

**KONINKRIJK BELGIË**

**ROYAUME DE BELGIQUE**

**FEDERALE OVERHEIDSDIENST JUSTITIE**

**SERVICE PUBLIC FEDERAL JUSTICE**

**Voorontwerp van wet houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van Strafvordering met het oog op de verbetering van de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden**

**Avant-projet de loi apportant des modifications diverses au Code d'Instruction criminelle en vue d'améliorer les méthodes particulières de recherche et quelques autres modes d'investigation**

**MEMORIE VAN TOELICHTING**

**EXPOSE DES MOTIFS**

*Algemene beschouwingen*

*Considérations générales*

Dames en heren,

Mesdames, Messieurs,

Het voorontwerp van wet dat aan u wordt voorgelegd bevat een aantal wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering en beoogt een aantal verbeteringen aan te brengen in het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, ondermeer naar aanleiding van het arrest nr. 105/2007 van het Grondwettelijk Hof van 19 juli 2007. In dit arrest heeft het Hof een aantal artikelen uit het Wetboek van Strafvordering vernietigd, die in dit Wetboek waren ingevoerd bij de wet van 27 december 2005 houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van Strafvordering en van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de verbetering van de onderzoeksmethoden in de strijd tegen het terrorisme en de zware en georganiseerde criminaliteit.

L'avant-projet de loi qui vous est soumis contient un certain nombre de modifications apportées au Code d'Instruction criminelle et vise à apporter un certain nombre d'améliorations dans le cadre de l'information et de l'instruction, entre autres conformément à l'arrêt n° 105/2007 de la Cour constitutionnelle du 19 juillet 2007. Par cet arrêt, la Cour a annulé un certain nombre d'articles du Code d'Instruction criminelle, insérés par la loi du 27 décembre 2005 portant des modifications diverses au Code d'Instruction criminelle et au Code judiciaire en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée.

Daarnaast heeft het voorontwerp tot doel een aantal punctuele aanpassingen door te voeren ten gevolge van praktische en juridische problemen die zich in de toepassing van de wetgeving inzake de bijzondere opsporingsmethoden voorgedaan hebben.

L'avant-projet a en outre pour objectif d'apporter un certain nombre d'adaptations ponctuelles à la suite de problèmes pratiques et juridiques qui se sont posés dans le cadre de l'application de la législation relative aux méthodes particulières de recherche.

Een aantal van deze aanpassingen werden reeds ingevuld door de wet van 16 januari 2009 tot wijziging van de artikelen 189ter, 235ter, 335bis en 416 van het Wetboek van Strafvordering (Belgisch Staatsblad 16/01/2009).

Un certain nombre de ces adaptations ont déjà été apportées par la loi du 16 janvier 2009 modifiant les articles 189ter, 235ter, 335bis et 416 du Code d'Instruction criminelle (Moniteur belge du 16 janvier 2009).

Ook worden een aantal lacunes in het Wetboek van Strafvordering die nauw aanleunen bij de bijzondere opsporingsmethoden, weggewerkt. Het gaat hier onder meer om artikel 88ter, betreffende de zoeking in een informaticasysteem.

On comble également dans le Code d'Instruction criminelle, notamment l'article 88ter concernant la recherche dans un système informatique, un certain nombre de lacunes étroitement liées aux méthodes particulières de recherche.

\* \* \*

\* \* \*

*Arrest 105/2007 van het Grondwettelijk Hof*

*Arrêt 105/2007 de la Cour constitutionnelle*

De artikelen van het Wetboek van Strafvordering die vernietigd werden door het Grondwettelijk Hof zijn de volgende:

Les articles du Code d'instruction criminelle annulés par la Cour constitutionnelle sont les suivants :

- artikel 47ter, § 1, derde lid;
- artikel 47decies, § 7;
- de tweede zin in artikel 47undecies, tweede lid;
- de tweede zin in artikel 47undecies, derde lid;
- artikel 235ter, § 6.

- article 47ter, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3 ;
- article 47decies, § 7 ;
- article 47undecies, alinéa 2, deuxième phrase ;
- article 47undecies, alinéa 3, deuxième phrase ;
- article 235ter, § 6.

Artikel 47ter, § 1, derde lid van het Wetboek van Strafvordering betreft de toepassing van bijzondere opsporingsmethoden tijdens de strafuitvoeringsfase, namelijk met het oog op het opsporen van personen die zich onttrokken hebben aan de uitvoering van straffen of andere vrijheidsberovende maatregelen. Daarmee samenhangend werden de zinnen in artikel 47undecies, tweede en derde lid, vernietigd die betrekking hebben op de verslaggeving door de procureur-generaal en de federale procureur, die ondermeer moet handelen over de toepassing van bijzondere opsporingsmethoden in het kader van de uitvoering van straffen of vrijheidsberovende maatregelen.

L'article 47ter, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3, du Code d'Instruction criminelle traite de l'application de méthodes particulières de recherche durant la phase de l'exécution de la peine en vue de rechercher des personnes qui se sont soustraites à l'exécution de peines ou d'autres mesures privatives de liberté. Dans ce cadre, les phrases de l'article 47undecies, alinéas 2 et 3, concernant le rapport du procureur général et le rapport du procureur fédéral, qui doivent notamment porter sur l'application de méthodes particulières de recherche dans le cadre de l'exécution de peines ou de mesures privatives de liberté, ont été supprimées.

Artikel 47decies, § 7 betreft de bijzondere regeling ingevoerd door de wet van 27 december 2005 waarbij in uitzonderlijke omstandigheden bepaalde informanten gemachtigd konden worden om misdrijven te plegen met het oog op het behoud van zijn informatiepositie.

L'article 47decies, § 7, porte sur la disposition particulière insérée par la loi du 27 décembre 2005 selon laquelle, dans des circonstances exceptionnelles, certains indicateurs pouvaient être autorisés à commettre des infractions en vue de maintenir leur position d'information.

Artikel 235ter, § 6 tenslotte, bepaalde dat tegen de controle van het vertrouwelijke dossier door de Kamer van Inbeschuldigingstelling geen rechtsmiddel openstaat. M.a.w. voorziening in cassatie tegen deze arresten was niet mogelijk onder de wet van 27 december 2005.

Enfin, l'article 235ter, § 6, prévoyait que le contrôle du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation n'était susceptible d'aucun recours. En d'autres termes, ces arrêts ne pouvaient faire l'objet d'un pourvoi en cassation aux termes de la loi du 27 décembre 2005.

Het voorontwerp van wet voorziet in een regeling betreffende het toepassen van bijzondere opsporingsmethoden voor het opsporen van personen die zich onttrokken hebben aan de uitvoering van hun straf.

De wet van 16 januari 2009 tot wijziging van de artikelen 189ter, 235ter, 335bis en 416 van het Wetboek van Strafvordering heeft intussen expliciet bepaald dat voorziening in Cassatie tegen een arrest van de Kamer van Inbeschuldigingstelling met toepassing van artikel 235ter mogelijk is, en heeft daarvoor specifieke termijnen voorzien. Het wetsontwerp houdt rekening met deze wijziging en voorziet ook in een bijzondere procedure waarbij het Hof van Cassatie de mogelijkheid krijgt om het vertrouwelijk dossier in te zien. Meer daarover in de artikelsgewijze bespreking.

Voor wat betreft de bepaling over het plegen van misdrijven door informanten opteert het voorontwerp van wet er echter voor deze bepaling niet te hernemen op een manier aangepast aan het arrest van het Grondwettelijk Hof.

Het arrest nr. 105/2007 van het Grondwettelijk Hof van 19 juli 2007 vernietigde artikel 47decies, § 7 van het Wetboek van Strafvordering. Het Hof kwam tot deze conclusie op basis van een aantal verschillende overwegingen.

In het **algemeen** zegt het Grondwettelijk Hof dat, *“ofschoon bij wijze van uitzondering kan worden aanvaard dat de wetgever magistraten belast met de opsporing en de vervolging van bepaalde categorieën van misdrijven in staat stelt de informanten die een cruciale hulp zouden kunnen zijn bij hun taak, toe te staan misdrijven te plegen om het succes van het onderzoek dat zij voeren, te waarborgen, dient hij evenwel artikel 12 van de Grondwet, dat vereist dat de strafrechtspleging voorspelbaar is, in acht te nemen. De magistraten moeten op zeer precieze wijze weten welke de misdrijven zijn waarvoor zij een informant toestemming kunnen geven ze te plegen. Die vereiste is hier des te dwingender daar het voor een gerechtelijke overheid erop neer komt een persoon die niet is beëdigd, noch door de openbare overheid met een opdracht is belast, toe te laten een misdrijf te plegen dat tot gevolg kan hebben dat inbreuk wordt gemaakt op de grondrechten van derden.”* (Zie paragraaf

L'avant-projet de loi prévoit une disposition concernant l'application de méthodes particulières de recherche en vue de rechercher des personnes qui se sont soustraites à l'exécution de leur peine.

Dans l'intervalle, la loi du 16 janvier 2009 modifiant les articles 189ter, 235ter, 335bis et 416 du Code d'Instruction criminelle a prévu expressément qu'un arrêt de la chambre des mises en accusation peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation en application de l'article 235ter et a fixé des délais spécifiques pour ce faire. Le projet de loi tient compte de cette modification et prévoit également une procédure particulière permettant à la Cour de cassation d'accéder au dossier confidentiel. Vous trouverez plus de précisions à ce sujet dans le commentaire des articles.

En ce qui concerne la disposition relative à la perpétration d'infractions par des indicateurs, l'avant-projet de loi choisit toutefois de ne pas reprendre cette disposition en se conformant à l'arrêt de la Cour constitutionnelle.

L'arrêt n° 105/2007 de la Cour constitutionnelle du 19 juillet 2007 a annulé l'article 47decies, § 7, du Code d'Instruction criminelle. La Cour est arrivée à cette conclusion sur la base de diverses considérations.

De manière **générale**, la Cour constitutionnelle indique que : *“S'il peut être admis, à titre exceptionnel, que le législateur permette à des magistrats chargés de rechercher et de poursuivre certaines catégories d'infractions d'autoriser les indicateurs qui pourraient être d'une aide cruciale dans leur tâche à commettre des infractions pour garantir le succès de l'enquête qu'ils mènent, encore faut-il qu'il respecte l'article 12 de la Constitution, qui exige que la procédure pénale soit prévisible. Les magistrats doivent connaître avec toute la précision voulue quelles sont les infractions qu'ils peuvent autoriser les indicateurs à commettre. Cette exigence s'impose d'autant plus ici qu'il s'agit, pour une autorité judiciaire, d'autoriser une personne qui n'est ni assermentée ni chargée d'aucune mission par les autorités publiques à commettre une infraction qui peut avoir pour conséquence de porter atteinte aux droits fondamentaux de*

B.8.5.)

tiers." (voir paragraphe B.8.5.).

Het Grondwettelijk Hof heeft artikel 47decies, §7 vernietigd om vier concrete redenen:

La Cour constitutionnelle a annulé l'article 47decies, § 7, pour quatre raisons concrètes :

- *"Die grenzen (van wat noodzakelijk is om de nagestreefde doelstellingen te bereiken) worden daarentegen overschreden in zoverre enkel misdrijven verboden zijn die een "rechtstreekse en ernstige" schending van de fysieke integriteit van personen zouden inhouden.*

- *"En revanche, ces limites (de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs visés) sont dépassées en ce que ne sont interdites que les infractions qui porteraient atteinte "directement et gravement" à l'intégrité physique des personnes.*

*Hoewel kan worden aangenomen dat de informant, als hoofddader, misdrijven pleegt of dat hij, op de wijzen bepaald in de artikelen 66 en 67 van het Strafwetboek, deelneemt aan misdrijven die zouden kunnen worden gepleegd door personen met wie hij in verbinding staat, kan, om de in B.8.1 uiteengezette redenen, niet worden aangenomen dat personen die noch politieambtenaren, noch burgerlijke deskundigen zijn en die nauwe banden onderhouden met het criminele milieu, de voorafgaande toestemming zouden kunnen krijgen om zelf afbreuk te doen aan de fysieke integriteit van personen." (paragraaf B.8.11.).*

*S'il peut être admis que l'indicateur commette, en tant qu'auteur principal, des infractions ou qu'il participe, par les modes prévus aux articles 66 et 67 du Code pénal, aux infractions que pourraient commettre les personnes auxquelles il est lié, il ne peut être admis, pour les raisons exposées en B.8.1., que des personnes qui ne sont ni fonctionnaires de police ni experts civils et qui entretiennent des liens étroits avec le milieu criminel puissent recevoir l'autorisation préalable de porter elles-mêmes atteinte à l'intégrité physique des personnes." (voir paragraphe B.8.11.).*

- *Door op een algemene manier te verwijzen naar de strafbare feiten die een misdrijf zouden vormen "in de zin van artikel 324bis" van het Strafwetboek, eigent de bestreden bepaling zich daarentegen een onvoldoende afgebakend toepassingsgebied toe.*

- *En revanche, en renvoyant de manière générale aux faits punissables qui constitueraient une infraction "au sens de l'article 324bis" du Code pénal, la disposition attaquée se donne un champ d'application insuffisamment déterminé.*

*De verwijzing naar een bepaling waarvan het toepassingsgebied zo ruim is, voldoet niet aan de vereisten die in B.8.5 in herinnering zijn gebracht. Bovendien ontnemt zij aan de bestreden maatregel het uitzonderlijke karakter ervan. Tot slot maakt zij de opsomming nutteloos, die is vervat in artikel 47decies, § 7, eerste lid, van sommige van de misdrijven bedoeld in artikel 90ter, § 2, van het Wetboek van strafvordering waarvan wordt gepreciseerd dat zij "in het kader van een criminele organisatie zoals bedoeld in artikel 324bis" zijn gepleegd of zullen worden gepleegd. (paragraaf B.8.16 en 17).*

*Le renvoi à une disposition dont le champ d'application est aussi large ne satisfait pas aux exigences rappelées en B.8.5. Il enlève en outre à la mesure critiquée son caractère exceptionnel. Il rend enfin inutile l'énumération, contenue dans l'article 47decies, § 7, alinéa 1<sup>er</sup>, de certaines des infractions visées à l'article 90ter, § 2, du Code d'Instruction criminelle dont il est précisé qu'elles sont ou seront "commises dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324bis." (voir paragraphes B.8.16. et B.8.17.).*

- *"Wat de ontstentenis van een strafuitsluitende verschoningsgrond betreft, kan worden aangenomen dat de wetgever*

- *"En ce qui concerne l'absence d'une cause d'excuse exclusive de peine, il peut être admis que le législateur fasse preuve*

*een grotere voorzichtigheid aan de dag legt ten aanzien van de informant, die wordt verondersteld nauwe relaties te hebben met het criminele milieu, dan ten aanzien van politieambtenaren en burgerinfiltranten zonder banden met dat milieu. De kans kan immers groter worden geacht dat hij de grenzen van de toelating overschrijdt, door de misdrijven ook te plegen met een ander doel dan het behoud van zijn informatiepositie of door de vereiste van evenredigheid niet na te leven.*

*Evenwel, doordat de maatregel niet aangeeft welk gevolg de toestemming kan hebben voor de strafrechtelijke situatie van de informant, terwijl wordt bepaald dat de magistraat die toestemming verleent vrij blijft van straf (artikel 47decies, § 7, vierde lid) en dat de politieambtenaren die misdrijven plegen met de toestemming van de procureur des Konings vrij blijven van straf (artikel 47quinquies, § 2), voldoet hij niet aan de eisen van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.” (paragraaf B.8.19)*

- *“In zoverre dat artikel ten slotte de toetsing van de aanwending van artikel 47decies, § 7, niet toevertrouwt aan een onafhankelijke en onpartijdige rechter, schendt het de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Het vertrouwelijk dossier bevat voortaan, wat de informanten betreft, elementen die een draagwijdte hebben die analoog is met die in verband met de infiltratie, wat voordien niet het geval was, zoals het Hof had opgemerkt in B.27.2 van zijn arrest nr. 202/2004. Dat dossier moet dus, wat die elementen betreft, het voorwerp uitmaken van een toetsing door een onafhankelijke en onpartijdige rechter.” (paragraaf B.8.20)*

Tot slot geeft het Grondwettelijk Hof zelf aan wat de wetgever dient te doen indien een nieuwe bepaling met hetzelfde onderwerp zou overgenomen worden in de wet:

*“Het staat aan de wetgever, indien hij van mening is dat hij een bepaling moet overnemen met hetzelfde onderwerp als de vernietigde bepaling:*

*- de informant niet toe te staan zelf de fysieke integriteit van personen te schenden (B.8.11);*

*d’une plus grande prudence à l’égard de l’indicateur supposé entretenir des relations étroites avec le milieu criminel qu’à l’égard des fonctionnaires de police et des infiltrants civils sans liens avec ce milieu. En effet, l’on peut estimer qu’il y a davantage de possibilités qu’il dépasse les limites de l’autorisation en commettant également les infractions dans un autre but que le maintien de sa position d’information ou en ne respectant pas l’exigence de proportionnalité.*

*Toutefois, en ce qu’elle n’indique pas l’effet que peut avoir l’autorisation sur la situation pénale de l’indicateur, alors qu’il est prévu que le magistrat qui donne cette autorisation n’encourt aucune peine (article 47decies, § 7, alinéa 4) et que les fonctionnaires de police qui commettent des infractions avec l’accord du procureur du roi bénéficient d’une exemption de peine (article 47quinquies, § 2), la mesure ne satisfait pas aux exigences des articles 10 et 11 de la Constitution.” (voir paragraphe B.8.19.).*

- *“Enfin, en ce qu’il ne confie pas à un juge indépendant et impartial le contrôle de l’utilisation de l’article 47decies, § 7, cet article viole les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme. Le dossier confidentiel contient désormais, en ce qui concerne les indicateurs, des éléments qui ont une portée analogue à ceux qui concernent l’infiltration, ce qui n’était pas le cas antérieurement, ainsi que la Cour l’avait constaté au B.27.2. de son arrêt n° 202/2004. Ce dossier doit donc faire l’objet, quant à ces éléments, d’un contrôle par un juge indépendant et impartial.” (voir paragraphe B.8.20.).*

Enfin, la Cour constitutionnelle précise elle-même ce que le législateur doit faire si une nouvelle disposition ayant le même objet devait être reprise dans la loi :

*“Il appartient au législateur, s’il estime devoir reprendre une disposition ayant le même objet que la disposition annulée :*

*- de ne pas autoriser l’indicateur à porter lui-même atteinte à l’intégrité physique des personnes (B.8.11.) ;*

- niet op algemene wijze te verwijzen naar de strafbare feiten die een misdrijf uitmaken of zouden uitmaken zoals bedoeld in artikel 324bis van het Strafwetboek (B.8.18);  
- het gevolg te preciseren dat de aan de informant verleende toestemming voor de strafrechtelijke situatie van laatstgenoemde kan hebben (B.8.19);  
- ervoor te zorgen dat de elementen die, in verband met de aan de informant verleende toestemming, bij het afzonderlijke dossier zijn gevoegd, bedoeld in artikel 47decies, § 6, derde lid, van het Wetboek van strafvordering, het voorwerp uitmaken van een toetsing door een onafhankelijke en onpartijdige rechter (B.8.20).

Het lijken vier eenvoudige ingrepen, maar vooral de laatste grond van vernietiging, de controle door een onafhankelijke en onpartijdige rechter, is een onoverkomelijk probleem.

Vooreerst dient er aan herinnerd te worden waarom deze bepaling door de wet van 2005 werd ingevoerd.

Op het ogenblik van de parlementaire bespreking van wat later de wet van 6 januari 2003 zou worden, verklaarde de wetgever zich akkoord met het werken met infiltranten, burgerdeskundigen en informanten. De wetgever was echter terughoudend tegenover de creatie van de figuur van de burger-infiltrant.

De wet van 27 december 2005 houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van Strafvordering en van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de verbetering van de onderzoeksmethoden in de strijd tegen het terrorisme en de zware en georganiseerde criminaliteit heeft een bredere invulling gegeven aan het werken met informanten, om tegemoet te komen aan een nood die zich op het terrein in hoge mate liet voelen en een belangrijke lacune in de strijd tegen het terrorisme en de georganiseerde criminaliteit op te vullen.

De praktijk toonde immers aan dat in een aantal belangrijke en hoogdrempelige onderzoeken inzake terrorisme en georganiseerde criminaliteit de procureur des Konings meer dan eens werd geconfronteerd met de vraag of een informant die reeds "op actieve wijze" informatie over een bepaald crimineel milieu of dadergroepering aan het inwinnen was, eveneens kon worden toegelaten onder

- de ne pas opérer un renvoi général aux faits punissables qui constituent ou constitueraient une infraction au sens de l'article 324bis du Code pénal (B.8.18.) ;  
- de préciser l'effet que peut avoir l'autorisation donnée à l'indicateur sur la situation pénale de celui-ci (B.8.19.) ;  
- de prévoir que les éléments versés, au sujet de l'autorisation donnée à l'indicateur, au dossier séparé visé à l'article 47decies, § 6, alinéa 3, du Code d'Instruction criminelle, font l'objet d'un contrôle par un juge indépendant et impartial (B.8.20.)."

Il semble s'agir de quatre actions simples mais c'est surtout le dernier motif d'annulation, à savoir le contrôle par un juge indépendant et impartial, qui est un problème insurmontable.

Il convient tout d'abord de rappeler pourquoi cette disposition a été insérée par la loi de 2005.

Lors de l'examen au Parlement de ce qui allait devenir la loi du 6 janvier 2003, le législateur a marqué son accord sur le recours aux infiltrants, aux experts civils et aux indicateurs. Il avait néanmoins maintenu sa réserve quant à la création de l'infiltrant civil.

La loi du 27 décembre 2005 portant des modifications diverses au Code d'Instruction criminelle et au Code judiciaire en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée a donné un contenu plus large au recours aux indicateurs afin de répondre aux besoins qui, dans une large mesure, se sont fait sentir sur le terrain et de combler une importante lacune dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée.

En effet, la pratique a montré que dans certaines enquêtes importantes et sensibles en matière de terrorisme et de criminalité organisée, le procureur du roi était souvent confronté à la question de savoir si un indicateur qui collectait déjà "activement" des informations sur un milieu criminel ou un groupe d'auteurs déterminé pouvait être autorisé, sous certaines conditions bien

welbepaalde omstandigheden deel te nemen aan het crimineel handelen binnen dit milieu of deze dadergroep.

Deze vraag raakte in het bijzonder de moeilijke afweging voor de magistraat tussen, enerzijds, het behoud van een soms unieke informatiepositie in een bepaald crimineel milieu door de informant strafbare daden van mededaderschap of medeplichtigheid te laten stellen en, anderzijds, het verlies van deze informatiepositie door er een zeer strikte interpretatie van het werken met informanten op na te houden.

Of anders gesteld, de vraag naar de doelmatigheid van de opsporing: wat mag een informant – die veelal uit het criminele milieu afkomstig is of daar dicht tegenaan zit – doen om zich in die positie te kunnen handhaven? Bijvoorbeeld de informant die in een terrorismezaak door de terroristische groep verzocht wordt het appartement te huren van waaruit een aanslag zal worden voorbereid. Of die mee een voorverkenning van het doelwit dient uit te voeren. Of die tijdelijk de valse reispassen en identiteitsdocumenten voor deze terroristische groep dient bij te houden. Dit vormt een inbreuk op artikel 140, § 1 strafwetboek. Of die door de criminele organisatie gevraagd wordt een loods te huren of te informeren bij een verhuurbedrijf naar de huurprijs van vrachtwagens om er een drugtransport mee uit te voeren. Dit kan beschouwd worden als daden van mededaderschap zoals bedoeld in artikel 66 van het Strafwetboek. En wat met de informant die nauwe banden heeft met leden van een criminele organisatie en die de politiedienst meldt dat hij vermoedelijk door deze organisatie in het bezit zal worden gesteld van een uiterst gevaarlijk wapen of een nieuw soort drugs die op de markt zullen komen?

De wet, in zijn artikel 47decies, § 7, beoogde de magistraat het juridische kader en de rechtszekerheid te bieden waarop hij recht heeft bij het nemen van dergelijke beslissingen in de context van de strijd tegen het terrorisme of de georganiseerde criminaliteit. Aldus creëerde de wet voor de procureur des Konings de mogelijkheid een informant onder zes strenge cumulatieve voorwaarden strafbare feiten te laten plegen.

Het Grondwettelijk Hof bekrachtigde in zijn

définies, à participer aux actes criminels commis dans ce milieu ou ce groupe d'auteurs.

Cette question était particulièrement délicate pour le magistrat qui devait considérer, d'une part, le maintien de la position d'information, parfois unique, qu'occupe un indicateur dans un milieu criminel si on lui permet d'être coauteur ou complice d'infractions et, d'autre part, la perte de cette position résultant d'une interprétation très stricte des dispositions concernant le recours aux indicateurs.

En d'autres termes, la question de l'efficacité de l'information est la suivante : que peut faire un indicateur – qui est souvent issu du milieu criminel ou qui y est étroitement lié – pour pouvoir se maintenir dans cette position ? Par exemple, l'indicateur à qui, dans le cadre d'une affaire de terrorisme, le groupe terroriste demande de louer l'appartement dans lequel sera préparé un attentat. Ou celui qui doit aller reconnaître une cible. Ou celui qui doit conserver temporairement les faux passeports et documents d'identité pour ce groupe terroriste. Il s'agit d'une violation de l'article 140, § 1<sup>er</sup>, du Code pénal. Ou celui à qui l'organisation criminelle demande de louer un entrepôt ou de s'informer auprès d'une société de location du prix de location de camions afin d'en utiliser un pour assurer un transport de drogue. Ces actes peuvent être considérés comme des actes de corréité visés à l'article 66 du Code pénal. Et qu'en est-il de l'indicateur qui entretient des relations étroites avec des membres d'une organisation criminelle et qui informe le service de police que, via cette organisation, il peut probablement entrer en possession d'une arme extrêmement dangereuse ou d'une nouvelle sorte de drogue qui sera mises sur le marché ?

La loi, en son article 47decies, § 7, avait pour objectif de donner au magistrat le cadre juridique et la sécurité juridique auxquels il a droit lorsqu'il prend de telles décisions dans le contexte de la lutte contre le terrorisme ou la criminalité organisée. Elle offrait ainsi au procureur du roi la possibilité d'autoriser un indicateur, dans six conditions cumulatives très strictes, à commettre des infractions.

Dans son arrêt du 21 décembre 2004 relatif

arrest van 21 december 2004, betreffende beroepen tot vernietiging gericht tegen de wet van 2003, het vertrouwelijke dossier in verband met informanten, stellende dat *“het vertrouwelijke dossier in verband met de informanten niet dezelfde draagwijdte, noch dezelfde inhoud heeft als het vertrouwelijke dossier in verband met de aanwending van een observatie of een infiltratie. Het bevat in principe geen bewijsstukken die zullen worden aangewend in een later proces. Die moeten immers het voorwerp uitmaken van het proces-verbaal bedoeld in artikel 47decies, § 6, vierde lid. Daarentegen is het vertrouwelijk dossier van essentieel belang om de anonimiteit en dus de veiligheid van de informanten te vrijwaren.”*

Onder andere om deze redenen werd niet voorzien in de controle door de Kamer van Inbeschuldigingstelling met toepassing van artikel 235ter. Deze controle was enkel voorzien voor de opsporingsmethoden observatie en infiltratie. Niettemin, gelet op het feit dat de informant in specifieke gevallen gemachtigd kon worden bepaalde strafbare feiten te plegen, werd enkel in die gevallen voorzien in een specifieke controle in artikel 47undecies van het Wetboek van Strafvordering. Deze a posteriori controle werd toevertrouwd aan het College van procureurs-generaal en was van toepassing op alle dossiers waarin deze methode werd toegepast, zowel in opsporingsonderzoeken als in gerechtelijke onderzoeken, en los van het strafrechtelijk gevolg dat er aan wordt gegeven. De procureur des Konings respectievelijk de federale procureur diende telkenmale na de beëindiging van deze bijzondere opsporingsmethode een omstandig verslag over te maken aan de voorzitter van het College van procureurs-generaal. In dit rapport moest onder meer aangeduid worden in het kader van welk onderzoek (aantal betrokkenen en misdrijven waarvan ze verdacht worden) op dit artikel een beroep werd gedaan, welke strafbare feiten de informant toegelaten werd te plegen en welke hij effectief heeft gepleegd, en wat het resultaat was van het optreden van de informant. Aldus werd het College van procureurs-generaal in staat geacht om na te gaan of alle wettelijke voorwaarden vervuld waren (in het bijzonder of er niet werd afgegleden naar de burger-infiltrant, of de gemachtigde strafbare feiten niet overdreven waren, ...). Het College kon daaruit de nodige conclusies trekken en desgevallend richtlijnen verstrekken voor de toekomst.

aux recours en annulation de la loi de 2003, la Cour constitutionnelle a consacré le dossier confidentiel concernant les indicateurs en affirmant que *“le dossier confidentiel concernant les indicateurs n’a pas la même portée ni le même contenu que le dossier confidentiel relatif à la mise en œuvre d’une observation ou d’une infiltration. Il ne contient en principe pas de preuves qui seront utilisées dans un procès ultérieur. Celles-ci doivent en effet faire l’objet du procès-verbal visé à l’article 47decies, § 6, alinéa 4. Par contre, le dossier confidentiel est essentiel en vue de sauvegarder l’anonymat et donc la sécurité des indicateurs.”*

C'est pour ces raisons notamment qu'il n'a pas été prévu de contrôle par la chambre des mises en accusation en application de l'article 235ter. Ce contrôle était prévu uniquement pour les méthodes de recherche d'observation et d'infiltration. Toutefois, étant donné que l'indicateur pouvait être autorisé, dans des cas particuliers, à commettre certaines infractions, un contrôle spécifique était prévu, uniquement dans ces cas, à l'article 47undecies du Code d'Instruction criminelle. Ce contrôle a posteriori était confié au Collège des procureurs généraux et concernait tous les dossiers dans lesquels cette méthode était appliquée, au stade de information comme de l'instruction, et indépendamment des suites judiciaires qui y étaient réservées. Le procureur du roi ou, le cas échéant, le procureur fédéral, devait systématiquement après la finalisation de cette méthode particulière de recherche transmettre un rapport circonstancié au président du Collège des procureurs généraux. Dans ce rapport il était notamment indiqué dans le cadre de quelle enquête (nombre de personnes concernées et infractions dont elles étaient suspectées) il avait été fait appel à cet article, les infractions que l'indicateur avait été autorisé à commettre et celles qu'il avait effectivement commises, et le résultat de la prestation de l'indicateur. De cette manière, le Collège des procureurs généraux devait être en mesure de contrôler si toutes les conditions légales avaient été remplies (en particulier si l'on n'avait pas glissé dans le rôle d'un infiltrant civil, ou si les infractions autorisées n'étaient pas excessives,...) et il pouvait en tirer les conclusions nécessaires et éventuellement donner des directives pour le futur.

