'exploiter les données découlant de la méthode déclarée illégale, dans l'attente de leur destruction.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'expliquer dans l'exposé des motifs ce qu'il faut entendre par "le cas échéant".

2. Le collège vérifie uniquement la légalité du recueil de données et ordonne la destruction des données illégales. Le Conseil d'État se demande si pour être conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il ne faudrait pas également lui permettre de vérifier l'exactitude des données et d'ordonner la rectification des informations inexacts ⁽³⁰⁾.

3. Le paragraphe 1^{er}, alinéa 2, prévoit que la décision du collège est communiquée au ministre.

Selon la fonctionnaire déléguée, la communication au ministre ne s'appliquerait que lorsque celui-ci a pris une décision conformément à l'article 18/11, § 3, en projet. Il y a lieu de le mentionner expressément dans le texte de l'avant-projet.

Article 19

Articles 43/3 à 43/11, en projet

Il n'est pas prévu de secrétariat pour assister le collège juridictionnel créé en vertu de l'article 43/3, en projet. L'avant-projet doit être complété à cette fin.

Article 20

Abroger une disposition modificative ne produit aucun effet et rend difficile la reconstruction de l'historique d'une disposition.

Cet article doit être omis.

⁽³⁰⁾ Voir : CEDH, 4 mai 2000, Rotaru c. Roumanie; CEDH, 6 juin 2006 Segerstedt-Wiberg c. Suède, § 120.

Article 22

(Article 35, en projet, de la loi du 18 juillet 1991)

1. À l'alinéa 1^{er}, il y a contradiction entre cet article et l'exposé des motifs qui ne vise que le "Président du Comité permanent R".

Subsidiairement, il y a lieu de préciser quel est "le membre du Comité permanent R" visé.

En outre, c'est erronément que l'exposé des motifs mentionne l'article 18/1, alors qu'il s'agit de l'article 18/2.

2. Au même alinéa, mieux vaut viser la sous-section 2*bis* dans son ensemble plutôt que le seul article 18/2.

3. À l'alinéa 2, il y a lieu de mentionner, si telle est bien l'intention de l'auteur de l'avant-projet, "le nombre d'autorisations visées à l'article 18/10, alinéa 1^{er}".

Par ailleurs, le Conseil d'État se demande, si en vue d'une information complète des parlementaires, le rapport ne devrait pas faire état des activités du collège.

Article 24

(Article 9, § 7, en projet, de la loi du 13 juin 2005).

Au 1/, il n'y a pas lieu de mentionner les modifications subies par la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

Article 29

L'article 29, *in fine*, dispose que l'article 2, littera d), "sortira ses effets cinq ans après la date d'entrée en vigueur de cette disposition".

Mieux vaut écrire, si telle est bien l'intention de l'auteur de l'avant-projet: "entrera en vigueur cinq ans après la date d'entrée en vigueur de la présente disposition".

Signatures

L'avant-projet doit être présenté et signé également par le Ministre de l'Intérieur.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	H. BOSLY,	assesseur de la section de législation,
Madame	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. A. LEFEBVRE, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 42.178/2
VAN 19 FEBRUARI 2007

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 25 januari 2007 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 "betreffende de methodes voor het verzamelen van gegevens door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten", heeft het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag is ingediend 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.

Algemene opmerkingen

I. Het juiste evenwicht tussen de bescherming van de fundamentele belangen van de maatschappij en van de Staat en de bescherming van de rechten en vrijheden ⁽¹⁾

Het voorontwerp heeft tot doel alle methodes te regelen voor de verzameling van gegevens door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Het voorziet onder meer in het opnemen, in hoofdstuk III van de wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, van een onderafdeling *2bis*, gewijd aan de specifieke opsporingsmethodes en de uitzonderlijke opsporingsmethodes die komen bovenop de gewone methodes waarin de huidige tekst van de wet reeds voorziet, maar die het voorontwerp "versterkt" ⁽²⁾.

Het voorontwerp is voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten als het ware het equivalent van wat de wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden is voor de gerechtelijke politie.

Er is evenwel een aanzienlijk verschil tussen de inlichtingen- en veiligheidsdiensten en de gerechtelijke politie : het onderzoekswerk van de politie, zelfs

⁽¹⁾ De memorie van toelichting luidt als volgt : "Dit ontwerp waakt erover een juist evenwicht te bereiken tussen de bescherming van de fundamentele belangen van de Staat en de bescherming van de fundamentele rechten van personen"(blz. 3).

⁽²⁾ Memorie van toelichting, blz. 4.

de proactieve aspecten ervan, is beperkt tot het opsporen van bewijzen van strafbare feiten die gepleegd zijn of gaan worden ⁽³⁾ en dient steeds een gerechtelijk oogmerk ⁽⁴⁾. De inlichtingen- en veiligheidsdiensten daarentegen hebben een veel uitgebreider actieradius, aangezien zij tot taak hebben "d'apprendre à connaitre les structures et réseaux susceptibles de constituer de manière très générale une menace pour la société" ⁽⁵⁾ en zij hun inlichtingen meedelen "aan de betrokken ministers en de betrokken gerechtelijke en administratieve overheden, aan de politiediensten en aan alle bevoegde instanties en personen overeenkomstig de doelstellingen van hun opdrachten alsook aan de instanties en personen die het voorwerp zijn van een bedreiging bedoeld in de artikelen 7 en 11" (artikel 19 van de voormelde wet van 30 november 1998).

Uit het oogpunt van de bescherming van de rechten en vrijheden mag aan dat verschil niet worden voorbijgegaan. Het is immers normaal dat tegen degene die een strafbaar feit heeft begaan of aanstalten maakt om er een te begaan, politieonderzoeken worden ingesteld waarbij, voor de meest ernstige strafbare feiten, bijzondere methodes kunnen worden aangewend. De betrokken personen zijn trouwens op de hoogte van dat risico, alsmede van de consequenties die daaruit kunnen voortvloeien, te weten rechtsvervolging - met alle waarborgen voor een billijk proces - en de gevolgen ervan ⁽⁶⁾.

Het is daarentegen moeilijker - zowel in rechte als in feite - te bepalen waar juist het onderzoekswerk begint van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

⁽³⁾ Memorie van toelichting blz. 4. Zie ook de artikelen 8 en 28bis van het Wetboek van Strafvordering.

⁽⁴⁾ F. GOOSENS, "Les missions et compétences des services de renseignement et de sécurité belges", J.T., nr. 6066-30/2002 van 5 oktober 2002, blz. 617.

⁽⁵⁾ Verhoor van de heer B. VAN LIJSBETH, administrateur-generaal van het bestuur van de Veiligheid van de Staat, aangehaald door F. GOOSENS, op. cit., noot 191.

⁽⁶⁾ Eventuele veroordeling, eventuele ontzetting van de uitoefening van bepaalde rechten, overeenkomstig de artikelen 31 en volgende van het Strafwetboek, vermelding in het strafregister.

De rechtspraak, inzonderheid de gevallen die worden voorgelegd aan het Europees Hof van de rechten van de mens, de parlementaire vragen, de parlementaire voorbereiding van de voormelde wet van 30 november 1998, de nota van de Liga voor de Mensenrechten, waarvan uittreksels zijn gevoegd bij de adviesaanvraag, tonen aan dat er een hele reeks gevallen bestaat waarvan moeilijk kan worden gezegd of zij het voorwerp zijn of kunnen zijn van de activiteiten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

Aangezien de specifieke en uitzonderlijke methodes voor het verzamelen van gegevens uiteraard de persoonlijke levenssfeer en de uitoefening van andere fundamentele rechten en vrijheden aantasten, ligt het voor de hand dat deze slechts aangewend mogen worden mits de informatieopdrachten, zoals zij worden omschreven in de artikelen 7, 8 en 11 van de voormelde wet van 30 november 1998, zeer bedachtzaam worden geïnterpreteerd en met strikte inachtneming van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid waarnaar trouwens uitdrukkelijk wordt verwezen in sommige bepalingen van het voorontwerp.

