

ADVIES Nr 36 / 2002 van 22 augustus 2002.

O. Ref. : 10 / A / 2002 / 001 / 007

BETREFT : Ontwerp van wet betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden.

De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer,

Gelet op de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, inzonderheid op artikel 29;

Gelet op het verslag van de heer De Schutter,

Brengt uit eigen beweging volgend advies uit :

I. Historiek :

1. Op 20 juli 2002 keurde de Kamer van Volksvertegenwoordigers het wetsontwerp betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden goed. Op 23 juli 2002 werd het voor behandeling overgezonden naar de Senaat, waar het overgemaakt werd aan de Commissie van Justitie. Waar de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (hierna CBPL) in de loop van de procedure niet gevraagd werd een advies te verlenen, meent zij nochtans nu het ontwerp zijn definitieve vorm benadert, een advies uit eigen beweging te moeten uitbrengen, gezien de belangrijkheid van de materie, ook inzake het grondrecht van privacy.

II. Algemene beschouwingen :

2. Het ontwerp regelt een drietal opsporingsmethoden (observatie, infiltratie en informantenwerking) en een aantal aanverwante methoden: de inijkoperatie, het gericht afluisteren, het onderscheppen van post, de uitgestelde tussenkomst en het inwinnen van gegevens over bankrekeningen en banktransacties. Het kenmerkt zich bijzonder door hun heimelijke karakter, hun mogelijke risico voor inbreuken op grondrechten en een mogelijke weerslag op de vereiste van een billijke procesvoering.
Het ontwerp kadert in een globale aanpak van de georganiseerde misdaad in het zware banditisme. De meeste van deze methoden worden reeds in de praktijk toegepast. De juridische basis daartoe moet eerder als precair beschouwd worden, nl. niet openbare ministeriële circulaires van 24 april 1990 en 15 maart 1992. Het wetgevend initiatief beoogt een einde te stellen aan deze ondoorzichtigheid en heimelijkheid. Transparantie, ondubbelzinnige normering en controle moeten alle operatoren in het gebruik van deze methoden (politieambtenaren, burgers voorwerp van of betrokken bij, de verdediging in strafzaken ...) duidelijke contouren aanleveren om deze methoden efficiënt en aanvaardbaar te doen fungeren. De legalisering van de in de praktijk reeds gebruikte methoden, is dan ook volkomen verantwoord. Bovendien beantwoordt het wetsontwerp eveneens aan verplichtingen inzake grensoverschrijdende samenwerking voorzien in de Schengenovereenkomst (bv. art. 40 voor de observatie) of in de EU Rechtshulp Conventie van 29 mei 2000 (art. 15).
3. Begripsomschrijving :
 - 3.1. Bijzondere opsporingsmethoden
Zij onderscheiden zich van bijzondere opsporingstechnieken (art. 28 bis§2 WB Strafvordering). Deze laatste dienen ter ondersteuning van de bijzondere opsporingsmethoden en kunnen erbij aangewend worden.
De bijzondere opsporingsmethoden zijn "bijzonder" omdat de toepassing ervan de fundamentele rechten en vrijheden kan aantasten en zij een heimelijk karakter hebben, zoniet zijn zij nutteloos. Die fundamentele rechten zijn de bescherming van het privé-leven (art. 8 EVRM) en het recht op een eerlijk proces, zeker wat de effectieve uitoefening van de rechten van de verdediging betreft (art. 6 EVRM). De voorziene ontwerpbevestigingen moeten dus niet alleen de toetsing doorstaan van de via het EVRM en de Grondwet voorziene privacy-normen, maar ook het respect van de strafprocessuele voorschriften beogen. De aandacht van de CBPL beperkt zich tot de privacy problematiek.
 - 3.2. Van de andere onderzoeksmethoden (beslag en openen van post, inijkoperatie, direct afluisteren, ...) onderscheiden de bijzondere opsporingsmethoden zich door het feit dat van de eerste geen "vertrouwelijk dossier" bijgehouden wordt. Alle stukken hierover gaan in het gerechtelijk dossier, controleerbaar door de proces partijen (uitgezonderd echter de inijkoperatie, zolang een bijzondere opsporingsmethode loopt).

