

BELGISCHE KAMER VAN
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

14 november 2016

WETSONTWERP

betreffende de verbetering van de
bijzondere opsporingsmethoden en
bepaalde onderzoeksmethoden met
betrekking tot internet- en elektronische en
telecommunicaties

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE
NR. 60.347/3
VAN 7 NOVEMBER 2016

Zie:

Doc 54 **1966/ (2015/2016):**

- 001: Wetsontwerp.
- 002: Advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.
- 003: Amendementen.

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS
DE BELGIQUE

14 novembre 2016

PROJET DE LOI

relatif à l'amélioration des méthodes
particulières de recherche et de certaines
mesures d'enquête concernant Internet,
les communications électroniques et les
télécommunications

AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT
N° 60.347/3
DU 7 NOVEMBRE 2016

Voir:

Doc 54 **1966/ (2015/2016):**

- 001: Projet de loi.
- 002: Avis de la Commission de la protection de la vie privée.
- 003: Amendements.

N-VA	:	Nieuw-Vlaamse Alliantie
PS	:	Parti Socialiste
MR	:	Mouvement Réformateur
CD&V	:	Christen-Democratisch en Vlaams
Open Vld	:	Open Vlaamse liberalen en democraten
sp.a	:	socialistische partij anders
Ecolo-Groen	:	Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales – Groen
cdH	:	centre démocrate Humaniste
VB	:	Vlaams Belang
PTB-GOI	:	Parti du Travail de Belgique – Gauche d'Ouverture
DéFI	:	Démocrate Fédéraliste Indépendant
PP	:	Parti Populaire
Vuye&Wouters	:	Vuye&Wouters

Afkortingen bij de nummering van de publicaties:

DOC 54 0000/000:	Parlementair document van de 54 ^e zittingsperiode + basisnummer en volgnummer
QRVA:	Schriftelijke Vragen en Antwoorden
CRIV:	Voorlopige versie van het Integraal Verslag
CRABV:	Beknopt Verslag
CRIV:	Integraal Verslag, met links het definitieve integraal verslag en rechts het vertaald beknopt verslag van de toespraken (met de bijlagen)
PLEN:	Plenum
COM:	Commissievergadering
MOT:	Moties tot besluit van interpellaties (beigekleurig papier)

Abréviations dans la numérotation des publications:

DOC 54 0000/000:	Document parlementaire de la 54 ^e législature, suivi du n° de base et du n° consécutif
QRVA:	Questions et Réponses écrites
CRIV:	Version Provisoire du Compte Rendu intégral
CRABV:	Compte Rendu Analytique
CRIV:	Compte Rendu Intégral, avec, à gauche, le compte rendu intégral et, à droite, le compte rendu analytique traduit des interventions (avec les annexes)
PLEN:	Séance plénière
COM:	Réunion de commission
MOT:	Motions déposées en conclusion d'interpellations (papier beige)

Officiële publicaties, uitgegeven door de Kamer van volksvertegenwoordigers

Bestellingen:
Natieplein 2
1008 Brussel
Tel. : 02/ 549 81 60
Fax : 02/549 82 74
www.dekamer.be
e-mail : publicaties@dekamer.be

De publicaties worden uitsluitend gedrukt op FSC gecertificeerd papier

Publications officielles éditées par la Chambre des représentants

Commandes:
Place de la Nation 2
1008 Bruxelles
Tél. : 02/ 549 81 60
Fax : 02/549 82 74
www.lachambre.be
courriel : publications@lachambre.be

Les publications sont imprimées exclusivement sur du papier certifié FSC

Op 27 oktober 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over amendementen op het wetsontwerp “betreffende de verbetering van de bijzondere opsporingsmethoden en bepaalde onderzoeksmethoden met betrekking tot internet- en elektronische en telecomunicaties” (*Parl. St.* Kamer 2016-17, nr. 54-1966/003).

Het wetsontwerp is door de derde kamer onderzocht op 3 november 2016. De kamer was samengesteld uit Jo Baert, kamervoorzitter, Wouter Pas en Koen Muylle, staatsraden, en Annemie Goossens, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Frédéric Vanneste, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Koen Muylle, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 7 november 2016.

*

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling gemotiveerd als volgt:

“Wat de motivering van de spoedeisendheid betreft, kan erop worden gewezen dat het wetsontwerp waarop de amendementen betrekking hebben, voorziet in een reeks van maatregelen die een efficiëntere opsporing en vervolging beogen van misdrijven die potentieel ernstige gevolgen kunnen hebben. Het is van het grootste belang dat de in het wetsontwerp voorgestelde wijzigingen, eventueel geamendeerd, zo snel mogelijk in werking kunnen treden.

De commissie voor de Justitie, die het wetsontwerp momenteel bespreekt, is van oordeel dat er, rekening houdende met de bijzondere veiligheidscontext van vandaag, met bewaarde spoed moet worden gehandeld. Indien het wetsontwerp wordt aangenomen, zullen de bevoegde politiediensten en gerechtelijke overheden immers de nodige bevoegdheden krijgen om doeltreffend op te treden in geval van, onder meer, terreurdreiging, wat in het belang is van de veiligheid van de burgers en van ons land in het algemeen.”

