



Strasbourg, 1^{er} avril 2014

CODEXTER (2014) 1

COMITE D'EXPERTS SUR LE TERRORISME (CODEXTER)

SOUS-GROUPE SUR LES TECHNIQUES SPECIALES D'ENQUETE

DOCUMENT DE REFLEXION

26^e Réunion plénière

Strasbourg (France), 6 – 7 mai 2014

Secrétariat de la Division Terrorisme
Direction de la société d'information et de l'action contre la criminalité, DG I

1. Introduction

Sur la base de son Mandat pour 2014 – 2015, le CODEXTER, lors de sa 25^e réunion plénière, a examiné un document contenant des propositions de domaines prioritaires pour ses travaux en 2014-2015.

Ces propositions incluait notamment la création de quatre sous-groupes du Comité, portant sur autant de priorités distinctes, à savoir : les techniques spéciales d'enquête ; la radicalisation et la réception d'un entraînement pour le terrorisme, y compris via Internet ; les terroristes agissant seuls ; l'évaluation des lacunes éventuelles du cadre juridique fourni par les instruments juridiques internationaux du Conseil de l'Europe dans le domaine de la prévention et de la répression du terrorisme.

Le CODEXTER a approuvé ces quatre priorités et l'ordre dans lequel elles devraient être traitées, en commençant par le thème des « techniques spéciales d'enquête » (TSE).

Par ailleurs, le Comité a confié au Bureau la tâche de désigner parmi ses membres quatre coordinateurs qui seront chacun responsables d'un des sous-groupes chargés de préparer les délibérations du CODEXTER sur les quatre thèmes. Mme Yuliia LAPUTINA (Ukraine) a été désignée coordinatrice pour le sous-groupe sur les TSE, qui est composé des membres suivants (dans l'ordre alphabétique des Etats membres) :

Mme Polina EFTHIVOULOU-EFTHIMIOU (Chypre)

Mme Sopio KILADZE (Géorgie)

M. Giorgi MANJAVIDZE (Géorgie)

M. Antonios PAPAMATTHAIOU (Grèce)

M. Alexandros STAVROPOULOS (Grèce)

M. Dermot WOODS (Irlande)

M. Nicola PIACENTE (Italie)

Mme Ana BOŠKOVIĆ (Monténégro)

M. Dražen BURIC (Monténégro)

Le présent document de discussion est le fruit des travaux du sous-groupe sur les TSE. Il vise à servir de base aux débats du CODEXTER à l'occasion de sa 26^e réunion plénière.

2. Historique de la Recommandation Rec(2005)10

A la suite des attentats terroristes commis aux Etats-Unis d'Amérique le 11 septembre 2001, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe « a convenu d'accroître activement l'efficacité des instruments internationaux existant au Conseil de l'Europe en matière de lutte contre le terrorisme, moyennant, entre autres, la création d'un groupe multidisciplinaire sur l'action internationale contre le terrorisme (GMT) ».

Le GMT a été chargé de préparer un Rapport d'avancement qui inclurait notamment des suggestions d'autres actions que le Conseil de l'Europe pourrait mettre en œuvre pour contribuer utilement à la lutte internationale contre le terrorisme.

Dans son rapport final d'activité soumis au Comité des Ministres en novembre 2002, le GMT a défini une série d'actions prioritaires que le Conseil de l'Europe pouvait commencer à mettre en œuvre dès 2003. Parmi ces priorités figuraient les techniques spéciales d'enquête.

Le GMT a considéré que, du fait de leur nature complexe et secrète ainsi que des aspects techniques du domaine concerné, les enquêtes sur les activités terroristes soulevaient de sérieuses difficultés. Il a rappelé que celles-ci étaient encore accentuées par les liens fréquents entre le terrorisme et d'autres formes de criminalité (par exemple le blanchiment de capitaux, le trafic de drogues, le trafic d'armes, la criminalité organisée, etc.) et par la difficulté à distinguer les activités légales et illégales. Du fait de la nature souvent complexe des actions terroristes de grande envergure et, par conséquent, des enquêtes, ces questions ne pouvaient être appréhendées avec efficacité et rapidité que par l'utilisation de méthodes de travail spécifiques (par exemple l'infiltration d'agents, la surveillance électronique, l'approche multidisciplinaire et la coopération entre les services). Toutefois, le GMT a insisté sur l'importance de veiller au strict respect des garanties en matière de droits de l'homme, telles qu'énoncées dans les instruments juridiques internationaux pertinents¹.