3.3. De politieonderzoekstechnieken kunnen alleen binnen een bijzondere opsporingsmethode aangewend worden ter ondersteuning, vooral bij infiltratie. Hierbij geldt hetzelfde wettelijk kader als voor de infiltratie (legaliteit, subsidiariteit, proportionaliteit);

4. Toepassingsveld en controle

De voorziene methoden hebben uitsluitend een gerechtelijke finaliteit en mogen alleen worden aangewend door de politieambtenaren onder permanente controle van de magistratuur. Het gebruik van de bijzondere opsporingsmethoden gebeurt dus in het kader van een opsporingsonderzoek (krachtens art. 28 bis, §2 van het Wetboek van Strafvordering dus ook voor pro-actieve recherche) of een gerechtelijk onderzoek. Daarbij moeten de voorschriften van de artikelen 44/1 tot 44/11 van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt strikt nageleefd worden. De Commissie wijst in het bijzonder op Art. 44/2, waar duidelijk naar de wet van 8 december 1992 verwezen wordt wat de gegevensverwerking betreft. Naast de daarin voorziene controle via de toezichthoudende overheid (art. 44/3) (Minister van Buitenlandse Zaken voor administratieve inlichtingen; Minister van Justitie voor de gerechtelijke) en het Controleorgaan voor gegevensverwerking (art. 44/7), wordt in dit ontwerp bijkomend voorzien dat het gebruik van de bijzondere opsporingsmethoden aan de controle van het openbaar ministerie is onderworpen. Het is de procureur des Konings die de machtigingen van de onderzoeksrechter tot het gebruik van een bijzondere opsporingsmethode ten uitvoer zal leggen. De Commissie is van oordeel dat degelijke aandacht wordt besteed aan de controlevereisten inzake het correct toepassen van de normen. Zij benadrukt evenwel dat de effectieve uitvoering ervan op het terrein zorgvuldig moet opgevolgd worden en het voorwerp moet uitmaken van ernstige democratische controle.

5. De beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit

5.1. Terecht stelt de Raad van State dat het aanwenden van de bijzondere opsporingsmethoden duidelijk moet afgebakend worden en prioritair moet steunen op de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit. Hij verwijst daarbij uitvoerig naar de jurisprudentie van het EVRM (arresten Klass en Malone). De wettelijke grondslag moet transparant en toegankelijk zijn en de omstandigheden waarin en de voorwaarden waaronder een bijzondere opsporingsmethode kan geschieden, voldoende precies. Reeds voorzien in art. 90ter, §1 W.Sv. (afluisteren telefoongesprekken), wordt het subsidiariteitsbeginsel nu ook opgenomen in het ontwerpartikel rond de observatie (art. 47 sexies, §2 W.Sv.) en dat inzake infiltratie (art. 47 octies, §2 W. Sv.).

5.2. Wat het proportionaliteitsbeginsel betreft, wordt eveneens, naast het bestaande art. 90ter, §§2, 4 en 5 W.Sv. (limitatieve opsomming van ernstige strafbare feiten), in het ontwerpartikel 47 sexies, §2, tweede lid voor de observatie de voorwaarde gesteld dat er ernstige aanwijzingen bestaan van feiten strafbaar met een correctionele hoofdgevangenisstraf van een jaar of een zwaardere straf. In geval van betreding van een private plaats zonder toestemming van de bewoners (de zgn. inijkoperatie – art. 89 ter) wordt dit zelfs beperkt tot de feiten voorzien in art. 90 ter, §§ 2, 3 en 4 W.Sv. of 324 bis S.W. (criminele organisaties). Dit laatste is ook de toetssteen voor de infiltratie operaties. Zo de drempel van minimum één jaar gevangenisstraf in ogen van de Commissie leidt tot een zeer ruim toepassingsgebied, is het correct dat ons land de voorschriften van het Schengenakkoord (art. 40) moet respecteren, waar deze een jaar drempel voor de internationale observatie is ingebouwd. Bovendien verwijst het criterium ook naar de wet op de voorlopige hechtenis. Belangrijk zal dus zijn t.o.v. het ruime toepassingsgebied, de machtigingen zorgvuldig en grondig te motiveren om aldus de proportionaliteit te waarborgen.