*

2. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

¹ Aangezien het om amendementen op een wetsontwerp gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

Le 27 octobre 2016, le Conseil d’État, section de législation, a été invité par le Président de la Chambre des représentants à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur des amendements au projet de loi “relatif à l’amélioration des méthodes particulières de recherche et de certaines mesures d’enquête concernant Internet, les communications électroniques et les télécommunications” (*Doc.Parl.*, Chambre, 2016-17, n° 54-1966/003).

Le projet de loi a été examiné par la troisième chambre le 3 novembre 2016. La chambre était composée de Jo Baert, président de chambre, Wouter Pas et Koen Muylle, conseillers d’État, et Annemie Goossens, greffier.

Le rapport a été présenté par Frédéric Vanneste, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l’avis a été vérifiée sous le contrôle de Koen Muylle, conseiller d’État.

L’avis, dont le texte suit, a été donné le 7 novembre 2016.

*

1. Conformément à l’article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, des lois sur le Conseil d’État, coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d’avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l’occurrence, l’urgence est motivée comme suit:

“Wat de motivering van de spoedeisendheid betreft, kan erop worden gewezen dat het wetsontwerp waarop de amendements betrekking hebben, voorziet in een reeks van maatregelen die een efficiëntere opsporing en vervolging beogen van misdrijven die potentieel ernstige gevolgen kunnen hebben. Het is van het grootste belang dat de in het wetsontwerp voorgestelde wijzigingen, eventueel geamendeerd, zo snel mogelijk in werking kunnen treden.

De commissie voor de Justitie, die het wetsontwerp momenteel bespreekt, is van oordeel dat er, rekening houdende met de bijzondere veiligheidscontext van vandaag, met bewaarde spoed moet worden gehandeld. Indien het wetsontwerp wordt aangenomen, zullen de bevoegde politiediensten en gerechtelijke overheden immers de nodige bevoegdheden krijgen om doeltreffend op te treden in geval van, onder meer, terreurdreiging, wat in het belang is van de veiligheid van de burgers en van ons land in het algemeen”.

*

2. En application de l’article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d’État, la section de législation a dû se limiter à l’examen de la compétence de l’auteur de l’acte, du fondement juridique¹ et de l’accomplissement des formalités prescrites.

¹ S’agissant d’amendements à un projet de loi, on entend par “fondement juridique” la conformité avec les normes supérieures.

Gelet op de uiterst korte termijn die de Raad van State is toegemeten voor het uitbrengen van zijn advies over de amendementen, is het de afdeling Wetgeving niet mogelijk geweest de tekst ervan aan een volledig en diepgaand onderzoek te onderwerpen, zelfs met betrekking tot de in artikel 84, § 3, eerste lid, van die wetten opgesomde punten. Uit de vaststelling dat over een bepaling in dit advies niets wordt gezegd, mag niet zonder meer worden afgeleid dat er niets over gezegd kan worden en, indien er wel iets over wordt gezegd, dat er niets méér over te zeggen valt. Het advies dient met dit voorbehoud te worden gelezen.

*

Strekking van de amendementen

3. De amendementen strekken ertoe de voorgestelde artikelen 88*bis*, § 1, en 90*ter*, § 5, van het Wetboek van Strafvordering (artikelen 12, 1^o, en 17, 4^o, van het wetsontwerp “betreffende de verbetering van de bijzondere opsporingsmethoden en bepaalde onderzoeksmethoden met betrekking tot internet en elektronische en telecomcommunicaties”²) te wijzigen, zodat in geval van ontdekking op heterdaad de procureur des Konings de in de artikelen 88*bis*, § 1, en 90*ter*, § 1, van het Wetboek van Strafvordering bedoelde maatregelen³ ook kan bevelen voor de in artikel 137 van het Strafwetboek bedoelde terroristische misdrijven, en dit zolang de heterdaadsituatie duurt, zonder dat een bevestiging door de onderzoeksrechter nodig is. Bovendien wordt bepaald dat met betrekking tot die strafbare feiten de procureur des Konings de voormelde maatregelen kan bevelen voor een termijn van 72 uur, zonder dat een bevestiging door de onderzoeksrechter nodig is.

Algemene opmerkingen

4. In advies 59 199/3 van 9 mei 2016 heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, over de verruimde bevoegdheden van het openbaar ministerie in het licht van het eerbiedigen van de grondrechten het volgende opgemerkt:

“5. Een zoeking in een informaticasysteem kan een belangrijke inmenging vormen in het onder meer bij artikel 8 van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens en artikel 22 van de Grondwet gewaarborgde recht op eerbiediging

² *Parl. St. Kamer* 2015-16, nr. 54-1966/001.

³ Namelijk “de verkeersgegevens doen opsporen van elektronische communicatiemiddelen van waaruit of waarnaar elektronische communicaties worden of werden gedaan”, “de oorsprong of de bestemming van elektronische communicatie laten lokaliseren” (het voorgestelde artikel 88*bis*, § 1, eerste lid, 1^o en 2^o, van het Wetboek van Strafvordering; artikel 12, 1^o, van het wetsontwerp) en “met een heimelijk oogmerk, niet voor publiek toegankelijke communicatie of gegevens van een informaticasysteem of een deel ervan met technische hulpmiddelen onderscheppen, er kennis van nemen, doorzoeken en opnemen of de zoeking in een informaticasysteem of een deel ervan uitbreiden” (artikel 90*ter*, § 1, van het Wetboek van Strafvordering; artikel 17, 1^o, van het wetsontwerp).