Le GMT a recommandé au Comité des Ministres de lui donner la tâche d'étudier, en coopération avec le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), les questions susmentionnées en vue de développer, le cas échéant, des lignes directrices susceptibles de faciliter et d'accroître l'efficacité des enquêtes préliminaires dans les affaires de terrorisme, tout en gardant présentes à l'esprit les garanties en matière de droits de l'homme.

En février 2003, le Comité des Ministres a adopté le mandat spécifique d'un Comité d'experts sur les techniques spéciales d'enquête en relation avec des actes de terrorisme (PC-TI).

Selon les termes de ce mandat, le PC-TI était chargé d'« étudier l'emploi de techniques spéciales d'investigation en conformité avec les standards européens en matière de justice pénale et des droits de l'homme, afin de faciliter les poursuites pénales contre les auteurs d'infractions terroristes et d'augmenter l'efficacité des services de répression dans ce domaine et formuler des propositions concernant la possibilité d'élaborer un instrument approprié. »

¹ CM(2002)57, « Rapport d'avancement sur les actions qui pourraient être menées utilement par le Conseil de l'Europe dans le domaine de la lutte contre le terrorisme ».

Dans son rapport final, le PC-TI a conclu qu'il était possible de développer une Recommandation sur l'utilisation des techniques spéciales d'enquête et d'inviter les Etats membres à développer des principes communs concernant l'utilisation de ces techniques en conciliant l'efficacité de la lutte contre la criminalité la plus grave, telle que le terrorisme, et le respect des droits de l'homme et des principes fondamentaux de la justice pénale. En outre, la recommandation devait aussi inviter les Etats membres à identifier des lignes de bonnes pratiques relatives au rôle des autorités judiciaires et policières impliquées dans l'utilisation des techniques spéciales d'enquête et, ce faisant, améliorer la coopération internationale relative à leur utilisation.

Les travaux du PC-TI ont débuté en octobre 2004 et ont pris fin en février 2005. Lors de sa dernière réunion, le PC-TI a mis au point le projet de recommandation, qui a été approuvé par le CDPC en mars 2005 et adopté par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe lors de sa 924^e réunion, le 20 avril 2005.

3. Bref résumé de la Recommandation Rec(2005)10

La recommandation comprend trois chapitres : Chapitre I, Définitions et champ d'application ; Chapitre II, Utilisation des techniques spéciales d'enquête au niveau national ; Chapitre III, Coopération internationale. Ces trois chapitres seront résumés séparément ci-dessous.

3.1. Chapitre I. Définitions et champ d'application

Le Chapitre I définit le champ d'application des techniques spéciales d'enquête.

On entend par techniques spéciales d'enquête des techniques appliquées par les autorités compétentes dans le cadre d'enquêtes pénales. Cela implique que l'utilisation des techniques spéciales d'enquête dans un contexte différent, telle la sécurité nationale, ne relève pas du champ d'application de la recommandation ; deuxièmement, les techniques spéciales d'enquête utilisées dans le cadre d'enquêtes pénales sont couvertes par la recommandation indépendamment du titre ou de l'identité des autorités ayant participé à la décision, au contrôle ou à l'utilisation de ces techniques.

Le premier paragraphe du Chapitre précise que les techniques spéciales d'enquête sont utilisées « de telle sorte que les personnes visées ne soient pas alertées ». Les techniques spéciales d'enquête sont presque toujours appliquées à l'insu des personnes concernées, le secret n'ayant pour but que de ne pas modifier le comportement des délinquants présumés et de recueillir le plus possible de renseignements sans que l'intéressé n'en ait conscience, ceci dans le double but d'empêcher qu'un acte criminel ne soit commis et de traduire le(s) auteur(s) en justice.

3.2. Chapitre II. Utilisation des techniques spéciales d'enquête au niveau national

a. Principes généraux

Les dispositions contenues dans la section (a) concernent les mesures utilisées pour obtenir des matériels et des renseignements, et portent également sur la mesure dans laquelle les autorités

judiciaires ou les autres organes indépendants ayant recours à de telles enquêtes secrètes fassent l'objet d'un contrôle adéquat.

Les exigences posées dans la section (a) doivent être comprises en particulier dans le contexte de la protection, offerte par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, du droit au respect de la vie privée et familiale.