Merkwaardig genoeg heeft het Grondwettelijk Hof in zijn arrest geen melding gemaakt van de controle door het College van procureurs-generaal, en werd artikel 47undecies, laatste lid ook niet vernietigd door het Hof. Het Hof beperkte zich ertoe te stellen dat *“het vertrouwelijke dossier, wat de informanten betreft, voortaan elementen bevat die een draagwijdte hebben die analoog is met die in verband met infiltratie, wat voordien niet het geval was. Dat dossier moet dus, wat die elementen betreft, het voorwerp uitmaken van een toetsing door een onafhankelijke en onpartijdige rechter.”* Enkel artikel 47decies, § 7 werd vernietigd.

Precies deze eis, de controle door een onafhankelijke en onpartijdige rechter, maakt het onmogelijk om een regeling betreffende het plegen van misdrijven door informanten, opnieuw in te voeren in het Wetboek. Daar waar de eerste drie gronden tot vernietiging van artikel 47decies, § 7 eerder gemakkelijk te remediëren zijn, is de controle door een onafhankelijke rechter een ernstig probleem met het oog op de vrijwaring van de anonimiteit en de veiligheid van de informant.

Immers, wanneer aan het einde van het opsporingsonderzoek of het gerechtelijk onderzoek de Kamer van Inbeschuldigingstelling gevat zou worden om de controle met toepassing van artikel 235ter van het Wetboek van Strafvordering uit te voeren, wordt de inverdenkinggestelde er dus van op de hoogte gebracht dat in dit onderzoek gebruik werd gemaakt van een bijzondere opsporingsmethode. Dit zou dan kunnen een observatie, een infiltratie of het gebruik van een informant zijn.

Wanneer de inverdenkinggestelde zou vaststellen dat er noch een observatie, noch een infiltratie heeft plaatsgevonden, weet hij meteen zeker dat er een informant actief is geweest is of nog steeds is. Louter de kennisname daarvan is op zich al voldoende om de anonimiteit en de veiligheid van de informant ernstig in het gedrang te brengen. De inverdenkinggestelde kan onmiddellijk beginnen zoeken naar wie die informant zou kunnen zijn, en in criminele of terroristische organisaties is dat per definitie iemand die dicht bij deze organisatie staat of er zelfs deel van uitmaakt. Op dat moment kunnen ook de gerechtelijke autoriteiten niet meer instaan voor de veiligheid

Fait remarquable, dans son arrêt la Cour constitutionnelle n'a pas fait mention du contrôle par le Collège des procureurs généraux et n'a pas non plus annulé l'article 47undecies, dernier alinéa. Elle s'est limitée à dire que *"le dossier confidentiel contient désormais, en ce qui concerne les indicateurs, des éléments qui ont une portée analogue à ceux qui concernent l'infiltration, ce qui n'était pas le cas antérieurement. Ce dossier doit donc faire l'objet, quant à ces éléments, d'un contrôle par un juge indépendant et impartial."* Seul l'article 47decies, § 7, a été annulé.

C'est précisément en raison de cette exigence, le contrôle par un juge indépendant et impartial, qu'il est impossible de réinsérer dans le Code une disposition relative à la perpétration d'infractions par des indicateurs. Là où il est relativement facile de remédier aux trois premiers motifs d'annulation de l'article 47decies, § 7, le contrôle par un juge indépendant pose un sérieux problème lorsqu'il s'agit de garantir l'anonymat et la sécurité de l'indicateur.

En effet, si à la fin de l'information ou de l'instruction la chambre des mises en accusation était saisie pour effectuer le contrôle en application de l'article 235ter du Code d'Instruction criminelle, l'inculpé était donc informée du fait qu'une méthode particulière de recherche avait été appliquée dans le cadre de cette enquête. Il pouvait s'agir d'une observation, d'une infiltration ou du recours à un indicateur.

Si l'inculpé constatait qu'aucune observation et qu'aucune infiltration n'avaient eu lieu, elle savait directement avec certitude qu'un indicateur avait été ou était toujours actif. Le simple fait d'en prendre connaissance était déjà suffisant pour compromettre l'anonymat et la sécurité de l'indicateur. L'inculpé pouvait immédiatement commencer à chercher qui pouvait être l'indicateur : dans une organisation criminelle ou terroriste, par définition, une personne proche ou faisant même partie de cette organisation. A ce moment, les autorités judiciaires ne pouvaient également plus assurer la sécurité de l'indicateur.

van de informant.

Dit is de reden waarom de Regering het onwenselijk acht een toetsing van het vertrouwelijke informantendossier in de wet in te voeren, en waarom dus de regeling inzake het plegen van misdrijven door informanten, voorzien in het vernietigde artikel 47decies, §7, niet hernomen wordt.

C'est la raison pour laquelle le gouvernement estime qu'il n'est pas souhaitable d'introduire dans la loi un contrôle du dossier confidentiel relatif aux indicateurs et pour laquelle la disposition relative à la perpétration d'infractions par des indicateurs prévue à l'article 47decies, § 7, annulé, n'a pas été reprise.

***Andere wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering***

***Autres modifications du Code d'Instruction criminelle***

Zoals in de inleiding werd aangegeven, bevat het ontwerp van wet eveneens een aantal precieze aanpassingen van het Wetboek van Strafvordering die noodzakelijk bleken nadat een aantal praktische en juridische moeilijkheden zich voorgedaan hebben tijdens de toepassing van de wet. Aan een aantal van deze moeilijkheden wordt al tegemoet gekomen door de wet van 16 januari 2009 tot wijziging van de artikelen 189ter, 235ter, 335bis en 416 van het Wetboek van Strafvordering.

Comme indiqué dans l'introduction, l'avant-projet de loi contient également un certain nombre d'adaptations précises du Code d'Instruction criminelle, qui se sont avérées nécessaires en raison de difficultés pratiques et juridiques rencontrées dans le cadre de l'application de la loi. La loi du 16 janvier 2009 modifiant les articles 189ter, 235ter, 335bis et 416 du Code d'Instruction criminelle a déjà remédié à un certain nombre de ces difficultés.

Daarnaast worden een aantal opsporingsmaatregelen uitgebreid om tegemoet te komen aan nieuwe technologische evoluties. De bijzonderheden over deze wijzigingen worden toegelicht in de artikelsgewijze bespreking.

Une série de mesures de recherche ont également été étendues afin de répondre à de nouvelles évolutions technologiques. Les spécificités de ces modifications sont exposées dans le commentaire des articles.

***De wet van 16 januari 2009 tot wijziging van de artikelen 189ter, 235ter, 335bis en 416 van het Wetboek van Strafvordering***

***Loi du 16 janvier 2009 modifiant les articles 189ter, 235ter, 335bis et 416 du Code d'Instruction criminelle***

De wet van 16 januari 2009 bevat al een aantal bijstellingen van het Wetboek van Strafvordering die inspelen op de praktische en juridische moeilijkheden die zich voorgedaan hebben op het gebied van de wettigheidscontrole op de aanwending van de bijzondere opsporingsmethoden. De wet houdt daarbij rekening met het arrest van het Hof van Cassatie van 28 oktober 2008, dat stelde dat de rechter in alle strafzaken, onderzoeksgerechten zowel als vonnisgerechten, en in alle strafzaken zonder onderscheid zetelt in aanwezigheid van het openbaar ministerie. Dit betekent in casu dat artikel 235ter, § 2, tweede en derde lid, niet met zich meebrengen dat de burgerlijke partij en de inverdenkinggestelde door de kamer van inbeschuldigingstelling, in het kader van

La loi du 16 janvier 2009 comporte déjà un certain nombre d'adaptations du Code d'Instruction criminelle qui pallient les difficultés pratiques et juridiques rencontrées au niveau du contrôle de la légalité de l'utilisation des méthodes particulières de recherche. La loi tient également compte de l'arrêt de la Cour de cassation du 28 octobre 2008 qui énonce que dans toutes les juridictions pénales, les juridictions d'instruction et les juridictions de jugement ainsi que dans toutes les affaires pénales sans distinction, le juge siège en présence du ministère public. Cela signifie en l'occurrence que l'article 235ter, §2, alinéas 2 et 3, n'a pas pour conséquence que la partie civile et l'inculpé pourraient être entendus par la chambre des mises en accusation, dans le

voornoemde wettigheidscontrole, zouden kunnen worden gehoord buiten aanwezigheid van de procureur-generaal.

Immers, de vermelding in artikel 235ter, § 2, tweede lid, dat de Kamer van Inbeschuldigingstelling de opmerkingen van de procureur-generaal “afzonderlijk en buiten de aanwezigheid van de partijen hoort”, en in § 2, derde lid, ze “op dezelfde wijze de burgerlijke partij en de inverdenkinggestelde hoort”, betekent niet dat deze partijen buiten aanwezigheid van de procureur-generaal zouden kunnen gehoord worden. Vermits de Kamer van Inbeschuldigingstelling in het kader van onderhavige wettigheidcontrole zitting houdt binnen haar rechtsprekende bevoegdheid, en niet louter toezicht houdt op het goede verloop van het gerechtelijk onderzoek, zou ze niet regelmatig samengesteld zijn mocht de procureur-generaal, die niet valt onder de noemer “partij”, niet aanwezig zijn bij het horen – weliswaar afzonderlijk – van de inverdenkinggestelde en de burgerlijke partij. Hetzelfde geldt indien de Kamer van Inbeschuldigingstelling de onderzoeksrechter of de officier van gerechtelijke politie die de leiding had over de uitvoering van de observatie of infiltratie zou horen.

Een Kamer van Inbeschuldigingstelling had deze tekst echter geïnterpreteerd als zou de procureur-generaal niet aanwezig mogen zijn bij het verhoor van de andere partijen, wat gezien de hoger gevolgde redenering, niet juist is.

Het Hof van Cassatie heeft deze interpretatie nietig verklaard met het gevolg dat er geen wettigheidscontrole is gebeurd van de bijzondere opsporingsmethode bepaald in artikel 235ter, § 2.

De wet komt hier op twee manieren aan tegemoet. In de eerste plaats worden de artikelen 189ter en 335bis aangevuld. Deze artikelen maken het mogelijk dat de rechtbank, of het Hof van Assisen, op basis van nieuwe en concrete gegevens die pas aan het licht gekomen zijn na de controle van de Kamer van Inbeschuldigingstelling, hetzij ambtshalve, hetzij op vordering van het openbaar ministerie, hetzij op verzoek van de beklaagde, de burgerlijke partij of hun advocaten, de zaak kunnen terugsturen naar de Kamer van Inbeschuldigingstelling om de controle over de

cadre du contrôle de légalité précité, en l'absence du procureur général

En effet, l'indication à l'article 235ter, § 2, alinéa 2, que la chambre des mises en accusation entend le procureur général en ses observations ‘séparément et en l'absence des parties’, et au §2, alinéa 3, qu'elle ‘entend de la même manière la partie civile et l'inculpé’ ne signifie pas que ces parties pourraient être entendues hors la présence du procureur général. Dans la mesure où dans le cadre du contrôle de légalité en question, la chambre des mises en accusation siège dans les limites de son pouvoir juridictionnel, et ne se limite pas à contrôler le bon déroulement de l'instruction, elle ne serait pas composée de manière régulière si le procureur général, qui ne relève pas du dénominateur « partie », n'était pas présent à l'audition – certes séparée – de l'inculpé et de la partie civile. Il en va de même si la chambre des mises en accusation est amenée à entendre le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire qui dirigeait l'exécution de l'observation ou de l'infiltration.

Une chambre des mises en accusation avait toutefois conféré à ce texte l'interprétation que le procureur général ne serait pas autorisé à assister à l'audition des autres parties ce qui, au regard du raisonnement ci-dessus, n'est pas correct.

La Cour de cassation a annulé cette interprétation, ce qui a eu pour effet qu'aucun contrôle de légalité n'a été effectué concernant la méthode particulière de recherche visée à l'article 235ter, § 2.

La loi pallie à cette situation de deux manières. Premièrement, les articles 189ter et 335bis sont complétés. Ces articles disposent que sur la base d'éléments nouveaux et concrets qui ne sont apparus que postérieurement au contrôle de la chambre des mises en accusation, le tribunal ou la cour d'assises peut soit d'office, soit sur réquisition du ministère public, soit à la demande du prévenu, de la partie civile ou de leurs avocats, charger la chambre des mises en accusation de contrôler l'application des méthodes particulières de recherche

bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie uit te oefenen. Hierbij wordt de procedure van artikel 235ter dan opnieuw toegepast.

De wet vult deze artikelen aan in die zin dat; naast het bestaande systeem, de feitenrechter of het Hof van Cassatie ook bij wettigheidsincidenten met betrekking tot de controle op de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie, eigenlijk hetzelfde kan doen: de zaak aan het openbaar ministerie verzenden teneinde deze bij de bevoegde Kamer van Inbeschuldigingstelling aan te brengen voor de in artikel 235ter bepaalde controle.

De in de wet geïndiceerde incidenten betreffen de controle van de bijzondere opsporingsmethoden en niet de toepassing ervan.

Het gaat om procedureproblemen of vormfouten bij de toepassing van de controle van de bijzondere opsporingsmethoden door de Kamer van Inbeschuldigingstelling. Zij omvatten in het bijzonder onregelmatigheden in de toepassing van de controle van de BOM-procedure of de afwezigheid van controle.

De wetgever besloot in het verleden dat de wettigheidscontrole van de bijzondere opsporingsmethoden van observatie en infiltratie, met uitzondering van het vertrouwelijk dossier, uitsluitend dient te gebeuren door de Kamer van Inbeschuldigingstelling. De wet sluit hier dus bij aan: de feitenrechter doet geen uitspraak over de wettigheidsincidenten maar brengt de zaak opnieuw voor de Kamer van Inbeschuldigingstelling, zoals dit ook al gebeurde bij nieuwe concrete gegevens conform de bestaande artikelen 189ter en 335bis Sv.

Op de tweede plaats werd artikel 235ter, § 2, derde lid gewijzigd, om de interpretatie van het Hof van Cassatie in haar arrest van 28 oktober 2008 duidelijk te maken. Het principe dat de aanwezigheid van de procureur-generaal vereist is bij het horen van de burgerlijke partijen en de in verdenking gestelden, werd expliciet in de wet verwoord.

Tot slot komt de wet van 16 januari 2009 al gedeeltelijk tegemoet aan het arrest nr.

d'observation et d'infiltration. A cet égard, la procédure prévue à l'article 235ter est à nouveau appliquée.

La loi complète ces articles en ce sens qu'en cas d'incidents portant sur la légalité du contrôle des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, outre le système existant, le juge du fond ou la Cour de cassation peut en fait appliquer le même procédé : transmettre l'affaire au ministère public afin qu'il porte celle-ci devant la chambre des mises en accusation compétente en vue du contrôle visé à l'article 235ter.

Les incidents visés dans la loi portent sur le contrôle des méthodes particulières de recherche et non sur leur application.

Il s'agit de problèmes de procédure ou de vices de forme lors de la mise en œuvre du contrôle de l'application des méthodes particulières de recherches par la chambre des mises en accusation. Il s'agit, en particulier, d'irrégularités lors de la mise en œuvre du contrôle de la procédure MPR ou de cas d'absence de contrôle.

Par le passé, le législateur a conclu que la légalité des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, tout comme la vérification du dossier confidentiel, doit être exclusivement contrôlée par la chambre des mises en accusation. La loi adhère donc à cette position : le juge du fond ne se prononce pas sur les incidents portant sur la légalité des méthodes mais représente l'affaire devant la chambre des mises en accusation, comme c'était le cas à l'apparition de nouveaux faits concrets conformément aux articles 189ter et 335bis existants du Code d'instruction criminelle.

Deuxièmement, l'article 235ter, § 2, alinéa 3, a été modifié en vue de clarifier l'interprétation donnée par la Cour de cassation dans son arrêt du 28 octobre 2008. Le principe selon lequel la présence du procureur général est requise lors de l'audition des parties civiles et des inculpés a été explicitement énoncé dans la loi.

Enfin, la loi du 16 janvier 2009 répond déjà en partie à l'arrêt n° 105/2007 de la Cour

105/2007 van het Grondwettelijk Hof door het vernietigde artikel 235ter, § 6 te hernemen en te bepalen dat cassatieberoep kan ingesteld worden. De wet voorziet daarvoor bijzondere termijnen. Ook werd artikel 235ter toegevoegd aan artikel 416, tweede lid van het Wetboek van Strafvordering, zodat onmiddellijk cassatieberoep tegen het arrest van de Kamer van Inbeschuldigingstelling ex artikel 235ter mogelijk wordt gemaakt.

constitutionnelle en rétablissant l'article 235ter, § 6, annulé et en prévoyant qu'un pourvoi en cassation est possible. La loi fixe pour ce faire des délais particuliers. L'article 235ter a également été ajouté à l'article 416, alinéa 2, du Code d'Instruction criminelle de manière à introduire la possibilité de se pourvoir immédiatement en cassation contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation rendu en application de l'article 235ter.

\* \* \*

\* \* \*

### **Artikelsgewijze bespreking**

### **Commentaire des articles**

#### **Artikel 1**

#### **Article 1<sup>er</sup>**

Dit artikel bepaalt de grondwettelijke basis van huidig voorontwerp van wet, met name artikel 77 van de Grondwet.

Cet article définit la base constitutionnelle du présent avant-projet de loi, à savoir l'article 77 de la Constitution.

#### **Artikel 2 (nieuw)**

#### **Article 2 (nouveau)**

Artikel 2 van het voorontwerp betreft een wijziging van artikel 28septies van het Wetboek van Strafvordering, betreffende het minionderzoek.

L'article 2 de l'avant-projet porte sur une modification de l'article 28septies du Code d'Instruction criminelle concernant la mini-instruction.

Artikel 8 van huidig voorontwerp van wet introduceert een nieuwe onderzoeksmaatregel in het Wetboek van Strafvordering: de heimelijke zoeking in een informaticasysteem (artikel 88ter, §5 Sv.).

L'article 8 de l'avant-projet de loi actuel introduit une nouvelle mesure d'instruction dans le Code d'instruction criminelle: la recherche en secret dans un système informatique (article 88ter, §5, du Code d'Instruction criminelle).

Al in arrest nr. 202/2004 van het Arbitragehof van 21 december 2004, met betrekking tot de wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden, was het Hof van oordeel dat de inijkoperatie (artikel 89ter Sv.) en de observatie met gebruik van technische hulpmiddelen om zicht te verwerven in een woning (artikel 56bis, tweede lid Sv.) maatregelen zijn die, wat betreft de inmenging in het recht op eerbiediging van het privé-leven, vergeleken kunnen worden met de huiszoeking en met het af luisteren en opnemen van privé-communicatie en –telecommunicatie. Deze maatregelen kunnen volgens het Hof dan ook

Déjà dans l'arrêt n° 202/2004 du 21 décembre 2004 de la Cour d'Arbitrage concernant la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête, la Cour a estimé que le contrôle visuel discret (article 89ter du Code d'Instruction criminelle) et l'observation effectuée à l'aide de moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation (article 56bis, alinéa 2, du Code d'Instruction criminelle) sont des mesures qui peuvent être comparées, en ce qui concerne l'ingérence dans les droits garantissant la vie privée, à la perquisition et aux écoutes et

enkel worden toegelaten onder dezelfde voorwaarden als diegene die gelden in verband met de huiszoeking en het afluisteren van telefoongesprekken.

Om die reden dienden de inijkoperatie en de observatie met gebruik van technische hulpmiddelen om zicht te verwerven in een woning te worden uitgesloten van de toepassings sfeer van het mini-onderzoek, dat het voorwerp uitmaakt van artikel 28septies Sv.

De onderzoeksmaatregel in artikel 88ter vertoont eveneens dezelfde kenmerken van de huiszoeking en het afluisteren van privé-communicatie en –telecommunicatie, en dient dus om dezelfde redenen uitgesloten te worden van het toepassingsgebied van het minionderzoek.

## **Artikel 2**

Artikel 2 van het voorontwerp van wet brengt twee kleine wijzigingen aan in artikel 47sexies van het Wetboek van Strafvordering, betreffende de bijzondere opsporingsmethode observatie.

1° De huidige derde paragraaf van het artikel somt een aantal vermeldingen op die de machtiging tot observatie dient te bevatten.

De eerste vermelding betreft “*de ernstige aanwijzingen van het strafbaar feit die de observatie wettigen*”. Uit de machtiging moet bijvoorbeeld blijken dat, indien men wil observeren met gebruik van technische hulpmiddelen, er ernstige aanwijzingen zijn dat de strafbare feiten een correctionele hoofdgevangenisstraf van een jaar of een zwaardere straf tot gevolg kunnen hebben. Dit is immers de proportionaliteit die vereist wordt door artikel 47sexies, § 2, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering.

Of nog, ingeval men een observatie wil uitvoeren met gebruik van technische hulpmiddelen om zicht te verwerven in een woning (in welk geval de machtiging uitgaat van de onderzoeksrechter), moet uit de machtiging blijken dat er ernstige aanwijzingen zijn dat de

enregistrements des communications et télécommunications privées.

Selon la Cour, ces mesures ne peuvent être autorisées que dans les mêmes conditions que celles concernant la perquisition et les écoutes téléphoniques.

C'est la raison pour laquelle le contrôle visuel discret et l'observation effectuée à l'aide de moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation devaient également être exclus du champ d'application de la mini-instruction, qui fait l'objet de l'article 28septies du Code d'Instruction criminelle.

La mesure d'enquête visée à l'article 88ter présente également les mêmes caractéristiques que la perquisition et l'écoute de communications et de télécommunications privées et doit par conséquent, pour les mêmes raisons, être exclue du champ d'application de la mini-instruction.

## **Article 2**

L'article 2 de l'avant-projet de loi apporte deux petites modifications à l'article 47sexies du Code d'Instruction criminelle concernant la méthode particulière de recherche de l'observation.

1° Le § 3 existant de l'article énumère un certain nombre d'éléments que doit mentionner l'autorisation d'observation.

Le premier élément se rapporte aux « *indices sérieux de l'infraction qui justifient l'observation* ». Par exemple, si l'on veut utiliser des moyens techniques lors de l'observation, l'autorisation doit mentionner les indices sérieux montrant que les infractions sont de nature à entraîner un emprisonnement correctionnel principal d'un an ou une peine plus lourde. Telle est en effet la proportionnalité requise par l'article 47sexies, § 2, alinéa 2, du Code d'Instruction criminelle.

Ou encore, si l'on désire mettre en œuvre une observation nécessitant l'utilisation de moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation (dans ce cas, l'autorisation émane du juge d'instruction), il doit ressortir de l'autorisation qu'il existe des indices

strafbare feiten een misdrijf uitmaken of zouden uitmaken zoals bedoeld in artikel 90ter, §§ 2, 3 en 4, of gepleegd worden of zouden worden in het kader van een criminele organisatie, zoals omschreven in artikel 324bis van het Strafwetboek. Dit blijkt uit artikel 56bis, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering.

Artikel 47ter, § 1, tweede lid van het Wetboek van Strafvordering verankert het principe dat de bijzondere opsporingsmethoden ook gebruikt kunnen worden tijdens het proactief onderzoek, zoals omschreven in artikel 28bis, §2 van hetzelfde Wetboek. Niettemin zal dit enkel mogelijk zijn indien aan de voorwaarden van artikel 28bis, § 2 voldaan is, en het dus gaat om misdrijven als bedoeld in artikel 90ter, §§ 2, 3 en 4 van het Wetboek van Strafvordering of gepleegd in het kader van een criminele organisatie, ook indien men bijvoorbeeld enkel een observatie met gebruik van technische hulpmiddelen wenst te gebruiken (waarvoor in artikel 47sexies slechts een hoofdgevangenisstraf van één jaar of een zwaardere straf vereist is). Vandaar dat bij de parlementaire bespreking van de wet van 6 januari 2003 bij amendement toegevoegd werd dat, indien de observatie zich situeert in het proactieve onderzoek zoals omschreven in artikel 28bis, § 2, van het Wetboek van Strafvordering, de machtiging eveneens “*de bijzondere aanwijzingen met betrekking tot de elementen omschreven in deze laatste bepaling*” dient te bevatten. Deze “bijzondere aanwijzingen” hebben dus betrekking op het specifieke toepassingsgebied van de proactieve recherche.

Niettemin stelt er zich nog een ander probleem bij het opstellen van de machtiging wanneer de observatie zich situeert in de proactieve recherche. Immers, wanneer de procureur des Konings een observatie wenst te machtigen in de fase van de proactieve recherche, vereist artikel 28bis, § 2 enkel een “*redelijk vermoeden van te plegen of reeds gepleegde maar nog niet aan het licht gebrachte strafbare feiten*”. Dit stelde de magistraten voor een probleem bij het opstellen van de machtiging, aangezien de wet vereist dat de machtiging “ernstige aanwijzingen” dient te vermelden. Het voorontwerp van wet beoogt deze onduidelijkheid hierover weg te werken. Dit is de inhoud van de eerste wijziging van artikel 47sexies.

Samengevat: wanneer een magistraat een

sérieux que les faits punissables constituent ou constitueraient une infraction visée à l'article 90ter, §§ 2 à 4, ou sont ou seraient commis dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324bis du Code pénal. C'est ce qui ressort de l'article 56bis, alinéa 2, du Code d'Instruction criminelle.

L'article 47ter, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code d'Instruction criminelle ancre le principe que les méthodes particulières de recherche peuvent être mises en œuvre au cours de l'enquête proactive, définie à l'article 28bis, § 2, du même Code. Elle ne sera toutefois autorisée que si les conditions visées à l'article 28bis, § 2, sont réunies et, par conséquent, s'il s'agit d'infractions visées à l'article 90ter, §§ 2, 3 et 4, du Code d'Instruction criminelle ou commises dans le cadre d'une organisation criminelle, y compris par exemple si l'on souhaite uniquement avoir recours à une observation effectuée à l'aide de moyens techniques (pour laquelle l'article 47sexies pose seulement la condition d'un emprisonnement principal d'un an ou d'une peine plus lourde). C'est la raison pour laquelle, lors de la discussion parlementaire de la loi du 6 janvier 2003, il a été ajouté par amendement que si l'observation s'inscrit dans le cadre de l'enquête proactive définie à l'article 28bis, § 2, du Code d'Instruction criminelle, l'autorisation doit également contenir “*les indices particuliers relatifs aux éléments décrits dans cette dernière disposition*”. Ces ‘indices particuliers’ concernent donc le champ d'application spécifique de l'enquête proactive.

Néanmoins, un autre problème se pose encore au niveau de la rédaction de l'autorisation lorsque l'observation se situe dans le cadre de l'enquête proactive. En effet, lorsque le procureur du roi souhaite autoriser une observation dans la phase de l'enquête proactive, l'article 28bis, § 2, requiert seulement une “*suspicion raisonnable que des faits punissables vont être commis ou ont été commis mais ne sont pas encore connus*”. Cela posait problème aux magistrats pour rédiger l'autorisation car la loi exige que l'autorisation mentionne des ‘indices sérieux’. L'avant-projet de loi vise à supprimer ce manque de précision en la matière. Telle est la teneur de la première modification de l'article 47sexies.