5.3. Noch het subsidiariteitsbeginsel, noch het porportionaliteitsbeginsel worden als voorwaarden voorzien voor het aanwenden van de informantenwerking (art. 47 decies). Als argument wordt aangevoerd dat dergelijke informatie die niet overeenstemt met een getuigenis of een ander bewijsmiddel, niet zomaar vooraf met zekerheid aan een gepleegd of te plegen inbraak kan gekoppeld worden en bovendien de aldus ingewonnen gegevens behandeld moeten worden overeenkomstig de artikelen 44/1 tot en met 44/11 van de wet op het Politieambt (waar via de verwijzing naar de wet Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer (art. 47/2) deze voorwaarden wel aanwezig zijn !).

De Commissie is dan ook van oordeel dat een onderscheid moet gemaakt worden tussen de informant die uit eigen beweging inlichtingen aanbrengt en de informatie gevraagd door een politiedienst. In dit laatste geval meent de Commissie dat het politioneel initiatief zich wel zou moeten beperken tot informatie naar aanleiding van een onderzoek naar een gepleegd of te plegen misdrijf van ernstige aard (bv. de een jaar grens).

III. Artikelsgewijze Beschouwingen

1. De bijzondere opsporingsmethoden :

Artikel 47ter legt in §1 het doel van de observatie, de infiltratie en de informantenwerking vast : het vervolgen van daders van misdrijven, het opsporen, verzamelen, registeren en verwerken van gegevens en inlichtingen op grond van ernstige aanwijzingen van te plegen of reeds gepleegde, al dan niet aan het licht gebrachte strafbare feiten. Aanwending kan alleen door de politiediensten aangewezen door de Minister van Justitie. De procureur des Konings staat in voor de permanente controle over de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden.

De algemene voorwaarden voor het gebruik van de bijzondere opsporingsmethoden worden vastgelegd in artikel 47 quater en quinquies.

1. De politieambtenaar mag de verdachte niet brengen tot een ander strafbaar feit dan deze waarop diens opzet reeds tevoren was gericht (op straffe van onontvankelijkheid). Provocatie voorafgaandelijk aan het plegen van een misdrijf door een persoon wiens opzet vaststaat, is in deze niet toegelaten. De vaststelling ervan is een feitenkwestie ter beoordeling van de strafrechter, die de concrete beïnvloeding door de politieambtenaar op de dader zal moeten inschatten.

2. In het kader van bijzondere opsporingsmethoden is het de politieambtenaar verboden strafbare feiten te plegen. Uitzonderingen worden voorzien: er is strafuitsluitende verschoningsgrond voor politieambtenaren die binnen hun opdracht, met het oog op welslagen of uit veiligheidsoverwegingen, strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen. Het uitdrukkelijk akkoord van de procureur des Konings is voorzien. De feiten mogen niet ernstiger zijn dan waarvoor de methoden worden aangewend en de evenredigheidsvereiste ten overstaande van het doel is uitdrukkelijk ingeschreven.

De verschoningsgrond betreft enkel de bestraffing, het onwettig karakter blijft en de burgerrechtelijke gevolgen blijven bestaan. Het kan gaan over voorziene misdrijven (bv. valse documenten), waarvoor de procureur voorafgaandelijke toelating kan verlenen.

Bij onvoorziene misdrijven moet een "onverwijld" kennisgeving gaan gebeuren. Garanties worden ingebouwd om de identiteit en de veiligheid van de politieambtenaar te verzekeren (voorstel federale procureur, beslissing Ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken).

De Commissie heeft dienaangaande geen opmerkingen.