II. De overeenstemming van het voorontwerp met artikel 8, lid 2, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en met artikel 22 van de Grondwet.

1. Artikel 8, lid 2, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden luidt als volgt :

"Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen."

2. Artikel 22 van de Grondwet versterkt de bij artikel 8 van het Verdrag verleende bescherming door te eisen dat de wetgever optreedt om te voorzien in de gevallen waarin en de voorwaarden waaronder het recht op eerbiediging van het privé-leven en gezinsleven mag worden beperkt.

.../...

3. Wanneer de inlichtingen- en veiligheidsdiensten op algemene en onpersoonlijke wijze "de veranderingen of fenomenen die door een maatschappij heen gaan" ⁽⁷⁾ analyseren, rijst geen enkel probleem ten aanzien van artikel 8 van het Verdrag en van artikel 22 van de Grondwet. Deze artikelen zijn per definitie alleen van toepassing wanneer de inlichtingen- en veiligheidsdiensten belangstelling tonen voor iemands privé-leven. Het Hof stelt dat dit begrip :

"Englobe le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables; de surcroît, aucune raison de principe ne permet d'exclure les activités professionnelles ou commerciales de la notion de «vie privée» (...). En outre, des données de nature publiques peuvent relever de la vie privée lorsqu'elles sont, d'une manière systématique, recueillies et mémorisées dans des fichiers tenus par les pouvoirs publics" ⁽⁸⁾.

In dat geval dient te worden nagegaan of het voorontwerp de bij het Verdrag opgelegde criteria inzake voorzienbaarheid en noodzakelijkheid in acht neemt.

3.1. Vereiste van voorzienbaarheid

3.1.1. Artikel 8, lid 2, van het Verdrag impliceert in de eerste plaats dat een inmenging van een overheidsinstantie in de uitoefening van het recht op de eerbiediging van het privé-leven "bij de wet voorzien" moet worden. Krachtens de rechtspraak van het Hof moet deze wet bepaalde eigenschappen vertonen : de inmenging moet onder meer voorspelbaar zijn, dit wil zeggen, "rédigée avec assez de précision pour permettre à toute personne, en s'entourant au besoin de conseils éclairés, de régler sa conduite" ⁽⁹⁾. Deze voorzienbaarheid wordt afgemeten aan de nauwkeurigheid en de duidelijkheid van de wet.

⁽⁷⁾ Memorie van toelichting, blz. 4.

⁽⁸⁾ EHRM, 4 mei 2000, Rotaru t. Roemenië, § 43; EHRM, 6 juni 2006, Segerstedt-Wiberg t. Zweden, § 72.

⁽⁹⁾ EHRM, 4 mei 2000, Rotaru t. Roemenië, § 53.

3.1.2. Er zijn gebieden waarop de voorzienbaarheid van de gevolgen van de wet in striktere zin wordt bedoeld dan op andere,

"(...) en ce sens qu'elle doit elle-même définir avec une netteté suffisante les circonstances, l'étendue et les modalités du pouvoir d'ingérence; il s'agit de domaines où le risque d'arbitraire est inhérent aux techniques mises en oeuvre, à savoir l'attribution d'un pouvoir d'appréciation à une autorité administrative et le recours à des mesures de surveillance secrètes" ⁽¹⁰⁾.

In de voormelde zaak Rotaru t. Roemenië heeft het Hof het volgende vastgesteld :

"(...) la loi précitée ne définit ni le genre d'informations pouvant être consignées, ni les catégories de personnes susceptibles de faire l'objet des mesures de surveillance telles que la collecte et la conservation de données, ni les circonstances dans lesquelles peuvent être prises ces mesures, ni la procédure à suivre. De même, ladite loi ne fixe pas de limite quant à l'ancienneté des informations détenues et la durée de leur conservation" ⁽¹¹⁾.

3.1.3. Het Hof eist evenwel niet dat de controle per se door de rechterlijke macht wordt uitgeoefend. In zijn arresten Klass en Leander stelt het Hof immers dat die controle ook kan worden uitgeoefend door een autoriteit die alle waarborgen biedt inzake onpartijdigheid en onafhankelijkheid ⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ L.-E. PETTITI (onder de leiding van) La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, ed.2, Economica, 1999, blz. 335; EHRM, 4 mei 2000, Rotaru t. Roemenië, § 55; EHRM, 6 juni 2006 Segerstedt-Wiberg t. Zweden, § 76.

⁽¹¹⁾ Paragraaf 57. Zie eveneens EHRM, 24 april 1990, Kruslin t. Frankrijk, § 35 waarin het Hof het feit kritiseert dat in het Franse recht "... rien ne définit les catégories de personnes susceptibles d'être mises sous écoute judiciaire, ni la nature des infractions pouvant y donner lieu" alsmede EHRM, 16 februari 2000, Amann t. Zwitserland, § 58.

⁽¹²⁾ Advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State 32.623/4, gegeven op 28 januari 2002 over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 3 april 2003 tot wijziging van de wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten en van artikel 259bis van het Strafwetboek.
Zie eveneens EHRM, 4 mei 2000, Rotaru t. Roemenië, § 69; EHRM, 6 juni 2006, Segerstedt-Wiberg t. Zweden, § 117.
Zie ten slotte Arbitragehof, arrest nr. 151/2006 van 18 oktober 2006 en Arbitragehof, arrest nr. 14/2006 van 25 januari 2006.
In verband met die rechterlijke controle, zie infra algemene opmerking IV.

Opdat een systeem van geheime bewaking bestaanbaar is met artikel 8 van het Verdrag moet het, volgens het Hof :

"(...) 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 (arrêt Klass et autres précité, pp. 25-26, § 55)" ⁽¹³⁾.

3.1.4. Hoewel de evenredigheids-en subsidiariteitsbeginselen bepalend zijn voor het aanwenden van de specifieke methodes en, a fortiori, de uitzonderlijke methodes, is het bovendien van belang na te gaan of de bij het voorontwerp ingevoerde controlemiddelen de effectieve waarborg bieden dat deze methodes zullen worden aangewend met inachtneming van de fundamentele rechten.

Het Arbitragehof heeft in zijn arrest 202/2004 van 21 december 2004 gewezen dat de bepalingen van de wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden die voorzien in de controle van een onafhankelijke en onpartijdige rechter op de wettigheid van de aanwending van deze opsporingsmethoden, ontoereikend waren wegens het bestaan van een vertrouwelijk en afzonderlijk, door de procureur des Konings beheerd, dossier en doordat de rechterlijke controle te beperkt was. Als gevolg van dit arrest is op 27 december 2005 de wet gewijzigd en is de controle van de kamer van inbeschuldigingstelling uitgebreid en aanzienlijk versterkt.

De inlichtingen- en veiligheidsdiensten oefenen taken uit die op zich geen gerechtelijke doelstelling dienen. Het is dus begrijpelijk dat de controle wordt uitgeoefend door andere overheden dan wanneer het gaat om het opsporen van de misdaden en wanbedrijven. Maar deze overweging neemt niet weg dat verplicht moet worden nagegaan of de bij het voorontwerp ingevoerde controlemethoden een waarborg bieden die vergelijkbaar is met die welke wordt geboden door het Wetboek van Strafvordering,

⁽¹³⁾ EHRM, 4 mei 2000, Rotaru t. Roemenië, § 59.

zowel inzake het afluisteren van privé-(telefoon)gesprekken als inzake bijzondere opsporingstechnieken en andere onderzoeksmethodes.

In dat verband kan de Raad van State alleen maar vaststellen dat de controle van de wettigheid van de specifieke methodes a posteriori alleen geschiedt door de bij de ontworpen artikelen 43/1 en 43/2 opgerichte bestuurlijke commissie. Alleen de uitzonderlijke methodes worden vooraf gecontroleerd, aangezien de voormelde commissie een advies moet uitbrengen dat conform het voorstel van beslissing is dat uitgaat van het diensthoofd of moet weigeren dat eensluidend advies uit te brengen.

