

AVIS N° 36 / 2002 du 22 août 2002.

N. Réf. : 10 / A / 2002 / 001

OBJET : Projet de loi concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête.

La Commission de la protection de la vie privée,

Vu la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, en particulier l'article 29;

Vu le rapport de M. B. DE SCHUTTER,

Émet d'initiative, le 22 août 2002, l'avis suivant :

I. HISTORIQUE :

1. Le 20 juillet 2002, la Chambre des Représentants a approuvé le projet de loi concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête. Le 23 juillet 2002, le projet a été transmis pour examen au Sénat, où il a été communiqué à la Commission de la Justice. Si l'avis de la Commission de la protection de la vie privée (ci-après CPVP) n'a pas été demandé au cours de la procédure, celle-ci estime toutefois que, le projet s'approchant aujourd'hui de sa forme définitive, elle se doit d'émettre un avis d'initiative en raison de l'importance de la matière, y compris sur le plan du droit fondamental au respect de la vie privée.

II. CONSIDERATIONS GENERALES :

2. Le projet règle trois méthodes de recherche (observation, infiltration et recours aux indicateurs) ainsi qu'un certain nombre de méthodes connexes : le contrôle visuel discret, l'écoute intentionnelle, l'interception du courrier, l'intervention différée et la collecte de données concernant les comptes et transactions bancaires. Le projet se caractérise particulièrement par le caractère secret de ces méthodes, le risque éventuel de violation des droits fondamentaux qu'elles représentent ainsi qu'une incidence possible sur l'exigence d'un procès équitable.

Le projet s'inscrit dans le cadre d'une approche globale de la criminalité organisée et du grand banditisme. La plupart de ces méthodes sont déjà appliquées dans la pratique. Le fondement juridique de ces méthodes, à savoir les circulaires ministérielles des 24 avril 1990 et 15 mai 1992, non publiées doit être considéré comme plutôt précaire. L'initiative législative vise à mettre un terme au caractère opaque et obscur de ces méthodes. La transparence, la normalisation univoque et le contrôle doivent indiquer à tous les opérateurs concernés par l'utilisation de ces méthodes (fonctionnaires de police, citoyens faisant l'objet de ou concernés par de telles mesures, défense en matière pénale, ...) des limites claires en vue de rendre le fonctionnement de ces méthodes efficace et acceptable. La légalisation des méthodes déjà utilisées dans la pratique se justifie également pleinement. De plus, le projet de loi répond aussi à des obligations en matière de coopération transfrontalière prévues dans la Convention de Schengen (p. ex. à l'art. 40 en ce qui concerne l'observation) ou dans la Convention européenne en matière de coopération judiciaire du 29 mai 2000 (art. 15).

3. Définition des concepts.

3.1. Méthodes particulières de recherche.

Elles se distinguent des techniques particulières de recherche (art. 28 bis, §2, du Code d'Instruction criminelle). Ces dernières servent à appuyer les méthodes particulières de recherche et peuvent être utilisées dans le cadre de celles-ci.

Les méthodes particulières de recherche sont "particulières" parce que leur application est susceptible de porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux et elles ont un caractère secret, à défaut duquel elles sont inutiles. Ces droits fondamentaux sont la protection de la vie privée (art. 8 de la CEDH) et le droit à un procès équitable, certainement en ce qui concerne l'exercice effectif des droits de la défense (art. 6 de la CEDH). Par conséquent, les dispositions du projet doivent non seulement répondre positivement au contrôle des normes prévues par la CEDH et la Constitution en matière de vie privée, mais elles doivent également tendre au respect des prescriptions en matière de procédure pénale. La CPVP se penchera uniquement sur la question de la protection de la vie privée.

3.2. Les méthodes particulières de recherche se distinguent des autres méthodes d'enquête (saisie et ouverture du courrier, contrôle visuel discret, écoute directe,...) par le fait que celles-ci ne font l'objet d'aucun "dossier confidentiel". Toutes les pièces les concernant sont versées au dossier judiciaire et peuvent être contrôlées par les parties au procès (à l'exception toutefois du contrôle visuel discret tant qu'une méthode particulière de recherche est en cours).

3.3. Les techniques d'enquête policière ne peuvent être utilisées que dans le cadre et en appui d'une méthode particulière de recherche, surtout lors d'une infiltration. Dans ce cas, elles s'appliquent dans le même cadre légal que l'infiltration (légalité, subsidiarité, proportionnalité).

4. Champ d'application et contrôle.

Les méthodes prévues ont une finalité exclusivement judiciaire et ne peuvent être utilisées que par les fonctionnaires de police sous le contrôle permanent de la magistrature.