La section (a) rappelle aux autorités nationales que l'utilisation des techniques spéciales d'enquête peut affecter non seulement les droits de la personne suspectée d'avoir commis ou préparé l'infraction, mais aussi, directement ou indirectement, les droits d'autres personnes. A cet égard, le caractère approprié d'une TSE spécifique peut dépendre, entre autres, de son caractère intrusif pour les droits de ces autres personnes.

- Dans l'exposé des motifs de la Recommandation, le PC-TI a considéré, par exemple s'agissant des écoutes téléphoniques, que la loi devait au minimum prévoir la définition des catégories de personnes susceptibles d'être écoutées, la nature des infractions justifiant le recours aux écoutes, la durée de la mesure, la procédure d'établissement des procès-verbaux consignants les conversations enregistrées, les précautions à prendre pour que les enregistrements, aux fins d'un contrôle éventuel par le juge et la partie défenderesse, soient communiqués de manière intacte et complète, ainsi que les circonstances de l'effacement ou de la destruction des informations (notamment après un non-lieu ou une relaxe).
- Pour ce qui concerne les opérations sous couverture, le PC-TI suggérerait aussi qu'il puisse y avoir un contrôle au début, pendant et à la fin de l'opération. Au début, le déclenchement de l'opération serait subordonné à l'existence de raisons ou d'indices suffisants ; pendant l'opération, des rapports réguliers relatant le déroulement seraient établis ; enfin, une description précise du déroulement de l'opération serait de nature à permettre un contrôle *a posteriori*.

b. Conditions d'utilisation

Les dispositions de la section (b) précisent les conditions et les circonstances dans lesquelles les techniques spéciales d'enquête, si elles sont nécessaires, peuvent être utilisées.. En outre, cette section indique si les renseignements et les matériels recueillis grâce à l'utilisation de techniques spéciales d'enquête peuvent légalement être produits lors d'un procès devant les juridictions nationales.

Les conditions énoncées dans la section (b) peuvent être considérées en particulier sous l'angle de la Cour européenne des droits de l'homme concernant la notion de « raisons plausibles de

soupçonner » au sens de l'article 5, paragraphe 1, c, de la Convention européenne des droits de l'homme².

Pour ce qui concerne les termes du paragraphe 4 « des raisons suffisantes de penser », le PC-TI s'est référé à l'interprétation de la Cour selon laquelle « l'existence de soupçons plausibles présuppose celle de faits ou renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'individu en cause peut avoir accompli une infraction. Ce qui peut passer pour « plausible » dépend toutefois de l'ensemble des circonstances »³.

En outre, la référence à un crime qui « est en cours de préparation » couvre les situations où, bien qu'aucune infraction n'ait été commise, une personne effectue ou a effectué un ou plusieurs actes pouvant objectivement être considérés comme contribuant à la préparation d'une infraction.

Le paragraphe 6 de la section (b) encourage les autorités compétentes à utiliser d'autres méthodes d'enquête que les TSE si de telles méthodes permettent de découvrir l'infraction, de la prévenir ou d'en poursuivre l'auteur « avec une efficacité adéquate ».

Le paragraphe 7 vise à garantir que, le cas échéant, les renseignements et les matériels recueillis grâce à l'utilisation de techniques spéciales d'enquête puissent légalement être produits lors d'un procès devant les juridictions nationales. Cependant, tel que mentionné dans la deuxième phrase de ce paragraphe, les preuves recueillies grâce à l'utilisation de TSE ne devraient pas être produites d'une manière mettant en péril le droit de l'accusé à un procès équitable tel que garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

- Le PC-TI a mentionné dans l'exposé des motifs les affaires *Ljidi* et *Teixeira de Castro*, où la Cour a considéré qu'une opération surveillée et qu'une opération contrôlée étaient compatibles avec les droits des accusés seulement si ces opérations étaient menées dans le cadre d'une information judiciaire et que l'identité et le rôle de l'agent infiltré étaient connus du juge. A l'inverse, une initiative prise sans contrôle judiciaire constituerait un procédé déloyal qui vicierait la procédure dès le départ.
- Le recours à des indicateurs occultes au cours d'une enquête préliminaire ne pose toutefois pas de problème, sauf si les renseignements obtenus sont utilisés lors du procès.

c. Lignes directrices opérationnelles

Les dispositions contenues dans la section (c) concernent la rétention et la conservation des données relatives au trafic et des données de localisation dans le cadre d'enquêtes pénales portant sur des crimes graves, y compris des actes de terrorisme.