Uit de memorie van toelichting moet beter kunnen worden opgemaakt dat de in het voorontwerp bepaalde regels volgens welke controle wordt uitgevoerd in de lijn liggen van de rechtspraak van het Arbitragehof en van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

3.2. Het criterium van de noodzakelijkheid in een democratische maatschappij.

Het vereiste van de noodzakelijkheid, welke term niet zo soepel is als andere woorden zoals "nuttig" of "opportuun", leidt ertoe te eisen dat de inmenging beantwoordt aan een "dwingende maatschappelijke behoefte" en in verhouding blijft tot het nagestreefde wettige doel, te meer daar de democratische samenleving gekenmerkt zou moeten worden door "le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture" ⁽¹⁴⁾ die alleen zin hebben als zij toepassing vinden op degenen die ideeën te kennen geven die "heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population" ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ Inzonderheid de arresten EHRM, 7 december 1976, Handyside t. Verenigd-Koninkrijk, § 49; EHRM, 23 september 1998, Lehideux et Isorni t. Frankrijk, § 55 en EHRM, 28 september 1999, Öztürk t. Turkije, § 64.

⁽¹⁵⁾ Zie onder vele andere arresten, EHRM, 7 december 1976, Handyside t. Verenigd Koninkrijk, § 49; EHRM, 23 september 1994, Jersild t. Denemarken, § 37.

Het besluit is dan ook dat alleen de bedachtzame interpretatie, waarop gewezen wordt in algemene opmerking I, het mogelijk maakt te voldoen aan het criterium van de "noodzakelijkheid in een democratische samenleving".

III. Beschrijving van de specifieke en uitzonderlijke methodes

De specifieke en uitzonderlijke methodes voor het verzamelen van gegevens zijn gedeeltelijk gebaseerd op de bijzondere opsporingsmethodes en de andere onderzoeksmethodes die vermeld worden in het Wetboek van Strafvordering.

De tekst dient bijgevolg, behalve wanneer om een bijzondere reden een andere oplossing moet worden gekozen, op identieke wijze te worden geredigeerd, inzonderheid wat de voor de beschrijving van de methodes gebruikte bewoordingen betreft.

IV. Rechterlijke controle

1. Het ontworpen artikel 43/5, tweede lid, machtigt de Koning tot het bepalen van "de modaliteiten betreffende het neerleggen van de klacht van de persoon bedoeld in het eerste lid evenals de modaliteiten van aanhangigmaking door het Vast Comité voor toezicht op de inlichtingendiensten, door de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer alsook de modaliteiten van overbrenging van de beslissingen voorzien in artikel 43/2".

Deze machtiging gaat te ver. De basisregels voor de procedure moeten worden vastgesteld in het voorontwerp ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ Zie onder meer, advies 25.705/2, gegeven door de afdeling wetgeving van de Raad van State op 28 mei 1997 over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 11 december 1998 tot oprichting van een beroepsorgaan inzake veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen.

2. Het Arbitragehof heeft in arrest 151/2006 van 18 oktober 2006 het volgende geoordeeld :

"De artikelen 5 en 9 van de wet van 11 december 1998 tot oprichting van een beroepsorgaan inzake veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen, zoals gewijzigd bij de in het geding zijnde wet van 3 mei 2005, voorzien in een regeling die het het beroepsorgaan mogelijk maakt alle nuttige elementen te verkrijgen, die de raadpleging van het dossier door de verzoeker en zijn advocaat toestaat, die voorziet in een terechtzitting waarop de verzoeker en zijn advocaat worden gehoord en die het beroepsorgaan ertoe verplicht zijn beslissingen te motiveren. Die elementen tonen aan dat het bij de in het geding zijnde wet opgerichte beroepsorgaan een rechtscollege is" ⁽¹⁷⁾.

Ten aanzien van de door het Arbitragehof onder de aandacht gebrachte "elementen", behoren bij het voorontwerp de volgende opmerkingen te worden gemaakt.

2.1. In verband met de uitzonderlijke methodes laat het zich aanzien dat de documenten waarnaar het ontworpen artikel 43/6, eerste lid, verwijst, een voldoende basis vormen opdat het college zijn controletaak kan aanvatten.

Zulks is niet het geval met de specifieke methodes. De toegezonden documenten zijn immers de lijsten van de aangewende observatie-, onderzoekings-, identificatie-, opsporings- en lokalisatiemaatregelen ⁽¹⁸⁾. In het voorontwerp wordt de inhoud van deze lijsten evenwel niet gepreciseerd.

Opdat het college een doeltreffende controle kan aanvatten, zou op zijn minst kort moeten worden vermeld waarom de betrokken persoon bewaakt moet worden door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten en waarom deze bewaking vereist dat specifieke methodes worden aangewend. De precisering luidens welke de commissie "elk ander nuttig document" verstrekt, heeft uiteraard niet hetzelfde effect als de in de wet nauwkeurig bepaalde verplichting om deze of gene inlichting toe te zenden.

⁽¹⁷⁾ Overweging B.17.3.

⁽¹⁸⁾ Deze lijsten komen ter sprake in de artikelen 18/5, § 2, 18/6, § 3, 18/7, § 2, 18/8, § 4, en 18/9, § 4.

Ongeacht of het gaat om uitzonderlijke dan wel specifieke methodes, moet het college, indien het zulks wenst, kunnen beschikken over het "volledig onderzoeksdossier en dus (over) tot alle inlichtingen die de veiligheidsautoriteit ter beschikking had voor het nemen van haar beslissing" en over "alle procedurestukken" ⁽¹⁹⁾. Het voorontwerp moet daarin uitdrukkelijk voorzien.

2.2. In het voorontwerp wordt evenmin iets gezegd in verband met de mogelijkheid voor de klager en diens advocaat om kennis te nemen van de door de inlichtingendiensten, met toepassing van het ontworpen artikel 43/6, eerste tot derde lid, aan het rechtsprekend college toegezonden documenten.

De ontworpen tekst zou op dat punt moeten worden aangevuld om te bepalen in welke mate toegang tot alle of een gedeelte van die documenten mogelijk is en opdat in de memorie van toelichting de eventuele beperkingen op die toegang worden gerechtvaardigd ten aanzien van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de mens en die van het Arbitragehof ⁽²⁰⁾ ⁽²¹⁾.

2.3. Het voorontwerp voorziet niet in een terechtzitting in de strikte zin van het woord, maar in het verplicht horen van de klager en het facultatieve horen van de leden van de commissie, van het hoofd van de betrokken dienst alsmede van de leden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten die de specifieke of uitzonderlijke methodes voor het verzamelen van gegevens hebben aangewend.

Deze werkwijze, die nauw aanleunt bij die waarin de voormelde wet van 11 december 1998 voorziet, -waarin evenwel het woord "zitting" wordt gebezigd-, kan worden aanvaard. Er behoort evenwel te worden bepaald dat eiser, wanneer hij gehoord wordt, mag worden bijgestaan door een advocaat.

⁽¹⁹⁾ Arbitragehof, arrest 14/2006 van 25 januari 2006, overwegingen B.18 en B.21.

⁽²⁰⁾ Arbitragehof, arrest 14/2006 van 25 januari 2006, overweging B.19.

⁽²¹⁾ EHRM, 6 juni 2006, Segerstedt-Wiberg t. Zweden, §§ 102 tot 104.

V. Het toezenden van inlichtingen aan de gerechtelijke overheden

Dit aspect wordt op algemene wijze geregeld in het ontworpen artikel 18/3, § 2, en meer in het bijzonder in het ontworpen artikel 18/18, § 4, derde lid, wat het afluisteren van telefoongesprekken betreft.

De vraag die rijst is de volgende : is het aanvaardbaar dat, aangezien op grond van het Wetboek van Strafvordering bijzondere of andere opsporingsmethodes alleen onder bepaalde voorwaarden mogen worden aangewend, bijvoorbeeld het optreden van de onderzoeksrechter inzake het afluisteren van telefoongesprekken, inlichtingen die de inlichtingen- en veiligheidsdiensten hebben verkregen door het aanwenden van identieke methodes, doch per definitie zonder de regels van het Wetboek van Strafvordering te hebben gevolgd, worden toegezonden aan de gerechtelijke overheden?