Le recours aux méthodes particulières de recherche s'inscrit donc dans le cadre d'une recherche d'individu (en vertu de l'art. 28 bis du Code d'Instruction criminelle donc aussi pour la recherche proactive) ou d'une enquête judiciaire. A cet égard, les prescriptions des articles 44/1 à 44/11 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police doivent être strictement respectées. La Commission attire en particulier l'attention sur l'article 44/2 qui renvoie clairement à la loi du 8 décembre 1992 en ce qui concerne le traitement de données.

A côté du contrôle prévu par le biais de l'autorité de surveillance (art. 44/3) (le Ministre de l'Intérieur pour les informations administratives; le Ministre de la Justice pour les informations judiciaires) et de l'Organe de contrôle du traitement des données (art. 44/7), le projet prévoit également que l'utilisation de méthodes particulières de recherche est soumise au contrôle du ministère public. C'est le procureur du Roi qui exécutera les autorisations du juge d'instruction pour l'utilisation d'une méthode particulière de recherche. La Commission est d'avis qu'une attention toute particulière doit être consacrée aux exigences de contrôle en ce qui concerne l'application correcte des normes. Elle insiste toutefois sur le fait que leur exécution effective sur le terrain doit faire l'objet d'un suivi minutieux et d'un contrôle démocratique sévère.

5. Principes de subsidiarité et de proportionnalité.

5.1. Le Conseil d'État indique à juste titre que l'utilisation des méthodes particulières de recherche doit être clairement délimitée et doit s'appuyer en priorité sur les principes de subsidiarité et de proportionnalité. Sur ce point, il renvoie amplement à la jurisprudence de la CEDH (arrêts Klass et Malone). Le fondement légal doit être transparent et accessible et les circonstances ainsi que les conditions dans lesquelles une méthode particulière de recherche peut avoir lieu doivent être suffisamment précises.

Déjà prévu à l'art. 90ter, § 1^{er}, du Code d'Instruction criminelle (écoute des communications téléphoniques), le principe de subsidiarité est à présent également repris aux articles en projet relatifs à l'observation (art. 47sexies, §2, Code d'Instruction criminelle) et à l'infiltration (art. 47octies, § 2, Code d'Instruction criminelle).

5.2. En ce qui concerne le principe de proportionnalité, outre l'actuel article 90ter, §§ 2, 4 et 5, du Code d'Instruction criminelle (énumération limitative d'infractions graves), l'article 47sexies, § 2, alinéa 2, en projet, pose pour l'observation la condition de l'existence d'indices sérieux de faits punissables d'un emprisonnement correctionnel principal d'un an ou d'une peine plus lourde. En cas de pénétration dans un lieu privé sans l'autorisation des occupants (le "contrôle visuel discret" – art. 89ter), celle-ci est même limitée aux faits visés aux articles 90ter, §§ 2, 3 et 4, du Code d'Instruction criminelle ou 324bis du Code pénal (organisations criminelles).

Ce principe constitue également la pierre de touche pour les opérations d'infiltration. Si aux yeux de la Commission le seuil d'un an minimum d'emprisonnement conduit à un très vaste champ d'application, il est un fait que notre pays doit respecter les prescriptions de la Convention de Schengen (art. 40) qui intègrent ce seuil d'un an pour l'observation internationale. De plus, le critère renvoie également à la loi relative à la détention préventive. Donc, au regard de ce vaste champ d'application, les autorisations devront être consciencieusement et profondément motivées pour garantir la proportionnalité.

5.3. Ni le principe de subsidiarité, ni le principe de proportionnalité ne sont prévus comme conditions pour le recours aux indicateurs (art. 47decies). L'argument invoqué est que l'information fournie par un indicateur qui ne concorde pas avec un témoignage ou un autre moyen de preuve ne peut être aussi simplement associée à l'avance et avec certitude à une infraction qui a été ou qui sera commise. En outre, les données ainsi collectées doivent être traitées conformément aux articles 44/1 à 44/11 de la loi sur la fonction de police (où, au travers du renvoi à la loi relative à la protection de la vie privée (art. 47/2), ces conditions sont effectivement présentes !).

La Commission estime, dès lors, qu'une distinction doit être établie entre les informations fournies spontanément par un informateur et les informations demandées par un service de police. Dans ce dernier cas, la Commission considère que l'initiative policière devrait se limiter aux informations concernant une enquête sur une infraction grave qui a été ou qui est sur le point d'être commise (ex. la limite d'un an).