Vu le délai extrêmement bref imparti au Conseil d’État pour donner son avis sur les amendements, la section de législation n’a pu soumettre le texte à un examen complet et approfondi, même concernant les points énumérés à l’article 84, § 3, alinéa 1^{er}, de ces lois. La circonstance qu’une disposition ne fasse l’objet d’aucune observation dans le présent avis ne peut nullement signifier qu’il n’y a rien à en dire et, si toutefois une observation est formulée, cela n’implique pas qu’elle soit exhaustive. Il convient de lire l’avis sous cette réserve.

*

Portée des amendements

3. Les amendements visent à modifier les articles 88*bis*, § 1^{er}, et 90*ter*, § 5, proposés, du Code d’instruction criminelle (articles 12, 1^o, et 17, 4^o, du projet de loi “relative à l’amélioration des méthodes particulières de recherche et de certaines mesures d’enquête concernant Internet, les communications électroniques et les télécommunications”²), de sorte qu’en cas de flagrant délit, le procureur du Roi puisse également ordonner les mesures visées aux articles 88*bis*, § 1^{er}, et 90*ter*, § 1^{er}, du Code d’instruction criminelle³ pour les infractions terroristes visées à l’article 137 du Code pénal, et ce tant que la situation de flagrant délit perdure, sans qu’une confirmation par le juge d’instruction soit nécessaire. Il est précisé en outre qu’en ce qui concerne ces infractions, le procureur du Roi peut ordonner les mesures précitées pour un délai de 72 heures, sans qu’une confirmation par le juge d’instruction soit nécessaire.

Observations générales

4. Dans son avis 59 199/3 du 9 mai 2016, le Conseil d’État, section de législation, a formulé les observations suivantes concernant les compétences élargies du ministère public au regard du respect des droits fondamentaux:

“5. Une recherche dans un système informatique peut constituer une ingérence importante dans le droit au respect de la vie privée, garanti notamment par l’article 8 [de] la Convention européenne des droits de l’Homme et par

² *Doc. parl.*, Chambre, 2015-16, n° 54-1966/001.

³ À savoir faire procéder “au repérage des données de trafic de moyens de communication électronique à partir desquels ou vers lesquels des communications électroniques sont adressé[e]s ou ont été adressé[e]s”, “à la localisation de l’origine ou de la destination de communications électroniques” (article 88*bis*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o et 2^o, proposé, du Code d’instruction criminelle; article 12, 1^o, du projet de loi) et “dans un but secret, intercepter, prendre connaissance, explorer et enregistrer, à l’aide de moyens techniques, des communications non accessibles au public ou des données d’un système informatique ou d’une partie de celui-ci, ou étendre une recherche dans un système informatique ou une partie de celui-ci” (article 90*ter*, § 1^{er}, du Code d’instruction criminelle; article 17, 1^o, du projet de loi).

van het privéleven.⁴ In het ontwerp worden ter zake belangrijke bevoegdheden overgeheveld van de onderzoeksrechter naar het openbaar ministerie. Al lijkt niet te worden vereist dat zulk een inmenging in het raam van het vooronderzoek steeds door een rechter wordt bevolen,⁵ neemt dit element toch een belangrijke plaats in bij de proportionaliteitstoets die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens⁶ en het Grondwettelijk Hof⁷ ter zake verrichten. Daarbij mag niet uit het oog worden verloren dat de onderzoeksrechter een onafhankelijk magistraat is die een objectief onderzoek voert, zowel *a charge* als *a décharge*, terwijl het openbaar ministerie partij in het strafproces is.⁸ Het staat aan de wetgever, evenwel onder controle van de bevoegde rechtscolleges, met afweging van alle in het geding zijnde belangen⁹ en rekening houdend met eerdere uitbreidingen van de bevoegdheden van het openbaar ministerie in het voorafgaande onderzoek, om te oordelen of aan deze vereisten is voldaan.”¹⁰

De om advies voorgelegde amendementen leiden ertoe dat de bevoegdheid van de procureur des Konings om in geval van ontdekking op heterdaad de in de artikelen 88*bis*, § 1, en 90*ter*, § 1, van het Wetboek van Strafvordering bedoelde maatregelen te bevelen, zonder dat een bevestiging door de onderzoeksrechter nodig is, nog verder wordt uitgebreid tot de in artikel 137 van het Strafwetboek bedoelde terroristische misdrijven. Bijgevolg geldt de voormelde opmerking evenzeer ten aanzien van die amendementen.

Daarenboven kan hier nog het volgende aan worden toegevoegd.