Het is de Raad van State niet duidelijk wat hieraan in de weg zou kunnen staan. Gelet op artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering is het toezenden ervan zelfs een verplichting.

Het overeenkomstig de ontworpen artikelen 18/3, § 2, en 18/18, § 4, derde lid, toegezonden "proces-verbaal", zal als uitgangspunt dienen voor het zoeken naar bewijsmateriaal.

Maar kan dit proces-verbaal zelf een bewijsmiddel zijn (bijvoorbeeld wanneer erin gewag wordt gemaakt van vaststellingen gedaan door een agent van de inlichtingen- of veiligheidsdiensten of wanneer het de transcriptie bevat van een telefoontap)? Het laat zich aanzien dat het antwoord ontkennend is. In haar antwoord op de opmerkingen van de Orde van de Vlaamse Balies (OVb) en op het advies van het college van procureurs-generaal, heeft de Regering op het volgende gewezen :

"Het niet geclassificeerd proces-verbaal wordt aan het strafdossier gevoegd en is tegenwerpelijk aan de partijen. Elkeen zal beschikken over dezelfde informatie.

(...) de gerechtelijke overheden (kunnen) geen actie (...) baseren op een proces-verbaal ⁽²²⁾. Dergelijk proces-verbaal moet beschouwd worden als één van de vele elementen.

(...) de inlichtingendiensten (zullen) geen bewijsmiddelen leveren aan de gerechtelijke overheden maar wel een inlichting.

(...) De gerechtelijke overheden hebben maar in die mate toegang tot het dossier van de inlichtingenmethode. Er is dus geen schending van de wapengelijkheid."

In dezelfde gedachtengang kan worden verondersteld dat het onmogelijk, zo niet erg moeilijk zal zijn de agenten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten te laten getuigen over hun vaststellingen.

Aangezien alleen tegen het proces-verbaal en niet tegen de erin vermelde gegevens tegenspraak wordt gevoerd, kunnen deze gegevens niet beschouwd worden als bewijsmateriaal ⁽²³⁾.

Deze kwestie zou hoe dan ook nauwkeuriger moeten worden onderzocht in de memorie van toelichting.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 2

(Ontworpen artikel 2 van de wet van 30 november 1998)

1. De ontworpen paragraaf 2, eerste lid, bepaalt dat deze wanneer de inlichtingen- en veiligheidsdiensten gegevens verkrijgen die beschermd worden door het beroepsgeheim, deze gegevens, in afwijking van artikel 29 van het Wetboek van

⁽²²⁾ Het is de Raad van State niet duidelijk wat de juiste betekenis is van deze zin. Dient niet te worden gelezen "kunnen geen veroordeling baseren op"?

⁽²³⁾ Zie de door de steller van het voorontwerp aangehaalde passage in zijn antwoord aan de OVB betreffende arrest EHRM, 25 september 2001, PG en JH t. Verenigd Koninkrijk, § 77.

Strafvordering, behandeld, geanalyseerd en geëxploiteerd worden met inachtneming van die bescherming.

In de memorie van toelichting moet de strekking van deze bepaling worden gepreciseerd en inzonderheid van de woorden "In afwijking van artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering".

2. De ontworpen paragraaf 3, op grond waarvan een natuurlijke persoon, die kan doen blijken van een wettig belang, ervan op de hoogte kan worden gebracht dat ten aanzien van hem een specifieke of uitzonderlijke methode voor het verzamelen van gegevens is aangewend, begint als volgt :

"Onverminderd de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur en de wet van 8 december 1992 betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens (...)".

De verwijzing naar de wet van 8 december 1992 doet een vraag rijzen. Artikel 3, § 4, van die wet bepaalt immers dat de artikelen 6 tot 10, 12, 14, 15, 17, 17bis, eerste lid, 18, 20 en 31, §§ 1 tot 3, niet van toepassing zijn op "de verwerking van persoonsgegevens door de Veiligheid van de Staat en door de Algemene Dienst inlichting en veiligheid van de Krijgsmacht". In het voormelde artikel 3, § 4, wordt weliswaar niet verwezen naar artikel 13 van de wet waarvan het eerste lid bepaalt : "Eenieder die zijn identiteit bewijst, is gerechtigd zich kosteloos tot de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer te wenden, teneinde de in de artikelen 10 en 12 bedoelde rechten uit te oefenen ten aanzien van de verwerkingen van persoonsgegevens bedoeld in artikel 3, paragrafen 4, 5 en 6". De gemachtigde ambtenaar heeft erop gewezen dat deze bepaling een recht doet ontstaan dat los staat van de artikelen 10 en 12 en kan worden aangewend zelfs ten aanzien van de inlichtingen en veiligheidsdiensten. De verwijzing naar de wet van 8 december 1992 kan dus worden aanvaard.

Gebruikmaking van de wet van 11 april 1994 is theoretisch mogelijk, maar zulks zal vaak indruisen tegen artikel 6, § 2, 4/, dat bij het voorontwerp in die wet wordt ingevoegd op grond waarvan de administratieve overheid de vraag kan afwijzen als de bekendmaking van het bestuursdocument afbreuk doet aan de belangen bedoeld in artikel 3 van de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen.

3. In de ontworpen paragraaf 3 is het de Raad van State niet duidelijk wat de juiste betekenis is van de verplichting die de inlichtingen- en veiligheidsdienst wordt opgelegd om de betrokken persoon ervan op de hoogte te brengen dat hij het voorwerp is geweest van een specifieke of uitzonderlijke methode voor het verzamelen van gegevens. Indien de informatie alleen betrekking heeft op het feit dat een methode is aangewend en op het vermelden van de aarde van deze methode, ziet men immers niet in in welk opzicht de inhoud van de verzamelde gegevens een motief zou kunnen zijn dat vrijstelling verleent van het verstrekken van die inlichting. Deze precisering moet worden opgenomen in de memorie van toelichting, zo niet moet het dispositief worden gewijzigd.

Artikel 3

(ontworpen artikel 3)

Het ontworpen onderdeel 12/ definieert "private plaats" als volgt :

- " - de plaats die kennelijk geen woning is, of
- een door een woning omsloten eigen aanhorigheid in de zin van de artikelen 479, 480 en 481 van het Strafwetboek is".

Andere artikelen van het voorontwerp vermelden eveneens de "woning of een door woning omsloten eigen aanhorigheid in de zin van de artikelen 479, 480 en 481 van het Strafwetboek"(artikelen 18/12, 18/14, § 1, 18/18, § 2).

Deze definitie is gebaseerd op die van artikel 46*quinquies* van het Wetboek van Strafvordering in verband waarmee de rechtsleer heeft gewezen op interpretatieproblemen :

"Dès lors que la notion de domicile ne reçoit pas de définition légale mais est susceptible d'évoluer en fonction de la jurisprudence de la Cour de cassation, le nouvel article 46*quinquies* apparaît en effet comme un véritable «nid à procès» susceptible d'engendrer énormément d'insécurité juridique" ⁽²⁴⁾.

Een fundamenteel bezwaar is dat in de ontworpen definitie, in tegenstelling tot artikel 46*quinquies*, geen melding wordt gemaakt van de lokalen voor beroepsdoeleinden.

Het voorontwerp moet bijgevolg worden gewijzigd op dat punt.

Artikel 6

(ontworpen artikel 13)

1. De Raad van State vraagt zich af of het, met het oog op een betere bescherming van het privé-leven, niet verkieslijk zou zijn de Koning te machtigen om de lijst op te maken van die gegevensbanken van de openbare sector die kunnen worden geraadpleegd door de agenten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

2. Artikel 13 van de voormelde wet van 30 november 1998 is een algemene bepaling (het maakt deel uit van onderafdeling 1 met als opschrift "algemene bepalingen") die de inlichtingen en veiligheidsdiensten ertoe machtigt "inlichtingen en

⁽²⁴⁾ M.-A. BEERNAERT, "La loi du 27 décembre 2005 visant à améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée : un premier aperçu rapide", J.T., nr. 6218-12/2006, 25 maart 2006, blz. 193 e.v.

persoonsgegevens ⁽²⁵⁾ op (te) sporen, (te) verzamelen, (te) ontvangen en (te) verwerken die nuttig kunnen zijn om hun opdrachten te vervullen".