III. COMMENTAIRE DES ARTICLES :

1. Les méthodes particulières de recherche.

L'article 47ter, § 1^{er} détermine l'objectif de l'observation, de l'infiltration et du recours aux indicateurs : il s'agit de la poursuite des auteurs d'infractions, la recherche, la collecte, l'enregistrement et le traitement de données et d'informations fondées sur l'existence d'indices sérieux que des infractions ont été ou seront commises, qu'elles soient révélées ou non. Seuls les services de police désignés par le Ministre de la Justice peuvent y recourir. Le procureur du Roi exerce un contrôle permanent sur l'application des méthodes particulières de recherche.

Les conditions générales relatives à l'utilisation des méthodes particulières de recherche sont fixées aux articles 47quater et 47quinquies.

a) Le fonctionnaire de police ne peut amener un prévenu à commettre d'autres infractions que celles qu'il avait déjà l'intention de commettre (sous peine d'irrecevabilité). La provocation préalable à la perpétration d'une infraction par une personne dont l'intention est définitive n'est pas autorisée. La détermination de cette intention est une question de fait laissée à l'appréciation du juge pénal qui devra évaluer l'influence concrète du fonctionnaire de police sur l'auteur de l'infraction.

b) Dans le cadre de méthodes particulières de recherche, le fonctionnaire de police ne peut pas commettre d'infraction. Des exceptions sont prévues : il existe une exemption de peine pour les fonctionnaires de police qui, dans le cadre de leur mission et en vue de son succès ou pour des considérations de sécurité, commettent des infractions qui sont strictement nécessaires. L'accord exprès du procureur du Roi est prévu. Les faits ne peuvent pas être plus graves que ceux pour lesquels les méthodes particulières de recherche ont été utilisées et la condition de proportionnalité vis-à-vis de l'objectif est expressément inscrite.

L'exemption ne concerne que la peine, le caractère illégal ainsi que les conséquences au civil subsistent. Il peut s'agir d'infractions prévues (p. ex. de faux documents), pour lesquelles le procureur peut accorder son autorisation préalable.

Les infractions imprévues doivent être notifiées "sans délai". Des garanties sont incluses afin de préserver l'identité et la sécurité du fonctionnaire de police (proposition du procureur fédéral, décision des Ministres de la Justice et de l'Intérieur).

La Commission ne formule aucune remarque sur ce point.

2. L'observation. (art. 47sexies, en projet)

2.1. Par observation, il convient d'entendre l'observation systématique, par un fonctionnaire de police, d'une ou de plusieurs personnes ou événements. Elle est systématique lorsqu'elle se déroule plus de cinq jours consécutifs ou plus de cinq jours par mois. Elle peut également être internationale.

Cette méthode particulière de recherche figure également dans la Convention d'application de Schengen ainsi que dans la Convention européenne en matière d'entraide judiciaire.

2.2. Les notions de proportionnalité et de subsidiarité sont complétées en fonction de la gravité de l'atteinte aux droits et libertés individuels : plus l'observation est approfondie (p. ex. à l'aide de moyens techniques), plus le seuil des infractions auxquelles peuvent uniquement s'appliquer les méthodes est élevé (p. ex. un an d'emprisonnement minimum ou uniquement les infractions visées à l'article 90ter §§ 2, 3 et 4 du Code d'Instruction criminelle). L'autorisation du procureur du Roi est écrite et contient des mentions très strictes (les indices sérieux, les motifs justifiant la mesure, l'identité des personnes qui font l'objet de l'observation, le mode d'observation et sa durée,...). Le rapport au procureur se fait par écrit et est conservé par lui dans un dossier confidentiel séparé.

La Commission n'estime pas devoir formuler de remarques à cet égard.

3. Infiltration. (art. 47octies)

- 3.1. L'infiltration est le fait pour un fonctionnaire de police d'entretenir, sous une identité fictive, des relations durables avec des personnes au sujet desquelles il existe des indices sérieux qu'elles commettent ou commettraient des infractions dans le cadre d'une organisation criminelle (article 324bis du Code pénal) ou des crimes ou des délits visés à l'article 90ter, §§ 2, 3 et 4, du Code d'Instruction criminelle.

Le recours aux infiltrations par des civils est interdit. Toutefois, pour les nécessités d'une expertise, un civil peut être appelé à travailler, pendant une courte période en collaboration avec le fonctionnaire de police.

Ici aussi, la proportionnalité et la subsidiarité sont utilisés comme point de départ (si les autres moyens ne semblent pas suffire, série limitée d'infractions,...).

L'autorisation est également écrite et contient les mêmes mentions. Il en est de même pour les techniques d'enquête policière éventuelles utilisées en appui de l'infiltration (à déterminer dans un arrêté royal (pseudo-achat, flash-roll, achat-test, livraison contrôlée,...)).