² Cette disposition est formulée comme suit : « s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ; »

³ Requête n° 12244/86 ; 12245/86 ; 12383/86 Arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 30 août 1990 dans l'affaire *Fox, Campbell et Hartley c. le Royaume-Uni*, paragraphe 32.

Le but de cette section est d'encourager les Etats membres à fournir aux autorités compétentes la technologie et les ressources humaines et financières nécessaires en vue de faciliter l'utilisation des techniques spéciales d'enquête.

Le paragraphe 10 de la section (c) appelle à ce que la rétention et la conservation des données relatives au trafic et des données de localisation soient conformes « à la législation nationale et aux instruments internationaux »⁴. Toutefois, le paragraphe 10 ne saurait être lu ou interprété d'une manière qui imposerait aux Etats membres d'introduire une législation sur la rétention et la conservation des données de trafic ou de localisation qui irait au-delà des exigences déjà contenues dans le droit national ou international.

En outre, le paragraphe 11 appelle à ce que l'interception des communications satisfasse aux « exigences minimales de confidentialité, d'intégrité et de disponibilité ». Ces exigences signifient que l'information ne devrait être accessible qu'à certaines personnes autorisées (confidentialité), que l'information devrait être authentique et complète, apportant ainsi un standard minimum de fiabilité (intégrité), et que le système technique installé pour intercepter les communications soit accessible chaque fois que cela est nécessaire (disponibilité).

d. Formation et coordination

Les dispositions contenues dans la section (d) ont trait à la nécessité d'une formation adéquate des autorités compétentes chargées d'utiliser les techniques spéciales d'enquête, de décider de leur emploi ou de superviser leur mise en œuvre.

Le PC-TI suggérerait que cette formation devait comprendre une formation sur les aspects techniques et opérationnels des TSE, une formation sur la législation en matière de procédure pénale liée à ces techniques et une formation aux droits de l'homme.

3.3. Coopération internationale

Les dispositions du Chapitre III visent à encourager les Etats membres et leurs autorités compétentes à mieux utiliser leurs réseaux internationaux de contacts pour échanger des informations sur les règles nationales et l'expérience opérationnelle, afin de faciliter l'utilisation des techniques spéciales d'enquête dans un cadre international.

En outre, ces dispositions encouragent les Etats membres à promouvoir la conformité des équipements techniques avec les standards internationalement acceptés, dans l'espoir que les références techniques communes dans le domaine des techniques spéciales d'enquête facilitent la coopération internationale.

⁴ Les instruments internationaux en question sont la Convention européenne des droits de l'homme (STCE n° 5) et la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STCE n° 108).

4. Quelques considérations sur une éventuelle actualisation de la Recommandation Rec(2005)10 ou, sinon, sur la rédaction éventuelle d'une nouvelle recommandation portant plus précisément sur les aspects de l'utilisation des techniques spéciales d'enquête ayant trait à la lutte contre le terrorisme

4.1. Insister sur le cadre juridique

L'application des techniques spéciales d'enquête dans les affaires de terrorisme vise principalement à prévenir les attaques terroristes et à recueillir des preuves qui soient recevables devant un tribunal et contribuent ainsi de manière décisive à ce que les terroristes et les personnes morales qui les appuient soient traduits en justice, ainsi qu'à les priver des avoirs concernés conformément à la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité, tout en respectant pleinement le droit de l'auteur présumé à un procès équitable (cf. l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵) et l'Etat de droit.

Ce principe fondamental est déjà inscrit dans le Chapitre II, section a (« Principes généraux »), de la Recommandation (2005) 10, mais le texte pourrait être davantage développé et clarifié, en soulignant notamment la nécessité d'observer les principes de la légalité, de la proportionnalité, du contrôle (y compris juridictionnel) indépendant et de la responsabilité (y compris l'accès à un recours effectif devant une autorité nationale), lors de l'application des techniques spéciales d'enquête.

En outre, le droit de l'auteur présumé à un procès équitable et le droit au respect de la vie privée, contenus respectivement dans les articles 6 et 8⁶ de la Convention européenne des droits de

⁵ L'article 6 dispose ce qui suit :

Article 6 – Droit à un procès équitable

¹. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

². Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

³. Tout accusé a droit notamment à :

(a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;

(b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

(c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;

(d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;

(e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience.