Dit opsporen, verzamelen en ontvangen kan geschieden door gewone methodes aan te wenden voor het verzamelen van gegevens (onderafdeling 2) of door een beroep te doen op specifieke dan wel uitzonderlijke methodes voor het verzamelen van gegevens.

Daaruit blijkt dat elke methode voor het verzamelen van gegevens noodzakelijkerwijze valt ofwel onder onderafdeling 2, ofwel onder onderafdeling 2bis.

Het ontworpen artikel 13 kan alleen regels bevatten die gemeenschappelijk zijn voor alle methodes voor het verzamelen van gegevens.

Uit het bovenstaande volgt dat :

- het bepaalde in artikel 6, 1/, van het voorwerp, dat voorziet in de toegang van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten tot de gegevensbanken van de openbare sector, thuishoort in onderafdeling 2 en niet in het ontworpen artikel 13;
- in onderafdeling 2 dient te worden vermeld dat deel uitmaken van de gewone methodes voor het verzamelen van gegevens, de observatie zonder technische hulpmiddelen op openbare plaatsen, alsmede elke wettige methode die minder afbreuk doet aan de inachtneming van het privé-leven dan die waarin onderafdeling 2bis voorziet.

Artikel 7

(Ontworpen artikel 13bis)

1. Deze ontworpen bepaling biedt een bevrijdende verschoningsgrond wanneer strikt noodzakelijke strafbare feiten worden gepleegd met de instemming van de

⁽²⁵⁾ Het ligt voor de hand dat deze machtiging a fortiori geldt voor de niet persoonlijke gegevens.

commissie. Degenen die worden vrijgesteld van straf zijn de agenten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, de personen die hen hulp of bijstand hebben verleend, alsmede de leden van de commissie die de agenten de toestemming hebben gegeven om die strafbare feiten te plegen. Er wordt niet gepreciseerd of de commissie haar uitdrukkelijke toestemming moet hebben verleend alvorens het strafbare feit wordt gepleegd dan wel of deze achteraf kan worden gegeven. Het is natuurlijk in het belang van de agenten te beschikken over een aan het plegen van het strafbare feit voorafgaande toestemming. Zulks komt ten goede van hun rechtszekerheid. Bovendien zal de controle in de regel doeltreffender worden. De steller van het voorontwerp wordt verzocht deze precisering aan te brengen en zou zich daartoe kunnen baseren op de in de bepaling van artikel 47*quinquies*, § 3, van het Wetboek van Strafvordering gekozen oplossing.

2. Zou in de ontworpen paragraaf 1 niet moeten worden gepreciseerd dat een agent een valse naam mag bezigen om veiligheidsredenen die te maken hebben met zijn persoon "of" (en niet "en") voor de behoeften eigen aan de uitoefening van een opdracht ? Het is bij voorbeeld goed denkbaar dat een agent niet in contact treedt met radicale milieus onder zijn eigen identiteit, zeker als deze om een of andere reden gekend is in de milieus in kwestie.

3. Het is de Raad van State niet duidelijk waarom het de leden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten toegestaan zou worden afbreuk te doen aan de lichamelijke integriteit van personen, met uitzondering van de klassieke gevallen van "rechtvaardigings- en verschoningsgronden" in het strafrecht.

Artikel 9

(ontworpen artikel 14)

1. Het voorontwerp schrapt in het tweede lid de woorden "met inachtneming van de wet", die in het eerste lid echter behouden blijven.

.../...

Een zodanige werkwijze is onaanvaardbaar. Indien wordt beschouwd dat de woorden "met inachtneming van de wet" vanzelfsprekend en onnodig zijn, moeten ze in de beide leden vervallen. Indien wordt beschouwd dat het nuttig is eraan te herinneren dat de wet moet worden in acht genomen, moeten die woorden in de beide leden gehandhaafd blijven.

2. Op basis van het huidige artikel 14, derde lid, van de voornoemde wet van 30 november 1998 kunnen de gerechtelijke overheden, de ambtenaren en agenten van de openbare diensten beslissen de door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten gevraagde de inlichtingen niet mee te delen.

Voortaan kan zulks alleen worden geweigerd indien de mededeling van de gevraagde inlichtingen een lopend opsporings- of gerechtelijk onderzoek kan schaden, alsook het verzamelen van gegevens overeenkomstig de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor witwassen van geld en de financiering van terrorisme, iemand gevaar kan doen lopen of de persoonlijke levenssfeer van de betrokken persoon ernstig kan schaden.

Door het risico te vermelden van het schaden van een lopend opsporings- of gerechtelijk onderzoek en van het verzamelen van gegevens overeenkomstig de voornoemde wet van 11 januari 1993, slaat het voorontwerp alleen op de betrekkingen tussen de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, de gerechtelijke autoriteiten en de instanties belast met de strijd tegen het witwassen. Wat gebeurt er met de overige besturen? Kunnen het belastingbestuur of de FOD Defensie weigeren informatie mee te delen indien zulks de door hen nagestreefde belangen kan schaden, bijvoorbeeld de invordering van belastingen of het welslagen van een militaire operatie ?

Artikel 12

Ontworpen artikel 18/1

1. Het ontworpen artikel 18/1, 1/, machtigt de Veiligheid van de Staat specifieke of uitzonderlijke methodes voor het verzamelen van gegevens aan te wenden voor het volbrengen van de opdrachten die inzonderheid worden genoemd in artikel 7, 1/, van de voornoemde wet van 30 november 1998. In het licht van artikel 22 van het Grondwet is het twijfelachtig dat die methodes kunnen worden aangewend in het kader van de bescherming van een "fundamenteel belang van het land", dat de Koning bij dat artikel 7, 1/, van de wet gemachtigd wordt te definiëren, op voorstel van het ministerieel comité.

2. De Raad van State ziet niet het nut in van de woorden "behalve de uitzonderingen voorzien in het artikel 18/10" in punt 1/, die trouwens niet voorkomen in punt 2/, terwijl de opdrachten van de Algemene Dienst Inlichting en Veiligheid van de Krijgsmacht waarvoor uitzonderlijke methodes kunnen worden aangewend, beperkter zijn dan die waarnaar wordt verwezen in artikel 18/1, 2/.

Ontworpen artikel 18/2

Het ontworpen artikel 18/2 somt eerst de verschillende specifieke methodes op, en vervolgens de verschillende uitzonderlijke methodes, die de agenten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten in de toekomst kunnen aanwenden.

In de memorie van toelichting wordt niet uiteengezet waarin die verschillende methodes bestaan. Sommige ervan hoeven nauwelijks te worden gepreciseerd. Dit is echter niet het geval met de methode van doorzoeking, al dan niet met behulp van technische middelen, van gesloten voorwerpen en van plaatsen die toegankelijk zijn voor het publiek of van private plaatsen (ontworpen artikel 18/2, § 1, 2/).

Kan bij ontstentenis van nadere preciseringen bijvoorbeeld beschouwd worden dat volgens die methode de betrokken agenten zowel overdag als 's nachts mogen binnendringen in plaatsen toegankelijk voor het publiek, wanneer die plaatsen gesloten zijn, of in private plaatsen (die bijvoorbeeld bestemd zijn voor beroepsdoeleinden, zoals kantoren), in afwezigheid van de persoon die deze plaatsen bewoont?

De tekst van artikel 46*quinquies* van het Wetboek van Strafvordering, waarbij aan de politiediensten vergelijkbare bevoegdheden worden toegekend, is veel duidelijker en gedetailleerder. De steller van het voorontwerp dient in de memorie van toelichting te preciseren wat de methode van doorzoeking van zulke plaatsen concreet toestaat.

Dezelfde opmerking geldt voor de ontworpen artikelen 18/6 en 18/14.