En résumé : lorsqu'un magistrat rédige une

machtiging tot observatie in een proactief onderzoek opstelt, dient de machtiging te vermelden:

- het redelijke vermoeden van te plegen of reeds gepleegde maar nog niet aan het licht gebrachte strafbare feiten, en
- de bijzondere aanwijzingen met betrekking tot de elementen omschreven in artikel 28bis, § 2, m.a.w. de verwijzing naar het toepassingsgebied van de proactieve recherche.

De machtiging tot observatie in een reactief onderzoek dient enkel de ernstige aanwijzingen te vermelden die de observatie wettigen.

2° De tweede wijziging betreft de periode waarin de observatie kan worden uitgevoerd, en die in de huidige stand van zaken niet langer mag zijn dan één maand te rekenen van de datum van de machtiging (artikel 47sexies, § 3, 5°). De wijziging beoogt de administratieve werklast van de magistraat en de politie te verminderen. Er werd immers in de praktijk vastgesteld dat de administratieve werklast die gepaard gaat met een verlenging van de machtiging tot observatie enorm opliep. Indien het bijvoorbeeld een observatie met technische hulpmiddelen betreft, die enige voorbereiding vergt, is het materiaal vaak pas of zelfs nog niet geïnstalleerd na het verlopen van de eerste machtiging. Bovendien is het zo dat in 65 % van de gevallen inzake observatie, bijna twee derden dus, een machtiging tot verlenging van de observatie aangevraagd en opgemaakt dient te worden. De duur werd overigens bij de totstandkoming van de wet van 6 januari 2003 arbitrair vastgelegd op 1 maand.

Aangezien de infiltratie, die op zich een veel ingrijpender maatregel is dan een observatie, gemachtigd kan worden voor een periode van drie maanden, acht de Regering het wenselijk om ook de duur van de observatie tot drie maand te verlengen. Zoals nu al het geval is, staat het de magistraat altijd vrij om deze periode in te korten als blijkt dat de observatie van kortere duur zal zijn dan aangegeven in zijn machtiging.

autorisation d'observation dans le cadre d'une enquête proactive, l'autorisation doit mentionner :

- la suspicion raisonnable que des faits punissables vont être commis ou ont été commis mais ne sont pas encore connus et
- les indices particuliers relatifs aux éléments décrits à l'article 28bis, § 2, autrement dit, le renvoi au champ d'application de l'enquête proactive.

L'autorisation d'observation dans le cadre d'une enquête réactive doit uniquement mentionner les indices sérieux qui justifient l'observation.

2° La deuxième modification porte sur la période au cours de laquelle l'observation peut être effectuée et, qui dans la situation actuelle, ne peut excéder un mois à compter de la date de l'autorisation (article 47sexies, § 3, 5°). La modification vise à réduire la charge de travail administratif du magistrat et de la police. Il a en effet été constaté dans la pratique que la charge de travail administratif engendrée par une prolongation de l'autorisation d'observation prenait d'énormes proportions. Par exemple, dans le cas d'une observation effectuée à l'aide de moyens techniques, qui exige une certaine préparation, le matériel est souvent à peine ou même pas encore installé à l'expiration de la première autorisation. En outre, il faut savoir que dans 65% des observations, soit près de 2/3 des cas donc, une autorisation de prolongation de l'observation doit être demandée et rédigée. La durée a d'ailleurs été fixée arbitrairement à 1 mois lors de la réalisation de la loi du 6 janvier 2003.

Etant donné que l'infiltration, qui est en soi une mesure beaucoup plus radicale qu'une observation, peut être autorisée pour une période de trois mois, le gouvernement estime qu'il est souhaitable de porter également la durée de l'observation à trois mois. Comme c'est déjà le cas à l'heure actuelle, le magistrat est toujours libre de raccourcir cette période s'il s'avère que la durée de l'observation sera plus courte que celle indiquée dans son autorisation.

### **Artikel 3**

Krachtens artikel 235ter, § 6, van het Wetboek van Strafvordering, ingevoegd door de wet van 27 december 2005, stond tegen de controle van het vertrouwelijk dossier door de Kamer van Inbeschuldigingstelling geen rechtsmiddel open.

Het Grondwettelijk Hof heeft niet aanvaard dat de wettigheidscontrole door het Hof van Cassatie op het arrest van de Kamer van Inbeschuldigingstelling met toepassing van artikel 235ter, uitgesloten werd, en vernietigde deze paragraaf.

Het Grondwettelijk Hof heeft in enkele overwegingen laten verstaan dat het Hof van Cassatie daartoe ook inzage zou moeten hebben in het vertrouwelijk dossier:

*Zie B.16.4.: “Een dergelijke bekommernis zou kunnen verantwoorden dat enkel de magistraten van het Hof van Cassatie het recht zouden hebben om het vertrouwelijk dossier te raadplegen en dat de voorzitter van de kamer waarbij de zaak aanhangig is gemaakt, de noodzakelijke maatregelen zou dienen te nemen teneinde de bescherming van het vertrouwelijk dossier te verzekeren zoals, wat betreft de procedure voor de Kamer van Inbeschuldigingstelling, artikel 235ter § 3 daarin voorziet.”*

*Zie ook B. 16.6.: “Aangezien elke magistraat gehouden is tot het beroepsgeheim, is het niet verantwoord dat aan het Hof van Cassatie de toegang wordt geweigerd tot een dossier dat wordt gecontroleerd door de Kamer van Inbeschuldigingstelling, aangezien de vertrouwelijkheid van dat dossier op dezelfde wijze kan worden gewaarborgd in de beide rechtscolleges.”*

De wet van 16 januari 2009 heeft artikel 235ter, § 6 hernomen en voorzien dat cassatieberoep kan ingesteld worden tegen het arrest van de Kamer van Inbeschuldigingstelling. Bovendien voorziet artikel 13 van huidig voorontwerp van wet dat het Hof het vertrouwelijk dossier zal kunnen inzien. Deze aanpassingen vereisen nog een andere wetswijziging. De artikelen 47septies, § 1, tweede lid en 47novies, § 1, tweede lid van het Wetboek van Strafvordering stellen duidelijk dat de procureur des Konings als enige toegang heeft tot het vertrouwelijk

### **Article 3**

Aux termes de l'article 235ter, § 6, du Code d'Instruction criminelle, inséré par la loi du 27 décembre 2005, le contrôle du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation n'était susceptible d'aucun recours.

La Cour constitutionnelle n'a pas accepté l'exclusion du contrôle de la Cour de cassation sur la légalité de l'arrêt de la chambre des mises en accusation en application de l'article 235ter et a annulé ce paragraphe.

La Cour constitutionnelle a fait comprendre en quelques considérations que la Cour de cassation devrait à cet effet également avoir accès au dossier confidentiel :

*Voir B.16.4. : “Une telle préoccupation pourrait justifier que seuls les magistrats de la Cour de cassation aient le droit de consulter le dossier confidentiel et que le président de la chambre saisie prenne les mesures nécessaires en vue d'assurer la protection du dossier confidentiel, ainsi que le prévoit, en ce qui concerne la procédure devant la chambre des mises en accusation, l'article 235ter, § 3.”*

*Voir également B.16.6. : “Tout magistrat étant tenu au secret professionnel, il n'est pas justifié que soit refusé à la Cour de cassation l'accès à un dossier contrôlé par la chambre des mises en accusation, dès lors que la confidentialité de ce dossier peut être garantie de la même manière au sein des deux juridictions.”*

La loi du 16 janvier 2009 a rétabli l'article 235ter, § 6, et a prévu la possibilité de former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation. En outre, l'article 13 du présent avant-projet de loi dispose que la Cour pourra consulter le dossier confidentiel. Ces adaptations requièrent encore une autre modification de loi. Les articles 47septies, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, et 47novies, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code d'Instruction criminelle disposent clairement que le procureur du Roi est le seul à avoir

dossier inzake observatie, respectievelijk infiltratie, met uitzondering van het inzagerecht van de onderzoeksrechter en de Kamer van Inbeschuldigingstelling. In de toekomst zal een dergelijk inzagerecht dus ook voor het Hof van Cassatie mogelijk zijn.

Artikel 3 van huidig voorontwerp van wet past artikel 47septies, § 1, tweede lid in die zin aan dat nu ook voorzien wordt in een inzagerecht voor het Hof van Cassatie.

#### **Artikel 4**

Artikel 4 van het voorontwerp van wet wijzigt artikel 47octies, § 3, 1<sup>o</sup> van het Wetboek van Strafvordering in dezelfde zin als artikel 47sexies, § 3, 1<sup>o</sup> gewijzigd werd door artikel 2. Er kan dan ook verwezen worden naar de uitleg onder artikel 2.

Ook de infiltratie kan nu al gebruikt worden tijdens de proactieve recherche. Dit principe is verankerd in artikel 47ter, §2 van het Wetboek van Strafvordering.

Bijkomend dient echter opgemerkt dat voor de infiltratie niet geldt dat er ook “bijzondere aanwijzingen” met betrekking tot de elementen omschreven in artikel 28bis, § 2 in de machtiging moeten worden opgenomen wanneer de infiltratie zich in de proactieve recherche situeert. Dit is te verklaren door het feit dat zowel voor de proactieve recherche als voor de infiltratie de proportionaliteitsvereiste dezelfde is: de misdrijven waarover het gaat zijn in beide gevallen misdrijven zoals voorzien in artikel 90ter, §§ 2, 3 en 4 of gepleegd in het kader van een criminele organisatie.

#### **Artikel 5**

Artikel 5 van het voorontwerp van wet wijzigt artikel 47novies, § 1, tweede lid van het Wetboek van Strafvordering in dezelfde zin als artikel 47septies, § 1, tweede lid gewijzigd werd door artikel 3. Er kan dan ook verwezen worden naar de uitleg onder artikel 3.

accès au dossier confidentiel respectivement dans le cadre de l’observation et de l’infiltration, exception faite du droit de consultation du juge d’instruction et de la chambre des mises en accusation. A l’avenir, la Cour de cassation doit donc aussi bénéficier d’un tel droit de consultation.

L’article 3 du présent avant-projet de loi adapte l’article 47septies, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, en ce sens qu’il accorde dorénavant également un droit de consultation à la Cour de cassation.

#### **Article 4**

L’article 4 de l’avant-projet de loi modifie l’article 47octies, § 3, 1<sup>o</sup>, du Code d’Instruction criminelle dans le même sens que la modification de l’article 47sexies, § 3, 1<sup>o</sup>, par l’article 2. Il peut dès lors être renvoyé au commentaire de l’article 2.

Désormais, l’infiltration peut également être utilisée pendant la recherche proactive. Ce principe est ancré dans l’article 47ter, § 2, du Code d’Instruction criminelle.

Il convient néanmoins d’y ajouter que, dans le cas de l’infiltration, il n’est pas requis que l’autorisation fasse aussi mention d’“indices particuliers” relatifs aux éléments décrits à l’article 28bis, § 2 lorsque l’infiltration s’inscrit dans le cadre de l’enquête proactive. Cela s’explique par le fait que la condition de proportionnalité est la même pour l’enquête proactive et pour l’infiltration : les infractions concernées doivent dans les deux cas être des infractions visées à l’article 90ter, §§ 2, 3 et 4, ou commises dans le cadre d’une organisation criminelle.

#### **Article 5**

L’article 5 de l’avant-projet de loi modifie l’article 47novies, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code d’Instruction criminelle dans le même sens que la modification de l’article 47sexies, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, par l’article 3. Il peut dès lors être renvoyé au commentaire de l’article 3.

## **Artikel 6**

Artikel 6 van het voorontwerp van wet voorziet in een aantal wijzigingen in artikel 47undecies van het Wetboek van Strafvordering, ten gevolge van het arrest 105/2007 van het Grondwettelijk Hof.

1° en 2° In artikel 47undecies, tweede en derde lid werd door het Grondwettelijk Hof telkens de tweede zin vernietigd. Deze zin luidde: *“Dit verslag handelt tevens over de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden in het kader van de uitvoering van straffen of vrijheidsberovende maatregelen in zijn rechtsgebied”*. Ze had betrekking op de verslaggeving door de procureur-generaal en de federale procureur, die ondermeer moet handelen over de toepassing van bijzondere opsporingsmethoden in het kader van de uitvoering van straffen of vrijheidsberovende maatregelen. Deze a-posteriori controle werd ingevoerd door de wet van 27 december 2005. Meer in het algemeen heeft het Grondwettelijk Hof niet aanvaard dat de bijzondere opsporingsmethoden aangewend zouden kunnen worden ter opsporing en vating van voortvluchtige veroordeelden. Op de redenen daarvoor wordt dieper ingegaan bij de bespreking van artikel 14 van huidig voorontwerp, dat een nieuw hoofdstuk in het Wetboek van Strafvordering invoert betreffende de opsporing van personen die zich onttrokken hebben aan de uitvoering van straffen of vrijheidsberovende maatregelen, en waar ook een specifieke a priori controle wordt ingevoerd op het gebruik van bijzondere opsporingsmethoden daartoe.

Er is echter geen enkele reden om ook de a posteriori controle door de procureur-generaal en de federale procureur niet opnieuw in te voeren. Zo wordt een controle op twee niveaus gecreëerd.

In tegenstelling tot de vernietigde zinnen zal deze controle enkel gelden voor de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie. Dit is een correctie op de wet van 27 december 2005, waarin de wetgever op dit gebied de algemene logica van de controle op de bijzondere opsporingsmethoden niet gevolgd heeft. In haar arrest van 21 december 2004 oordeelde het Grondwettelijk Hof immers al dat de informantwerking niet dezelfde draagwijdte, noch dezelfde doelstellingen heeft

## **Article 6**

L'article 6 de l'avant-projet de loi apporte un certain nombre de modifications à l'article 47undecies du Code d'Instruction criminelle, ce en conséquence de l'arrêt n° 105/2007 de la Cour constitutionnelle.

1° et 2° La Cour constitutionnelle a annulé la deuxième phrase de l'article 47undecies, alinéa 2, et de l'article 47undecies, alinéa 3. Cette phrase était rédigée comme suit : *“Ce rapport traite également de l'application des méthodes particulières de recherche dans le cadre de l'exécution des peines ou des mesures privatives de liberté dans son ressort.”* Elle concernait le rapport du procureur général et du procureur fédéral, qui devait notamment traiter de l'application des méthodes particulières de recherche dans le cadre de l'exécution des peines ou des mesures privatives de liberté. Ce contrôle a posteriori a été instauré par la loi du 27 décembre 2005. Plus généralement, la Cour constitutionnelle n'a pas accepté que les méthodes particulières de recherche puissent être utilisées pour rechercher et arrêter des condamnés en fuite. Les raisons à cela sont abordées de façon plus approfondie dans le commentaire de l'article 14 du présent avant-projet, qui insère dans le Code d'Instruction criminelle un nouveau chapitre concernant la recherche de personnes qui se sont soustraites à l'exécution de peines ou de mesures privatives de liberté, qui instaure également un contrôle spécifique a priori de l'utilisation de méthodes particulières de recherche à cet effet.

Il n'existe toutefois aucune raison pour ne pas réinstaurer le contrôle a posteriori par le procureur général et le procureur fédéral. Un contrôle à deux niveaux est ainsi créé.

Contrairement aux phrases annulées, ce contrôle ne s'appliquera que pour les méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration. Il s'agit d'une correction par rapport à la loi du 27 décembre 2007 dans laquelle le législateur n'avait dans ce domaine pas suivi la logique générale du contrôle des méthodes particulières de recherche. En effet, dans son arrêt du 21 décembre 2004, la Cour constitutionnelle estimait déjà que le recours aux indicateurs

als de observatie en de infiltratie, en dat een rechterlijke controle op de informantenwerking aldus niet noodzakelijk was. Bij de informantenwerking worden immers geen bewijselementen verzameld die zullen worden aangewend in een later proces. Vandaar dat ook nu in de herneming van de vernietigde zinnen enkel gewag wordt gemaakt van de methoden observatie en infiltratie.

Tot slot dient opgemerkt dat de term “federale dossiers” zowel strafdossiers betreft die werden geopend door het federaal parket als dossiers die werden geopend op vraag van het buitenland.

3° Artikel 47undecies, laatste lid van het Wetboek van Strafvordering, voorziet in een controle door het College van procureurs-generaal over alle dossiers waarin de informantenwerking in overeenstemming met artikel 47decies, §7, werd toegepast. Aangezien dit laatste artikel vernietigd werd door het Grondwettelijk Hof en door huidig voorontwerp van wet niet hernomen wordt, heeft deze controle geen bestaansrecht meer. Artikel 47undecies, laatste lid dient dan ook te worden opgeheven.

## **Artikel 7**

1° Het huidige artikel 88bis, § 1, vijfde lid van het Wetboek van Strafvordering voorziet dat ingeval van ontdekking op heterdaad de procureur des Konings de maatregel tot opsporing of lokalisatie van communicatie zoals bedoeld in artikel 88bis, §1, eerste lid van het Wetboek van Strafvordering, kan bevelen voor de strafbare feiten die opgesomd worden in artikel 90ter, §2, 3 en 4 van het Wetboek van Strafvordering en dat in dat geval de maatregel binnen 24 uur moet worden bevestigd door de onderzoeksrechter.

Om redenen aangehaald in de memorie van toelichting bij het artikel 9 (nieuwe artikel 90ter, § 5 van het Wetboek van Strafvordering) en omdat de af luistermaatregel zoals bedoeld in artikel 90ter van het Wetboek van Strafvordering in de praktijk vrijwel steeds gepaard gaat met de telefoonbewakingsmaatregel zoals bedoeld in artikel 88bis, §1 van het Wetboek van

n'avait pas la même portée ni les mêmes objectifs que l'observation et l'infiltration et qu'un contrôle judiciaire du recours aux indicateurs n'était donc pas nécessaire. Dans le cadre du recours aux indicateurs, aucune preuve qui sera utilisée dans un procès ultérieur n'est en effet collectée. C'est la raison pour laquelle la nouvelle formulation des phrases annulées fait elle aussi uniquement état des méthodes de l'observation et de l'infiltration.

Enfin, il convient d'observer que les termes “dossiers fédéraux” font référence aussi bien à des dossiers répressifs ouverts par le parquet fédéral qu'à des dossiers ouverts à la demande de l'étranger.

3° L'article 47undecies, dernier alinéa, du Code d'Instruction criminelle prévoit un contrôle du Collège des procureurs généraux sur tous les dossiers dans lesquels le recours aux indicateurs conformément à l'article 47decies, § 7, a été mis en œuvre. Ce dernier article ayant été annulé par la Cour constitutionnelle et n'ayant pas été repris par le présent avant-projet de loi, ce contrôle n'a plus lieu d'être. L'article 47undecies, dernier alinéa, doit dès lors être abrogé.

## **Article 7**

1° L'actuel article 88bis, § 1<sup>er</sup>, alinéa 5, du Code d'Instruction criminelle prévoit qu'en cas de flagrant délit, le procureur du Roi peut ordonner la mesure de repérage ou de localisation de télécommunications visée à l'article 88bis, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code d'Instruction criminelle pour les infractions qui sont énumérées dans l'article 90ter, §§ 2, 3 et 4 du même Code et que dans ce cas, la mesure doit être confirmée dans les vingt-quatre heures par le juge d'instruction.

Pour des raisons évoquées dans le commentaire de l'article 9 dans l'exposé des motifs (nouvel article 90ter, § 5, du Code d'Instruction criminelle) et étant donné que la mesure d'écoute visée à l'article 90ter du Code d'Instruction criminelle s'accompagne pratiquement toujours dans la pratique de la mesure de surveillance téléphonique visée à l'article 88bis, § 1<sup>er</sup>, du Code d'Instruction

Strafvordering, dient dit artikel eveneens te worden aangepast teneinde de procureur des Konings in staat te stellen de maatregel te bevelen “zolang het strafbare feit duurt”, in geval van ontdekking op heterdaad van de gijzeling zoals bedoeld in artikel 347bis van het Strafwetboek. Voor meer toelichting bij deze maatregel kan verwezen worden naar de gedetailleerde uitleg onder artikel 9.

2° Artikel 88bis van het Wetboek van Strafvordering betreft de opsporing en lokalisatie van communicatie. Dit is, samen met artikel 90ter betreffende de interceptie van communicatie, één van de weinige onderzoeksmaatregelen waarin het bevel van de onderzoeksrechter in spoedeisende gevallen niet mondeling kan worden gegeven. Nochtans kan men zich voorstellen dat in bepaalde gevallen deze maatregelen snel ten uitvoer gelegd moeten kunnen worden, bijvoorbeeld naar aanleiding van een gijzeling of een ontvoering waarbij zo snel mogelijk een mobiele telefoon gelokaliseerd dient te worden, of waarbij de communicatie tussen daders en mededaders snel afgeluisterd moet kunnen worden. Of nog wanneer een dergelijke maatregel dient bevolen te worden in het midden van de nacht of buiten de kantooruren. Dit moet snel en efficiënt kunnen gebeuren.

Bovendien zijn de onderzoeksrechters zelf vragende partij om in deze gevallen een mondeling bevel te kunnen geven, waarna dit bevel zo snel mogelijk schriftelijk bevestigd wordt. Men kan dit vergelijken met een aantal andere onderzoeksmaatregelen zoals de uitgestelde tussenkomst (art. 40bis), de inijkoperatie (art. 46quinquies en 89ter), de observatie (art. 47sexies), en de infiltratie (art. 47octies). Vandaar dat huidig artikel van het voorontwerp van wet het ook in het geval van artikel 88bis mogelijk maakt dat de maatregel tot opsporing of lokalisatie van communicatie mondeling kan worden bevolen. Het bevel moet dan zo spoedig mogelijk worden bevestigd bij een met redenen omkleed bevelschrift zoals vereist wordt door artikel 88bis, § 1, derde en vierde lid.

### **Artikel 8**

Artikel 88ter van het Wetboek van Strafvordering werd ingevoerd door de wet van 28 november 2000 inzake

criminelle, cet article doit également être adapté afin de permettre au procureur du Roi d’ordonner la mesure “tant que cette infraction perdure”, en cas de flagrant délit de la prise d’otages visée à l’article 347bis du Code pénal. Pour de plus amples explications concernant cette mesure, il peut être renvoyé au commentaire détaillé de l’article 9.

2° L’article 88bis du Code d’Instruction criminelle concerne le repérage et la localisation de télécommunications. Il s’agit, avec l’article 90ter concernant l’interception de télécommunications, de l’une des rares mesures d’instruction que le juge d’instruction ne peut ordonner verbalement en cas d’urgence. Pourtant, on peut s’imaginer que dans certains cas, ces mesures doivent pouvoir être mises en œuvre rapidement, par exemple à la suite d’une prise d’otages ou d’un enlèvement, auxquels cas il convient de pouvoir localiser un téléphone mobile aussi rapidement que possible ou de mettre rapidement sur écoute la communication entre auteurs et complices. Ou encore lorsqu’une telle mesure doit être ordonnée au milieu de la nuit ou en dehors des heures de bureau. Cela doit pouvoir se faire rapidement et efficacement.

En outre, les juges d’instruction sont eux-mêmes demandeurs de la possibilité d’ordonner verbalement dans ces cas, avec confirmation écrite ultérieure dans les meilleurs délais. Une comparaison peut être établie avec un certain nombre d’autres mesures d’instruction comme l’intervention différée (article 40bis), le contrôle visuel discret (articles 46quinquies et 89ter), l’observation (article 47sexies) et l’infiltration (article 47octies). C’est la raison pour laquelle le présent article de l’avant-projet de loi permet, pour l’article 88bis aussi, que la mesure de repérage ou de localisation de télécommunications puisse être ordonnée verbalement. Dans ce cas, la mesure doit être confirmée dans les meilleurs délais par une ordonnance motivée dans la forme requise à l’article 88bis, § 1<sup>er</sup>, alinéas 3 et 4.

### **Article 8**

L’article 88ter du Code d’Instruction criminelle a été inséré par la loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique et

informaticacriminaliteit, en is de wettelijke basis voor de zogenaamde netwerkzoeking. Om te begrijpen in welke zin huidig wetsontwerp de mogelijkheden van de netwerkzoeking uitbreidt, wordt hierna kort een overzicht gegeven van wat de situatie is in de huidige stand van het recht.

### **Huidige stand van het recht**

Artikel 88ter moet samen gelezen worden met de artikelen 39bis en 89 van het Wetboek van Strafvordering.

Op basis van artikel 39bis is de procureur des Konings bevoegd om een zoeking in een informaticasysteem te doen en de gegevens die erin opgeslagen zijn in beslag te nemen, er kopieën van te nemen, en ze ontoegankelijk te maken (databeslag). De wet voert ook in paragraaf 5 voor de procureur des Konings een informatieverplichting in t.a.v. degene die verantwoordelijk is voor het informaticasysteem: deze wordt op de hoogte gesteld van de zoeking in het systeem en tevens wordt hem een samenvatting meegedeeld van de gegevens die zijn gekopieerd, ontoegankelijk gemaakt, of verwijderd. Artikel 89 bepaalt dat de artikelen aangaande de inbeslagneming van voorwerpen die de procureur des Konings in de gevallen van ontdekking op heterdaad mag opsporen, ook voor de onderzoeksrechter gelden.

Zowel de procureur des Konings als de onderzoeksrechter zijn dus op basis van artikel 39bis bevoegd om een zoeking in een informaticasysteem te doen. Wanneer deze zoeking echter in een woning dient te gebeuren, is de procureur des Konings slechts bevoegd in geval van ontdekking op heterdaad of met toestemming van de bewoner. In alle andere gevallen is een bevel tot huiszoeking van de onderzoeksrechter vereist. Wanneer een huiszoekingsbevel is afgeleverd en een informaticasysteem aanwezig is in de woning waarop het huiszoekingsbevel betrekking heeft, is geen afzonderlijk bevel vereist voor de zoeking in dit informaticasysteem (Gedr. St., Kamer, 1999-2000, 213/001 en 214/001, p. 20-22).

Het huidige artikel 88ter regelt de uitbreiding van een zoeking in een informaticasysteem. De ratio legis van artikel 88ter ging uit van de realiteit van de informaticawereld. Kenmerkend

constitue la base légale pour la recherche dans un réseau informatique. Pour comprendre dans quel sens le présent projet de loi étend les possibilités de recherche dans un réseau informatique, il est donné ci-après un bref aperçu de l'état actuel du droit.

### **Etat actuel du droit**

L'article 88ter doit être lu conjointement avec les articles 39bis et 89 du Code d'Instruction criminelle.

Sur la base de l'article 39bis, le procureur du Roi est compétent pour effectuer une recherche dans un système informatique ainsi que pour saisir les données qui y sont stockées, les copier et les rendre inaccessibles (saisies des données). La loi introduit également au paragraphe 5 un devoir d'information pour le procureur du Roi vis-à-vis du responsable du système informatique: celui-ci est informé de la recherche effectuée dans le système et reçoit également un résumé des données qui ont été copiées, rendues inaccessibles ou retirées. L'article 89 dispose que les articles concernant la saisie des objets dont la perquisition peut être faite par le procureur du Roi, dans les cas de flagrant délit, sont communes au juge d'instruction.

Sur la base de l'article 39bis, tant le procureur du Roi que le juge d'instruction sont donc compétents pour effectuer une recherche dans un système informatique. Toutefois, lorsque cette recherche doit s'effectuer dans une habitation, le procureur du Roi est compétent uniquement en cas de flagrant délit ou avec l'autorisation de l'occupant. Dans tous les autres cas, un mandat de perquisition du juge d'instruction est requis. Lorsqu'un mandat de perquisition a été délivré et qu'un système informatique est présent dans l'habitation sur laquelle porte le mandat de perquisition, aucun mandat distinct n'est requis pour effectuer la recherche dans ce système informatique (Doc., Chambre, 1999-2000, 213/001 et 214/001, pp. 20-22).

L'actuel article 88ter règle l'extension d'une recherche dans un système informatique. Le ratio legis de l'article 88ter se fondait sur la réalité du monde informatique.

voor informaticasystemen – of het nu gaat om grote systemen binnen bedrijven of om handige draagbare computers – is dat ze meer en meer verbonden zijn in netwerken. Het artikel bepaalt daarom dat de zoeking in een informaticasysteem of een deel daarvan uitgebreid kan worden naar een informaticasysteem of een deel daarvan dat zich op een andere plaats bevindt dan de plaats waar de zoeking plaatsvindt. Dit volgt uit de hierboven geschetste logica van de huiszoeking: aangezien de klassieke regels van de huiszoeking bepalen dat deze enkel mag worden uitgevoerd ten aanzien van de plaats waarvoor ze wordt bevolen, en informaticasystemen meer en meer verbonden zijn in netwerken, zouden in principe meerdere huiszoekingsbevelen nodig zijn om de zoeking uit te breiden naar informaticasystemen op andere plaatsen. Artikel 88ter beoogt in de eerste plaats een oplossing te bieden voor dit probleem van de uitbreiding van een zoeking.