2. De observatie : (ontwerp art. 47 sexies)

2.1. Hieronder verstaat men de stelselmatige waarneming door een politieambtenaar van een of meerdere personen of gebeurtenissen. Stelselmatig is ze van meer dan vijf opeenvolgende dagen of meer dan 5 dagen per maand. Ze kan ook internationaal zijn.

Deze bijzondere opsporingsmethode zit ook vervat in de Schengen Uitvoeringsovereenkomst en in de EU Rechtshulp Conventie.

- 2.2. De noties proportionaliteit en subsidiariteit worden ingevuld in functie van de ernst van de aantasting van individuele rechten en vrijheden: hoe ingrijpender de observatie (bv. met behulp van technische middelen) hoe hoger de drempel van de misdrijven waarop de methode slechts van toepassing kan zijn (bv. minimum een jaar gevangenisstraf of beperking tot de 90ter §§2, 3 en 4 W.Sv. inbreuken). De machtiging door de procureur des Konings is schriftelijk en vermeldt erg strikte elementen (de ernstige aanwijzingen, redenen ertoe, ID van de geobserveerden, wijze, duur, ...). Verslaggeving aan de procureur gebeurt schriftelijk en wordt door hem bewaard in een afzonderlijk en vertrouwelijk dossier.

De Commissie meent hier geen opmerkingen te moeten formuleren.

3. De infiltratie : (art. 47 octies)

- 3.1. Infiltratie is het door een politieman, onder fictieve identiteit, duurzaam contact onderhouden met personen, waarvan er ernstige aanwijzingen zijn dat zij feiten in het kader van een criminele organisatie (324 bis SWB) of misdrijven bedoeld in art. 90ter §§2, 3 en 4 plegen of zouden plegen.

Het gebruik van burgerinfiltraties is niet toegelaten. Wel kan in geval van behoefte aan expertise, een burger kortstondig ingeschakeld worden samen met de politieambtenaar.

Ook hier worden proportionaliteit en subsidiariteit duidelijk als uitgangspunt gehanteerd (als overige middelen niet lijken te volstaan, beperkte reeks inbreuken ...).

Ook hier is de machtiging schriftelijk met dezelfde vermeldingen. Hetzelfde geldt voor eventuele politionele onderzoekstechnieken ter ondersteuning van de infiltratie (vast te leggen in een KB (pseudo-koop; flash-role, testkoop, gecontroleerde aflevering, ...)).

De ingebouwde waarborgen inzake controle zijn vergelijkbaar met die van de observatie.

De Commissie heeft geen opmerkingen.

4. De informantenwerking (art. 47 decies)

- 4.1. Een informant heeft nauwe banden met personen, waarvan er ernstige aanwijzingen zijn dat zij strafbare feiten plegen of zouden plegen.

Hiervoor voorziet het ontwerp niet in de notie proportionaliteit of subsidiariteit. De Commissie verwijst dienaangaande naar haar opmerkingen geformuleerd onder II.5.3.

Een driedelige structuur wordt voorzien (nationale/lokale informanten- beheersers; contact ambtenaren).

Dit moet leiden tot een betere bescherming van de anonimiteit van de informant, betere controle over zijn betrouwbaarheid en bewaring van de integriteit van de contact houdende politieambtenaar.

Deze informantenbeheerders staan onder het gezag respectievelijk van de procureur des Konings en van de federale procureur. Een Koninklijk besluit van de verdere invulling van hun bevoegdheden vastleggen.

De Commissie heeft geen verdere opmerkingen hieromtrent, maar dringt wel aan dat de uitvoeringsbesluiten ditmaal wel voor advies aan haar voorgelegd worden. Bovendien herhaalt zij dat de daaruit voortvloeiende informatieverwerking valt onder de voorschriften van de wet van 8 december 1992, waardoor naast de proportionaliteitsvereisten, ook andere vereisten zoals de beveiliging van de informatie, de relevantie ervan, de juistheid, de bewaringstermijn, e.a. aandachtig moeten opgevolgd worden.