5. In de verantwoording bij amendement nr. 1 wordt de bevoegdheidsuitbreiding van de procureur des Konings voor de in artikel 137 van het Strafwetboek bedoelde terroristische misdrijven “gerechtvaardigd door de zeer specifieke situatie die wordt beoogd. De aanslagen in Brussel hebben aangetoond op welk punt een terroristische aanslag bijzonder dringende maatregelen vereist. Sommige van die maatregelen

l’article 22 de la Constitution ⁴. Le projet transfère en la matière d’importantes compétences du juge d’instruction au ministère public. Même s’il ne semble pas requis que pareille ingérence soit toujours ordonnée par un juge dans le cadre de l’information ⁵, il n’en reste pas moins que cet élément occupe une place importan[t]e dans le contrôle de la proportionnalité que la Cour européenne des droits de l’Homme ⁶ et la Cour constitutionnelle ⁷ effectuent en l’espèce. À cet égard, on gardera à l’esprit que le juge d’instruction est un magistrat indépendant qui mène une instruction objective, tant *à charge* qu’à *décharge*, alors que le ministère public est partie au procès pénal ⁸. Il appartient au législateur, sous le contrôle toutefois des juridictions compétentes, en mettant en balance tous les intérêts en cause ⁹ et en tenant compte d’extensions antérieures des compétences du ministère public dans l’enquête préalable, d’apprécier si ces exigences sont remplies” ¹⁰.

Les amendements soumis pour avis ont pour effet d’étendre encore aux infractions terroristes visées à l’article 137 du Code pénal le pouvoir conféré au procureur du Roi d’ordonner, en cas de flagrant délit, les mesures visées aux articles 88*bis*, § 1^{er}, et 90*ter*, § 1^{er}, du Code d’instruction criminelle, sans qu’une confirmation par le juge d’instruction soit nécessaire. Dès lors, l’observation précitée s’applique dans la même mesure à l’égard de ces amendements.

En outre, on peut encore ajouter à cet égard ce qui suit.

5. Selon la justification de l’amendement n° 1, l’extension de la compétence du procureur du Roi concernant les infractions terroristes visées à l’article 137 du Code pénal “se justifie par la situation toute particulière visée. Les attentats de Bruxelles ont démontré à quel point une attaque terroriste nécessite des mesures particulièrement urgentes. Certaines de ces mesures sont prises dans le cadre de l’enquête pénale

⁴ Voetnoot 19 van het aangehaalde advies: Zie bijvoorbeeld: EHRM 30 september 2014, *Prezhdarovi t. Bulgarije*; EHRM 4 december 2015, *Zakharov t. Rusland*; EHRM 12 januari 2016, *Szabo en Vissy t. Hongarije*.

⁵ Voetnoot 20 van het aangehaalde advies: C. Conings, “Het uitlezen van een gsm of ander privaat IT-systeem: This is not America”, noot bij Cass. 11 februari 2015, *RW* 2015-2016, (622), 626, met verwijzingen.

⁶ Voetnoot 21 van het aangehaalde advies: Zie de verwijzingen aangehaald door C. Conings, *l.c.*, 626.

⁷ Voetnoot 22 van het aangehaalde advies: Zie bijv., specifiek inzake bijzondere opsporingsmethodes GwH 21 december 2004, nr. 202/2004, B.5.7.4 tot B.5.7.7 en B.13.2 tot B.13.10.

⁸ Voetnoot 23 van het aangehaalde advies: Zie hierover ook adv. RvS 32 673/2 van 19 december 2001 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 6 januari 2003 “betreffende de bijzondere opsporingsmethodes en enige andere onderzoeksmethoden”, *Parl. St. Kamer*, nr. 50-1688/001, (128), 140-142.

⁹ Voetnoot 24 van het aangehaalde advies: Zie ook GwH 19 juli 2007, nr. 105/2007, B.3.1.

¹⁰ Adv. RvS 59 199/3 van 9 mei 2016 over een voorontwerp van wet “betreffende de verbetering van de bijzondere opsporingsmethodes en bepaalde onderzoeksmethoden met betrekking tot internet en elektronische en telecommunicaties”, *Parl. St. Kamer* 2015-16, nr. 54-1966/001, 126-127.

⁴ Note 19 de l’avis cité: Voir par exemple: CEDH, 30 septembre 2014, *Prezhdarovi c. Bulgarie*; CEDH, 4 décembre 2015, *Zakharov c. Russie*; CEDH, 12 janvier 2016, *Szabo et Vissy c. Hongrie*.

⁵ Note 20 de l’avis cité: C. Conings, “Het uitlezen van een gsm of ander privaat IT-systeem: This is not America”, note sous Cass., 11 février 2015, *RW* 2015-2016, (622), 626, avec références.

⁶ Note 21 de l’avis cité: Voir les références citées par C. Conings, *l.c.*, 626.

⁷ Note 22 de l’avis cité: Voir par exemple, spécifiquement en ce qui concerne les méthodes particulières de recherche, C.C., 21 décembre 2004, n° 202/2004, B.5.7.4 à B.5.7.7 et B.13.2 à B.13.10.

⁸ Note 23 de l’avis cité: Voir également à ce sujet l’avis C.E. 32 673/2 du 19 décembre 2001 sur un avant-projet devenu la loi du 6 janvier 2003 “concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d’enquête”, *Doc. parl.*, Chambre, n° 50-1688/001, (128), pp.140-142.