Ontworpen artikel 18/3

Het ontworpen artikel 18/3, § 1, eerste lid, strekt ertoe te voorkomen dat het aanwenden van specifieke methodes of van uitzonderlijke methodes voor het verzamelen van gegevens afbreuk doet aan een lopend opsporingsonderzoek of gerechtelijk onderzoek. In de memorie van toelichting wordt onder meer het streven vermeld om de gelijkheid van de partijen in een strafprocedure te waarborgen. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft immers aanvaard dat bepaalde onregelmatigheden die waren begaan in de voorafgaande fase van een proces achteraf niet meer konden worden hersteld, zodat het voeren van een billijk proces niet meer mogelijk was.

In de memorie van toelichting moet worden gepreciseerd dat het bepaalde in het ontworpen artikel 18/3, § 1, eerste lid, de inachtneming van het beginsel van het recht op een billijk proces van de vervolgde personen beoogt, en niet alleen van de gelijkheid van de partijen.

Ontworpen artikel 18/4

1. Krachtens het ontworpen artikel 18/4 van de voornoemde wet van 30 november 1998 kunnen de specifieke methodes voor het verzamelen van gegevens worden aangewend "naar aanleiding van een potentiële dreiging" bedoeld in artikel 18/1, waarvan punt 2/, wat de Algemene Dienst Inlichting en Veiligheid van de Krijgsmacht betreft, verwijst naar artikel 11, § 1, 1/ tot 3/, van de voornoemde wet van 30 november 1998. Vermits in artikel 11, § 1, 2/ en 3/, geen sprake is van een potentiële dreiging, rijst de vraag of het aanwenden van specifieke of uitzonderlijke methodes voor het verzamelen van gegevens eveneens mogelijk is voor het volbrengen van die opdrachten.

Indien zulks het geval is, moet de redactie van het ontworpen artikel 18/4 worden herzien, waarbij getrapte verwijzingen worden vermeden, alsook iedere onzekerheid omtrent de bepalingen waarnaar wordt verwezen in dat artikel.

2. Het dispositief bepaalt dat de inlichtingenofficier het diensthoofd "en", in voorkomend geval, de inlichtingenofficier die daartoe werd aangewezen regelmatig inlicht over de uitvoering van de specifieke methode voor het verzamelen van gegevens. In de commentaar op diezelfde bepaling ⁽²⁶⁾ staat daarentegen te lezen dat de informatie zal worden gezonden aan het diensthoofd "of" aan de door hem aangewezen officier. Indien het diensthoofd een officier heeft aangewezen om toe te zien op het verloop van de operatie, is het aangewezen dat die informatie hem wordt meegedeeld, welke officier op zijn beurt het diensthoofd moet inlichten volgens de regels bepaald door deze laatste. Het dispositief moet worden gewijzigd, waarbij het voegwoord "en" vervangen wordt door het voegwoord "of".

⁽²⁶⁾ Memorie van toelichting, blz. 22.

Ontworpen artikelen 18/5 en 18/6

Deze artikelen maken een onderscheid tussen "plaatsen die toegankelijk zijn voor het publiek" en "private plaatsen".

Dit onderscheid is geenszins vanzelfsprekend, ongeacht of aan de woorden "private plaatsen" de betekenis "private eigendom" wordt gegeven, dan wel de betekenis vervat in het ontworpen artikel 3, 12/. Een plaats toegankelijk voor het publiek kan immers tevens een private plaats zijn. Dat is bijvoorbeeld het geval met een warenhuis, een bioscoop of een bank. Het is daarentegen mogelijk dat een openbare plaats niet volledig toegankelijk is voor het publiek. Dit is het geval met bepaalde besturen waar het publiek alleen toegang krijgt tot de loketten.

In werkelijkheid is er een dubbel onderscheid : enerzijds tussen de plaatsen toegankelijk voor het publiek en de plaatsen die niet toegankelijk zijn voor het publiek, en anderzijds tussen de openbare plaatsen en de private plaatsen. Er kunnen dus private plaatsen zijn die niet toegankelijk zijn voor het publiek, private plaatsen toegankelijk voor het publiek, openbare plaatsen die niet toegankelijk zijn voor het publiek en openbare plaatsen toegankelijk voor het publiek. Bovendien kan de mate waarin de plaatsen toegankelijk zijn voor het publiek verschillen naargelang van het geval ⁽²⁷⁾.

Het voorontwerp moet dus worden aangevuld, zodat duidelijk wordt welke regeling precies toepasselijk is op welke plaats.

Ontworpen artikel 18/5

1. Paragraaf 2, vierde lid, bepaalt dat gegevens verkregen in omstandigheden die de vigerende wettelijke bepalingen klaarblijkelijk niet naleven,

⁽²⁷⁾ In sommige gevallen kunnen alleen bepaalde categorieën van personen toegang hebben tot een zekere plaats, zoals bijvoorbeeld zij die over een toegangsbewijs beschikken, een reservering, een uitnodiging, de gepaste kleding, enz.

worden bewaard onder controle van de commissie en dat deze commissie aan de inlichtingen- en veiligheidsdiensten de exploitatie van deze gegevens verbiedt en de in uitvoering zijnde observatie schorst.

Er moet worden voorgeschreven dat al die gevallen voorgelegd worden aan het college, dat krachtens het ontworpen artikel 43/7, § 1, tot de vernietiging van de verkregen gegevens kan besluiten of het verbod tot exploitatie ervan kan opheffen.

Dezelfde opmerking geldt voor het vervolg van het voorontwerp.

2. Waarom is in paragraaf 2, vierde lid, sprake van omstandigheden die de vigerende wettelijke bepalingen "klaarblijkelijk" niet naleven ?

De memorie van toelichting moet nadere uitleg daaromtrent verstrekken.

Dezelfde opmerking geldt voor de volgende artikelen waarin het bijwoord "klaarblijkelijk" voorkomt ⁽²⁸⁾.

Ontworpen artikel 18/6

De ontworpen paragraaf 2 bepaalt dat het voorwerp zo spoedig mogelijk moet worden teruggeplaatst, uitgezonderd indien "het goede verloop van de opdracht van de dienst zich daartegen verzet". Deze uitzondering heeft alleen tot gevolg dat het terugplaatsen van het voorwerp erdoor wordt vertraagd. Aangezien de agenten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten geen enkele bevoegdheid tot inbeslagneming is toegekend, kan de uitzondering niet aldus worden geïnterpreteerd dat afgezien kan worden van het terugplaatsen van het verdachte voorwerp. Die interpretatie moet in de memorie van toelichting worden gepreciseerd.

⁽²⁸⁾ Zie bijvoorbeeld het ontworpen artikel 18/11, § 5, vierde lid.

Dezelfde opmerking geldt voor het ontworpen artikel 18/14, § 2.

Ontworpen artikel 18/7

Het is de Raad van State niet duidelijk wat de precieze strekking is van het bepaalde in de ontworpen paragraaf 1, eerste lid, in zoverre de inlichtingen- en veiligheidsdiensten kennis kunnen nemen van de identificatiegegevens van de afzender of de geadresseerde van een poststuk dat niet op hetzelfde tijdstip aan een postoperator is toevertrouwd. Betekent zulks dat die controle alleen kan geschieden bij het aanwenden van een andere methode ?

In de commentaar op de ontworpen bepaling is trouwens alleen sprake van het geval van post toevertrouwd aan een postoperator.

De zaak dient zich anders aan wanneer de post wordt toevertrouwd aan een postoperator, daar de controle bij die operator geschiedt.

Ontworpen artikel 18/9

Overeenkomstig deze bepaling kunnen de aangewezen agenten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten telecommunicatie laten opsporen en lokaliseren. Deze bepaling is een kopie van artikel 88*bis* van het Wetboek van Strafvordering, dat die bevoegdheid toekent aan de onderzoeksrechter en, in geval van ontdekking op heterdaad, maar voor een duur van slechts 24 uur, aan de procureur des Konings. Artikel 88*bis* voorziet niet in het geval van uiterst dringende noodzakelijkheid, in tegenstelling tot de ontworpen bepaling.