Les garanties intégrées en matière de contrôle sont comparables à celles de l'observation.

La Commission ne formule aucune observation.

4. Le recours aux indicateurs. (art. 47decies)

- 4.1. Un indicateur entretient des relations étroites avec des personnes à propos desquelles il existe des indices sérieux qu'elles commettent ou commettraient des infractions.

Le projet ne prévoit pas à cet effet de notion de proportionnalité ou de subsidiarité. La Commission renvoie à cet égard à ses remarques formulées au point II.5.3.

Une triple structure est prévue (indicateurs nationaux/locaux - gestionnaires; fonctionnaires de contact).

Cette structure conduit à une meilleure protection de l'anonymat de l'indicateur, à un meilleur contrôle de sa fiabilité et à la préservation de l'intégrité du fonctionnaire de contact.

Ces gestionnaires des indicateurs sont placés respectivement sous l'autorité du procureur du Roi et du procureur fédéral. Un arrêté royal définira le contenu de leurs compétences.

La Commission n'a pas d'autres remarques à formuler à cet égard mais insiste pour que cette fois les arrêtés d'exécution lui soient soumis pour avis. Elle rappelle, en outre, que le traitement des informations obtenues par cette méthode est soumis aux prescriptions de la loi du 8 décembre 1992 selon laquelle, outre les exigences de proportionnalité, les autres exigences telles que la sécurité de l'information, sa pertinence, son exactitude, les délais de conservation, etc... doivent être suivies attentivement.

5. Contrôle de la légitimité des méthodes particulières de recherche. (art. 47undecies)
(art. 56bis)

Tant le procureur du Roi que le juge d'instruction ont déjà l'obligation de veiller à la légalité des moyens de preuve et à la loyauté avec laquelle ceux-ci sont collectés (art. 28 bis, § 3, et 56, § 1^{er}, du Code d'Instruction criminelle).

De plus, un contrôle particulier est instauré sous la forme d'un rapport trimestriel au procureur général, lequel fait rapport au Collège des Procureurs généraux, qui inclut une évaluation globale dans son rapport annuel.

La Commission ne formule aucune remarque.

6. Les autres méthodes d'enquête et la protection de la vie privée.

Les autres méthodes d'enquête (interception du courrier, contrôle visuel discret, écoute directe, intervention différée et collecte de données concernant les comptes et transactions bancaires) peuvent également porter atteinte à la vie privée. C'est pourquoi ces actions doivent également être clairement définies dans la loi.

6.1. Interception du courrier (art. 46ter et 88sexies)

Ces deux articles visent à donner une solide base légale à l'interception, à l'ouverture et à la prise de connaissance du courrier, en s'appuyant sur l'article 29 de la Constitution (secret des lettres) et l'article 8 de la CEDH (vie privée/correspondance). Si l'article 8, alinéa 2, de la CEDH autorise des exceptions, celles-ci sont assorties de conditions strictes (notamment l'ingérence prévue par la loi, pour des raisons de maintien de l'ordre ou de prévention des infractions, sous des conditions suffisamment transparentes et précises). Les dispositions actuelles du Code d'Instruction criminelle sont de nature généralement discrétionnaires et permettent au juge d'instruction et au procureur du Roi d'agir conformément aux dispositions relatives à la perquisition et à la saisie (art. 87 et 88). Il est communément admis que cela ne répond pas à la condition de légalité définie à l'article 29 de la Constitution et à l'article 8, alinéa 2, de la CEDH.

Les actuels articles en projet fournissent un fondement légal explicite et clair. En ce qui concerne la notion de "courrier", il est renvoyé à la définition élargie de l'article 131, 4°, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

Ici également il y a une limite au niveau de la proportionnalité des faits à relater qui peuvent entraîner au minimum une peine d'un an. La durée de la mesure doit être fixée. La collaboration de l'opérateur postal peut être requise.

L'ouverture et la prise de connaissance sont exclusivement réservées au juge d'instruction. Une réglementation particulière est prévue pour le courrier des avocats ou des médecins.

La Commission estime qu'en matière d'interception du courrier, compte tenu de la gravité de l'atteinte éventuelle au secret des lettres, la requête doit toujours être écrite et motivée, y compris donc lorsque l'opérateur postal n'est pas tenu d'apporter sa collaboration. En outre, la procédure à suivre en cas de collaboration forcée devrait être élaborée de manière claire.