Voor een uitbreiding van een zoeking in een informaticasysteem is enkel de onderzoeksrechter bevoegd en dient aan twee cumulatieve voorwaarden voldaan te zijn. Vooreerst moet deze uitbreiding noodzakelijk zijn om de waarheid aan het licht te brengen ten aanzien van het misdrijf dat het voorwerp van de zoeking uitmaakt. Uiteraard kan de uitbreiding van de zoeking niet gericht zijn op het vinden van bewijselementen m.b.t. een misdrijf dat niet behoort tot de saisine van de onderzoeksrechter. Bovendien is vereist dat andere maatregelen disproportioneel zouden zijn of dat er een risico bestaat dat zonder deze uitbreiding bewijselementen verloren gaan. Dit is de inhoud van artikel 88ter, § 1.

Artikel 88ter, § 2 preciseert dat de uitbreiding van een zoeking in een informaticasysteem zich niet verder mag uitstrekken dan tot de informaticasystemen of de delen daarvan waartoe de gebruikers van het onderzochte informaticasysteem in het bijzonder toegang hebben.

Wanneer als gevolg van de uitbreiding van de zoeking nuttige gegevens worden aangetroffen wordt overgegaan tot kopienamen en/of ontoegankelijkmaking in overeenstemming met artikel 39bis. De onderzoeksrechter dient dan de verantwoordelijke van het bij uitbreiding

Caractéristique des systèmes informatiques, qu'il s'agisse de grands systèmes au sein d'entreprises ou d'ordinateurs portables compacts, ils sont de plus en plus reliés en réseaux. C'est la raison pour laquelle l'article dispose qu'une recherche dans un système informatique ou une partie de celui-ci peut être étendue vers un système informatique ou une partie de celui-ci qui se trouve dans un autre lieu que celui où la recherche est effectuée. Ceci découle de la logique de la perquisition développée ci-dessus : étant donné que les règles classiques de la perquisition disposent que celle-ci ne peut intervenir qu'à l'égard du lieu pour lequel elle a été ordonnée et que les systèmes informatiques sont de plus en plus souvent connectés en réseaux, plusieurs mandats de perquisition seraient en principe nécessaires pour étendre la recherche vers des systèmes informatiques qui se trouvent dans d'autres lieux. L'objectif premier de l'article 88ter est d'apporter une solution à ce problème de l'extension d'une recherche.

Une extension d'une recherche dans un système informatique relève de la compétence exclusive du juge d'instruction et doit répondre à deux conditions cumulatives. La première est que cette extension doit être nécessaire pour la manifestation de la vérité à l'égard de l'infraction qui fait l'objet de la recherche. Il va de soi que l'extension de la recherche ne peut pas avoir pour objet de trouver des éléments de preuve concernant une infraction qui ne relève pas de la saisine du juge d'instruction. La seconde condition est que d'autres mesures seraient disproportionnées ou qu'il existe un risque que, sans cette extension, des éléments de preuve soient perdus. Tel est le contenu de l'article 88ter, § 1<sup>er</sup>.

L'article 88ter, § 2, précise que l'extension de la recherche dans un système informatique ne peut pas excéder les systèmes informatiques ou les parties de tels systèmes auxquels les personnes autorisées à utiliser le système informatique qui fait l'objet de la mesure ont spécifiquement accès.

Si à la suite de l'extension de la recherche, des données utiles sont découvertes, celles-ci sont copiées et/ou rendues inaccessibles conformément à l'article 39bis. Le juge d'instruction doit alors en informer le responsable du système informatique ayant

onderzochte informaticasysteem hiervan op de hoogte te brengen, tenzij diens identiteit of woonplaats redelijkerwijze niet achterhaald kan worden. Wanneer blijkt dat de na uitbreiding van de zoeking aangetroffen gegevens zich niet op het Belgische grondgebied bevinden, worden ze enkel gekopieerd. In dat geval deelt de onderzoeksrechter dit, via het openbaar ministerie, mee aan de federale overheidsdienst Justitie, dat dan de bevoegde overheid van de betrokken Staat hiervan op de hoogte brengt (zie artikel 88ter, §3).

Tot slot bepaalt artikel 88ter, §4 dat artikel 89bis van toepassing is op de netwerkzoeking, m.a.w. dat deze zoeking dus kan opgedragen worden aan een officier van gerechtelijke politie.

Dit is de huidige stand van het recht, zoals bepaald door artikel 88ter van het Wetboek van Strafvordering. In wat volgt wordt uitgelegd wat het huidige wetsontwerp wijzigt en toevoegt aan deze regeling betreffende de netwerkzoeking.

#### **Artikel 88ter in ontwerp.**

Het voorontwerp van wet behoudt de huidige regeling van de zoeking en de uitbreiding van de zoeking, doch voegt er bepaalde bevoegdheden aan toe, in het bijzonder wat de grenzen van de uitbreiding van de zoeking (§2 in ontwerp) en de heimelijke zoeking in een informaticasysteem (§5 in ontwerp) betreft.

#### **Art. 88ter, §2 in ontwerp**

§2 in ontwerp bepaalt de grenzen van de uitbreiding van de zoeking naar informaticasystemen die zich op een andere plaats bevinden, en gaat in dit opzicht iets verder dan het huidige artikel 88ter.

Daar waar het huidige artikel 88ter, §2 de uitbreiding beperkt tot informaticasystemen of delen ervan waartoe de personen die gerechtigd zijn het onderzochte informaticasysteem te gebruiken, in het bijzonder toegang heeft, is gebleken dat dit onvoldoende is om de “weg” te volgen die de crimineel gevolgd heeft om tot het plegen van het misdrijf te komen. Immers, de gebruiker van een informaticasysteem zal in veel gevallen trachten gebruik te maken van andere

fait l'objet de la recherche étendue, sauf si son identité ou son adresse ne peut être raisonnablement retrouvée. Lorsqu'il s'avère que les données recueillies par l'extension de la recherche ne se trouvent pas sur le territoire belge, elles seront seulement copiées. Dans ce cas, le juge d'instruction, par l'intermédiaire du ministère public, communique sans délai cette information au service public fédéral Justice, qui en informe les autorités compétentes de l'Etat concerné (voir article 88ter, § 3).

Enfin, l'article 88ter, § 4, établit que l'article 89bis est applicable à la recherche dans un système informatique, ce qui signifie que cette recherche peut être confiée à un officier de police judiciaire.

C'est là l'état actuel du droit, tel que défini à l'article 88ter du Code d'Instruction criminelle. Dans ce qui suit, il sera expliqué ce que le présent projet de loi modifie et ajoute à la réglementation relative à la recherche dans un réseau informatique.

#### **Article 88ter en projet**

L'avant-projet de loi maintient la réglementation actuelle de la recherche et de l'extension de la recherche mais y ajoute certaines compétences, notamment en ce qui concerne les limites de l'extension de la recherche (§2 en projet) et la recherche en secret dans un système informatique (§5 en projet).

#### **L'article 88ter, § 2, en projet**

Le §2 en projet détermine les limites de l'extension de la recherche vers des systèmes informatiques qui se trouvent dans un autre lieu et va à cet égard un peu plus loin que l'article 88ter actuel.

Alors que l'actuel article 88ter, §2 limite l'extension aux systèmes informatiques ou aux parties de tels systèmes auxquelles les personnes habilitées à utiliser le système informatique qui fait l'objet de la mesure ont spécifiquement accès, cela s'est avéré insuffisant pour retrouver le «chemin» suivi par le criminel pour arriver à perpétrer l'infraction. En effet, l'utilisateur d'un système informatique tentera dans de nombreux cas d'utiliser d'autres systèmes auxquels il n'a

systemen waartoe hij géén toegang heeft, om enerzijds zijn misdrijf op een heimelijke manier te kunnen plegen en anderzijds bewijselementen zo goed mogelijk te kunnen verbergen. Omdat, net zoals het geval is bij de huiszoeking, een netwerkzoeking in de eerste plaats gericht is op het vinden van bewijselementen, bepaalt het wetsontwerp dat de uitbreiding zich nu ook kan uitstrekken tot informaticasystemen of delen daarvan waartoe deze personen dus geen toegang hebben, maar waarvoor aanwijzingen bestaan dat deze voor het plegen van een misdrijf gebruikt werden.

Niettegenstaande de grens voor het uitoefenen van een uitbreiding dus niet langer alleen ligt in de toegangsbevoegdheid van de personen die bevoegd zijn het onderzochte informaticasysteem te gebruiken, gaat de maatregel echter niet zo ver dat de overheid gerechtigd zou worden om onbepaald alle onderling met elkaar verbonden systemen te onderzoeken. Men zal moeten kunnen aantonen dat er aanwijzingen zijn dat het informaticasysteem dat het voorwerp uitmaakt van de uitbreiding gediend heeft om een misdrijf te plegen.

Deze uitbreiding heeft dus tot doel het mogelijk te maken om “de weg” die de crimineel gevolgd heeft om tot het plegen van het misdrijf te komen, te achterhalen met het oog op het verzamelen van bewijzen. In de meeste gevallen zal het om informaticacriminaliteit in de strikte zin van het woord gaan (hacking, botnets...). Het kan bijvoorbeeld noodzakelijk zijn om de zoeking in een informaticasysteem van een hacker uit te breiden tot het aangevallen netwerk (dat dus gebruikt werd om een misdrijf te plegen en waartoe de hacker zich dus op onrechtmatige wijze toegang heeft verschaft) of tot andere systemen om slachtoffers van de hacking te identificeren. Het zal zelden gebeuren dat een hacker van op zijn eigen computer rechtstreeks een aanval doet op een andere site. Daarvoor gebruikt hij een netwerk van informaticasystemen waarop hij al dan niet toegangsrechten heeft, om de terugweg naar zijn eigen identiteit of IP-adres zoveel mogelijk te verdoezelen. De beperking in het huidige artikel 88ter tot informaticasystemen waartoe de gebruiker van het onderzochte systeem in het bijzonder toegang heeft, is ontoereikend om bijvoorbeeld fenomenen als phishing, spamming of fraude bij online banking op te sporen. Deze vormen van

pas accès afin, d'une part, de commettre son infraction en secret et, d'autre part, de dissimuler au mieux les éléments de preuve. Vu que, tout comme c'est le cas pour la perquisition, la recherche dans un système informatique vise en premier lieu à trouver des éléments de preuve, le projet de loi prévoit que l'extension peut à présent s'appliquer aux systèmes informatiques ou aux parties de tels systèmes auxquels ces personnes n'ont donc pas accès mais pour lesquels il existe des indices montrant qu'ils ont servi à la commission de l'infraction.

Bien que la limite pour procéder à une extension ne résidera donc plus uniquement dans les pouvoirs d'accès des personnes habilitées à utiliser le système informatique qui fait l'objet de la recherche, la mesure ne va toutefois pas jusqu'à autoriser l'autorité à effectuer des recherches illimitées dans tous les systèmes interconnectés entre eux. Il faudra pouvoir démontrer qu'il existe des indices que le système informatique qui fait l'objet de la mesure d'extension a servi à la commission d'une infraction.

Cette extension vise donc à permettre de retrouver “le chemin” suivi par le criminel pour perpétrer l'infraction en vue de collecter des preuves. Dans la plupart des cas, il s'agira en l'occurrence de criminalité informatique au sens strict du terme (piratage, botnets, ...). Il peut par exemple être nécessaire d'étendre la recherche dans un système informatique d'un pirate informatique vers le réseau attaqué (qui a donc servi à la commission d'une infraction et auquel le pirate informatique a donc eu accès de manière illégale) ou vers d'autres systèmes pour identifier des victimes du piratage. Il arrivera rarement qu'un pirate informatique attaque directement un autre site à partir de son propre ordinateur. Il utilisera à cette fin un réseau de systèmes informatiques pour lesquels il possède ou non des droits d'accès en vue d'effacer autant que possible la piste qui permettrait de retrouver son identité ou son adresse IP. La limitation prévue dans l'actuel article 88ter aux systèmes informatiques auxquels l'utilisateur du système faisant l'objet de la recherche a spécifiquement accès est inadéquate pour détecter des phénomènes tels que le phishing, le spamming ou la fraude bancaire en ligne, par exemple. Ces formes

informaticacriminaliteit maken immers allemaal gebruik van gehackte computersystemen. De gehackte computersystemen worden dan gebruikt om valse websites te hosten, als mailserver voor spam of als server voor de aansturing van netwerken van gehackte gebruikerspc's.

Art. 88ter, §3 in ontwerp

De huidige §3 van artikel 88ter blijft ongewijzigd. Er kan worden verwezen naar de uitleg in de Memorie van Toelichting bij de wet van 28 november 2000 (Gedr. St., Kamer, 1999-2000, 50-213/001 en 214/001, p. 23-26).

Er wordt echter een noodzakelijk derde lid aan toegevoegd: wanneer immers de zoeking en de uitbreiding ervan op de heimelijke manier gebeurt zoals bedoeld in de vijfde paragraaf, zouden de kennisgevingen bedoeld in deze derde paragraaf de maatregel compromitteren en het geheime karakter ervan onthullen. Daarom wordt bepaald dat de onderzoeksrechter in dit geval de kennisgevingen slechts dient te doen wanneer zijn onderzoek niet meer in het gedrang kan gebracht worden. Men kan de vergelijking maken met de inijkoperatie zoals bedoeld in artikel 89ter, §1, laatste lid: wanneer de inijkoperatie toegepast wordt in het kader van een observatie, zullen de machtiging en de processen-verbaal pas aan het dossier toegevoegd worden na het beëindigen van die observatie, zonet kunnen partijen onmiddellijk weten dat een observatie aan de gang is en wordt deze nutteloos. Hetzelfde geldt dus voor de heimelijke zoeking in een informaticasysteem.

De memorie van toelichting bij de wet inzake informaticacriminaliteit omschrijft de "verantwoordelijke voor het informaticasysteem" als "*degene die de juridische of reële controle heeft over het systeem.*" Daar waar de Raad van State indertijd meende dat deze persoon omschreven moest worden in het wetsontwerp zelf, heeft de wetgever ervoor gekozen enige flexibiliteit te behouden aangaande de te contacteren persoon: het kan niet in alle gevallen eenduidig vastgesteld worden wie deze persoon is (Gedr. St., Kamer, 1999-2000, nr. 0213/001, p. 21). Vaak worden ook technische instrumenten gebruikt om de soms malafide verantwoordelijken af te schermen voor de buitenwereld (bv. het maskeren van IP-

de criminalité informatique recourent en effet toutes à des systèmes informatiques piratés. Les systèmes informatiques piratés sont ensuite utilisés pour héberger de faux sites web, comme serveur mail pour le spam ou comme serveur pour commander des réseaux de pc piratés.

Article 88ter, § 3, en projet

Le §3 actuel de l'article 88ter reste inchangé. Il peut être renvoyé à l'exposé des motifs de la loi du 28 novembre 2000 (Doc., Chambre, 1999-2000, 50-213/001 et 214/001, pp. 23-26).

Il est toutefois nécessaire d'ajouter un alinéa 3: en effet, si la recherche et son extension se déroulent en secret conformément au §5, les notifications visées dans cette §3 compromettraient la mesure et dévoileraient son caractère secret. C'est la raison pour laquelle l'alinéa 3 dispose que dans ce cas, le juge d'instruction ne doit faire les notifications que lorsqu'elles ne peuvent plus compromettre son instruction. Une comparaison peut être établie avec la mesure du contrôle visuel discret visée à l'article 89ter, § 1<sup>er</sup>, dernier alinéa : lorsque le contrôle visuel discret est appliqué dans le cadre d'une observation, l'autorisation et les procès-verbaux ne seront versés au dossier qu'à l'issue de cette observation, sinon les parties pourraient immédiatement savoir qu'une observation est en cours et l'observation deviendrait inutile. Il en va donc de même pour la recherche en secret dans un système informatique.

L'exposé des motifs de la loi relative à la criminalité informatique définit le "responsable du système informatique" comme "*celui qui exerce le contrôle réel ou juridique sur le système.*" Alors que le Conseil d'Etat estimait à l'époque que la définition de cette personne devait figurer dans le projet de loi même, le législateur a choisi de conserver une certaine souplesse quant à la personne à contacter : il n'est pas possible de déterminer pour tous les cas et de manière univoque qui est cette personne (Doc., Chambre, 1999-2000, 0213/001, p. 21). Souvent, des instruments techniques sont également utilisés pour dissimuler au monde extérieur l'identité des responsables parfois malhonnêtes (par

adressen of URL's).

exemple, adresses IP ou URL masquées).

Art. 88ter, §4 in ontwerp

De huidige §4 bepaalt, zoals bijvoorbeeld ook voorzien is inzake huiszoeking en inbeslagneming, de mogelijkheid voor de onderzoeksrechter om zijn bevoegdheid inzake de zoeking in een informaticasysteem te delegeren aan een officier van gerechtelijke politie, hulpofficier van de procureur des Konings. Deze mogelijkheid wordt nu ook voorzien voor de heimelijke zoeking in een informaticasysteem.

Art. 88ter, §5 in ontwerp

Het ontwerp voorziet in zijn §5 een volledig nieuwe bepaling die de gerechtelijke autoriteiten in staat moet stellen om internetcriminel met gelijke wapens te bestrijden.

De strijd tegen de georganiseerde criminaliteit en het terrorisme is een constant evoluerende strijd. Bij alle vormen van criminaliteit die in meer of mindere mate gerelateerd zijn aan informatietechnologie komt steeds weer het gebrek aan effectiviteit van de opsporing en de bewijsvoering aan de orde. Naast de mogelijkheden die de informatietechnologie biedt om misdrijven te plegen, kan zij immers ook door criminelen worden aangewend om de sporen van hun activiteiten uit te wissen en als hulpmiddel om hun criminele plannen voor te bereiden en uit te voeren. Dit hangt voor een deel samen met de techniciteit van de materie en de nood aan specialisatie bij de politionele en gerechtelijke diensten. De ongrijpbaarheid van geïnformatiseerde gegevens en de snelheid waarmee dergelijke gegevens die relevant kunnen zijn voor de waarheidsvinding, verplaatst of vernietigd kunnen worden, zijn hieraan niet vreemd. Een aantal problemen vloeit echter ook voort uit het feit dat het bestaande strafprocesrecht op sommige punten niet is aangepast aan de noden van een effectieve criminaliteitsbestrijding in de informatiemaatschappij.

De wet inzake informaticacriminaliteit dateert al van 2000 en acht jaar is een eeuwigheid op de informatiesnelweg. Vandaar dat de nood wordt gevoeld om een actualisatie door te voeren van de middelen die de gerechtelijke autoriteiten ter

Art. 88ter, §4 en projet

Le §4 actuel prévoit, comme c'est par exemple également le cas dans le cadre de la perquisition et de la saisie, la possibilité pour le juge d'instruction de déléguer ses compétences en matière de recherche dans un système informatique à un officier de police judiciaire, auxiliaire du procureur du roi. Cette possibilité est maintenant également prévu en ce qui concerne la recherche en secret dans une système informatique.

Art. 88ter, §5 en projet

Le projet prévoit dans son §5 une disposition entièrement neuve qui doit permettre aux autorités judiciaires de lutter à armes égales avec les criminels d'Internet.

La lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme est une lutte évolutive constamment. Toutes les formes de criminalité liées à des degrés différents à la technologie de l'information posent toujours la problématique du manque d'efficacité de la recherche et de l'établissement de la preuve. Outre les possibilités offertes par la technologie de l'information pour commettre des délits, celle-ci peut en effet également être utilisée par des criminels pour effacer les traces de leurs activités et comme instrument pour préparer leurs plans criminels et les mettre à exécution. Ceci est partiellement dû à la technicité de la matière et au besoin de spécialisation au niveau des services policiers et judiciaires. Le caractère insaisissable des données informatisées et la rapidité avec laquelle de telles données, peut-être pertinentes pour établir la vérité, peuvent être déplacées ou détruites, ne sont pas étrangers à cela. Une série de problèmes découlent néanmoins aussi du fait que sur certains points la procédure pénale existante n'est pas adaptée aux besoins d'une lutte effective contre la criminalité dans la société d'information.

La loi relative à la criminalité informatique remonte à 2000 et ce laps de huit ans représente une éternité sur l'autoroute de l'information. C'est la raison pour laquelle le besoin se fait sentir de procéder à une

beschikking moeten worden gesteld om bewijzen te kunnen verzamelen in informaticasystemen. Meer en meer wordt vastgesteld dat criminelen gebruik maken van de mogelijkheden die de informatietechnologie hun biedt. Politiediensten en magistratuur dienen daarom over dezelfde middelen te beschikken. Het voorontwerp van wet wil hier dan ook een meer aangepast juridisch kader ontwerpen voor de zoeking in een informaticasysteem, die in bepaalde gevallen heimelijk moet kunnen gebeuren en zonder medeweten van de gebruiker van het systeem.

Het voorontwerp voorziet daarom in een aanpassing van artikel 88ter van het Wetboek van Strafvordering.

Het eerste lid van artikel 88ter, §5 in ontwerp bepaalt dat de onderzoeksrechter bij een met redenen omklede beschikking kan bevelen dat een zoeking in een informaticasysteem of de uitbreiding ervan, uitgevoerd kan worden met behulp van technische middelen, valse signalen, valse sleutels, of valse hoedanigheden en buiten medeweten van de eigenaar, de bezitter, of de gebruiker van het informaticasysteem, teneinde toegang te krijgen tot een informaticasysteem of een deel ervan, er de beveiliging van op te heffen, er technische middelen in aan te brengen teneinde de door het informaticasysteem opgeslagen, verwerkte of doorgestuurde gegevens te ontcijferen en te decoderen, of er de door het informaticasysteem relevante opgeslagen, verwerkte of doorgestuurde gegevens op eender welke manier van over te nemen. Hier wordt dus de mogelijke heimelijkheid van de zoeking in een informaticasysteem geïntroduceerd. De formulering met de vier specifieke doeleinden werd overgenomen uit het wetsvoorstel betreffende de methoden voor het verzamelen van gegevens door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (Parl. Doc., Senaat, 2008-2009, nr. 4-1053/1).

De formulering van deze vier doeleinden heeft niet als consequentie dat een verkennende zoeking mogelijk zou zijn door de toepassing van dit artikel. De vier doeleinden dienen beperkend geïnterpreteerd te worden. Zo wordt met “relevante” gegevens uiteraard enkel die gegevens bedoeld die relevant zijn voor het onderzoek. De woorden “op eender welke manier overnemen” hebben dan weer te maken

actualisation au niveau des moyens dont les autorités judiciaires doivent disposer pour être en mesure de collecter des preuves dans des systèmes informatiques. Il est de plus en plus souvent constaté que les criminels recourent aux possibilités que leur offre la technologie de l'information. Les services de police et la magistrature doivent par conséquent disposer des mêmes moyens. Le présent avant-projet de loi vise avant tout à créer un cadre juridique plus adapté pour la recherche dans un système informatique, laquelle doit, dans certains cas, pouvoir intervenir en secret et à l'insu de l'utilisateur du système.

En conséquence, l'avant-projet procède à une adaptation de l'article 88ter du Code d'Instruction criminelle.

Le premier alinéa de l'article 88ter, §5 en projet prévoit que le juge d'instruction peut, par ordonnance motivée, ordonner que la recherche dans un système informatique ou l'extension d'une telle recherche, soit exécutée à l'aide de moyens techniques, de faux signaux, de fausses clés ou de fausses qualités et à l'insu du propriétaire, du détenteur, de l'utilisateur de ce système informatique afin d'accéder audit système informatique ou à une partie de celui-ci, d'y lever toute protection, d'y installer des dispositifs techniques en vue du décryptage et du décodage des données stockées, traitées ou transmises par le système informatique, ou d'y reprendre, de quelque manière que ce soit, les données pertinentes stockées, traitées ou transmises par le système informatique. Cette disposition introduit donc le caractère secret éventuel de la recherche dans un système informatique. La formulation avec les quatre objectifs spécifiques a été reprise de la proposition de loi relative aux méthodes de recueil des données des services de renseignement et de sécurité (Doc., Sénat, 2008-2009, n° 4-1053/1).

Elle n'a pas pour effet de permettre une recherche exploratoire en application de cet article. Les quatre objectifs doivent être interprétés de façon restrictive. Ainsi, par données ‘pertinentes’, il y a évidemment lieu d'entendre uniquement les données pertinentes pour l'enquête. Les termes ‘reprendre de quelque manière que ce soit’ sont liés au caractère secret de la mesure : la

met het heimelijke karakter van de maatregel: het in beslag nemen of kopiëren van de gegevens moet op een dergelijke manier gebeuren zodat de eigenaar of de gebruiker van het informaticasysteem niet kan merken dat gegevens van het systeem gekopieerd zijn. Het is aan de uitvoerende politiediensten om te bepalen op welke manier de gegevens best gekopieerd worden.

De heimelijke zoeking kan echter slechts onder strikte voorwaarden: er moeten ernstige aanwijzingen zijn dat de strafbare feiten een misdrijf uitmaken als bedoeld in artikel 90ter, §§ 2, 3 en 4, of gepleegd worden in het kader van een criminele organisatie zoals bedoeld in artikel 324bis van het Strafwetboek. Daarnaast geldt ook de subsidiariteitsvoorwaarde dat de overige middelen van onderzoek niet lijken te volstaan om de waarheid aan de dag te brengen ten aanzien van het misdrijf dat het voorwerp uitmaakt van de maatregel. Dit zijn de klassieke voorwaarden die gelden voor de meest ingrijpende onderzoeksmaatregelen, zoals de observatie met technische middelen in een woning, de inijkoperatie, de infiltratie of de telefoontap.

Er dient op gewezen te worden dat deze paragraaf zowel de zoeking in een informaticasysteem zoals bedoeld in artikel 39bis als de uitbreiding van een zoeking zoals bedoeld in artikel 88ter omvat. Wanneer de onderzoeksrechter de uitbreiding van een zoeking op een heimelijke manier beveelt, dient hij uiteraard ook na te gaan of aan de twee voorwaarden van artikel 88ter, §1 zijn voldaan en is de uitbreiding begrensd tot de beperkingen omschreven in artikel 88ter, §2.

Het tweede lid van artikel 88ter, §5 in ontwerp betreft het heimelijk binnendringen in een woning of private plaats teneinde de zoeking in een informaticasysteem mogelijk te maken.

Teneinde de zoeking in een informaticasysteem, en dan vooral de heimelijke zoeking, mogelijk te maken, zal het inderdaad soms noodzakelijk zijn om eerst buiten medeweten of zonder toestemming van de bewoner, de eigenaar of zijn rechthebbenden in een woning of private plaats binnen te dringen.

De technologie maakt het mogelijk dat de politiediensten van op afstand binnendringen in

saisie ou la copie des données doit s'effectuer de manière telle que le propriétaire ou l'utilisateur du système informatique ne puisse s'apercevoir que les données du système ont été copiées. Il incombe aux services de police exécutants de déterminer la meilleure façon de copier les données.

La recherche en secret n'est toutefois autorisée que sous des conditions strictes : il doit exister des indices sérieux que les faits punissables constituent une infraction visée à l'article 90ter, §§ 2, 3 et 4, ou sont commis dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324bis du Code pénal. A cela s'ajoute la condition de subsidiarité selon laquelle les autres moyens d'investigation ne suffisent pas à la manifestation de la vérité à l'égard de l'infraction qui fait l'objet de la mesure. Il s'agit des conditions classiques qui s'appliquent aux mesures d'investigation les plus radicales telles que l'observation à l'aide de moyens techniques dans un domicile, le contrôle visuel discret, l'infiltration ou la mesure d'écoute téléphonique.

Il convient de souligner que ce paragraphe porte tant sur la recherche dans un système informatique visée à l'article 39bis que sur l'extension d'une recherche visée à l'article 88ter. Lorsque le juge d'instruction ordonne en secret l'extension d'une recherche, il doit bien évidemment vérifier si les deux conditions de l'article 88ter, § 1<sup>er</sup>, ont été remplies et si l'extension s'inscrit dans les limites définies à l'article 88ter, § 2.

Le deuxième alinéa de l'article 88ter, §5 en projet concerne la pénétration secrète dans un domicile ou dans un lieu privé afin de permettre la recherche dans un système informatique.

Afin de permettre la recherche dans un système informatique, principalement la recherche en secret, il sera en effet parfois nécessaire de pénétrer d'abord dans un domicile ou dans un lieu privé à l'insu ou sans le consentement de l'occupant, du propriétaire ou de ses ayants droit.

La technologie permet aux services de police d'accéder à distance à un système

een informaticasysteem om daarvan de gegevens te kopiëren. Dit is echter niet altijd mogelijk. Bij sterk beveiligde computers zal het soms nodig zijn om binnen te dringen in de woning van de gebruiker ervan om een technisch middel te installeren waardoor de beveiliging kan omzeild worden, waarna de gegevens dan ter plekke gekopieerd kunnen worden.