Indien de steller van het voorontwerp voornemens is die bepaling te handhaven, moet hij de memorie van toelichting aanvullen, waarbij hij de reden opgeeft waarom de betrokken inlichtingenofficier die informatie mondeling kan vorderen van de operator van het communicatienetwerk of van de verstrekker van de communicatiedienst.

.../...

Ontworpen artikel 18/11

1. In de ontworpen paragraaf 2, 5/, tweede lid, schrijve men "Behoudens andersluidende wetsbepaling".

2. De ontworpen paragraaf 3, derde lid, is zeer verwarrend. Indien de commissie namelijk binnen vijf dagen geen advies heeft uitgebracht, wendt de betrokken dienst zich volgens het voorontwerp opnieuw tot de commissie, die over een termijn van 48 uur beschikt om haar advies te verstrekken. Indien binnen die termijn geen advies is gegeven, wendt de betrokken dienst zich tot de bevoegde minister, die een beslissing neemt.

De memorie van toelichting vermeldt niet in welke geldige omstandigheden de commissie, die samengesteld is uit drie magistraten die hun taken voltijds uitoefenen en bij meerderheid van de stemmen uitspraak doet, geen advies zou kunnen verstrekken, eerst binnen een termijn van vijf dagen en vervolgens binnen een aanvullende termijn van twee dagen. Ze verklaart evenmin waarom de aanvullende termijn van twee dagen nodig geacht wordt.

Tot slot vraagt de Raad van State zich af of het met het oog op de toepassing van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens niet nodig is voor te schrijven dat de beslissing van de minister alleen geldt voor een beperkte tijdsduur en dat tot de verlenging van de beslissing moet worden besloten door de commissie.

3. Volgens de ontworpen paragraaf 3, zesde lid, kan het diensthoofd in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid op eensluidend advies van de voorzitter van de commissie machtiging verlenen tot het aanwenden van een uitzonderlijke methode voor een duur van maximaal achtenveertig uur.

.../...

Het is mogelijk dat deze methode langer dan achtenveertig uur aangewend moet worden. In dat geval zou moeten worden voorgeschreven dat de commissie van advies moet dienen.

Het zesde lid moet bijgevolg worden aangepast.

4. De ontworpen paragraaf 3, zevende lid, bepaalt dat "bij afwezigheid van een eensluidend advies" van de voorzitter van de commissie, de betrokken dienst zich wendt tot de bevoegde toezichthoudende minister, die al dan niet machtiging verleent om de bedoelde methode aan te wenden.

De woorden "bij afwezigheid van een eensluidend advies" zijn dubbelzinnig. Betreffen ze alleen het geval waarin de voorzitter geen advies verstrekt, zoals de situaties waarin geen sprake is van uiterst dringende noodzakelijkheid, of ook het geval waarin hij een ongunstig advies verstrekt ?

Dit laatste geval zou een probleem doen rijzen, daar het enerzijds niet duidelijk is waarom regels zouden worden vastgelegd die fundamenteel verschillen in het geval van uiterst dringende noodzakelijkheid, en anderzijds waarom een commissie zou worden ingesteld die "volledig onafhankelijk handelt", ofschoon het laatste woord aan de minister wordt gegeven.

De tekst van het voorontwerp moet bijgevolg worden verduidelijkt.

5. Het is wellicht duidelijker om, naar analogie van paragraaf 3, zesde lid, in de ontworpen paragraaf 4, eerste lid, te schrijven :

"Het diensthoofd kan, op voorafgaand eensluidend advies van de commissie, de verlenging van de uitzonderlijke methode voor het verzamelen van gegevens machtigen ...".

.../...

6. De Raad van State zit niet in waarom in hetzelfde lid de oorspronkelijke beslissing tot het aanwenden van deze of gene uitzonderlijke methode slechts geldt voor een duur van maximaal twee maanden, terwijl de beslissing tot verlenging kan gelden voor een duur van maximaal vier maanden.

7. In de ontworpen paragraaf 4, derde lid, moet eveneens worden verwezen naar de voorwaarden gesteld in paragraaf 1.

8. In de ontworpen paragraaf 5 moet, net als in artikel 18/5, § 2, vierde lid, worden bepaald dat de Koning Zijn verordeningsbevoegdheid uitoefent op advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

9. In paragraaf 6 moet niet alleen worden voorgeschreven dat aan het college de gevallen worden gemeld waarin de commissie een uitzonderlijke methode voor het verzamelen van gegevens tijdelijk of definitief heeft stopgezet, maar ook de gevallen waarin de commissie vastgesteld heeft dat een uitzonderlijke methode voor het verzamelen van gegevens waarvan de aanwending reeds beëindigd was, kennelijk onwettig was en de exploitatie ervan heeft verboden.

Het college moet zich overeenkomstig het ontworpen artikel 43/7, § 1, immers definitief kunnen uitspreken over die onwettigheid en moet de vernietiging van de verkregen gegevens kunnen gelasten of integendeel het verbod op de exploitatie ervan opheffen.

Blijkbaar zou ook iedere methode waarvan de minister (artikel 18/11, § 3, vijfde en negende lid) of het diensthoofd (artikel 18/11, § 4, eerste lid) de onwettigheid vaststelt, uiteindelijk aan het college moet worden voorgelegd, de enige instantie bevoegd om het vernietigen van de gegevens of het opheffen van het verbod op de exploitatie ervan te gelasten.

Ontworpen artikel 18/13

Het vierde lid wijkt af van de algemene regel gesteld in het ontworpen artikel 18/11, § 2, 5/, tweede lid, naar luid waarvan iedere uitzonderlijke methode slechts voor een bepaalde duur toegestaan is, te weten maximaal twee maanden. De memorie van toelichting ⁽²⁹⁾ stelt dat het aanwenden van de zogeheten "front office"-methode in de praktijk niet kan worden beperkt tot de dwingende termijn van twee maanden.

De memorie van toelichting moet aangeven waarom die maximumduur in dat geval geen toepassing vindt, vermits er een verlengingsprocedure bestaat die onvermijdelijk een nieuwe beoordeling inhoudt van de wettigheid van de methode en van de veiligheid van de agenten die deze aanwenden. Bovendien is voor dezelfde "front office"-methode die door de politiediensten in het kader van infiltratie wordt toegepast een bepaalde duur voorgeschreven, te weten drie maanden (artikel 47octies, § 3, 5/, van het Wetboek van Strafvordering).

Ontworpen artikel 18/15

Het zou nuttig zijn dat in de ontworpen paragraaf 1, tweede lid, opdat de postoperator zelf kan vaststellen dat het verzoek van het diensthoofd conform de wet is en dat hij derhalve verplicht is zich ernaar te schikken, het verzoek het bestaan vermeldt van een eensluidend advies van de commissie of van een beslissing van de minister.

Dezelfde opmerking geldt voor het ontworpen artikel 18/16, § 2, eerste lid.

Ontworpen artikel 18/17

In paragraaf 3 moeten de woorden "als bedoeld in lid 1" vervangen worden door de woorden "bedoeld in paragraaf 2".

⁽²⁹⁾ Zie blz. 27.

Artikel 14

(ontworpen artikel 24)

Dit artikel wordt niet besproken in de memorie van toelichting.

Bovendien is er vanaf dit artikel een gebrek aan overeenstemming tussen de nummering van de artikelen van het voorontwerp en die van de commentaar erop in de memorie van toelichting.

Die lacunes moeten worden rechtgezet.

Artikel 15(ontworpen artikel 37*bis*)

De memorie van toelichting stelt dat elk document "kan worden geclassificeerd" dat een beschrijving bevat van de organisatie en van de werking van de dienst waarvan de niet-geëigende aanwending schade kan toebrengen aan de belangen bedoeld in artikel 3 van de voornoemde wet van 11 december 1998.

De tekst van het voorontwerp bepaalt dat ieder zodanig document "wordt geclassificeerd".

Die tegenstrijdigheid moet worden weggewerkt.