5. De wettigheidscontrole op de bijzondere opsporingsmethoden (art. 47 undecies) (art. 56bis)

Zowel de procureur des Konings als de onderzoeksrechter hebben reeds de plicht te waken over de wettigheid van de bewijsmiddelen en de loyale inzameling ervan. (artt. 28 bis § 3 en 56 § 1 W.Sv.).

Hier wordt bovendien een bijzondere controle ingevoerd via driemaandelijke rapportering aan de procureur-generaal, die verslag maakt aan het College van de procureurs-generaal, dat dan een globale evaluatie opneemt in zijn jaarverslag.

De Commissie heeft geen opmerkingen.

6. De andere onderzoeksmethoden en de bescherming van het privé-leven

Ook bij deze andere onderzoeksmethoden (onderscheppen van post, inkijkoperaties, direct afluisteren, uitgestelde tussenkomst en inwinnen van gegevens over bankrekeningen en banktransacties) kan het privé-leven in het gedrang komen. Daarom moeten ook deze optredens duidelijk in de wet omschreven worden.

6.1. Onderscheppen van post (artt. 46 ter en 88 sexes)

Beide artikelen beogen een gedegen wettelijke basis te verlenen voor het onderscheppen, openen en kennismaken van post en dit uitgaande van art. 29 GW (briefgeheim) en art. 8 EVRM (privé-leven/briefwisseling). Zo artikel 8, lid 2 EVRM uitzonderingen mogelijk maakt, is dit wel gebonden aan strenge voorwaarden (o.a. inmenging via wet, om redenen van onder andere ordehandhaving of voorkoming strafbare feiten, voldoende transparant en precieze voorwaarden). Huidige bepalingen van het W.Sv. zijn van algemeen discretionaire aard en laten onderzoeksrechter en procureur des Konings toe te handelen overeenkomstig de bepalingen van huiszoeking en inbeslagname (artt. 87 en 88). Algemeen wordt aanvaard dat dit niet beantwoordt aan de legaliteitsvereiste van art. 29 G.W en 8, lid 2 EVRM.

Huidige ontwerp-artikelen verschaffen een expliciet en duidelijke rechtsgrond. Voor de notie "post" wordt verwezen naar de uitgebreide definitie in art. 131, 4° van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

Ook hier treffen wij een proportionaliteitsgrendel van te relateren feiten die minimum een jaar straf tot gevolg kunnen hebben. De duur van de maatregel moet vastgelegd worden. De medewerking van de postoperator kan gevorderd worden.

De opening en kennisname is uitsluitend voorbehouden aan de onderzoeksrechter. Bijzondere regeling is voorzien inzake post van advocaten of artsen.

De Commissie is van oordeel het schriftelijk en met reden omkleed verzoek bij onderschepping altijd, dus ook wanneer de postoperator niet tot medewerking wordt gedwongen, moet aangehouden worden, gezien de ernst van de mogelijke aantasting van het briefgeheim. De te volgen procedure voor de gedwongen medewerking zou bovendien klaar uitgewerkt moeten worden.

6.2. De inkijkoperatie : (art. 89ter)

Bedoeld wordt het "heimelijk" betreden van private plaatsen met inbegrip van de woning. Het moet politieambtenaren de mogelijkheid verlenen ter wille van een onderzoek een private plaats te betreden en daar vooral in het kader van een observatie, een technisch hulpmiddel te plaatsen (camera, microfoon, ...) en dit zonder huiszoekingsbevel.

Hier kunnen het recht op eerbiediging van het privé-leven (art. 22 GW) en van de onschendbaarheid van de woning (art. 15 GW) in het gedrang komen. Overeenkomstig art. 8 EVRM moeten hier weer precieze garanties gelden, zoals deze trouwens reeds in de afluisterwet zijn opgenomen.

Het ontwerp-artikel voldoet dan ook op dit ogenblik aan de vereisten van subsidiariteit ("overige middelen van onderzoek niet lijken te volstaan") en proportionaliteit (vermoeden van zware inbreuk, beperkt doeleinde).