⁹ Note 24 de l’avis cité: Voir également C.C., 19 juillet 2007, n° 105/2007, B.3.1.

¹⁰ Avis C.E. n° 59 199/3 du 9 mai 2016 sur un avant-projet de loi “relative à l’amélioration des méthodes particulières de recherche et de certaines mesures d’enquête concernant Internet, les communications électroniques et les télécommunications”, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-16, n° 54-1966/001, 126-127.

worden genomen in het kader van het strafrechtelijk onderzoek maar hebben tegelijkertijd een zeer nauwe band met het strikte veiligheidsaspect van de reactie op de aanslag. Het is immers geweten dat een terroristische aanslag kan gepaard gaan met andere aanslagen die elkaar kort na elkaar opvolgen en die men zo goed mogelijk moet kunnen voorkomen. De gerechtelijke maatregelen inzake communicatie zijn bijzonder belangrijk in dat kader.”

In zoverre de bevoegdheid van de procureur des Konings er onder meer toe strekt om, na een eerste aanslag, andere aanslagen te voorkomen, kan worden aangenomen dat die maatregel redelijk is verantwoord. Er moet evenwel worden vastgesteld dat in de om advies voorgelegde amendementen in algemene termen wordt verwezen naar het in artikel 137 van het Strafwetboek bedoelde strafbare feit. De vraag rijst of de voormelde verantwoording opgaat voor elk van de in artikel 137, §§ 2 en 3, van het Strafwetboek vermelde terroristische misdrijven. Inzonderheid voor de bedreiging met het plegen van één van de strafbare feiten bedoeld in artikel 137, §§ 2 of 3 (artikel 137, § 3, 6°, van het Strafwetboek), is dit niet vanzelfsprekend. Weliswaar wordt in artikel 137, § 3, van het Strafwetboek die bedreiging onder de voorwaarden bepaald in paragraaf 1 van die bepaling, als een terroristisch misdrijf aangemerkt. Desalniettemin lijkt ze niet zomaar gelijk te kunnen worden gesteld met een terroristische aanslag waarvan in de verantwoording gewag wordt gemaakt en die de door de procureur des Konings te nemen maatregel rechtvaardigt.

Het is dan ook raadzaam om in de parlementaire voorbereiding te verduidelijken waarom de uitbreiding van de bevoegdheid van de procureur des Konings noodzakelijk is voor elk van de in artikel 137 van het Strafwetboek vermelde misdrijven.

6.1. In het voorgestelde artikel 88*bis*, § 1, zevende lid, van het Wetboek van Strafvordering (amendement nr. 1) wordt bepaald dat voor, onder meer, het in artikel 137 van het Strafwetboek bedoelde strafbare feit, in geval van ontdekking op heterdaad de procureur des Konings de in het eerste lid van die bepaling vermelde maatregel kan bevelen zolang de heterdaadsituatie duurt, zonder dat een bevestiging door de onderzoeksrechter nodig is. In het voorgestelde achtste lid van die bepaling wordt daar aan toegevoegd dat “[i]ndien het het in artikel 137 van het Strafwetboek bedoelde strafbare feit betreft, (...) de procureur des Konings bovendien de maatregel [kan] bevelen voor een termijn van 72 uur, zonder dat een bevestiging door de onderzoeksrechter nodig is”. Het voorgestelde artikel 90*ter*, § 5, eerste lid, laatste zin, van het Wetboek van Strafvordering (amendement nr. 2) voorziet in een gelijkaardige regeling voor de in paragraaf 1 van die bepaling vermelde maatregel.

In de verantwoording wordt omtrent de bevoegdheid van de procureur des Konings om de maatregel te bevelen voor een termijn van 72 uur het volgende uiteengezet:

“In geval van een terroristische aanslag, en zoals reeds het geval is voor de gijzelnemingen, duurt de bevoegdheid van de procureur des Konings even lang als de ontdekking op heterdaad zelf.

mais ont dans le même temps un lien très étroit avec l’aspect strictement sécuritaire de la réaction à l’attentat. On sait en effet qu’une attaque terroriste peut être accompagnée d’autres attaques très rapprochées qu’il faut pouvoir prévenir autant que possible. Les mesures judiciaires relatives aux communications sont particulièrement importantes dans ce cadre”.

Dans la mesure où le pouvoir du procureur du Roi consiste notamment à prévenir d’autres attentats après qu’une première attaque a été commise, on peut admettre que cette mesure est raisonnablement justifiée. Force est toutefois de constater que les amendements soumis pour avis font référence en termes généraux à l’infraction visée à l’article 137 du Code pénal. La question se pose de savoir si la justification susmentionnée est pertinente pour chacune des infractions terroristes mentionnées à l’article 137, §§ 2 et 3, du Code pénal. Cela ne va pas de soi en ce qui concerne, en particulier, la menace de réaliser l’une des infractions visées à l’article 137, §§ 2 ou 3 (article 137, § 3, 6°, du Code pénal). Certes, l’article 137, § 3, du Code pénal considère cette menace comme une infraction terroriste aux conditions énoncées au paragraphe 1^{er} de cette disposition. Néanmoins, il ne paraît pas possible de tout simplement l’assimiler à l’attaque terroriste mentionnée dans la justification, qui justifie la mesure devant être prise par le procureur du Roi.