Deze maatregel is gebaseerd op artikel 90ter, § 1, tweede lid (direct afluisteren), maar vooral op de inblikoperatie zoals die geregeld is door de artikelen 46quinquies en 89ter van het Wetboek van Strafvordering. Er moet uiteraard aan dezelfde voorwaarden van proportionaliteit en subsidiariteit voldaan zijn als in het eerste lid. Het voorontwerp houdt daarbij dus rekening met de uitgebreide rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie over de bescherming van de woning, zoals uitgebreid werd toegelicht in de Memorie van Toelichting bij de wet van 27 december 2005 (Parl. St., Kamer, 2005-2006, 51-2055/001, p. 15-21).

Het dient echter onderstreept te worden dat het voorontwerp strenger is dan de regeling betreffende de inblikoperatie en voorziet dat zowel voor de private plaats, als voor de woning of de door een woning omsloten eigen aanheerigheid, steeds een machtiging van een onderzoeksrechter vereist is. Dit gaat inderdaad verder dan bij de inblikoperatie, aangezien de inblikoperatie in een private plaats door de procureur des Konings bevolen kan worden op basis van artikel 46quinquies. Het voorontwerp houdt hier rekening met het ingrijpende karakter van de maatregel: het binnendringen in de woning is slechts een eerste stap om daarna een heimelijke zoeking in een informaticasysteem mogelijk te maken. Zoals voor alle onderzoeksmaatregelen die een dergelijke verregaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer tot gevolg hebben, kan enkel een onderzoeksrechter hiervoor bevoegd zijn.

De draagwijdte van de heimelijke zoeking is dus breder dan de inblikoperatie, maar heeft met deze laatste gemeen dat het om een eenmalige maatregel gaat. De onderzoeksrechter zal in zijn beschikking moeten aangeven op welk ogenblik de zoeking kan plaatsvinden. Hij dient daarbij rekening te houden met het feit dat het niet altijd op

informatique afin d'en copier les données. Ce n'est toutefois pas toujours possible. Dans le cas d'ordinateurs fortement protégés, il sera parfois nécessaire de pénétrer dans le domicile de leur utilisateur afin d'installer un dispositif technique permettant de contourner la protection et de copier ensuite les données sur place.

Cette mesure s'inspire de l'article 90ter, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2 (écoutes directes) mais surtout de la mesure du contrôle visuel discret, telle que régie par les articles 46quinquies et 89ter du Code d'Instruction criminelle. Evidemment, il y a lieu de répondre aux mêmes conditions de proportionnalité et de subsidiarité que dans l'alinéa 1<sup>er</sup>. A cet égard, l'avant-projet tient donc compte de l'abondante jurisprudence de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation concernant la protection du domicile, telle que commentée de façon détaillée dans l'exposé des motifs de la loi du 27 décembre 2005 (Doc., Chambre, 2005-2006, 51 2055/001, pp. 15-21).

Cependant, il doit être souligné que l'avant-projet est plus strict que la réglementation relative au contrôle visuel discret, et prévoit qu'une autorisation d'un juge d'instruction est toujours requise tant pour le lieu privé, que pour le domicile ou pour une dépendance propre y enclose d'un domicile. Cela va en effet plus loin que pour le contrôle visuel discret, vu le fait que le contrôle visuel discret dans un lieu privé peut être ordonné par le procureur du roi sur la base de l'article 46quinquies. En l'occurrence, l'avant-projet de loi tient compte du caractère extrême de la mesure : la pénétration dans le domicile ne constitue qu'une première étape pour permettre ensuite une recherche dans un système informatique, éventuellement en secret. Comme pour toutes les mesures d'instruction qui entraînent une telle atteinte importante à la vie privée, seul un juge d'instruction peut être compétent.

La recherche en secret a donc une portée plus vaste que le contrôle visuel discret mais elle partage avec celui-ci le fait d'être une mesure unique. Le juge d'instruction devra indiquer dans son ordonnance à quel moment la recherche peut avoir lieu. Il devra pour cela tenir compte du fait qu'il n'est pas toujours possible de déterminer à l'avance à quel

voorhand vaststaat wanneer een heimelijke zoeking kan plaatsvinden, en dus dient een marge gelaten te worden. Vandaar dat het voorontwerp van wet expliciet zegt dat de zoeking binnen de periode van een maand dient te gebeuren. Het is echter helemaal niet de bedoeling om gedurende een bepaalde periode een informaticasysteem te “monitoren”, of op herhaalde tijdstippen de gegevens op een informaticasysteem te kunnen kopiëren. In dit laatste geval zou telkens een nieuwe beschikking van de onderzoeksrechter nodig zijn. Het doel van de heimelijke zoeking is dus om toegang te krijgen tot een informaticasysteem en er de relevante gegevens van te kopiëren. De onderzoekers hebben daarvoor dus een maand de tijd: dat wil zeggen dat ze verschillende pogingen kunnen ondernemen om bijvoorbeeld een technisch middel te plaatsen, of dat ze het tijdstip kunnen bepalen wanneer gegevens in beslag worden genomen, en dat ze ook over de nodige tijd beschikken om eventueel het technisch middel terug te gaan halen.

Dit betekent ook dat wanneer het gaat om gegevens die nog in transmissie zijn, de strengere regeling van artikel 90ter gebruikt moet worden. De woorden “doorgestuurde gegevens” in doelstelling 4° van het eerste lid betekenen niet dat het gaat om gegevens die op dat moment in transmissie zijn. Het gaat echter wel om gegevens die al doorgestuurd zijn en zich op het informaticasysteem bevinden. E-mails die zich in de outbox van Outlook bevinden bijvoorbeeld, kunnen op deze manier in beslag genomen worden. Om e-mails te onderscheppen tijdens de overbrenging ervan of om communicatie tussen computers of netwerken te onderscheppen, dient men echter de procedure van artikel 90ter e.v. te volgen. De problematiek van de wisselwerking tussen de artikelen 88ter en 90ter wordt verder nog besproken onder §6.

Het derde lid van artikel 88ter, §5 in ontwerp is een verdere inperking van de maatregel die geïnspireerd is door de gelijkaardige beperking in artikel 90ter, §1 inzake het af luisteren. De heimelijke zoeking in een informaticasysteem zal enkel bevolen kunnen worden ten aanzien van verdachten, hun informaticasystemen, de plaatsen waar ze geacht worden te verblijven of ten aanzien van personen van wie wordt aangenomen dat zij geregeld in verbinding staan met een persoon op wie een verdenking rust. Dit laatste vereist dat, ongeacht of er

moment une recherche en secret pourra avoir lieu et une marge devra dès lors être prévue. D'où l'indication explicite dans l'avant-projet de loi que la recherche doit s'effectuer dans la période d'un mois. L'objectif n'est toutefois nullement de ‘contrôler’ un système informatique pendant une certaine période ou de pouvoir copier à plusieurs reprises des données sur un système informatique. Dans ce dernier cas, une nouvelle ordonnance du juge d'instruction serait à chaque fois nécessaire. L'objectif de la recherche en secret est donc d'accéder à un système informatique et d'en copier les données pertinentes. Les enquêteurs disposent donc pour ce faire d'un mois : cela signifie qu'ils peuvent effectuer plusieurs tentatives afin de mettre en place un moyen technique, par exemple, ou qu'ils peuvent déterminer le moment où les données sont saisies et qu'ils disposent également du temps nécessaire pour éventuellement récupérer le moyen technique.

Cela signifie également que lorsqu'il s'agit de données en cours de transmission, il convient d'appliquer la réglementation plus stricte de l'article 90ter. Les termes ‘données transmises’ dans le quatrième objectif de l'alinéa premier ne signifient pas qu'il s'agit de données en cours de transmission à ce moment-là. Il s'agit toutefois de données ayant déjà été transmises et qui se trouvent dans le système informatique. A titre d'exemple, des e-mails se trouvant dans la outbox d'Outlook peuvent ainsi être saisis. L'interception d'e-mails pendant leur transmission ou de communications entre ordinateurs ou entre réseaux nécessite toutefois de suivre la procédure définie aux articles 90 ter et suivants. La question de l'interaction entre les articles 88ter et 90ter sera examinée plus en détail au § 6.

Le troisième alinéa de l'article 88ter, §5, en projet comporte une limitation supplémentaire de la mesure, inspirée par la limitation similaire prévue à l'article 90ter, § 1<sup>er</sup>, en matière d'écoutes. La recherche en secret dans un système informatique ne pourra être ordonnée qu'à l'égard soit de personnes soupçonnées, soit à l'égard de leurs systèmes informatiques, soit à l'égard des lieux présumés fréquentés par celles-ci ou à l'égard de personnes présumées être en contact régulier avec un suspect. Ce dernier

reeds een verdachte nominatim is geïdentificeerd, een persoon het voorwerp van opsporingen uitmaakt. Dit betekent dat “verkennende” zoekingen in informaticasystemen niet mogelijk zijn.

Het gebeurt immers vaak dat een verdachte niet zijn eigen computer gebruikt om het misdrijf te plegen, maar de computer van een ander persoon, soms zelfs zonder diens medeweten. Vandaar dat het mogelijk moet zijn om ook bij deze andere persoon een zoeking uit te voeren. Het kan daarbij uiteraard niet gaan over om het even wie: Men moet telkens over voldoende en precieze aanwijzingen beschikken dat de verdachte op bepaalde plaatsen verblijft, van bepaalde informaticasystemen gebruik maakt, of geregeld in verbinding staat met deze andere personen. Het doel is met andere woorden om te kunnen nagaan in hoeverre een verdachte gebruik maakt van andere informaticasystemen. Men kan hier ook verwijzen naar de gelijkaardige regeling inzake de huiszoeking, waar artikel 88 van het Wetboek van Strafvordering uitdrukkelijk bepaalt dat de onderzoeksrechter zich kan begeven naar andere plaatsen (dan de woning van de verdachte) om er bewijselementen te zoeken en in beslag te nemen. Ook bij de zoeking in een informaticasysteem blijft de gerechtelijke finaliteit vooropstaan: de zoeking, of de uitbreiding ervan kan enkel worden bevolen om de gegevens op te sporen die kunnen dienen om de waarheid aan de dag te brengen. Naar analogie met de huiszoeking wordt deze finaliteit expliciet in deze paragraaf vermeld.

Het vierde lid van artikel 88ter, §5 in ontwerp somt een aantal vermeldingen op die de beschikking van de onderzoeksrechter dient te bevatten.

Een eerste vermelding betreft de aanwijzingen en de concrete feiten die de maatregel wettigen. Uit de beschikking moet blijken dat er ernstige aanwijzingen zijn dat de strafbare feiten hetzij kaderen in een criminele organisatie, zoals omschreven in artikel 324bis van het Strafwetboek, hetzij misdaden of wanbedrijven als bedoeld in artikel 90ter, §§ 2, 3 en 4 betreffen.

point implique qu’indépendamment du fait qu’un suspect ait déjà été nominativement identifié ou non, l’objet des recherches doit être une personne. Cela signifie que des recherches ‘exploratoires’ dans des systèmes informatiques ne sont pas possibles.

Il est en effet fréquent qu’un suspect n’utilise pas son propre ordinateur pour commettre l’infraction mais celui d’une autre personne, parfois même à son insu. D’où la nécessité de prévoir la possibilité d’effectuer une recherche également chez cette autre personne. Il ne peut évidemment pas s’agir de n’importe qui : il faut à chaque fois disposer d’indices suffisants et précis selon lesquels le suspect séjourne à certains endroits, utilise certains systèmes informatiques ou est régulièrement en relation avec ces autres personnes. En d’autres termes, l’objectif est de pouvoir vérifier dans quelle mesure un suspect utilise d’autres systèmes informatiques. Il peut être renvoyé ici également à la disposition similaire relative à la perquisition ; l’article 88 du Code d’Instruction criminelle prévoit explicitement que le juge d’instruction peut se transporter dans d’autres lieux (que le domicile du suspect) afin de rechercher et de saisir des éléments de preuve. Dans la recherche dans un système informatique également, la finalité judiciaire reste primordiale : la recherche ou son extension ne peut être ordonnée qu’afin de rechercher les données qui seront jugées utiles à la manifestation de la vérité. Par analogie avec la perquisition, cette finalité est explicitement mentionnée dans ce paragraphe.

Le quatrième alinéa de l’article 88ter, §5 en projet énumère un certain nombre d’éléments que doit mentionner l’ordonnance du juge d’instruction.

Le premier élément se rapporte aux indices et les faits concrets justifiant la mesure. Il doit ressortir de l’ordonnance qu’il existe des indices sérieux que les infractions soit s’inscrivent dans le cadre d’une organisation criminelle telle que définie à l’article 324bis du Code pénal, soit constituent des crimes ou des délits visés à l’article 90ter, §§ 2, 3 et 4.

Een tweede vermelding omvat de redenen waarom de maatregel onontbeerlijk is om de waarheid aan de dag te brengen. Dit is de invulling van het subsidiariteitsbeginsel. De gehanteerde terminologie, en dus ook de duiding ervan, zijn identiek aan de verwoording van het subsidiariteitsbeginsel in de beschikking van de onderzoeksrechter om een af luistermaatregel te bevelen (artikel 90quater, 2° van het Wetboek van Strafvordering).

De derde vermelding betreft de persoon, het informaticasysteem of de plaats waarop de maatregel betrekking heeft.

De laatste vermelding betreft de naam en de hoedanigheid van de officier van gerechtelijke politie, die de leiding heeft over de uitvoering van de maatregel.

Het vijfde lid van artikel 88ter, §5 in ontwerp voorziet dat de beschikking, die steeds schriftelijk gebeurt, in spoedeisende gevallen in een eerste fase ook mondeling kan worden verstrekt. Zij moet dan wel zo snel mogelijk schriftelijk worden bevestigd, met opgave van alle wettelijk voorziene vermeldingen.

Het zesde lid van artikel 88ter, §5 in ontwerp heeft dezelfde filosofie als artikel 90sexies, derde lid, en voorziet dat verzamelde gegevens die onder het beroepsgeheim vallen niet worden opgetekend in het proces-verbaal. Wanneer toch elementen gedekt door het beroepsgeheim opgenomen zijn in het dossier zullen deze door de feitenrechter uit het debat geweerd worden.

Het zevende en achtste lid van artikel 88ter, §5 in ontwerp beperkt de mogelijkheid om de zoeking in een informaticasysteem toe te passen op advocaten en artsen. De uitzondering voor advocaten en artsen wordt ingegeven door de overweging dat deze beroepscategorieën bij uitstek het gevaar lopen om te worden geconfronteerd met verdachten, waarmee zij door hun beroepssituatie in een vertrouwelijke relatie verkeren die in het bijzonder beschermd moet worden. Dit is de klassieke beschermingsclausule zoals die ook voorkomt in gelijkaardige onderzoeksmaatregelen, zoals de telefoontap (artikel 90octies), het inkijken van post (art. 88sexies), een observatie met zicht in een woning (art. 56bis) of een inkijkoperatie (art. 89ter). Deze bescherming is al bekend en heeft dus geen verdere uitleg nodig. Net zoals bij

Le deuxième élément porte sur les motifs pour lesquels la mesure est indispensable à la manifestation de la vérité. Il s'agit du contenu concret du principe de subsidiarité. La terminologie utilisée ainsi que l'interprétation sont identiques à la formulation du principe de subsidiarité dans l'ordonnance du juge d'instruction ordonnant une mesure d'écoute (article 90quater, 2°, du Code d'Instruction criminelle).

Le troisième élément concerne la personne, le système informatique ou le lieu sur lesquelles porte la mesure.

Le dernier élément se rapporte au nom et à la qualité de l'officier de police judiciaire qui dirige la mise en œuvre de la mesure.

Le cinquième alinéa de l'article 88ter, §5 en projet prévoit que l'autorisation, qui doit toujours être donnée par écrit, peut en cas d'urgence également être accordée d'abord oralement. Dans cette hypothèse, elle doit être confirmée par écrit le plus rapidement possible et contenir toutes les mentions prévues par la loi.

Le sixième alinéa de l'article 88ter, §5 en projet a la même philosophie que l'article 90sexies, alinéa 3, et prévoit que les données recueillies couvertes par le secret professionnel ne sont pas consignées dans le procès-verbal. Lorsqu'il subsiste néanmoins dans le dossier des éléments couverts par le secret professionnel, le juge du fond les écartera du débat.

Le septième et huitième alinéa de l'article 88ter, §5 en projet limite la possibilité d'appliquer la recherche dans un système informatique aux avocats et aux médecins. L'exception pour les avocats et les médecins est dictée par la considération que ces catégories professionnelles sont par excellence exposées au risque d'être confrontées à des suspects avec qui, en raison de leur situation professionnelle, ils entretiennent une relation de confiance qui doit tout particulièrement être préservée. Il s'agit de la clause de protection classique telle qu'elle apparaît également dans des mesures d'investigation similaires comme les écoutes téléphoniques (art. 90octies), l'ouverture de courrier (art. 88sexies), une observation afin d'avoir une vue dans un domicile (art. 56bis) ou un contrôle visuel

deze andere onderzoeksmaatregelen wordt hier niet voorzien in een specifieke bescherming voor journalisten. De bescherming van het bronnengeheim van journalisten wordt immers gegarandeerd door artikel 5 van de wet van 7 april 2005 tot bescherming van de journalistieke bronnen: *“Gegevens die betrekking hebben op de informatiebronnen van de personen bedoeld in artikel 2, mogen niet het voorwerp uitmaken van enige opsporings- of onderzoeksmaatregel, tenzij die gegevens kunnen voorkomen dat de in artikel 4 bedoelde misdrijven worden gepleegd, en met naleving van de daarin bepaalde voorwaarden.”* De wet van 7 april 2005 is een bijzondere wet, die toepasselijk is ongeacht de wetgeving waarmee hij wordt geconfronteerd. Dit werd overigens met zoveel worden bevestigd door de vorige Minister van Justitie naar aanleiding van de besprekingen van de wet van 27 december 2005 in de Senaatscommissie Justitie (zie Parl. St., Senaat, 2005-2006, 3-1491/3, p. 56).

#### Artikel 88ter, §6 in ontwerp

De problematiek van de wisselwerking tussen de artikelen 88ter en 90ter van het Wetboek van Strafvordering werd al hoger aangeraakt. Het uitgangspunt is dat artikel 90ter uitsluitend van toepassing is op communicatie en telecommunicatie tijdens de overbrenging ervan, terwijl artikel 88ter aangewend wordt om binnen te dringen in een informaticasysteem om er gegevens in beslag te nemen.

Niettemin wordt hierbij voorbijgegaan aan de eigen realiteit van het internet, waar elektronische gegevens het voorwerp uitmaken van communicatie op de elektronische snelweg. Wat is het statuut van deze gegevens en welke is de rechtsgrond om deze gegevens in beslag te nemen of te intercepteren? Het enige kenmerkende onderscheid dat de rechtsgrond kan bepalen, is het begrip “overbrenging” of transmissie, dat moet worden geïnterpreteerd als zijnde de overbrenging van een boodschap van verzender naar ontvanger, waarbij een bericht volgens de wetgever enkel wordt aangezien als aangekomen wanneer er een tastbaar resultaat is (bv: bestemming heeft de mail gelezen).

discret (art. 89ter). Cette protection est déjà connue et ne nécessite donc pas d'autre commentaire. Tout comme c'est le cas pour ces autres mesures d'instruction, aucune protection spécifique n'est prévue pour les journalistes. La protection du secret des sources journalistiques est en effet garantie par l'article 5 de la loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistes : *“Il ne pourra être procédé à aucune mesure d'information ou d'instruction concernant des données relatives aux sources d'information des personnes visées à l'article 2, sauf si ces données sont susceptibles de prévenir la commission des infractions visées à l'article 4, et dans le respect des conditions qui y sont définies.”* La loi du 7 avril 2005 est une loi spéciale, applicable quelle que soit la législation à laquelle elle est confrontée. Cela a d'ailleurs été confirmé amplement par l'ancienne ministre de la Justice à l'occasion des discussions relatives à la loi du 27 décembre 2005 en Commission de la Justice du Sénat (Doc., Sénat, 2005-2006, 3-1491/3, p. 56).

#### Article 88ter, §6 en projet

La question de l'interaction entre les articles 88ter et 90ter du Code d'Instruction criminelle a déjà été abordée. Le principe est que l'article 90ter ne s'applique qu'aux communications et télécommunications en cours de transmission tandis que l'article 88ter est appliqué afin de pénétrer dans un système informatique pour y saisir des données.

Cependant, on ignore ici la réalité propre de l'Internet, où les données électroniques font l'objet de communications sur les autoroutes de l'information. Quel est le statut de ces données et quel est le fondement juridique permettant de les saisir ou de les intercepter ? La seule distinction caractéristique permettant de déterminer le fondement juridique est la notion de "transmission", qui doit être interprétée comme la transmission d'un message de l'émetteur au récepteur, le législateur ne considérant que le message n'est arrivé à destination que s'il existe un résultat tangible (p. ex. le destinataire a lu l'e-mail).

Een uitgebreide beschrijving van de problematiek kan men overigens terugvinden in het artikel "Internetrecherche: informaticatap en netwerkzoeking, licht aan het einde van de tunnel", door P. Van Linthout en J. Kerkhofs (T. Strafr., Kluwer, 2008, nr. 2 van april 2008, p. 79-95). De auteurs wijzen erop dat in vele gevallen onderzoeksrechters twee beschikkingen nemen: een combinatie van de netwerkzoeking (art. 88ter) en de informaticatap (art. 90ter), omdat men in de eigen realiteit van het internet nooit a priori kan vaststellen of bepaalde gegevens al dan niet in transmissie zijn.

Inzoverre het nieuwe artikel 88ter, §5 toelaat om een heimelijke zoeking in een informaticasysteem te doen, is de kans zeer reëel dat daarbij ongewild gegevens zullen zichtbaar worden welke eigenlijk gegevens zijn die privé-communicatie of –telecommunicatie in een of andere fase van de overbrenging ervan zijn. Eigenlijk zouden deze gegevens het voorwerp moeten uitmaken van een interceptie conform artikel 90ter, dat op straffe van nietigheid is voorgeschreven. Men kan bijvoorbeeld bij het kopiëren van een mailbox stoten op berichten die door de bestemming nog niet gelezen zijn, en die dus geacht moeten worden nog in transmissie te zijn. Daarom is een extra §6 in artikel 88ter nodig, dat fungeert als brugartikel tussen de artikelen 88ter en 90ter, waarbij men zo snel als mogelijk na elke inbeslagname nagaat of in beslag genomen gegevens mogelijks beschouwd moeten worden als zijnde gegevens in transmissie. In die gevallen zal de onderzoeksrechter dan de nodige maatregelen moeten nemen om aan de voorwaarden van de artikelen 90ter en volgende te voldoen en vanaf dat moment de daar voorziene procedure te volgen. Het gaat dan ondermeer om de bijkomende motiveringen in de beschikking voorzien door artikel 90quater, de beslissing gedurende welke periode de maatregel van 90ter kan voortgezet worden, de overschrijving van de relevante passages, etc.

§6 van artikel 88ter moet dus beschouwd worden als een extra waarborg voor de rechtsonderhorigen. Men vermijdt dat het artikel over de netwerkzoeking aangewend wordt om gegevens in transmissie te onderscheppen, door duidelijk te voorzien dat in die gevallen de

Cette problématique est d'ailleurs décrite en détail dans l'article "Internetrecherche: informaticatap en netwerkzoeking, licht aan het einde van de tunnel", de P. Van Linthout et J. Kerkhofs (T. Strafr., Kluwer, 2008, n° 2 d'avril 2008, p. 79-95). Les auteurs soulignent que dans de nombreux cas, les juges d'instruction rendent deux ordonnances : une combinaison de recherche dans un système informatique (art. 88ter) et d'écoute informatique (art. 90ter) vu que dans la réalité de l'Internet il est a priori impossible de déterminer si certaines données sont ou non en transmission.

Dans la mesure où le nouvel article 88ter, § 5, permet d'effectuer une recherche en secret dans un système informatique, le risque est bien réel que des données faisant en fait partie de communications ou de télécommunications privées dans une autre phase de la transmission soient involontairement visibles. Ces données devraient en fait faire l'objet d'une interception conformément à l'article 90ter, prescrit à peine de nullité. En copiant une boîte mail, on peut, par exemple, tomber sur des messages qui n'ont pas encore été lus par le destinataire et qui doivent par conséquent être considérés comme étant toujours en transmission. C'est pourquoi il est nécessaire de compléter l'article 88ter par un § 6 qui sert de passerelle entre les articles 88ter et 90ter et qui prévoit qu'après chaque saisie on vérifie le plus rapidement possible si les données saisies doivent éventuellement être considérées comme des données en transmission. En pareils cas, le juge d'instruction devra prendre les mesures nécessaires afin de satisfaire aux conditions des articles 90ter et suivants et de suivre à partir de ce moment la procédure prévue. Il s'agit notamment des motivations complémentaires figurant dans l'ordonnance prévue par l'article 90quater, de la décision indiquant la période pendant laquelle la mesure visée à l'article 90ter peut être poursuivie, de la transcription des passages pertinents, ...

L'article 88ter, § 6, doit donc être considéré comme une garantie supplémentaire pour les justiciables. On évite que l'article sur la recherche dans un système informatique soit utilisée pour intercepter des données en transmission en précisant clairement qu'en

onderzoeksrechter steeds zal moeten tussenkomen en de op straffe van nietigheid voorgeschreven procedures van de artikelen 90ter en volgende zal moeten volgen.

### **Artikel 9**

1° De eerste wijziging in artikel 9 betreft artikel 90ter, § 1, tweede lid, dat ingevoegd werd door de wet van 6 januari 2003 om het direct af luisteren met behulp van technische middelen in een woning of in een private plaats mogelijk te maken. Er kan verwezen worden naar de Memorie van Toelichting dienaangaande (Parl. St., Kamer, 2001-2002, 50-1688/001, p. 60-63).

Het artikel wordt verfijnd, teneinde meer juridische duidelijkheid te bieden nopens de juiste draagwijdte ervan.

Het huidige artikel 90ter, § 1, eerste lid van het Wetboek van Strafvordering laat de onderzoeksrechter toe privé-communicatie of telecommunicatie, tijdens de overbrenging ervan, af te luisteren, er kennis van te nemen of op te nemen.

Op basis van ditzelfde artikel is het dus momenteel ook reeds mogelijk voor de onderzoeksrechter om privé-communicatie of telecommunicatie *tussen computers of informaticasystemen* tijdens de overbrenging ervan, af te luisteren, er kennis van te nemen of op te nemen.

Het huidige artikel 90ter, § 1, tweede lid van het Wetboek van Strafvordering laat de onderzoeksrechter toe, teneinde het mogelijk te maken om privé-communicatie of telecommunicatie direct af te luisteren, er kennis van te nemen of op te nemen met technische hulpmiddelen, te bevelen om te allen tijde, zelfs buiten medeweten of zonder de toestemming van de bewoner, de eigenaar of zijn rechthebbende, in een woning of in een private plaats binnen te dringen.

Op basis van ditzelfde artikel kan de onderzoeksrechter logischerwijze ook bevelen om, zelfs heimelijk, binnen te dringen in een woning of een private plaats om daar af luisterapparatuur of gelijkaardige software te installeren *op een computer of een informaticasysteem*.

pareils cas le juge d'instruction devra toujours intervenir et qu'il devra, à peine de nullité, suivre les procédures prescrites aux articles 90ter et suivants.

### **Article 9**

1° La première modification de l'article 9 concerne l'article 90ter, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, inséré par la loi du 6 janvier 2003 en vue de permettre l'écoute directe dans un domicile ou dans un lieu privé à l'aide de moyens techniques. Il peut être renvoyé à l'exposé des motifs y afférent (Doc. Chambre, 2001-2002, 50-1688/001, pp. 60-63).

L'article est affiné afin d'apporter une plus grande clarté juridique sur sa portée exacte.

L'actuel article 90ter, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code d'Instruction criminelle permet au juge d'instruction d'écouter, de prendre connaissance et d'enregistrer, pendant leur transmission, des communications ou des télécommunications privées.

Sur la base de ce même article, il est donc également déjà possible actuellement pour le juge d'instruction d'écouter, de prendre connaissance ou d'enregistrer, pendant leur transmission, des communications ou des télécommunications privées *entre des ordinateurs ou des systèmes informatiques*.

L'actuel article 90ter, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code d'Instruction criminelle prévoit qu'en vue de permettre l'écoute, la prise de connaissance ou l'enregistrement direct de communications ou télécommunications privées à l'aide de moyens techniques, le juge d'instruction peut à l'insu ou sans le consentement de l'occupant, du propriétaire ou de ses ayants droit, ordonner la pénétration, à tout moment, dans un domicile ou dans un lieu privé.

Sur la base de ce même article, le juge d'instruction peut également en toute logique ordonner la pénétration, même en secret, dans un domicile ou dans un lieu privé pour y installer un dispositif d'écoute ou un logiciel similaire *sur un ordinateur ou un système informatique*.