De inkijkoperatie wordt gezien als eenmalig, kortstondig en aflopend. (het betreft het zich vergewissen van de aanwezigheid van bewijselementen ("zoekend rondkijkend") of het

plaatsen van hulpmiddelen. Het effectief doen van opnamen valt onder de eigenlijke observatie.

De Commissie wijst op de dunne scheidingslijn tussen deze operatie en de eigenlijke huiszoeking of opsporing ten huize, met als wettelijke basis de artikelen 96 t/m 39 en 87 t/m 90 W.Sv. en bepalingen in de wet op het politieambt (artt. 26, 27 en 29). De machtigingen (schriftelijk en met reden omkleed) moeten dan ook een hoge graad van zorgvuldigheid vertonen.

6.3. Direct afluisteren (art. 90ter)

Artikel 90ter W.Sv. voorziet een reeds in de mogelijkheid een afluistermaatregel te bevelen in openbare en private plaatsen, maar niet in woningen (onschendbaarheidsregel). Dit kan nu ook in een woning buiten medeweten van de bewoners of zonder zijn toestemming. De basisvoorwaarden en vormvereisten van art. 90 ter gelden uiteraard.

De Commissie heeft geen opmerkingen.

6.4. De uitgestelde tussenkomst (art. 40 bis)

Dit regelt de uitgestelde inbeslagname of vating van derden en is een afwijking van art. 15 van de wet op het politieambt). Dit kan via schriftelijke en met reden omklede machtiging en in het belang van het onderzoek.

De Commissie heeft geen opmerkingen.

6.5. Het inwinnen van gegevens over bankrekeningen en banktransacties (art. 46 quater)

Door het huidige wetsontwerp wordt de "goede wil" regel inzake medewerking van die banksector vervangen door een duidelijke norm, gepaard met een medewerkingsplicht van die banksector. Drie soorten maatregelen zijn mogelijk : het opvragen van de lijst van bankrekeningen waarvan verdachte titularis is, van bankverrichtingen (retro-opvraging) en toezicht op real-time verrichtingen. Telkens wordt de drempel van feiten met straffen van minstens één jaar en "ernstige aanwijzingen" voorzien.

Deze maatregelen liggen in de lijn van die welke in het Ontwerp aanvullend protocol bij de EU overeenkomen inzake wederzijdse rechtshulp.

Opmerkelijk is dat inzake van post (88 sexies) alleen de onderzoeksrechter machtiging kan verlenen, en dat in deze even privacy-gevoelige aangelegenheid niet de onderzoeksrechter maar wel de procureur des Konings de verantwoordelijkheid draagt. De Commissie is van oordeel dat gelijkschakeling met de postcontrole zich hier opdringt.

6.6. Tenslotte wordt in ontwerp art. 90 decies W.Sv. voorzien dat de minister persoonlijk verslag uitbrengt aan het Parlement over de toepassing van deze wetsbepalingen.

IV. Slotbeschouwing

Het is de verdienste van dit wetsontwerp klaarheid en transparantie te willen scheppen in de aanwending van onderzoeksmethoden, nu reeds gebruikt op het terrein op preciaire legale basis. Daarbij is geopteerd voor een grote verantwoordelijkheid inzake gebruik gegeven aan de procureur des Konings en de politieambtenaar en minder aan de onderzoeksrechter. Deze optie is alleen aanvaardbaar indien voldoende strengere voorwaarden en controlemechanismen ingebouwd zijn. Op enkele kleine punten na, neemt de Commissie dat voldoende waarborgen voorhanden zijn. Veeleer zal de efficiëntie afhangen van de wijze waarop op het terrein de regels toegepast worden.

V. Conclusie

De Commissie brengt een gunstig advies uit, mits rekening gehouden wordt met de door haar geformuleerde opmerkingen.

Voor de secretaris,
wettig verhinderd,

De voorzitter,

(get.) D. GHEUDE,
adviseur

(get.) P. THOMAS.