Il est dès lors conseillé de préciser dans le cadre des travaux préparatoires pourquoi il est nécessaire d’étendre les compétences du procureur du Roi pour chacune des infractions visées à l’article 137 du Code pénal.

6.1. L’article 88*bis*, § 1^{er}, alinéa 7, proposé, du Code d’instruction criminelle (amendement n° 1) dispose qu’en cas de flagrant délit le procureur du Roi peut, en ce qui concerne notamment l’infraction visée à l’article 137 du Code pénal, ordonner la mesure mentionnée à l’alinéa 1^{er} de cette disposition, tant que la situation de flagrant délit perdure, sans qu’une confirmation par le juge d’instruction soit nécessaire. Il est ajouté à l’alinéa 8, proposé, de cette disposition, que “[s]’il s’agit de l’infraction visée à l’article 137 du Code pénal, le procureur du Roi peut en outre ordonner la mesure pour un délai de 72 heures, sans qu’une confirmation par le juge d’instruction soit nécessaire”. L’article 90*ter*, § 5, alinéa 1^{er}, dernière phrase, proposé, du Code d’instruction criminelle (amendement n° 2) prévoit une règle analogue pour la mesure visée au paragraphe 1^{er} de cette disposition.

Quant au pouvoir attribué au procureur du Roi d’ordonner la mesure pour un délai de 72 heures, la justification apporte les précisions suivantes:

“En cas d’attaque terroriste, et comme c’est déjà le cas pour les prises d’otage, la compétence du procureur du Roi perdure aussi longtemps que le flagrant délit lui-même.

Het is niettemin altijd niet altijd zo gemakkelijk om de duur van de terroristische aanslag in te schatten als in het geval van gijzelneming. Bovendien wordt de bevoegdheid van de procureur des Konings niet alleen gerechtvaardigd in het kader van de reactie op de aanslag die heeft plaatsgevonden, maar in voorkomend geval ook voor het voorkomen van andere aanslagen gelinkt aan de eerste. Daarom bepaalt het amendement dat, in geval van ontdekking op heterdaad van een terroristische aanslag, de bevoegdheid van de procureur des Konings geldt voor minimaal 72 uur.

Die periode van 72 uur kan worden overschreden indien de eerste situatie zich voordoet, dat wil zeggen indien de ontdekking op heterdaad zelf langer duurt dan 72 uur.”

Uit die verantwoording blijkt dat de stellers van de amendementen beogen te voorzien in een termijn van 72 uur gedurende dewelke de procureur des Konings voor de in artikel 137 van het Strafwetboek bedoelde terroristische misdrijven in ieder geval de in de artikelen 88*bis*, § 1, eerste lid, en 90*ter*, § 1, van het Wetboek van Strafvordering bepaalde maatregelen kan bevelen, ongeacht of de heterdaadsituatie voortduurt of niet. Na die termijn van 72 uur kan de procureur des Konings die maatregelen alsnog bevelen, maar enkel indien de heterdaadsituatie voortduurt.

6.2. De bevoegdheid van de procureur des Konings om voor de in artikel 137 van het Strafwetboek bedoelde terroristische misdrijven gedurende een termijn van 72 uur de maatregel te bevelen zonder dat een bevestiging van de onderzoeksrechter nodig is, strekt ertoe betwistingen te vermijden over de vraag of gedurende die termijn de heterdaadsituatie voortduurt of niet. Vermits zodoende wordt beoogd om rechtszekerheid te creëren, lijkt die maatregel redelijk verantwoord. Er kan inderdaad worden aangenomen dat het bij een terroristische aanslag moeilijker kan zijn dan bij een gijzelneming of een wederrechtelijke vrijheidsberoving om te bepalen of de heterdaadsituatie al dan niet voortduurt. Die termijn van 72 uur is ook niet onredelijk lang.¹¹⁻¹²

6.3. De tekst van de voorgestelde artikelen 88*bis*, § 1, achtste lid, en 90*ter*, § 5, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering lijkt evenwel niet te stroken met het opzet van de stellers van de amendementen. Door te bepalen dat de procureur des Konings in geval van ontdekking op heterdaad de maatregel kan bevelen “voor een termijn van 72 uur”, wordt immers niet de periode vastgesteld gedurende welke de procureur des Konings die maatregel kan bevelen, maar wel de maximale duurtijd van die maatregel. Daar komt nog bij

Toutefois, la durée du flagrant délit en cas d’attaque terroriste n’est pas toujours aussi aisée à appréhender que dans le cadre de la prise d’otages. En outre, la compétence du procureur du Roi se justifie non seulement dans le cadre de la réaction à l’attaque qui a eu lieu mais le cas échéant aussi pour prévenir d’autres attaques liées à la première. C’est la raison pour laquelle l’amendement prévoit que, en cas de flagrant délit d’attaque terroriste, la compétence du procureur du Roi existe pour un minimum de 72 heures.

Cette période de 72 heures peut être dépassée si on se trouve dans la première situation c’est-à-dire celle où le flagrant délit lui-même perdure au-delà des 72 heures”.