In het raam van de voortdurende technische evoluties en om met zekerheid elke mogelijke juridische controverse in de toekomst uit te sluiten, komt het echter aangewezen voor het artikel nog meer te verduidelijken, door er expliciet aan toe te voegen dat de politiediensten, uiteraard steeds onder dekking van een bevelschrift van de onderzoeksrechter, eenmaal binnen in de woning of in de private plaats, zich ook toegang kunnen verschaffen tot een computer of informaticasysteem, om er afluisterapparatuur of gelijkaardige software te installeren. Vandaar de toevoeging “*en er, zo nodig, zich toegang te verschaffen tot een informaticasysteem*”.

Tenslotte wordt herhaald dat alle basis- en vormvoorwaarden van de artikelen 90ter en volgende van het Wetboek van strafvordering hier gelden en dat de maatregel niet via een minionderzoek (cf. artikel 28septies) kan worden uitgevoerd.

2° Het huidige artikel 90ter, §5 van het Wetboek van Strafvordering voorziet dat ingeval van ontdekking op heterdaad de procureur des Konings een afluistermaatregel kan bevelen voor de strafbare feiten van afpersing (artikel 470 SWB) en gijzeling (artikel 347 bis SWB), doch slechts ten belope van 24 uur. Na het verstrijken van deze termijn dient de afluistermaatregel bevestigd door de onderzoeksrechter, indien hij de maatregel wenst te verlengen.

De praktijk leert dat deze termijn van 24 uur te kort is.

Met name ingeval van gijzeling, het weze een criminele of een terroristische gijzeling, dient immers onmiddellijk gereageerd te kunnen worden door het Openbaar Ministerie en de politiediensten binnen een welomschreven en vooraf bepaald kader, waarin zowel het parket als de politie op een gecoördineerde en op elkaar afgestemde wijze optreden om de afpersings- of gijzelingssituatie onder controle te krijgen.

Dit heeft in de praktijk geleid tot het oprichten van gespecialiseerde teams binnen de voornaamste parketten, bv. in Brussel (ingeval van een criminele gijzeling) en in het federaal parket (ingeval van een mobiele of niet lokaliseerbare criminele gijzeling of ingeval van een terroristische gijzeling) en binnen de gespecialiseerde politiediensten.

Vu les évolutions techniques permanentes et afin d'exclure avec certitude toute controverse juridique éventuelle dans le futur, il est néanmoins recommandé de clarifier encore davantage cet article en y ajoutant explicitement qu'une fois à l'intérieur du domicile ou du lieu privé, les services de police peuvent, bien entendu toujours sous le couvert d'un mandat du juge d'instruction, accéder à un ordinateur ou à un système informatique afin d'y installer un dispositif d'écoute ou un logiciel similaire. C'est la raison pour laquelle les mots '*et, si nécessaire, y accéder à un système informatique*' ont été ajoutés.

Enfin, il est répété que toutes les conditions de fond et de forme des articles 90ter et suivants du Code d'Instruction criminelle s'appliquent et que la mesure ne peut pas être exécutée via une mini-instruction (cf. article 28septies).

2° L'actuel article 90ter, § 5, du Code d'Instruction criminelle prévoit qu'en cas de flagrant délit, le procureur du Roi peut, pour 24 heures uniquement, ordonner une mesure d'écoute pour les infractions d'extorsion (article 470 du Code pénal) et de prise d'otages (article 347bis du Code pénal). A l'expiration de ce délai, la mesure d'écoute doit être confirmée par le juge d'instruction, s'il décide de la prolonger.

La pratique montre que ce délai de 24 heures est trop court.

En effet, en cas de prise d'otages, qu'elle soit criminelle ou terroriste, le ministère public et les services de police doivent pouvoir réagir sans délai dans un cadre préalablement défini, dans lequel tant le parquet que la police interviennent de manière coordonnée et harmonisée pour contrôler la situation d'extorsion ou de prise d'otages.

Cela a conduit dans la pratique à la création d'équipes spécialisées au sein des principaux parkets, comme par exemple à Bruxelles (en cas de prise d'otages criminelle), au parquet fédéral (en cas de prise d'otages mobile ou non localisable ou en cas de prise d'otages terroriste) et dans les services de police spécialisés.

Ingeval van een terroristische gijzeling bestaan dwingende richtlijnen nopens het afhandelen van een dergelijke situatie, met de oprichting van een operationele staf en een beleidsstaf onder het gezamenlijke voorzitterschap van de Eerste Minister en de federale procureur. Deze richtlijnen werden goedgekeurd door het Ministerieel Comité voor Inlichtingen en Veiligheid.

In al deze gevallen is de rol van éénieder, uiteraard rekening houdend met zijn specifieke bevoegdheden, welbepaald en vooraf bekend bij de andere partij, waarbij het van cruciaal belang is dat het geheel als een goed geoliede machine functioneert in de afhandeling van een dergelijke crisissituatie.

De praktijk leert ook dat één van de voornaamste middelen waarover de rechtshandhavingdiensten beschikken om een gijzelingssituatie onder controle te krijgen de af luistermaatregel bedoeld in artikel 90ter van het Wetboek van Strafvordering is. Dit betekent dat deze af luistermaatregel zeer snel zal worden toegepast.

Het gevolg daarvan is uiteraard dat, met de huidige beperkingen van de termijn van 24 uur van artikel 90ter, §5, tweede lid van het Wetboek van Strafvordering heel snel een beroep gedaan moet worden op een onderzoeksrechter. Dit heeft een aantal belangrijke gevolgen.

Zo maakt de onderzoeksrechter geen deel uit van hiërarchische structuur van het Openbaar Ministerie, valt hij niet onder het gezag van de minister van Justitie of de procureur-generaal waardoor hij onafhankelijk kan optreden en hierdoor in conflict zou kunnen komen met het strafrechtelijk beleid wat de gerechtelijke en politionele afhandelingen van gijzelingen betreft.

De onderzoeksrechter is met andere woorden vreemd aan de vooraf gemaakte afspraken ter afhandeling van een dergelijke crisissituatie binnen het gemeenschappelijke en gespecialiseerde team Openbaar Ministerie – politiediensten en de dwingende richtlijnen, waarin éénieders rol minutieus is vastgelegd, zijn op hem niet van toepassing.

Hij beschikt ook niet over de middelen en de

En cas de pris d'otages terroriste, il existe des directives contraignantes relatives au règlement d'une telle situation, qui s'accompagnent de la création d'un staff opérationnel et d'un staff stratégique placés sous la présidence conjointe du premier ministre et du procureur fédéral. Ces directives ont été approuvées par le Comité ministériel pour le Renseignement et la Sécurité.

Dans tous ces cas, le rôle de chacun, compte tenu bien entendu de ses compétences spécifiques, est bien défini et connu au préalable par l'autre partie. Il est donc essentiel dans le règlement d'une telle situation de crise que l'ensemble fonctionne comme une machine bien huilée.

La pratique montre également que l'un des principaux moyens dont disposent les services de maintien de l'ordre pour contrôler une situation de prise d'otages est la mesure d'écoute visée à l'article 90ter du Code d'Instruction criminelle. Cela signifie que cette mesure d'écoute sera appliquée très rapidement.

En conséquence, il est clair qu'avec les limitations actuelles du délai de 24 heures prévu à l'article 90ter, § 5, alinéa 2, du Code d'Instruction criminelle, il convient de faire très rapidement appel à un juge d'instruction. Cela engendre un certain nombre de conséquences importantes.

Le juge d'instruction ne faisant pas partie de la structure hiérarchique du ministère public et ne relevant pas de l'autorité du ministre de la Justice ou du procureur général, il peut agir en toute indépendance et ainsi entrer éventuellement en conflit avec la politique criminelle relative aux règlements judiciaire et policier de prises d'otages.

En d'autres termes, le juge d'instruction est étranger aux accords préalablement conclus en vue du règlement d'une telle situation de crise au sein de l'équipe commune et spécialisée ministère public – services de police et n'est pas soumis aux directives contraignantes définissant avec minutie le rôle de chacun.

Il ne dispose pas non plus des moyens et de

organisatie van het parket, met name van het federaal parket, teneinde dergelijke crisissituaties te beheersen.

Bovendien komt het, op grond van de aard zelf van zijn functie en ten gevolge van de verplichtingen en verantwoordelijkheden die deze impliceren, niet aan de onderzoeksrechter, maar wel aan het Openbaar Ministerie toe om bepaalde zeer belangrijke beslissingen te nemen, zoals bv. het geheel of gedeeltelijk neutraliseren van de gijzelnemer.

Tenslotte verbiedt zijn statuut als rechter hem bepaalde taken te vervullen of beslissingen te nemen die geen onderzoekshandelingen zijn, zoals taken in verband met de onderhandelingen met de gijzelnemers.

Het onmiddellijk en ab initio vorderen van een onderzoeksrechter ter afhandeling van een gijzelingssituatie, lijkt daarom niet aangewezen.

Om die redenen wordt voorgesteld de mogelijkheid die de procureur des Konings thans al bezit om een af luistermaatregel te bevelen op basis van artikel 90ter, §5 van het Wetboek van Strafvordering, voor wat betreft de specifieke situatie van de criminele of de terroristische gijzeling voorzien in artikel 347bis van het Strafwetboek, niet te beperken tot het geval van de ontdekking op heterdaad en de daaropvolgende eerste 24 uur, maar wel deze maatregel mogelijk te maken voor de ganse tijd dat het strafbaar feit duurt. Op die manier is er geen onderbreking van de leiding van de operatie en blijft er een eenheid van commando bestaan voor de volledige duur van de gijzeling.

Na afloop van de gijzeling is het dan aan de procureur des Konings om te beslissen of het noodzakelijk is een onderzoeksrechter te vorderen. Dit kan het geval zijn wanneer hij van oordeel is dat nieuwe tapmaatregelen mogelijk zijn. Op dat ogenblik is er echter geen sprake meer van heterdaad, zodat enkel de onderzoeksrechter bevoegd is een nieuwe maatregel te bevelen. Wanneer de procureur echter van oordeel is dat na afloop van de gijzeling er geen nood is aan verdere onderzoeksmaatregelen waarvoor enkel een onderzoeksrechter bevoegd is, is het niet noodzakelijk deze te vorderen. Er wordt immers algemeen aangenomen dat in de huidige situatie de onderzoeksrechter de telefoontapmaatregel die door de procureur des

l'organisation du parquet, à savoir du parquet fédéral, pour maîtriser de telles situations de crise.

En outre, de par la nature même de sa fonction de juge d'instruction et des obligations et responsabilités qui en découlent, ce n'est pas à lui mais au ministère public qu'il appartient de prendre certaines décisions très importantes, comme la neutralisation en tout ou partie du preneur d'otages.

Enfin, son statut de juge lui interdit d'accomplir certaines tâches ou de prendre des décisions qui ne constituent pas des actes d'instruction, comme les tâches liées aux négociations avec les preneurs d'otages.

La saisine immédiate et ab initio d'un juge d'instruction en vue du règlement d'une situation de prise d'otages ne semble par conséquent pas indiquée.

Pour ces raisons, il est proposé, en ce qui concerne la situation spécifique de la prise d'otages criminelle ou terroriste prévue à l'article 347bis du Code pénal, de ne pas limiter la possibilité actuelle du procureur du Roi d'ordonner une mesure d'écoute sur la base de l'article 90ter, § 5, du Code d'Instruction criminelle au cas du flagrant délit et aux 24 premières heures qui le suivent mais d'autoriser cette mesure tant que cette infraction perdure. Cela permettrait de ne pas interrompre la direction de l'opération et de conserver une unité de commandement pour toute la durée de la prise d'otages.

A l'issue de la prise d'otages, il appartient alors au procureur du Roi de décider de la nécessité de requérir un juge d'instruction. Cela peut être le cas lorsqu'il estime que de nouvelles mesures d'écoute sont possibles. A ce moment, il n'est toutefois plus question de flagrant délit, de sorte que seul le juge d'instruction est compétent pour ordonner une nouvelle mesure. Cependant, lorsque le procureur estime qu'à l'issue de la prise d'otages il n'y a pas lieu de prendre d'autres mesures d'instruction pour lesquelles seul le juge d'instruction est compétent, il n'est pas nécessaire de requérir celui-ci. Il est en effet communément admis que dans cette situation, le juge d'instruction ne confirme pas en tant que telle la mesure d'écoute

Konings of de federale procureur werd bevolen ingeval van heterdaad, niet bevestigd als dusdanig. Het openbaar ministerie kan in geval van heterdaad de maatregel bevelen gedurende de eerste 24 uur, en nadien komt de beslissing tot verderzetting of stopzetting van de maatregel aan de onderzoeksrechter toe. De onderzoeksrechter valideert echter op dat moment niet de maatregel die de voorbije 24 uur door het openbaar ministerie werd bevolen. Hij controleert m.a.w. het openbaar ministerie niet. Indien de onderzoeksrechter na 24 uur door het openbaar ministerie wordt gevat, omdat dit van oordeel is dat de lopende maatregel in het belang van het onderzoek dient te worden verdergezet, neemt de onderzoeksrechter uiteraard wel autonoom de beslissing de tapmaatregel verder te zetten, dan wel te stoppen. Het komt hem echter niet toe zich uit te spreken over de wettigheid van de reeds bevolen en lopende maatregel en deze met terugwerkende kracht ongedaan te maken en nietig te verklaren. Dit is een bevoegdheid die desgevallend enkel door de Kamer van Inbeschuldigingstelling kan worden uitgeoefend op basis van artikel 235bis van het Wetboek van Strafvordering. Ditzelfde regime blijft dus gelden ingeval van ontdekking op heterdaad van een gijzeling, waarbij na afloop van de gijzeling de onderzoeksrechter al dan niet kan tussenkomen alnaargelang het geval.

Deze toelichting geldt overigens ook voor artikel 7, 1° van huidig wetsontwerp, waar een gelijkaardige wijziging wordt aangebracht aan artikel 88bis, § 1, vijfde lid van het Wetboek van Strafvordering.

### **Artikel 10**

Dit artikel maakt het mogelijk dat de machtiging tot het afluisteren, kennisnemen of opnemen van privé-communicatie of –telecommunicatie (maatregel voorzien bij artikel 90ter van het Wetboek van Strafvordering) in spoedeisende gevallen ook mondeling kan worden verleend. Artikel 90quater voorziet dat de onderzoeksrechter een met redenen omklede beschikking dient te nemen met een aantal vermeldingen, die voorgeschreven zijn op straffe van nietigheid. Het artikel voorziet echter niet dat deze beschikking in spoedeisende gevallen mondeling kan worden verleend. Wanneer de mondeling verleende machtiging schriftelijk bevestigd wordt, zal de beschikking

téléphonique ordonnée par le procureur du Roi ou le procureur fédéral en cas de flagrant délit. Le ministère public peut, en cas de flagrant délit, ordonner la mesure pendant les premières 24 heures. Ensuite, la décision de poursuivre la mesure ou d'y mettre fin incombe au juge d'instruction. A ce moment, le juge d'instruction ne valide toutefois pas la mesure ordonnée par le ministère public au cours des 24 heures écoulées. En d'autres termes, il ne contrôle pas le ministère public. Si le juge d'instruction est saisi après 24 heures par le ministère public parce que celui-ci estime que la mesure en cours doit être poursuivie dans l'intérêt de l'enquête, le juge d'instruction prend évidemment en toute autonomie la décision de poursuivre la mesure d'écoute ou d'y mettre fin. Il ne lui appartient toutefois pas de se prononcer sur la légitimité de la mesure déjà ordonnée et en cours et de la déclarer nulle et non avenue avec effet rétroactif. Il s'agit d'une compétence qui ne peut être exercée, le cas échéant, que pas la chambre des mises en accusation sur la base de l'article 235bis du Code d'Instruction criminelle. Ce même régime reste donc d'application en cas de flagrant délit d'une prise d'otages, situation dans laquelle, à l'issue de la prise d'otages, le juge d'instruction peut, selon le cas, intervenir ou non.

Ce commentaire s'applique d'ailleurs également à l'article 7, 1° du présent projet de loi, où une modification similaire est apportée à l'article 88bis, § 1<sup>er</sup>, alinéa 5, du Code d'Instruction criminelle.

### **Article 10**

Cet article permet qu'en cas d'urgence, l'ordonnance autorisant l'écoute, la prise de connaissance ou l'enregistrement de communications ou de télécommunications privées (mesure prévue à l'article 90ter du Code d'Instruction criminelle) soit également accordée verbalement. L'article 90quater dispose que le juge d'instruction doit rendre une ordonnance motivée comportant un certain nombre d'indications, prescrites à peine de nullité, mais ne prévoit pas que cette ordonnance puisse être rendue verbalement en cas d'urgence. Dès lors, la confirmation écrite de l'ordonnance rendue verbalement devra également contenir toutes ces

dan ook al deze vermeldingen moeten bevatten. Er kan verwezen worden naar de uitleg bij artikel 7 van huidig voorontwerp van wet.

### **Artikel 11**

Artikel 90decies van het Wetboek van Strafvordering bepaalt dat de Minister van Justitie ieder jaar verslag uitbrengt aan het Parlement over de toepassing van een aantal onderzoeksmaatregelen. O.a. de tapmaatregel (artikelen 90ter e.v.), de uitgestelde tussenkomst (artikel 40bis), het onderscheppen en openen van post (artikelen 46ter en 88sexies), de inijkoperatie (artikel 89ter), de anonimiteit van getuigen (artikelen 86bis en 86ter) en de bescherming van getuigen (artikelen 102 tot 111) dienen het voorwerp uit te maken van dat verslag. Ook de bijzondere opsporingsmethoden bedoeld in de artikelen 47ter e.v. en 56bis worden in dit artikel opgesomd.

In die optiek lijkt het dan logisch om ook de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden met het oog op de opsporing van personen die zich onttrokken hebben aan de uitvoering van straffen of vrijheidsberovende maatregelen, het voorwerp te laten uitmaken van een verslag door de Minister van Justitie. Omdat het in de praktijk over één verslag gaat en alle maatregelen in artikel 90decies gegroepeerd staan, worden ook de artikelen 524quater en 524quinquies van het Wetboek van Strafvordering, ingevoerd door artikel 14 van huidig ontwerp, opgenomen in dit artikel.

Verder is het ook onlogisch dat de inijkoperatie in een woning (artikel 89ter) opgenomen is in de rapportage, terwijl dit niet het geval is voor de inijkoperatie in een private plaats (artikel 46quinquies). In de praktijk is deze laatste al opgenomen in de jaarlijkse rapporten. Vandaar dat het voorontwerp van wet dit artikel ook toevoegt in artikel 90decies.

### **Artikel 12**

Artikel 12 bevat een wijziging aan artikel 235ter van het Wetboek van Strafvordering, het artikel dat de wettigheidscontrole op de bijzondere opsporingsmethoden door de Kamer van

indications. Il peut être renvoyé au commentaire de l'article 7 du présent avant-projet de loi.

### **Article 11**

L'article 90decies du Code d'Instruction criminelle dispose que le ministre de la Justice fait rapport annuellement au Parlement sur l'application d'un certain nombre de mesures d'investigation. Ce rapport doit traiter entre autres des mesures d'écoute (articles 90ter et suivants), de l'intervention différée (article 40bis), de l'interception et de l'ouverture de courrier (articles 46ter et 88sexies), du contrôle visuel discret (article 89ter), de l'anonymat des témoins (articles 86bis et 86ter) et de la protection des témoins (articles 102 à 111). Cet article réfère en outre aux méthodes particulières de recherche visées aux articles 47ter et suivants et à l'article 56bis.

Dans cette optique, il paraît donc logique que la mise en œuvre de méthodes particulières de recherche en vue de rechercher des personnes qui se sont soustraites à l'exécution de peines ou de mesures privatives de liberté, fasse également l'objet d'un rapport du ministre de la Justice. Etant donné que dans la pratique, il s'agit d'un seul et même rapport et que l'ensemble des mesures sont regroupées à l'article 90decies, les articles 524quater et 524quinquies du Code d'Instruction criminelle, insérés par l'article 14 du présent projet, y sont également ajoutés.

Il est par ailleurs illogique que le contrôle visuel discret dans un domicile (article 89ter) figure dans le rapport alors que ce n'est pas le cas pour le contrôle visuel discret dans un lieu privé (article 46quinquies). Dans la pratique, ce dernier figure déjà dans les rapports annuels. C'est la raison pour laquelle l'avant-projet de loi ajoute également cet article à l'article 90decies.

### **Article 12**

L'article 12 apporte une modification à l'article 235ter du Code d'Instruction criminelle, l'article relatif au contrôle de légalité des méthodes particulières de recherche par la

Inbeschuldigingstelling betreft.

In artikel 235ter, §2 wordt een lid toegevoegd dat stelt dat de Kamer van Inbeschuldigingstelling, wanneer zij de zaak in beraad houdt om haar arrest uit te spreken, de dag voor die uitspraak dient te bepalen, naar analogie met de regeling voorzien voor de raadkamer in artikel 127, §4, laatste lid. Dit is belangrijk omdat vanaf die dag de termijn voor voorziening in cassatie begint te lopen. Het Grondwettelijk Hof heeft immers artikel 235ter, §6, volgens dewelke er geen rechtsmiddel openstond tegen het arrest van de Kamer van Inbeschuldigingstelling, vernietigd. Deze paragraaf werd, zoals hoger gezegd, heropgenomen door de wet van 16 januari 2009 tot wijziging van de artikelen 189ter, 235ter, 335bis en 416 van het Wetboek van Strafvordering. Bij ontstentenis van specifieke termijnen in deze procedure zouden de termijnen van gemeenrecht van toepassing zijn, wat een niet onbelangrijke vertraging in de procedure tot gevolg zou hebben. Daarom voert het wetsontwerp specifieke termijnen in voor het cassatieberoep tegen een arrest van de Kamer van Inbeschuldigingstelling ex artikel 235ter.

### **Artikel 13**

Het Grondwettelijk Hof heeft in haar arrest nr. 105/2007 van 19 juli 2007 artikel 235ter, § 6 van het Wetboek van Strafvordering vernietigd, volgens hetwelk er tegen de controle van het vertrouwelijk dossier inzake de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie door de Kamer van Inbeschuldigingstelling geen rechtsmiddel openstond. Het Hof aanvaardde niet dat de wettigheidcontrole door het Hof van Cassatie in deze uitgesloten werd, en hanteerde daartoe onder meer volgende argumenten:

“De uitsluiting van het cassatieberoep tegen de arresten gewezen met toepassing van artikel 235ter van het Wetboek van strafvordering werd verantwoord door het noodzakelijke geheim karakter van de gegevens vervat in het vertrouwelijke dossier, die uitsluitend het voorwerp kunnen zijn van de controle door de magistraten van de kamer van inbeschuldigingstelling (*Parl. St.*, Kamer, 2005-2006, DOC 51-2055/001, p. 63).

chambre des mises en accusation.

Il est ajouté à l'article 235ter, § 2, un alinéa aux termes duquel lorsque la chambre des mises en accusation tient la cause en délibéré pour prononcer son arrêt, elle fixe le jour du prononcé, par analogie avec la réglementation prévue pour la chambre du conseil à l'article 127, § 4, dernier alinéa. C'est important car c'est à partir de ce jour que le délai pour un pourvoi en cassation commence à courir. La Cour constitutionnelle a en effet annulé l'article 235ter, § 6, qui disposait que l'arrêt de la chambre des mises en accusation n'était susceptible d'aucun recours. Comme indiqué plus haut, ce paragraphe avait été réintégré par la loi du 16 janvier 2009 modifiant les articles 189ter, 235ter, 335bis et 416 du Code d'Instruction criminelle. A défaut de délais spécifiques dans cette procédure, les délais prévus par le droit commun seraient d'application, ce qui entraînerait un retard non négligeable dans la procédure. C'est la raison pour laquelle le projet de loi introduit des délais spécifiques pour le pourvoi en cassation contre un arrêt de la chambre des mises en accusation rendu en application de l'article 235ter.

### **Article 13**

Dans son arrêt n°105/2007 du 19 juillet 2007, la Cour constitutionnelle a annulé l'article 235ter, § 6, du Code d'Instruction criminelle, aux termes duquel le contrôle par la chambre des mises en accusation du dossier confidentiel concernant les méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration n'était susceptible d'aucun recours. La Cour n'admettait pas que le contrôle de légalité par la Cour de cassation soit exclu en l'occurrence et avançait à cet effet notamment les arguments suivants :

‘L'exclusion du recours en cassation contre les arrêts rendus en application de l'article 235ter du Code d'Instruction criminelle a été justifiée par le caractère nécessairement secret des données du dossier confidentiel, qui peuvent être contrôlées uniquement par les magistrats de la chambre des mises en accusation (*Doc.*, Chambre, 2005-2006, DOC 51-2055/001, p.63)

Een dergelijke bekommernis zou kunnen verantwoordend dat enkel de magistraten van het Hof van Cassatie het recht zouden hebben om het vertrouwelijk dossier te raadplegen en dat de voorzitter van de kamer waarbij de zaak aanhangig is gemaakt, de noodzakelijke maatregelen zou dienen te nemen teneinde de bescherming van het vertrouwelijk dossier te verzekeren zoals, wat betreft de procedure voor de kamer van inbeschuldigingstelling, artikel 235ter, § 3, daarin voorziet. Door echter elk beroep tegen de controle van het vertrouwelijke dossier uit te sluiten is de wetgever verder gegaan dan datgene wat noodzakelijk was om de geheimhouding van de in dat dossier vervatte gevoelige gegevens te waarborgen.” (zie B. 16.4.)

“Voorts wordt aangevoerd dat de bescherming van het vertrouwelijk dossier een hoger belang is en dat geen enkel risico mag worden genomen, vermits met name het leven van de infiltranten op het spel staat.

Aangezien elke magistraat gehouden is tot het beroepsgeheim, is het niet verantwoord dat aan het Hof van Cassatie de toegang wordt geweigerd tot een dossier dat wordt gecontroleerd door de kamer van inbeschuldigingstelling, aangezien de vertrouwelijkheid van dat dossier op dezelfde wijze kan worden gewaarborgd in de beide rechtscollèges.” (zie B. 16.6.).

Het Grondwettelijk Hof laat in deze overwegingen verstaan dat het Hof van Cassatie ook inzage zou moeten hebben in het vertrouwelijk dossier. Sinds de vernietiging van artikel 235ter, § 6 door het Grondwettelijk Hof tot op heden is het vertrouwelijk dossier niet voorgelegd geweest aan het Hof van Cassatie, omdat daartoe een noodzakelijke wetwijziging nodig was in de artikelen 47septies, § 1, tweede lid en 47novies, § 1, tweede lid, handelend over het inzagerecht in het vertrouwelijk dossier. De artikelen 3 en 5 van huidig voorontwerp van wet voorzien in deze wetwijziging, en niets belet dus dat het Hof van Cassatie nu inzage kan hebben van het vertrouwelijk dossier.

Het voorontwerp van wet opteert er echter voor het Hof van Cassatie de keuze te laten. Artikel 13 van het voorontwerp voert een nieuw artikel 419 in het Wetboek van Strafvordering in waarin de procedure van cassatieberoep, en

Une telle préoccupation pourrait justifier que seuls les magistrats de la Cour de cassation aient le droit de consulter le dossier confidentiel et que le président de la chambre saisie prenne les mesures nécessaires en vue d'assurer la protection du dossier confidentiel, ainsi que le prévoit, en ce qui concerne la procédure devant la chambre des mises en accusation, l'article 235ter, § 3. Toutefois, en excluant tout recours contre le contrôle du dossier confidentiel, le législateur est allé au-delà de ce qui était nécessaire pour garantir le secret des données sensibles que contient ce dossier.’ (voir B. 16.4.).

‘Il est encore allégué que la protection du dossier confidentiel relève d'un intérêt supérieur et qu'on ne peut prendre aucun risque puisqu'il y va, notamment, de la vie des infiltrants.

Tout magistrat étant tenu au secret professionnel, il n'est pas justifié que soit refusé à la Cour de cassation l'accès à un dossier contrôlé par la chambre des mises en accusation, dès lors que la confidentialité de ce dossier peut être garantie de la même manière au sein des deux juridictions.’ (voir B. 16.6.).

La Cour constitutionnelle laisse entendre dans ces considérations que la Cour de cassation devrait également pouvoir consulter le dossier confidentiel. Depuis l'annulation de l'article 235ter, § 6, par la Cour constitutionnelle, le dossier confidentiel n'a encore jamais été soumis à la Cour de cassation car cela nécessitait une modification des articles 47septies, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, et 47novies, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, qui ont trait au droit de consultation du dossier confidentiel. Les articles 3 et 5 du présent avant-projet de loi réalisent cette modification de loi et rien ne s'oppose dès lors à ce que la Cour de cassation ait à présent accès au dossier confidentiel.

Cependant, l'option retenue dans l'avant-projet de loi est d'en laisser le choix à la Cour de cassation. L'article 13 de l'avant-projet introduit un nouvel article 419 dans le Code d'Instruction criminelle, qui règle la procédure

meer bepaald de beveiliging van het vertrouwelijk dossier geregeld wordt.

du pourvoi en cassation et plus précisément, la protection du dossier confidentiel.