Artikel 16

(ontworpen artikel 42)

De memorie van toelichting stelt dat inlichtingen verkregen via de specifieke en de uitzonderlijke methodes voor het verzamelen van gegevens kunnen worden geclassificeerd overeenkomstig de voornoemde wet van 11 december 1998.

.../...

De tekst van het voorontwerp bepaalt dat die inlichtingen "worden geclassificeerd" met toepassing van diezelfde wet van 11 december 1998.

Die tegenstrijdigheid moet worden weggewerkt.

Artikel 17

(ontworpen artikel 43)

De Raad van State ziet het nut niet in van de woorden "Onverminderd artikel 458 van het Strafwetboek", in zoverre de ontworpen bepaling niet de uitzonderingen bevat die worden omschreven in het voornoemde artikel 458 en straffen stelt die ofwel volkomen identiek zijn met de straffen gesteld in datzelfde artikel 458, voor het strafbare feit bepaald in het ontworpen artikel 17, 1/, ofwel voorziet in strengere straffen dan die gesteld in artikel 458, voor de strafbare feiten bepaald in het ontworpen artikel 17, 2/ en 3/. Er moet worden herinnerd aan het feit dat in geval van een eendaadse samenloop van strafbare feiten of van collectieve delicten, krachtens artikel 65 van het Strafwetboek één enkele straf, te weten de zwaarste, wordt uitgesproken. Tevens moet erop gewezen worden dat de mededeling van gegevens door agenten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten aan de bevoegde overheden en openbare diensten, met inachtneming van het bepaalde in de voornoemde wet van 30 november 1998, uiteraard geen schending van het beroepsgeheim oplevert, noch het strafbare feit omschreven in het ontworpen artikel 17.

Artikel 18

Ontworpen artikel 43/1

In paragraaf 4 moet worden gepreciseerd waarin de nuttige ervaring moet bestaan.

Ontworpen artikel 43/3

1. De vraag rijst of in paragraaf 1 niet moet worden bepaald, naar het voorbeeld van de voornoemde wet van 11 december 1998, dat alle leden van het college de hoedanigheid van magistraat moeten hebben.

2. In paragraaf 2 moet de aard van de vereiste nuttige ervaring worden gepreciseerd.

Ontworpen artikel 43/4

1. In het eerste lid is het onjuist te schrijven dat de specifieke en de uitzonderlijke methodes voor het verzamelen van gegevens worden "uitgeoefend overeenkomstig artikel 18/2", daar dit artikel zich ertoe beperkt de maatregelen op te leggen, zonder de uitvoering ervan te regelen.

2. Het ontworpen artikel 43/4 houdt blijkbaar in dat het college alle aangewende specifieke en uitzonderlijke methodes moet onderzoeken.

Uit het ontworpen artikel 43/5 volgt echter dat het college niet alle specifieke en uitzonderlijke methodes onderzoekt, maar alleen de zaken die bij het college worden aangebracht bij wege van een klacht, die welke het op eigen initiatief onderzoekt en die welke het ambtshalve moet onderzoeken.

Deze tegenstrijdigheid moet worden weggewerkt.

Ontworpen artikel 43/5

1. Er moet worden voorgeschreven dat het college ambtshalve handelt, niet alleen indien de commissie een specifieke of uitzonderlijke methode voor het verzamelen van gegevens heeft geschorst op de grond dat ze onwettig was, maar ook indien ze heeft vastgesteld dat een methode waarvan de aanwending reeds beëindigd was, onwettig was en de exploitatie van de gegevens heeft verboden.

Het college moet zich overeenkomstig het ontworpen artikel 43/7, § 1, immers definitief uitspreken over die onwettigheid en moet het vernietigen van de verzamelde gegevens gelasten, of integendeel het verbod tot exploitatie ervan heffen.

2. Aan het eind van het tweede lid is sprake van "de beslissingen voorzien in artikel 43/2". In het ontworpen artikel 43/2 is evenwel nergens sprake van een beslissing.

Ontworpen artikel 43/7

1. Paragraaf 1, eerste lid, bepaalt dat indien het college oordeelt dat een specifieke of uitzonderlijke methode voor het verzamelen van gegevens niet in overeenstemming is met de bepalingen van deze wet, het de gegevens vernietigt die met deze methodes zijn verkregen.

Krachtens het tweede lid wordt de beslissing meegedeeld aan de commissie, die indien nodig de betrokken dienst verbiedt de gegevens te exploiteren die zijn verkregen via een onwettig verklaarde methode, in afwachting van de vernietiging ervan.

De steller van het voorontwerp moet in de memorie van toelichting nader verklaren wat verstaan moet worden onder "indien nodig".

2. Het college gaat uitsluitend de wettigheid van het verzamelen van gegevens na en gelast het vernietigen van onwettige gegevens. De Raad van State vraagt zich af of het college, overeenkomstig de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, niet eveneens in de mogelijkheid moet worden gesteld om de juistheid van de gegevens na te gaan en de rechtzetting van onjuiste informatie te gelasten ⁽³⁰⁾.

3. Paragraaf 1, tweede lid, bepaalt dat de beslissing van het college meegedeeld wordt aan de minister.

Volgens de gemachtigde ambtenaar geldt die mededeling aan de minister alleen indien deze laatste een beslissing heeft genomen overeenkomstig het ontworpen artikel 18/11, § 3. Zulks moet uitdrukkelijk worden vermeld in de tekst van het voorontwerp.

Artikel 19

Ontworpen artikelen 43/3 tot 43/11

Er wordt niet voorzien in een secretariaat ter ondersteuning van het rechtsprekend college opgericht krachtens het ontworpen artikel 43/3. Het voorontwerp moet in die zin worden aangevuld.

Artikel 20

De opheffing van een wijzigingsbepaling heeft geen enkel gevolg en maakt het moeilijk het overzicht van de opeenvolgende bijwerkingen van een bepaling te reconstrueren.

Dit artikel moet vervallen.

⁽³⁰⁾ Zie : EHRM, 4 mei 2000, Rotaru tegen Roemenië; EHRM, 6 juni 2006, Segerstedt-Wiberg tegen Zweden, par. 120.

Artikel 22

(ontworpen artikel 35 van de wet van 18 juli 1991)

1. Er is een tegenstrijdigheid tussen het bepaalde in het eerste lid van dit artikel en de memorie van toelichting, waarin alleen sprake is van de "Voorzitter van het Vast Comité I".

Tevens moet worden gepreciseerd wie wordt bedoeld met het erin vermelde "lid van het Vast Comité I".

Bovendien vermeldt de memorie van toelichting verkeerdelijk artikel 18/1, terwijl het artikel 18/2 betreft.

2. Het zou beter zijn in hetzelfde lid te verwijzen naar onderafdeling 2bis in haar geheel, veeleer dan naar het enkele artikel 18/2.

3. In het tweede lid moet, indien zulks wel degelijk de bedoeling is van de steller van het voorontwerp, "het aantal machtigingen bedoeld in artikel 18/10, eerste lid," worden vermeld.

Voorts vraagt de Raad van State zich af of het verslag niet melding dient te maken van de activiteiten van het college, zulks met het oog op de volledige voorlichting van de parlementsleden.

Artikel 24

(ontworpen artikel 9, § 7, van de wet van 13 juni 2005)

In punt 1/ is er geen grond om de wijzigingen te vermelden die zijn aangebracht in de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

.../...

Artikel 29

Aan het eind van artikel 29 staat te lezen dat artikel 2, d), "maar gevolg zal hebben vijf jaar na de datum van inwerkingtreding van deze bepaling".

Het zou beter zijn, indien zulks wel degelijk de bedoeling is van de steller van het voorontwerp, "in werking zal treden vijf jaar na de datum van inwerkingtreding van deze bepaling" te schrijven.

Ondertekeningsformulieren

Het voorontwerp moet eveneens worden voorgedragen en mede-ondertekend door de Minister van Binnenlandse Zaken.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	J. JAUMOTTE,	staatsraden,
Mevrouw	M. BAGUET,	
de Heer	H. BOSLY,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	B. VIGNERON,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. A. LEFEBVRE, auditeur.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

B.VIGNERON

Y. KREINS