6.2. Contrôle visuel discret. (art. 89ter)

Il s'agit de la pénétration "en secret" dans un lieu privé, y compris une habitation. Ce type d'opération doit donner aux fonctionnaires de police la possibilité, dans l'intérêt d'une enquête, de pénétrer dans un lieu privé et, essentiellement dans le cadre d'une observation, d'y placer un moyen technique (caméra, microphone,...), sans mandat de perquisition.

Ici ce sont les droits au respect de la vie privée (art. 22 de la Constitution) et à l'inviolabilité du domicile (art. 15 de la Constitution) qui peuvent être compromis. Conformément à l'article 8 de la CEDH, des garanties précises doivent ici aussi être appliquées, à l'instar d'ailleurs de celles prévues dans la loi sur les écoutes téléphoniques.

Dès lors, l'article en projet satisfait pour l'instant aux conditions de subsidiarité ("les autres moyens d'enquête ne semblent pas suffire") et de proportionnalité (suspicion d'infraction grave, objectif limité).

Le contrôle visuel discret est considéré comme unique, limité dans le temps et dégressif. Il s'agit de s'assurer de la présence d'éléments de preuve ("inspection investigatrice") ou de mettre en place des moyens techniques. La prise d'images en tant que telle relève de l'observation proprement dite.

La Commission met l'accent sur la ligne de séparation étroite entre cette opération et la perquisition proprement dite ou l'enquête au domicile, dont le fondement juridique est constitué par les articles 36 à 39 et 87 à 90 du Code d'Instruction criminelle et les dispositions des articles 26, 27 et 29 de la loi sur la fonction de police. Une attention scrupuleuse doit dès lors être accordée aux autorisations (écrites et motivées).

6.3. Écoute directe. (art. 90ter)

L'article 90ter du Code d'Instruction criminelle prévoit déjà la possibilité d'ordonner une mesure d'écoute dans des lieux publics et privés, à l'exclusion des domiciles (règle de l'inviolabilité). Cette mesure est à présent aussi applicable à une habitation à l'insu des occupants ou sans leur consentement. Les conditions de base et les exigences de forme de l'article 90ter sont bien entendu d'application.

La Commission n'a pas de remarque à formuler.

6.4. Intervention différée (art. 40bis)

Cet article régleme la saisie différée des choses et des tiers et constitue une dérogation à l'article 15 de la loi sur la fonction de police. Cette mesure est possible via une autorisation écrite et motivée et dans l'intérêt de l'enquête.

La Commission n'a pas de remarque à formuler.

6.5. La Collecte de données concernant les comptes et transactions bancaires. (art. 46quater)

Sur le plan de la collaboration du secteur bancaire, le présent projet de loi substitue à la règle de la "bonne volonté" une norme claire, associée à une obligation de coopération de ce secteur. Trois sortes de mesures sont possibles : la demande de la liste des comptes bancaires dont le suspect est titulaire, des opérations bancaires (demande rétroactive) et la surveillance en temps réel des opérations. Chaque fois, le seuil des faits susceptibles de donner lieu à des peines d'un an au moins et les "indices sérieux" sont prévus.

Ces mesures s'inscrivent dans la ligne de celles qui figurent dans le projet de protocole additionnel à la Convention européenne en matière de coopération judiciaire.

Il convient d'observer qu'en ce qui concerne le courrier (article 88sexies), seul le juge d'instruction peut accorder l'autorisation et que, dans cette matière aussi sensible sur le plan de la vie privée, la responsabilité est endossée non pas par le juge d'instruction mais par le procureur du Roi. La Commission considère qu'un alignement avec le contrôle du courrier s'impose.

6.6. Enfin, l'article 90decies du Code d'Instruction criminelle en projet prévoit que le Ministre fait personnellement rapport au Parlement sur l'application de ces dispositions légales.

IV. CONSIDERATION FINALE :

Ce projet de loi a le mérite de vouloir faire la transparence et la clarté sur l'utilisation de méthodes de recherche qui sont déjà appliquées sur le terrain mais dont la base légale est précaire.

A cet égard, on a choisi de confier une grande responsabilité en ce qui concerne cette utilisation, au procureur du Roi et au fonctionnaire de police et une responsabilité moindre au juge d'instruction. Cette option n'est acceptable que si des conditions et des mécanismes de contrôle suffisamment stricts sont intégrés dans le projet.

Si ce n'est sur quelques points, la Commission estime que les garanties sont suffisamment présentes. L'efficacité dépendra plutôt de la manière dont les règles seront appliquées sur le terrain.

V. CONCLUSION :

La Commission émet un avis favorable sous réserve des remarques formulées.

Pour le secrétaire,
légitimement empêché :

Le président,

(sé) D. GHEUDE,
conseiller.

(sé) P. THOMAS.