Il ressort de cette justification que les auteurs des amendements entendent prévoir un délai de 72 heures pendant lequel le procureur du Roi, pour les infractions terroristes visées à l’article 137 du Code pénal, peut en tout cas ordonner les mesures définies aux articles 88*bis*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 90*ter*, § 1^{er}, du Code d’instruction criminelle, que la situation de flagrant délit perdure ou pas. Au terme de ce délai de 72 heures, le procureur du Roi peut encore ordonner ces mesures, mais uniquement si la situation de flagrant délit perdure.

6.2. Le pouvoir conféré au procureur du Roi d’ordonner la mesure pendant un délai de 72 heures pour les infractions terroristes visées à l’article 137 du Code pénal, sans qu’une confirmation par le juge d’instruction soit nécessaire, a pour objet d’éviter les contestations quant à la question de savoir si la situation de flagrant délit perdure ou pas pendant ce délai. L’objectif étant d’ainsi renforcer la sécurité juridique, cette mesure paraît raisonnablement justifiée. On peut en effet considérer qu’en cas d’attaque terroriste, il est moins aisé qu’en cas de prise d’otage ou de détention illégale, de déterminer si la situation de flagrant délit perdure ou pas. Ce délai de 72 heures n’est pas non plus déraisonnablement long¹¹⁻¹².

6.3. Le texte des articles 88*bis*, § 1^{er}, alinéa 8, et 90*ter*, § 5, alinéa 1^{er}, proposés, du Code d’instruction criminelle ne paraît toutefois pas correspondre à l’intention des auteurs des amendements. En effet, en disposant qu’en cas de flagrant délit le procureur du Roi peut ordonner la mesure “pour un délai de 72 heures”, on ne définit pas la période pendant laquelle le procureur du Roi peut ordonner cette mesure, mais bien la durée maximale de cette mesure. À cela s’ajoute que l’article 88*bis*, § 1^{er}, alinéa 8, proposé, du Code d’instruction

¹¹ Zie EHRM 12 januari 2016, *Szabó en Vissy t. Hongarije*, § 81, waar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aanvaardt dat in “situations of extreme urgency” een ambtenaar van het ministerie van Justitie gedurende 72 uur geheime af luistermaatregelen kan bevelen. Het Hof voegt er weliswaar aan toe dat wanneer de maatregel *ex ante* wordt bevolen door “a non-judicial authority”, er moet worden voorzien in een *post factum* rechterlijk toezicht. In de voor advies voorgelegde regeling wordt de maatregel evenwel bevolen door de procureur des Konings, die kan worden beschouwd als “an official qualified for judicial office” (§ 85 van het voormelde arrest, met verwijzing naar EHRM 6 september 1978, *Klass e.a. t. Duitsland*).

¹² Maar zie opmerking 6.4 wat het aanvangspunt van die termijn betreft.

¹¹ Voir Cour eur. D.H. 12 janvier 2016, *Szabó et Vissy c. Hongrie*, § 81, où la Cour européenne des droits de l’homme admet que dans des “situations of extreme urgency”, un fonctionnaire du Ministère de la Justice peut ordonner pendant 72 heures des mesures d’écoute secrète. La Cour ajoute certes que lorsque la mesure est ordonnée *ex ante* par “a non-judicial authority”, il faut prévoir un contrôle judiciaire *post factum*. Dans le dispositif soumis pour avis, la mesure est cependant ordonnée par le procureur du Roi, qui peut être considéré comme “an official qualified for judicial office” (§ 85 de l’arrêt précité, avec référence à la Cour eur. D.H. 6 septembre 1978, *Klass e.a. c. Allemagne*).

¹² Voir cependant l’observation 6.4 en ce qui concerne la prise de cours de ce délai.

dat in het voorgestelde artikel 88*bis*, § 1, achtste lid, van het Wetboek van Strafvordering wordt bepaald dat de procureur des Konings “bovendien” de maatregel kan bevelen voor een termijn van 72 uur. Zodoende wordt de indruk gewekt dat die bevoegdheid van de procureur des Konings bovenop de bevoegdheid komt om de maatregel te bevelen zolang de heterdaadsituatie duurt, en derhalve ook na het einde van de heterdaadsituatie, zelfs indien dat einde plaatsvindt meer dan 72 uur na het strafbare feit of de ontdekking op heterdaad.

De ontworpen regeling moet derhalve worden aangepast om ze in overeenstemming te brengen met het opzet van de stellers van de amendementen.

6.4. Van die gelegenheid moet gebruik worden gemaakt om nader te bepalen wanneer de termijn van 72 uur aanvangt gedurende dewelke de procureur des Konings sowieso de maatregel kan bevelen zonder dat een bevestiging door de onderzoeksrechter nodig is: vanaf het ogenblik van de feiten¹³ of vanaf de ontdekking op heterdaad? Die twee momenten vallen niet noodzakelijkerwijs samen. Artikel 41 van het Wetboek van Strafvordering bepaalt immers:

“Het misdrijf ontdekt terwijl het gepleegd wordt of terstond nadat het gepleegd is, is een op heterdaad ontdekt misdrijf.