§ 1, eerste lid, van dit nieuwe artikel stelt dat wanneer een beroep in cassatie tegen een arrest met toepassing van artikel 235ter ingesteld wordt, de kamer van het Hof van Cassatie bij wie de zaak aanhangig is gemaakt kan beslissen het vertrouwelijk dossier te raadplegen. Er zal dus geen automatische overdracht van het vertrouwelijk dossier naar het Hof van Cassatie zijn. De reden hiervoor ligt niet zozeer in juridische bezwaren tegen een automatische overdracht, doch eerder in de praktische moeilijkheid om deze vertrouwelijke dossiers op een veilige manier naar het Hof van Cassatie in Brussel te brengen. Bovendien staat het de kamer bij het Hof van Cassatie vrij om het vertrouwelijk dossier in te zien zo zij dit wil en nodig acht. Indien dit het geval is, richt zij daartoe een verzoek aan het openbaar ministerie, dat de nodige maatregelen dient te nemen om dit dossier op een veilige manier aan de procureur-generaal bij het Hof van cassatie over te maken.

Le § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de ce nouvel article dispose que lorsqu'un pourvoi en cassation est formé contre un arrêt en application de l'article 235ter, la chambre de la Cour de cassation saisie de l'affaire peut prendre la décision de consulter le dossier confidentiel. Le dossier confidentiel ne sera donc pas transféré automatiquement à la Cour de cassation. Les objections à un transfert automatique ne sont pas tant de nature juridique, mais résident plutôt dans la difficulté pratique d'amener ces dossiers confidentiels à la Cour de cassation de Bruxelles en toute sécurité. En outre, la chambre de la Cour de cassation dispose de la liberté de consulter le dossier confidentiel lorsqu'elle le souhaite et l'estime nécessaire. Si tel est le cas, elle adresse à cet effet une demande au ministère public, qui devra prendre les mesures nécessaires pour communiquer ce dossier d'une manière sécurisée au procureur général près la Cour de cassation.

Het tweede en derde lid van § 1, evenals § 3 zijn gelijkaardig met artikel 235ter, §§ 3 en 4, en betreffen de beveiliging van het vertrouwelijk dossier. Deze beveiliging dient gewaarborgd te worden tijdens de behandeling van de zaak en strekt zich uit tot het arrest van het Hof van Cassatie, net zoals dit het geval is bij de Kamer van Inbeschuldigingstelling. Er kan daarvoor nuttig verwezen worden naar de uitleg van de memorie van toelichting bij de wet van 27 december 2005 (Parl. St., Kamer, 2005-2006, 51-2055/001, p. 59-61).

Les alinéas 2 et 3 du § 1<sup>er</sup> ainsi que le § 3 sont similaires à l'article 235ter, §§ 3 et 4 et concernent la protection du dossier confidentiel. Cette protection doit être garantie pendant l'examen de l'affaire et s'étend à l'arrêt de la Cour de cassation, comme c'est le cas pour la chambre des mises en accusation. A cet égard, il peut être renvoyé utilement à l'exposé des motifs de la loi du 27 décembre 2005 (Doc., Chambre, 2005-2006, 51 2055/001, pp. 59-61).

§ 2 van het artikel tenslotte betreft de situatie waarin een inverdenkinggestelde zich in voorlopige hechtenis bevindt en neemt de regeling over van artikel 31, § 3 van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis (cassatieberoep betreffende de controle op de voorlopige hechtenis).

Enfin, le § 2 du présent article concerne la situation où un inculpé se trouve en détention préventive; ce paragraphe reprend la réglementation de l'article 31, § 3, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive (pourvoi en cassation concernant le contrôle de la détention préventive).

#### **Artikel 14**

Artikel 14 van het voorontwerp van wet voegt een nieuw Hoofdstuk IX in Titel VI ("Enige rechtsplegingen van bijzondere aard") van het Wetboek van Strafvordering in, betreffende de opsporing van personen die zich onttrokken

#### **Article 14**

L'article 14 de l'avant-projet de loi insère un nouveau chapitre IX dans le Titre IV ("De quelques procédures particulières") du Code d'Instruction criminelle, relatif à la recherche de personnes qui se sont soustraites à

hebben aan de uitvoering van straffen of vrijheidsberovende maatregelen.

l'exécution de peines ou de mesures privatives de liberté.

Het aanwenden van de bijzondere opsporingsmethoden met het oog op de strafuitvoering, zoals ingevoerd door de wet van 27 december 2005 in artikel 47ter, § 1, derde lid van het Wetboek van Strafvordering werd door het Grondwettelijk Hof in zijn arrest nr. 105/2007 niet aanvaard. Het Hof struikelde over het feit dat de wetgever onvoldoende de toepassingsvoorwaarden van die maatregelen heeft gedefinieerd en dat over de tenuitvoerlegging geen controle aan een rechter wordt toevertrouwd:

Dans son arrêt n° 105/2007, la Cour constitutionnelle n'a pas accepté la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche en vue de l'exécution de la peine, telle qu'introduite par la loi du 27 décembre 2005 dans l'article 47ter, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3, du Code d'Instruction criminelle. La Cour voyait comme objections que le législateur n'avait pas défini suffisamment les conditions d'application de ces mesures et que le contrôle de leur mise en œuvre n'était confié à aucun juge :

“Doordat de wetgever zich ertoe beperkt op algemene wijze te verwijzen naar voorwaarden die het totaal andere geval beogen van maatregelen die worden toegepast op personen die worden verdacht van het plegen van misdrijven en die passen in het kader van een opsporingsonderzoek of een gerechtelijk onderzoek, heeft hij niet op voldoende wijze de toepassingsvoorwaarden van die maatregelen gedefinieerd in het raam van de strafuitvoering.

‘En se bornant à renvoyer, de manière générale, à des conditions qui visent l'hypothèse toute différente de mesures appliquées à des personnes soupçonnées de commettre des infractions et qui s'inscrivent dans le cadre d'une information ou d'une instruction judiciaires, le législateur n'a pas défini avec une précision suffisante les conditions d'application de ces mesures dans le cadre de l'exécution des peines.

Bovendien zou geen enkele onafhankelijke en onpartijdige rechter de tenuitvoerlegging van de bijzondere opsporingsmethoden kunnen controleren, vermits die buiten het in artikel 235ter van het Wetboek van strafvordering beoogde geval is gesitueerd en geen enkele bepaling die controle aan een andere rechter toevertrouwt. Die controle is des te meer noodzakelijk daar de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden afbreuk zal kunnen doen aan de fundamentele rechten van andere personen dan de persoon die werd veroordeeld.” (zie B. 7.6.).

Par ailleurs, aucun juge indépendant et impartial ne pourra contrôler la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche puisque celle-ci se situe en dehors de l'hypothèse visée à l'article 235ter du Code d'instruction criminelle et qu'aucune disposition ne confie ce contrôle à un autre juge. Ce contrôle est d'autant plus nécessaire que l'application des méthodes particulières de recherche peut porter atteinte aux droits fondamentaux d'autres personnes que celle qui a été condamnée.’ (voir B. 7.6.).

Het voorontwerp van wet voorziet dus een nieuwe regeling voor de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden met het oog op de opsporing van personen die zich onttrokken hebben aan de uitvoering van straffen of vrijheidsberovende maatregelen. Er kan herhaald worden dat enerzijds bij de federale politie een bijzondere eenheid werd opgericht, F.A.S.T. (Fugitives Active Search Team) genaamd, onder meer belast met het opsporen van veroordeelde personen die voortvluchtig zijn, en die sterk beknot worden in hun optreden doordat zij verstoken zijn van het gebruik van bijzondere opsporingsmethoden. Anderzijds voorziet het Verdrag tussen het

L'avant-projet de loi prévoit donc une nouvelle réglementation pour l'application des méthodes particulières de recherche en vue de la recherche de personnes qui se sont soustraites à l'exécution de peines ou de mesures privatives de liberté. D'une part, rappelons qu'une unité spéciale, dénommée F.A.S.T. (Fugitive Active Search Team), a été constituée à la police fédérale en vue notamment de rechercher les personnes condamnées en fuite et que cette unité est fortement entravée dans ses interventions du fait qu'elle ne peut pas recourir aux méthodes particulières de recherche. D'autre part, le Traité du 8 juin 2004 entre le Royaume de

Koninkrijk België, het Koninkrijk der Nederlanden en het Groothertogdom Luxemburg van 8 juni 2004 inzake grensoverschrijdend politieel optreden in een uitbreiding van de grensoverschrijdende observatie ten aanzien van personen die zich hebben onttrokken aan bepaalde vrijheidsbenemende straffen. Bovendien hebben de ons omringende landen zoals Nederland en Frankrijk reeds geruime tijd een regeling inzake het gebruik van bepaalde onderzoeksmethoden (niet alleen bijzondere opsporingsmethoden) voor de opsporing van voortvluchtige personen. Een nieuwe regeling betreffende deze materie dringt zich dus op.

Zoals het arrest van het Grondwettelijk Hof heeft bepaald, dient voor deze regeling voorzien te worden in enerzijds goed gedefinieerde toepassingsvoorwaarden en anderzijds een controle door een onpartijdige en onafhankelijke rechter.

Wat dit laatste betreft, stellen zich verschillende problemen. We bevinden ons hier immers in de fase van de strafuitvoering. Dit is een bijzondere fase, waarbinnen bijvoorbeeld het Hof van Cassatie van oordeel is dat artikel 6 E.V.R.M. niet geldt, juist omdat in deze procesfase reeds uitspraak werd gedaan over de gegrondheid van de vervolgingen. Er bestaat voor deze fase ook geen specifieke wetgeving en er is geen specifieke rechter voor aangeduid. Het is het openbaar ministerie dat belast is met de uitvoering van de straffen. Bij een controle door een onpartijdig en onafhankelijk rechter stelt zich dus de vraag welke rechter hiervoor het meest geschikt is.

De Kamer van Inbeschuldigingstelling is niet de goede instantie. Zij beschikt wel over de nodige know-how betreffende de bijzondere opsporingsmethoden als controle-instantie na het beëindigen van het opsporingsonderzoek of het gerechtelijk onderzoek, maar heeft geen enkele bevoegdheid tijdens de strafuitvoeringsfase. Het specifieke doel van de Kamer van Inbeschuldigingstelling is immers toezicht uit te oefenen op het verloop van het opsporingsonderzoek of het gerechtelijk onderzoek. Vanaf de regeling van de rechtspleging komt zij niet meer tussen in de gerechtelijke procedure die eventueel tot een veroordeling kan leiden (tenzij met toepassing van de artikelen 189ter of 335bis van het Wetboek van Strafvordering).

Belgique, le Royaume des Pays-Bas et le Grand-Duché de Luxembourg en matière d'intervention policière transfrontalière étend l'observation transfrontalière aux personnes qui se sont soustraites à certaines peines privatives de liberté. En outre, les pays limitrophes comme les Pays-Bas et la France disposent depuis assez longtemps d'une réglementation concernant la mise en œuvre de certaines méthodes d'investigation (pas uniquement des méthodes particulières de recherche) pour la recherche de personnes en fuite. Une nouvelle réglementation en la matière s'impose donc.

Comme le précise l'arrêt de la Cour constitutionnelle, cette réglementation devra être assortie, d'une part, de conditions d'application bien définies et, d'autre part, d'un contrôle par un juge impartial et indépendant.

A propos de ce dernier point, plusieurs problèmes se posent. En effet, nous nous situons en l'occurrence dans la phase de l'exécution des peines. Il s'agit d'une phase particulière, dans laquelle par exemple la Cour de cassation estime que l'article 6 de la CEDH n'est pas d'application car le bien-fondé des poursuites a précisément déjà été apprécié à ce stade de la procédure et pour laquelle il n'existe aucune législation spécifique et aucun juge spécifique n'est désigné. C'est le ministère public qui est chargé de l'exécution des peines. Un contrôle par un juge impartial et indépendant soulève dès lors la question de savoir quel juge est le plus apte à l'exercer.

La chambre des mises en accusation n'est pas l'instance indiquée. S'il est vrai qu'en sa qualité d'instance chargée du contrôle à la clôture de l'information ou de l'instruction, elle dispose du savoir-faire nécessaire concernant les méthodes particulières de recherche, elle n'est par contre investie d'aucune compétence pendant la phase de l'exécution des peines. L'objet spécifique de la chambre des mises en accusation est en effet le contrôle du déroulement de l'information et de l'instruction. A partir du règlement de la procédure, elle n'intervient plus dans la procédure judiciaire, laquelle peut éventuellement déboucher sur une condamnation (sauf en application des articles 189ter ou 335bis du Code

d’Instruction criminelle).

Ook de strafuitvoeringsrechtbanken zijn niet geschikt om deze controle uit te oefenen. Alleen al het feit dat zij niet alleen uit rechters zijn samengesteld, maakt het onmogelijk om de controle op bijzondere opsporingsmethoden aan deze rechtbanken toe te vertrouwen. Het Gerechtelijk Wetboek bepaalt immers dat naast de rechter gespecialiseerd in strafuitvoeringszaken er ook twee assessoren gespecialiseerd in penitentiaire zaken en in sociale reïntegratie zetelen. De samenstelling van de rechtbank is dan ook volledig gericht op het nemen van specifieke beslissingen betreffende strafuitvoeringsmodaliteiten, waarvoor een specifieke en niet noodzakelijk juridische kennis vereist is. Het gevolg is dat deze rechtbanken niet vertrouwd zijn met de materie van de bijzondere opsporingsmethoden. Bovendien zijn de wettelijke bepalingen inzake de alleenzettelende strafuitvoeringsrechter nog niet in werking getreden. Deze is slechts voorzien voor 1 september 2012.

De wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten voorziet overigens in het principe dat de initiële vattingsgrond van de strafuitvoeringsrechtbank pas plaatsgrijpt tijdens de uitvoering van de straf, op schriftelijk verzoek van de veroordeelde (voor elektronisch toezicht of beperkte detentie) ofwel op welbepaalde tijdstippen in het verloop van de strafuitvoering (voor voorwaardelijke invrijheidstelling). Dit heeft tot gevolg dat enerzijds de strafuitvoeringsrechtbank niet gevat kan worden wanneer de uitvoering van de straf nog niet begonnen is, en anderzijds dat het openbaar ministerie op dit moment geen bevoegdheid heeft om de strafuitvoeringsrechtbank te vatten. Er zou dus een nieuwe vattingsgrond voorzien moeten worden.

Er kan ook gewezen worden op een mogelijke schijn van partijdigheid die kan ontstaan wanneer de strafuitvoeringsrechtbank enerzijds een voorafgaande controle op de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden zou moeten doen, en anderzijds, in een later stadium een beslissing zou moeten nemen

Les tribunaux de l'application des peines ne sont eux non plus pas aptes à exercer ce contrôle. Le fait que ces tribunaux ne soient pas composés exclusivement de juges rend à lui seul impossible de leur confier le contrôle des méthodes particulières de recherche. Ils ne sont, en outre, pas familiarisés avec la matière. Le Code judiciaire dispose en effet qu'outre le juge spécialisé en application des peines, deux assesseurs spécialisés en matière pénitentiaire et en réinsertion sociale siègent dans ce tribunal. La composition du tribunal est dès lors entièrement axée sur la prise de décisions spécifiques concernant les modalités d'exécution des peines, ce qui nécessite des connaissances spécifiques, mais pas forcément juridiques. Il en résulte que ces tribunaux ne sont pas familiarisés avec la matière des méthodes particulières de recherche. En outre, les dispositions légales relatives au juge unique de l'application des peines ne sont pas encore entrées en vigueur. Cette entrée en vigueur n'est prévue que pour le 1<sup>er</sup> septembre 2012.

La loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine prévoit d'ailleurs le principe selon lequel la saisine initiale du tribunal de l'application des peines n'intervient que pendant l'exécution de la peine, à la demande écrite du condamné (pour la surveillance électronique ou la détention limitée) ou à des moments déterminés au cours de l'exécution de la peine (pour la libération conditionnelle). Ceci a pour effet, d'une part, que le tribunal de l'application des peines ne peut pas être saisi lorsque l'exécution de la peine n'a pas encore commencé et, d'autre part, que le ministère public n'a à ce moment aucune compétence pour saisir le tribunal de l'application des peines. Il faudrait dès lors prévoir un nouveau fondement de saisine.

On peut également relever une possible apparence de partialité susceptible de survenir si le tribunal de l'application des peines devait, d'une part, effectuer un contrôle préalable sur l'application des méthodes particulières de recherche et, d'autre part, décider dans une phase

omtrent het al dan niet toekennen van een bepaalde strafuitvoeringsmodaliteit.

Tenslotte zijn de strafuitvoeringsrechtbanken beperkt in aantal en niet op een permanente wijze georganiseerd, wat problematisch kan zijn indien tijdens de nacht of buiten de kantooruren bij hoogdringendheid (wat doorgaans het geval zal zijn) dient te worden opgetreden.

De vraag stelt zich ook nog welke sanctie verbonden zou moeten worden aan een eventuele onregelmatigheid die zou vastgesteld worden tijdens deze controle. Men kan zich moeilijk indenken dat een voortvluchtig persoon die opgepakt is met behulp van een bijzondere opsporingsmethode waarin een onregelmatigheid is gebeurd, opnieuw vrijgelaten kan worden als sanctie. Men dient goed voor ogen te houden dat het hier gaat om veroordeelde personen die zich om één of andere reden (voortvluchtig, of ontsnapt uit de gevangenis) hebben onttrokken aan de uitvoering van hun straf of vrijheidsberovende maatregel. Met andere woorden, er is een titel voor de vrijheidsbeneming, er is een vonnis of arrest waarbij een persoon schuldig werd bevonden. Het lijkt dan ook nutteloos een a posteriori controle aan de Kamer van Inbeschuldigingstelling, de strafuitvoeringsrechtbank of een andere rechterlijke instantie op te dragen, ook al omdat er zoals hoger gezegd geen sanctiemogelijkheid is.

Omwille van deze speciale situatie opteert het voorontwerp van wet voor een a priori controle door de onderzoeksrechter. De onderzoeksrechter is een onafhankelijke en onpartijdige rechter die ervaring heeft in het gebruik van de bijzondere opsporingsmethoden. De onderzoeksrechters zijn ook op een permanente basis georganiseerd met nacht –en weekenddiensten, en kunnen daarom makkelijk een dringende situatie het hoofd bieden. Het lijkt dan ook aangewezen dat hij degene is die mits een schriftelijke machtiging het gebruik van een bijzondere opsporingsmethode tijdens de strafuitvoeringsfase goedkeurt. Hij zal daarbij alle voorwaarden die gesteld worden moeten controleren. Na de machtiging van de onderzoeksrechter zal het openbaar ministerie zijn machtiging verder uitvoeren.

ultérieure de l'octroi ou non d'une modalité d'exécution de la peine déterminée.

Enfin, le nombre des tribunaux de l'application des peines est limité et ils ne sont pas organisés de manière permanente, ce qui peut poser problème s'il faut agir en extrême urgence (ce qui sera généralement le cas) pendant la nuit ou en dehors des heures de bureau.

Se pose également la question de savoir quelle devrait être la sanction pour une éventuelle irrégularité constatée au cours de ce contrôle. Il est difficilement imaginable qu'une personne en fuite appréhendée à l'aide d'une méthode particulière de recherche entachée d'une irrégularité puisse, à titre de sanction pour cette irrégularité, être relâchée. Il faut bien garder à l'esprit qu'il s'agit de personnes condamnées qui pour l'une ou l'autre raison (elles sont en fuite, ou se sont évadées de la prison) se sont soustraites à l'exécution de leur peine ou de leur mesure privative de liberté. En d'autres termes, la privation de liberté repose sur un titre, un jugement ou un arrêt qui a déclaré la personne coupable. Il semble dès lors inutile de confier un contrôle a posteriori à la chambre des mises en accusation, au tribunal de l'application des peines ou à une autre instance judiciaire, notamment parce que, comme on vient de le dire, il n'existe pas de possibilité de sanction.

En raison de cette situation particulière, l'avant-projet de loi opte pour un contrôle a priori effectué par le juge d'instruction. Le juge d'instruction est un juge indépendant et impartial expérimenté dans le recours aux méthodes particulières de recherche. Les juges d'instruction sont également organisés sur une base permanente, avec des services de nuit et de week-end, et peuvent donc facilement faire face à une situation urgente. Il semble par conséquent indiqué que ce soit lui qui, par le biais d'une autorisation écrite, approuve le recours à une méthode particulière de recherche au stade de l'exécution de la peine. Il devra dans ce cadre contrôler toutes les conditions posées. Après avoir reçu l'autorisation du juge d'instruction, le ministère public se chargera de son exécution.

Met andere woorden, de filosofie gevolgd door het voorontwerp van wet schrijft zich volledig in in het specifieke kenmerk dat wil dat het openbaar ministerie is dat belast is met de strafuitvoering. Wenst het daarin echter een bijzondere opsporingsmethode te gebruiken, dan dient toelating gevraagd te worden aan de onafhankelijke en onpartijdige rechter die de onderzoeksrechter is. Eenmaal die machtiging gegeven is door de onderzoeksrechter, is het openbaar ministerie verder meester over de toepassing van deze bijzondere opsporingsmethode.

Met deze filosofie voor ogen worden dus een artikel 524quater en 524quinquies ingevoegd in het Wetboek van Strafvordering.

### **Ontwerpartikel 524quater.**

Het artikel 524quater betreft de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie. Zoals al meermaals aangegeven door het Grondwettelijk Hof, heeft de informantenwerking een andere draagwijdte dan de observatie en de infiltratie, en daarom wordt aan de informantenwerking een apart artikel gewijd.

§ 1 van artikel 524quater bekrachtigt de hierboven uiteengezette filosofie van een a priori controle door de onderzoeksrechter. Met het oog op de opsporing van veroordeelde personen die zich onttrokken hebben aan de uitvoering van straffen of vrijheidsberovende maatregelen (gevangenisstraf of internering), kan het openbaar ministerie bij verzoekschrift vragen aan de onderzoeksrechter van de plaats waar de straf of de vrijheidsberovende maatregel is uitgesproken om de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden observatie of infiltratie te machtigen.

Met "veroordeelde personen" bedoelt men in deze context niet de "definitief" veroordeelde personen. Een persoon die veroordeeld is bij verstek, is immers nog niet definitief veroordeeld, en in dat geval zou men dus de bijzondere opsporingsmethoden niet kunnen gebruiken om deze persoon op te sporen. Een verstekvonnis is echter wel uitvoerbaar. Hetzelfde geldt voor een persoon die veroordeeld is in eerste aanleg en tussen dit

En d'autres termes, la philosophie de l'avant-projet de loi s'inscrit pleinement dans la spécificité qui veut que ce soit le ministère public qui est chargé de l'exécution de la peine. Toutefois, si dans ce cadre il souhaite appliquer une méthode particulière de recherche, il y a lieu d'en demander l'autorisation au magistrat indépendant et impartial qu'est le juge d'instruction. Une fois cette autorisation accordée par le juge d'instruction, le ministère public est maître de l'application de cette méthode particulière de recherche.

C'est cette philosophie qui a présidé à l'insertion d'un article 524quater et d'un article 524quinquies dans le Code d'Instruction criminelle.

### **Article 524quater en projet**

L'article 524quater traite des méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration. Comme déjà indiqué à plusieurs reprises par la Cour constitutionnelle, le recours aux indicateurs a une autre portée que l'observation et l'infiltration et fait, pour cette raison, l'objet d'un article distinct.

Le § 1<sup>er</sup> de l'article 524quater consacre la philosophie d'un contrôle a priori du juge d'instruction, telle qu'expliquée ci-dessus. En vue de rechercher des personnes condamnées qui se sont soustraites à l'exécution de peines ou de mesures privatives de liberté (emprisonnement ou internement), le ministère public peut demander, par une requête écrite au juge d'instruction du lieu où la peine ou la mesure privative de liberté a été prononcée, d'autoriser l'application des méthodes particulières de recherche de l'observation ou de l'infiltration.

Dans ce contexte, les termes "personnes condamnées" ne désignent pas les personnes condamnées "à titre définitif". En effet, une personne condamnée par défaut n'est pas encore définitivement condamnée et, dans cette hypothèse, on ne pourrait pas recourir aux méthodes particulières de recherche afin de la rechercher. Or, un jugement par défaut est toutefois exécutoire. Il en va de même pour une personne

moment en de procedure in beroep uit de gevangenis zou ontvluchten. Ook deze persoon is niet definitief veroordeeld, maar mag opgespoord worden met behulp van de bijzondere opsporingsmethoden.

Het voorontwerp van wet gebruikt de term "openbaar ministerie" in plaats van het gebruikelijke "procureur des Konings". Het zal uiteraard gaan om het openbaar ministerie bij de rechtbank of het hof dat de betrokken persoon heeft veroordeeld en die dus het dossier heeft beheerd. De praktische organisatiemodaliteiten binnen het Openbaar Ministerie zullen het voorwerp uitmaken van specifieke richtlijnen van het College van procureurs-generaal.

Het voorontwerp van wet voorziet ook dat wanneer een veroordeling in het buitenland is uitgesproken, het verzoekschrift wordt gericht aan de onderzoeksrechter van de plaats waar de veroordeelde persoon kan worden gevonden. Indien deze plaats niet gekend is, is het de federale procureur die de onderzoeksrechter bij de rechtbank van eerste aanleg te Brussel kan vatten.

De machtiging van de onderzoeksrechter zal in dit geval uitgevoerd kunnen worden over het gehele grondgebied van het Rijk.

§ 2 neemt het subsidiariteitsvereiste over: de maatregel moet onontbeerlijk zijn met het oog op het doel waarvoor de maatregel wordt bevolen: de opsporing van de persoon die zich onttrokken heeft aan zijn straf of vrijheidsberovende maatregel. Subsidiariteit veronderstelt normaal gezien ook dat "de overige middelen van onderzoek niet volstaan om de waarheid aan de dag te brengen". Zoals hoger gesteld beschikt men hier al over een definitieve veroordeling, m.a.w. de waarheid is al aan het licht gekomen, en er is dus geen onderzoek meer aan de gang. De onontbeerlijkheid van de maatregel is dan ook voldoende als subsidiariteit.

§ 3 bepaalt de proportionaliteitsvereisten voor de verschillende vormen van observatie, en voor de infiltratie. Die proportionaliteitsvereisten verschillen niet van de vereisten die in de artikelen 47sexies tot 47novies zijn opgenomen

condamnée en première instance et qui se serait évadée de la prison entre ce moment et la procédure en degré d'appel. Cette personne n'est elle non plus pas condamnée à titre définitif mais peut être recherchée au moyen de méthodes particulières de recherche.

L'avant-projet de loi utilise les termes "ministère public" au lieu des termes "procureur du roi" usuels. Il s'agira évidemment du ministère public près le tribunal ou la cour qui a condamné la personne concernée et qui a donc géré le dossier. Les modalités d'organisation pratiques au sein du ministère public feront l'objet de directives spécifiques du Collège des Procureurs généraux.

L'avant-projet de loi prévoit également que lorsqu'une condamnation a été prononcée à l'étranger, la requête est adressée au juge d'instruction du lieu où la personne condamnée peut être trouvée. Si ce lieu n'est pas connu, c'est le procureur fédéral qui peut saisir le juge d'instruction près le tribunal de première instance de Bruxelles.

Dans ce cas, l'autorisation du juge d'instruction pourra être exécutée sur l'ensemble du territoire du royaume.

Le § 2 reprend la condition de subsidiarité : la mesure doit être indispensable pour l'objet pour lequel elle est ordonnée : la recherche de la personne qui s'est soustraite à sa peine ou à sa mesure privative de liberté. Normalement, la subsidiarité suppose également que "les autres moyens d'investigation ne suffisent pas à la manifestation de la vérité". Or, comme indiqué plus haut, une condamnation définitive est déjà intervenue en l'occurrence. En d'autres termes, la vérité s'est déjà manifestée et il n'y a donc plus d'investigation en cours. Le caractère indispensable de la mesure est dès lors suffisant au titre de la subsidiarité.

Le § 3 définit les conditions de proportionnalité pour les différentes formes de l'observation ainsi que pour l'infiltration. Ces conditions de proportionnalité ne diffèrent pas de celles figurant aux articles

met betrekking tot de observatie en de infiltratie in het opsporingsonderzoek of gerechtelijk onderzoek.

47sexies à 47novies concernant l'observation et l'infiltration au stade de l'information ou de l'instruction.

Er dient opgemerkt dat er niet wordt gekeken naar de veroordeling op zichzelf om de proportionaliteit te bepalen, maar wel naar het strafbare feit waarvoor de persoon in kwestie veroordeeld is. Zo wordt bijvoorbeeld vermeden dat een persoon die veroordeeld is tot een correctionele gevangenisstraf van één jaar voor een misdrijf als bedoeld in artikel 90ter, §§ 2, 3 en 4 wel het voorwerp zou kunnen uitmaken van een observatie met gebruik van technische hulpmiddelen (vereiste: een correctionele gevangenisstraf van één jaar), maar niet van een observatie met technische hulpmiddelen met zicht in een woning (vereiste: een misdrijf van de lijst van artikel 90ter, §§ 2, 3 en 4). Door te verwijzen naar het strafbare feit waarvoor de persoon in kwestie is veroordeeld, wordt deze dubbelzinnigheid vermeden.