Als ontdekking op heterdaad wordt ook beschouwd het geval dat de verdachte door het openbaar geroep wordt vervolgd en het geval dat de verdachte in het bezit wordt gevonden van zaken, wapens werktuigen of papieren, die doen vermoeden dat hij dader of medeplichtige is, mits dit kort na het misdrijf geschiedt.”

Zeker in het tweede geval kan er enige — weze het een korte — tijd verstrijken tussen het misdrijf en de ontdekking op heterdaad.

7. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens kan worden afgeleid dat het gegeven dat een persoon die het voorwerp uitmaakt van een af luistermaatregel hiervan niet in kennis wordt gesteld nadat die maatregel wordt beëindigd, op zich niet betekent dat die maatregel onevenredig zou zijn, maar dat die kennisgeving wenselijk is van zodra ze mogelijk is zonder het doel van de maatregel in gedrang te brengen.¹⁴ In sommige gevallen kan het niet-verrichten van een dergelijke kennisgeving er mede toe leiden dat de maatregel, zelf al wordt ze bevolen door een rechterlijke instantie, onevenredig wordt geacht omdat er geen effectief rechtsmiddel voorhanden is voor de persoon die het voorwerp uitmaakt van de maatregel, vermits hij — behoudens wanneer hij strafrechtelijk wordt vervolgd — geen kennis zal hebben van de af luisterpraktijk.¹⁵

De Raad van State heeft binnen de hem toegemeten tijd niet kunnen nagaan of de kennisgeving van de door de

criminelle dispose que le procureur du Roi peut “en outre” ordonner la mesure pour un délai de 72 heures. Ce faisant, le texte donne l'impression que cette compétence du procureur du Roi s'ajoute à celle d'ordonner la mesure tant que la situation de flagrant délit perdure, et donc aussi lorsque cette situation a pris fin, même plus de 72 heures après l'infraction ou le flagrant délit.

Les règles en projet devront dès lors être adaptées pour être conformes à l'intention des auteurs des amendements.

6.4. On devrait mettre cette occasion à profit pour définir plus précisément le moment à partir duquel prend cours le délai de 72 heures pendant lequel le procureur du Roi peut de toute façon ordonner la mesure sans qu'une confirmation par le juge d'instruction soit nécessaire: à partir du moment où les faits se sont produits¹³ ou à partir du flagrant délit? Ces deux moments ne coïncident pas forcément. L'article 41 du Code d'instruction criminelle dispose en effet:

“Le délit qui se commet actuellement, ou qui vient de se commettre, est un flagrant délit.

Sera aussi réputé flagrant délit, le cas où l'inculpé est poursuivi par la clameur publique, et celui où l'inculpé est trouvé saisi d'effets, armes, instruments ou papiers faisant présumer qu'il est auteur ou complice, pourvu que ce soit dans un temps voisin du délit”.

Dans la deuxième hypothèse, un certain temps — fût-il court — peut assurément s'écouler entre l'infraction et le flagrant délit.

7. Il peut se déduire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que le fait qu'une personne qui fait l'objet d'une mesure d'écoute n'en soit pas avisée dès la levée de celle-ci, ne signifie pas en soi que cette dernière serait disproportionnée, mais que cette notification est souhaitable dès qu'elle peut être donnée sans compromettre le but de la mesure¹⁴. Dans certains cas, l'absence d'une notification de l'espèce peut notamment avoir pour effet que la mesure, fût-elle ordonnée par une autorité judiciaire, soit jugée disproportionnée dès lors que la personne qui fait l'objet de cette mesure ne dispose pas d'une voie de recours effective, puisqu'elle n'aura pas connaissance des écoutes, sauf si elle fait l'objet de poursuites pénales¹⁵.

Dans le délai qui lui était imparti, le Conseil d'État n'a pas pu vérifier si la notification de la mesure ordonnée par le procu-

¹³ Waarbij, wanneer er meerdere strafbare feiten zijn, moet worden aangenomen dat elk feit een nieuwe termijn van 72 uur doet aanvangen.

¹⁴ EHRM 29 juni 2006, *Weber en Saravia t. Duitsland*, § 135.

¹⁵ EHRM (grote kamer) 4 december 2015, *Zakharov t. Rusland*, § § 289-300.

¹³ Dans ce cas, s'il y a plusieurs infractions, il faut considérer que chacune d'entre elles fait courir un nouveau délai de 72 heures.

¹⁴ Cour eur. D.H. 29 juin 2006, *Weber et Saravia c. Allemagne*, § 135.

¹⁵ Cour eur. D.H. (grande chambre) 4 décembre 2015, *Zakharov c. Russie*, § § 289-300.

procureur des Konings bevolen maatregel reeds afdoende is geregeld, inzonderheid wanneer de maatregel wordt genomen in het kader van een opsporingsonderzoek dat zonder gevolg wordt stopgezet of ten aanzien van personen die vervolgens niet worden vervolgd.

De griffier,

Annemie GOOSSENS

De voorzitter,

Jo BAERT

reur du Roi est déjà réglée de manière adéquate, notamment si la mesure est prise dans le cadre d'une information classée sans suite ou à l'égard de personnes qui ensuite ne font pas l'objet de poursuites.

Le greffier,

Annemie GOOSSENS

Le président,

Jo BAERT