Il convient d'observer que l'on ne considère pas la condamnation en soi pour déterminer la proportionnalité mais bien l'infraction pour laquelle la personne concernée a été condamnée. Cela permet, par exemple, d'éviter qu'une personne condamnée à un emprisonnement correctionnel d'un an pour une infraction visée à l'article 90ter, §§ 2, 3 et 4, puisse faire l'objet d'une observation effectuée à l'aide de moyens techniques (condition : emprisonnement correctionnel d'un an) et non d'une observation effectuée à l'aide de moyens techniques en vue d'avoir une vue dans un domicile (condition : infraction énumérée dans la liste prévue à l'article 90ter, §§ 2, 3 et 4). Le fait de faire référence à l'infraction pour laquelle la personne concernée a été condamnée permet de lever cette ambiguïté.

Zo zal een observatie met gebruik van technische hulpmiddelen enkel gemachtigd kunnen worden wanneer de strafbare feiten waarvoor de straf of de vrijheidsberovende maatregel is uitgesproken, een correctionele gevangenisstraf van één jaar of een zwaardere straf tot gevolg kunnen hebben.

Ainsi, une observation effectuée à l'aide de moyens techniques ne pourra être autorisée que si les infractions pour lesquelles la peine ou la mesure privative de liberté a été prononcée peuvent donner lieu à un emprisonnement correctionnel d'un an ou à une peine plus lourde.

De technische hulpmiddelen dienen hier uiteraard gedefinieerd te worden zoals dat het geval is in artikel 47sexies, §1, derde lid. De aanvang van artikel 524quater, §1 stelt ook duidelijk dat het gaat om de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie "zoals omschreven in de artikelen 47sexies tot 47novies". Definities die daar gegeven worden gelden dan ook vice versa in de regeling voor de fase van de strafuitvoering.

Il convient évidemment de définir à présent les moyens techniques, comme c'est le cas à l'article 47sexies, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3. Le début de l'article 524quater, § 1<sup>er</sup>, précise clairement qu'il s'agit des méthodes particulières de l'observation et de l'infiltration "définies aux articles 47sexies à 47novies". Les définitions qui y sont données s'appliquent dès lors mutatis mutandis dans le cadre des modalités relatives au stade de l'exécution de la peine.

Verder bevat § 3 ook de klassieke bescherming van de lokalen aangewend voor beroepsdoeleinden of de woonplaats van een advocaat of een arts, zoals die ook is opgenomen in de artikelen 47sexies en volgende, en bijvoorbeeld ook in de artikelen 90ter en volgende betreffende de telefoontap.

Le § 3 contient en outre la classique disposition de protection des locaux utilisés à des fins professionnelles ou comme résidence par un avocat ou un médecin, telle qu'elle figure également aux articles 47sexies et suivants ainsi que, par exemple, aux articles 90ter et suivants en matière d'écoutes téléphoniques.

§ 4 betreft de start van de procedure: het verzoekschrift van het openbaar ministerie, en daarop volgend eventueel de machtiging van de onderzoeksrechter. Bij de invulling van de

Le § 4 concerne l'engagement de la procédure : la requête écrite du ministère public et l'autorisation du juge d'instruction qui y fait éventuellement suite. Les éléments à

vermeldingen die zowel het verzoekschrift als de machtiging moeten bevatten, werd zo nauw mogelijk aangeleund bij de vermeldingen bedoeld in de artikelen 47sexies, § 3 en 47octies, § 3. Er wordt dan ook rechtstreeks verwezen naar deze artikelen voor wat betreft een aantal vermeldingen. In het verzoekschrift gaat het om de vermeldingen bedoeld in artikel 47sexies, § 3, 3°, 5° en 6° of in artikel 47octies, § 3, 3°, 5° en 6°, en in de machtiging om de vermeldingen bedoeld in artikel 47sexies, § 3, 3°, 4°, 5° en 6° of in artikel 47octies, § 3, 3°, 4°, 5° en 6°. Er kan dan ook nuttig verwezen worden naar de memorie van toelichting bij de wet van 6 januari 2003 voor toelichting bij deze elementen (Parl. St., Kamer, 2001-2002, 50-1688/001, p. 72-73).

Op te merken valt dat de vermelding bedoeld in artikel 47sexies, § 3, 4° of artikel 47octies, § 3, 4° enkel wordt opgenomen in de machtiging van de onderzoeksrechter. Deze vermelding betreft de wijze waarop de politiediensten de observatie of de infiltratie zullen uitvoeren, en in voorkomend geval de toelating om technische hulpmiddelen te gebruiken. De reden waarom deze vermelding enkel in de machtiging van de onderzoeksrechter is opgenomen, is het feit dat de machtiging in een vertrouwelijk dossier wordt opgenomen door het openbaar ministerie, terwijl dat voor het verzoekschrift niet het geval is. Net zoals in het opsporingsonderzoek of het gerechtelijk onderzoek het geval is, zal er dus ook in de fase van de strafuitvoering een vertrouwelijk dossier en een "open" dossier zijn. Een volledig vertrouwelijke procedure in de fase van de strafuitvoering is theoretisch mogelijk, omdat er geen gerechtelijke procedure meer op volgt, maar de Regering wenst rekening te houden met mogelijke betwistingen achteraf. Een persoon kan zich altijd tot de rechter wenden wanneer hij zich in zijn rechten geschaad voelt, bijvoorbeeld wanneer hij meent dat tijdens de uitoefening van een bijzondere opsporingsmethode buitensporig geweld is gebruikt. In dit geval kan men altijd klacht indienen die eventueel kan uitmonden in een gerechtelijke procedure. Een ander voorbeeld is wanneer een discussie plaatsheeft voor de strafuitvoeringsrechtbank met betrekking tot de toepassing van de bijzondere opsporingsmethode. In deze gevallen moet het openbaar ministerie in staat zijn om aan te tonen dat de bijzondere opsporingsmethode niet wederrechtelijk werd toegepast. Daartoe beschikt hij dus ook in de fase van de

mentionner tant dans la requête que dans l'autorisation sont inspirés autant que possible des éléments visés aux articles 47sexies, § 3, et 47octies, § 3. Il est dès lors fait directement référence à ces articles pour un certain nombre d'éléments, à savoir les mentions visées à l'article 47sexies, § 3, 3°, 5° et 6°, ou à l'article 47octies, § 3, 3°, 5° et 6°, pour ce qui concerne la requête, et les mentions visées à l'article 47sexies, § 3, 3°, 4°, 5° et 6°, ou à l'article 47octies, § 3, 3°, 4°, 5° et 6°, pour ce qui concerne l'autorisation. Il peut dès lors être renvoyé utilement à l'exposé des motifs de la loi du 6 janvier 2003 pour de plus amples explications concernant ces éléments (Doc., Chambre, 2001-2002, 50-1688/001, pp. 72-73).

A noter que la mention visée à l'article 47sexies, § 3, 4°, ou à l'article 47octies, § 3, 4°, ne doit figurer que dans l'autorisation du juge d'instruction. Elle concerne la manière dont les services de police exécuteront l'observation ou l'infiltration et, le cas échéant, la permission d'utiliser des moyens techniques. La raison pour laquelle cet élément ne doit figurer que dans l'autorisation du juge d'instruction tient au fait que le ministère public conserve l'autorisation dans un dossier confidentiel, ce qui n'est pas le cas de la requête écrite. Tout comme au stade de l'information ou de l'instruction, il y aura donc également un dossier confidentiel et un dossier "ouvert" au stade de l'exécution de la peine. Une procédure entièrement confidentielle au stade de l'exécution de la peine est théoriquement possible dans la mesure où plus aucune procédure judiciaire n'y fait suite, mais le gouvernement souhaite tenir compte d'éventuelles contestations ultérieures. Toute personne a toujours la possibilité de s'adresser au juge si elle se sent lésée dans ses droits, par exemple si elle estime qu'il a été fait usage d'une violence excessive au cours de l'application d'une méthode particulière de recherche. En pareil cas, il lui est toujours loisible d'introduire une plainte, qui est susceptible de déboucher sur une procédure judiciaire. Un autre exemple a trait aux discussions qui pourraient naître devant le tribunal de l'application des peines concernant l'application de la méthode particulière de recherche. Lorsque tel est le cas, le ministère public doit être à même de démontrer que la méthode particulière de recherche n'a pas été appliquée illégalement. Pour ce faire, il

strafuitvoering over een "open" dossier, waarin onder meer zijn verzoekschrift wordt opgenomen. De machtiging van de onderzoeksrechter echter wordt opgenomen in een vertrouwelijk dossier, omdat zij anders de gebruikte technische hulpmiddelen of de veiligheid en de anonimiteit van politieambtenaren en informanten in het gedrang zouden brengen.

De vermeldingen in het verzoekschrift die "eigen" zijn aan de procedure in de fase van de strafuitvoering zijn de volgende: de naam en functie van de verzoekende magistraat, de naam van de persoon die zich onttrokken heeft aan zijn straf of vrijheidsberovende maatregel en die dus opgespoord zal worden met behulp van bijzondere opsporingsmethoden, het strafbare feit waarvoor een straf of vrijheidsberovende maatregel werd uitgesproken (proportionaliteit), en de redenen waarom de maatregel onontbeerlijk is voor de opsporing van de betrokken persoon.

Bijkomend element is dat bij dit verzoekschrift een afschrift van de vrijheidsberovende titel wordt gevoegd, m.a.w. een afschrift van een vonnis of arrest. In het geval van een persoon die veroordeeld werd in het buitenland kan ook een seining op basis van een internationaal instrument (bijvoorbeeld het Schengenverdrag) of een internationale politieorganisatie (bijvoorbeeld Interpol) voldoende zijn als afschrift van de vrijheidsberovende titel. Het College van procureurs-generaal zal richtlijnen uitvaardigen om een gecoördineerd optreden binnen het openbaar ministerie te garanderen. Bijvoorbeeld om te bepalen welke procureur des Konings het initiatief zal nemen tot vatting van de onderzoeksrechter in geval van samenloop van meerdere vrijheidsberovende titels (bijvoorbeeld wanneer een persoon in verschillende gerechtelijke arrondissementen veroordeeld werd). Het spreekt voor zich dat de verschillende bevoegde procureurs niet elk een eigen verzoekschrift zullen dienen op te stellen.

Op basis van al deze elementen zal de onderzoeksrechter zijn afweging moeten maken en controleren of aan alle voorwaarden voldaan is voor de toepassing van de observatie of de infiltratie (cf. §3, tweede lid). In zijn schriftelijke machtiging dient hij nog eens meerdere vermeldingen op te nemen, waaronder ook de proportionaliteit en subsidiariteit. Deze machtiging en de bijhorende stukken worden dan weer aan het openbaar ministerie

dispose donc également au stade de l'exécution de la peine d'un dossier "ouvert", qui contient notamment sa requête écrite. Par contre, l'autorisation du juge d'instruction est conservée dans un dossier confidentiel afin de ne pas compromettre les moyens techniques utilisés ou la sécurité et l'anonymat des fonctionnaires de police et des indicateurs.

Les mentions dans la requête qui sont "spécifiques" à la procédure au stade de l'exécution de la peine sont : le nom et la fonction du magistrat requérant, le nom de la personne qui s'est soustraite à sa peine ou à sa mesure privative de liberté et qui sera donc recherchée en recourant à des méthodes particulières de recherche, l'infraction pour laquelle une peine ou une mesure privative de liberté a été prononcée (proportionnalité) et les motifs pour lesquels la mesure est indispensable pour la recherche de la personne concernée.

En outre, une copie du titre de privation de liberté, c'est-à-dire d'un jugement ou d'un arrêt, doit être jointe à la requête. Dans l'hypothèse où une personne a été condamnée à l'étranger, un signalement sur la base d'un instrument international (par exemple la Convention Schengen) ou un signalement d'une organisation internationale de police (par exemple Interpol) peut suffire comme copie du titre de privation de liberté. Le Collège des Procureurs généraux édictera des directives pour garantir une intervention coordonnée au sein du ministère public. Par exemple pour déterminer quel procureur du Roi prendra l'initiative de saisir le juge d'instruction en cas de concours de plusieurs titres de privation de liberté (par exemple lorsqu'une personne a été condamnée dans différents arrondissements judiciaires). Il va de soi que les différents procureurs compétents ne devront pas rédiger chacun une requête propre.

Le juge d'instruction devra procéder à une évaluation sur la base de tous ces éléments et vérifier si toutes les conditions pour l'application de l'observation ou de l'infiltration sont réunies (cf. § 3, alinéa 2). Dans son autorisation écrite, il doit à nouveau mentionner plusieurs éléments, parmi lesquels aussi ceux qui ont trait à la proportionnalité et à la subsidiarité. Cette autorisation et les pièces y afférentes sont

overgemaakt. Vanaf dat ogenblik staat het openbaar ministerie in voor de tenuitvoerlegging van de machtiging van de onderzoeksrechter. Zoals hoger gezegd bewaart het openbaar ministerie de machtiging van de onderzoeksrechter in een afzonderlijk en vertrouwelijk dossier waar het als enige toegang tot heeft. In tegenstelling tot de bepalingen in de artikelen 47sexies en volgende heeft de onderzoeksrechter dus verder geen toegang tot het vertrouwelijk dossier. Opnieuw moet er wat dat betreft gewezen worden op de totaal andere context waarin men zich hier bevindt: de fase van de strafuitvoering, waarvoor alleen het openbaar ministerie bevoegd is. Het openbaar ministerie draagt de rechter niet op om de strafuitvoering te controleren, het vraagt enkel de toelating om tijdens deze fase een bijzondere opsporingsmethode uit te voeren. Het is niet aan de onderzoeksrechter om een controle uit te oefenen op het verloop van de bijzondere opsporingsmethode, hij dient enkel de a priori controle uit te voeren. Nogmaals, de schuld van de betrokken persoon staat vast, er is een veroordeling geweest. Het gebruik van de bijzondere opsporingsmethode in deze context heeft als doel de betrokken persoon op te sporen en zijn straf uit te voeren. Er wordt dus geen "onderzoek" gevoerd, en de onderzoeksrechter heeft in deze context de functie van rechter, hij voert geen onderzoek.

§ 5 voorziet dat zowel het verzoek van het openbaar ministerie als de machtiging van de onderzoeksrechter, die steeds schriftelijk gebeuren, in spoedeisende gevallen in een eerste fase ook mondeling kunnen worden gedaan. Zij moeten dan wel zo snel mogelijk schriftelijk worden bevestigd, met opgave van alle wettelijk voorziene vermeldingen.

§ 6 bepaalt dat de onderzoeksrechter, op verzoek van het openbaar ministerie, zijn machtiging tot observatie of infiltratie ook steeds kan wijzigen, aanvullen of verlengen. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn, wanneer een verlenging in tijd zich opdringt (verlengen), het scenario en de doelstellingen in feite van de observatie of infiltratie veranderen (wijzigen) of de geviseerde groep van personen, voorwerp van de observatie of infiltratie zich uitbreidt (aanvullen). Hij dient daarbij te handelen in overeenstemming met de eerste vier paragrafen van dit artikel en moet dus telkens nagaan of aan alle voorwaarden nog steeds voldaan is. De onderzoeksrechter dient een

ensuite communiquées au ministère public. Dès cet instant, le ministère public est en charge de l'exécution de l'autorisation du juge d'instruction. Comme indiqué plus haut, il conserve l'autorisation du juge d'instruction dans un dossier séparé et confidentiel auquel il est le seul à avoir accès. Contrairement aux dispositions des articles 47sexies et suivants, le juge d'instruction n'a donc plus accès au dossier confidentiel. A cet égard, il convient une fois encore d'insister sur le contexte totalement différent dans lequel on se trouve : le stade de l'exécution de la peine, qui est de la compétence exclusive du ministère public. Celui-ci ne charge pas le juge de contrôler l'exécution de la peine, il lui demande uniquement la permission d'exécuter à ce stade une méthode particulière de recherche. Il n'appartient pas au juge d'instruction de contrôler le déroulement de la méthode particulière de recherche ; il doit seulement procéder au contrôle a priori. Répétons-le, la culpabilité de la personne concernée a été établie, une condamnation a été prononcée. Le recours à la méthode particulière de recherche dans ce contexte a pour objet la recherche de la personne concernée et l'exécution de sa peine. Par conséquent, aucune "investigation" n'est menée et le juge d'instruction remplit dans ce contexte la fonction de juge ; il n'instruit pas.

Le § 5 prévoit qu'en cas d'urgence, tant la requête du ministère public que l'autorisation du juge d'instruction, lesquelles sont toujours formulées par écrit, peuvent dans un premier temps être faites verbalement. Elles doivent alors être confirmées par écrit dans les plus brefs délais, en mentionnant tous les éléments prévus par la loi.

Le § 6 dispose qu'à la demande du ministère public, le juge d'instruction peut à tout instant modifier, compléter ou prolonger son autorisation d'observation ou d'infiltration. Ce sera par exemple le cas lorsqu'une prolongation dans le temps s'impose (prolonger), lorsque le scénario et les objectifs changent dans le fait de l'observation ou de l'infiltration (modifier) ou lorsque le groupe de personnes visé qui fait l'objet de l'observation ou de l'infiltration s'élargit (compléter). Pour ce faire, le juge d'instruction doit agir conformément aux quatre premiers paragraphes du présent article et doit donc vérifier chaque fois si

nieuwe schriftelijke beslissing te nemen met de vermeldingen die ook in zijn oorspronkelijke machtiging stonden. Deze beslissingen worden ook opgenomen in het vertrouwelijk dossier.

Doordat § 5 bepaalt dat de machtiging van de onderzoeksrechter bedoeld in § 4 in dringende gevallen ook mondeling kan verstrekt worden, en de onderzoeksrechter bij een beslissing tot verlenging, wijziging of aanvulling dient te handelen overeenkomstig § 4, kan deze beslissing in dringende gevallen ook mondeling gebeuren.

De onderzoeksrechter kan niet ambtshalve beslissen over een verlenging, wijziging of aanvulling, noch kan hij zijn machtiging intrekken. Opnieuw wordt verwezen naar de basisfilosofie die aan de grondslag ligt van deze regeling: het is het openbaar ministerie dat bevoegd is voor de strafuitvoering, en de onderzoeksrechter heeft geen controlerecht tijdens noch na de uitvoering van de bijzondere opsporingsmethode. Er dient wel op gewezen te worden dat de a posteriori controle voorzien door artikel 47undecies, vernietigd door het Grondwettelijk Hof, in dit ontwerp hernomen wordt, en dat er dus nog steeds de verslaggeving door respectievelijk de procureur-generaal en de federale procureur is.

In de paragrafen 7, 8 en 9 wordt het verdere verloop van de procedure omschreven, dat nauw aanleunt bij de procedure bepaald in de artikelen 47sexies tot 47novies.

§ 7 bepaalt dat de machtiging van de onderzoeksrechter ten uitvoer wordt gelegd door het openbaar ministerie. Net zoals in het opsporingsonderzoek bepaalt het openbaar ministerie op dat ogenblik, in een afzonderlijke en schriftelijke beschikking, de strafbare feiten die door de politiediensten in het kader van de observatie of de infiltratie kunnen worden gepleegd. Deze beschikking wordt eveneens bij het vertrouwelijk dossier gevoegd.

§ 8 voorziet dat de officier van gerechtelijke politie die de leiding heeft over de uitvoering van de observatie of de infiltratie de procureur des Konings schriftelijk verslag uitbrengt over elke fase in de uitvoering van de observatie of de infiltratie. De verslaggeving dient nauwgezet,

toutes les conditions sont toujours remplies. Il doit rendre une nouvelle décision écrite dans laquelle figurent les éléments qui étaient également mentionnés dans son autorisation initiale. Ces décisions sont également versées au dossier confidentiel.

Etant donné, d'une part, que le § 5 dispose qu'en cas d'urgence l'autorisation du juge d'instruction visée au § 4 peut également être faite verbalement et, d'autre part, que lorsqu'il prend la décision de prolonger, de modifier ou de compléter son autorisation le juge d'instruction doit agir conformément au § 4, cette décision peut, en cas d'urgence, également être verbale.

Le juge d'instruction ne peut pas décider d'office de prolonger, de modifier ou de compléter son autorisation ; il ne peut pas davantage la retirer. Ceci fait à nouveau référence à la philosophie de base sur laquelle repose ce dispositif : c'est le ministère public qui est compétent pour l'exécution de la peine et le juge d'instruction n'a aucun droit de contrôle durant ni après l'exécution de la méthode particulière de recherche. A souligner néanmoins que le contrôle a posteriori prévu à l'article 47undecies, annulé par la Cour constitutionnelle, est repris dans le présent avant-projet et qu'il en est donc toujours fait rapport respectivement par le procureur général et le procureur fédéral.

Les §§ 7, 8 et 9 définissent la suite du déroulement de la procédure, qui est fortement inspirée de celle prévue aux articles 47sexies à 47novies.

Le § 7 dispose que l'autorisation du juge d'instruction est exécutée par le ministère public. Tout comme au stade de l'information, le ministère public détermine à ce moment dans une ordonnance écrite séparée les infractions qui peuvent être commises par les services de police dans le cadre de l'observation ou de l'infiltration. Cette ordonnance est également versée au dossier confidentiel.

Le § 8 dispose que l'officier de police judiciaire qui dirige l'exécution de l'observation ou de l'infiltration fait rapport par écrit au procureur du roi sur chaque phase de l'exécution de l'observation ou de l'infiltration. Le rapport doit être précis, complet et

volledig en waarheidsgetrouw te zijn. Ook deze verslagen worden in het vertrouwelijk dossier bewaard.

Tot slot voorziet § 9 dat de verschillende fasen van de uitvoering van de observatie of de infiltratie op proces-verbaal moeten worden gerelateerd. De officier van gerechtelijke politie, belast met de leiding over de uitvoering van de observatie of de infiltratie stelt deze processen-verbaal, over de verschillende fasen van de uitvoering ervan, op. Opnieuw, net zoals in het opsporings- en gerechtelijk onderzoek, worden bepaalde elementen hier niet vermeld, omdat zij anders de gebruikte technische hulpmiddelen of de politionele onderzoekstechnieken zouden onthullen of de veiligheid en de anonimiteit van de informant, de burger-deskundige en de politieambtenaren belast met de uitvoering van de observatie of infiltratie, in het gedrang zouden brengen. Deze elementen worden dan ook niet op proces-verbaal gerelateerd, doch vinden steeds hun neerslag in een vertrouwelijk verslag, dat uitsluitend in het vertrouwelijk dossier wordt bewaard.

Een proces-verbaal dient duidelijk het bestaan van de machtiging van de onderzoeksrechter te vermelden, evenals een aantal vermeldingen die opnieuw nauw aanleunen bij de vermeldingen die vereist zijn voor de bijzondere opsporingsmethoden in de artikelen 47sexies en volgende. De onderzoeksrechter van zijn kant dient bij een schriftelijke beslissing het bestaan van zijn machtiging te bevestigen en deze beslissing over te maken aan het openbaar ministerie.

Uiteraard bestaat in deze context niet een "strafdossier" in de enge zin van het woord. Vandaar dat het voorontwerp van wet bepaalt dat de opgestelde processen-verbaal en de beslissing van de onderzoeksrechter waarbij hij zijn machtiging bevestigt aan het openbaar ministerie worden overgemaakt. Het openbaar ministerie bewaart deze in een dossier betreffende de uitvoering van de bijzondere opsporingsmethode met het oog op de opsporing van een persoon die zich aan zijn straf of vrijheidsbenemende maatregel heeft onttrokken. Bij eventuele betwistingen achteraf beschikt het openbaar ministerie dus steeds over dit dossier om desgewenst aan te tonen dat een bijzondere opsporingsmethode is toegepast.

conforme à la vérité. Ces rapports sont eux aussi conservés dans le dossier confidentiel.

Enfin, le § 9 dispose que les différentes phases de l'exécution de l'observation ou de l'infiltration doivent être relatées dans des procès-verbaux. L'officier de police judiciaire chargé de diriger l'exécution de l'observation ou de l'infiltration rédige ces procès-verbaux relatifs aux différentes phases de l'exécution de la mesure. A nouveau, comme c'est le cas au stade de l'information et de l'instruction, certains éléments n'y sont pas mentionnés afin de ne pas dévoiler les moyens techniques mis en œuvre ou les techniques d'enquête policières utilisées ou de ne pas compromettre la sécurité et l'anonymat de l'indicateur, de l'expert civil et des fonctionnaires de police chargés de l'exécution de l'observation ou de l'infiltration. Ces éléments ne sont par conséquent pas relatés dans les procès-verbaux, mais systématiquement consignés dans un rapport confidentiel, lequel est conservé uniquement dans le dossier confidentiel.

Un procès-verbal doit mentionner clairement l'existence de l'autorisation du juge d'instruction ainsi qu'un certain nombre d'éléments, qui sont à nouveau fortement inspirés des éléments requis pour les méthodes particulières de recherche aux articles 47sexies et suivants. De son côté, le juge d'instruction doit confirmer par une décision écrite l'existence de son autorisation et transmettre cette décision au ministère public.

Il va de soi que dans ce contexte, il n'existe pas de "dossier répressif" au sens strict du terme. C'est la raison pour laquelle l'avant-projet de loi prévoit que les procès-verbaux rédigés ainsi que la décision du juge d'instruction par laquelle il confirme son autorisation sont communiqués au ministère public. Le ministère public les conserve dans un dossier concernant l'exécution de la méthode particulière de recherche en vue de rechercher une personne qui s'est soustraite à sa peine ou à sa mesure privative de liberté. En cas d'éventuelles contestations ultérieures, le ministère public dispose par conséquent toujours de ce dossier pour apporter la preuve, le cas échéant, qu'une méthode particulière de recherche a été appliquée.

## Ontwerpartikel 524quinquies

Het Grondwettelijk Hof heeft er meermaals op gehamerd dat de informantenwerking een andere draagwijdte en een ander doel heeft dan de observatie en de infiltratie. Ook in de huidige wettelijke regeling verschilt de informantenwerking beduidend van de twee andere bijzondere opsporingsmethoden. Zo is er geen vereiste van subsidiariteit noch van proportionaliteit. Informantenwerking wordt ook niet "bevolen" door een machtiging, en er is geen controlemogelijkheid door de Kamer van Inbeschuldigingstelling op basis van artikel 235ter, om redenen die al gedetailleerd uit de doeken gedaan zijn in de memorie van toelichting bij de wet van 27 december 2005, en die bevestigd zijn door het Grondwettelijk Hof in haar arrest 202/2004 van 21 december 2004, waarin de inhoud van het vertrouwelijk dossier uitgebreid besproken werd. Daartoe kan nuttig verwezen worden naar de memorie van toelichting bij de wet van 27 december 2005 (Parl. St., Kamer, 2005-2006, 51-2055/001, p. 48-55).

Huidig voorontwerp van wet volgt de hierboven geschetste redenering en voegt een artikel 524quinquies in dat eenvoudig stelt dat de informantenwerking ook toegepast kan worden met het oog op de opsporing van personen die zich onttrokken hebben aan de uitvoering van straffen of vrijheidsberovende maatregelen, in overeenstemming met de modaliteiten en principes in artikel 47decies van het Wetboek van Strafvordering.

\* \* \*

## Article 524quinquies en projet

La Cour constitutionnelle a insisté à plusieurs reprises sur le fait que le recours aux indicateurs a une autre portée et un autre objectif que l'observation et l'infiltration. Dans la réglementation légale actuelle également, le recours aux indicateurs diffère considérablement des deux autres méthodes particulières de recherche. Ainsi, il n'y a ni condition de subsidiarité ni condition de proportionnalité. Le recours aux indicateurs n'est pas davantage "ordonné" par le biais d'une autorisation et il n'existe aucune possibilité de contrôle par la chambre des mises en accusation sur la base de l'article 235ter, ce pour des raisons qui ont déjà été expliquées de façon détaillée dans l'exposé des motifs de la loi du 27 décembre 2005 et qui ont été confirmées par la Cour constitutionnelle dans son arrêt 202/2004 du 21 décembre 2004, qui a longuement commenté le contenu du dossier confidentiel. A cet égard, il peut être renvoyé utilement à l'exposé des motifs de la loi du 27 décembre 2005 (Doc., Chambre, 2005-2006, 51 2055/001, pp. 48-55).

Le présent avant-projet de loi suit le raisonnement esquissé ci-dessus et insère un article 524quinquies qui dispose tout simplement que le recours aux indicateurs peut également être appliqué en vue de rechercher des personnes qui se sont soustraites à l'exécution de peines ou de mesures privatives de liberté, conformément aux modalités et aux principes prévus à l'article 47decies du Code d'Instruction criminelle.

\* \* \*