L'article 8 dispose ce qui suit :

Article 8 – Droit au respect de la vie privée et familiale

¹. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

l'homme, pourraient être soulignés plus expressément afin de préciser l'équilibre parfois délicat entre le besoin légitime pour les autorités compétentes des Etats membres d'être en mesure de garantir la sécurité, y compris au moyen de techniques spéciales d'enquête, et l'obligation pour ces mêmes autorités de ne pas porter atteinte aux droits susmentionnés, sauf lorsque la Convention européenne des droits de l'homme le permet expressément et que les conditions spécifiques qui y sont énoncées sont réunies.

Dans cet esprit, il pourrait être envisagé de prendre en considération, en particulier, les dispositions I (Obligation des Etats de protéger toute personne contre le terrorisme), V (Collecte et traitement de données à caractère personnel par toute autorité compétente en matière de sécurité de l'Etat), VI (Mesures d'ingérence dans la vie privée), IX (Procédures judiciaires) et XVI (Respect des normes impératives du droit international et des normes du droit international humanitaire) des Lignes directrices de 2002 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme.

De même, concernant l'interprétation de l'article 8 en lien avec l'utilisation des techniques spéciales d'enquête, l'arrêt de 1978 de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Klass et autres c. Allemagne*⁷ contient des indications utiles pour les Etats membres quant à ce qui est juridiquement acceptable en termes d'application des techniques spéciales d'enquête, indications qui pourraient figurer dans la recommandation :

« Les sociétés démocratiques se trouvent menacées de nos jours par des formes très complexes d'espionnage et par le terrorisme, de sorte que l'Etat doit être capable, pour combattre efficacement ces menaces, de surveiller en secret les éléments subversifs opérant sur son territoire. La Cour doit donc admettre que l'existence de dispositions législatives accordant des pouvoirs de surveillance secrète de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications est, devant une situation exceptionnelle, nécessaire dans une société démocratique à la sécurité nationale et/ou à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales ». Quant au choix des modalités du système de surveillance, la Cour relève que le législateur national jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire. Elle n'a sûrement pas qualité pour substituer à l'appréciation des autorités nationales une autre appréciation de ce que pourrait être la meilleure politique en ce domaine [...]. La Cour souligne néanmoins que les Etats contractants ne disposent pas pour autant d'une latitude illimitée pour assujettir à des mesures de surveillance secrète les personnes soumises à leur juridiction. Consciente du danger, inhérent à pareille loi, de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre, elle affirme qu'ils ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée. »

S'inspirer, dans le texte de la recommandation, des lignes directrices susmentionnées et du raisonnement de la Cour dans l'affaire *Klass et autres c. Allemagne* permettrait non seulement d'aligner cette recommandation avec les positions prises par les divers organes du Conseil de l'Europe en

². Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

⁷ Requête n° 5029/71 Arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 6 septembre 1978.

matière de lutte contre le terrorisme, dans d'autres instruments et dans la jurisprudence, mais aussi de mieux faire comprendre au lecteur les intérêts concurrents inhérents à l'utilisation des techniques spéciales d'enquête, qui sont d'une part de garantir la sécurité et d'autre part de respecter les droits de l'homme et l'Etat de droit.

4.2. Prendre en compte les progrès technologiques intervenus depuis 2005

Si les arguments juridiques de la Cour dans l'affaire *Klass et autres c. Allemagne* citée ci-dessus restent valides, les présomptions de base sur les modalités des communications privées dans une certaine mesure (« la correspondance, les envois postaux et les télécommunications ») et la capacité d'ingérence des pouvoirs publics dans ces communications ont fondamentalement changé depuis 1978.

Au cours de la décennie passée, des améliorations technologiques majeures ont été apportées aux systèmes de communication, permettant aux personnes de communiquer à un faible prix, de manière instantanée et à l'échelle mondiale via internet et la téléphonie mobile. En réponse à cette évolution, les moyens techniques permettant une surveillance secrète, et interférant potentiellement avec le droit à la vie privée, ont également été améliorés.

Cette « nouvelle » situation soulève un certain nombre de défis si l'on s'interroge sur la manière d'utiliser les techniques spéciales d'enquête et sur leur efficacité, défis qui n'avaient pas été nécessairement pris en compte lors de la rédaction de la recommandation :

Premièrement, le grand nombre de personnes qui ont accès à internet et à la téléphonie mobile dans le monde a entraîné une augmentation massive du volume des communications potentiellement suspectes qui doivent être surveillées, y compris au moyen de techniques spéciales d'enquête. Pour être efficace, une telle surveillance doit être convenablement ciblée et s'appuyer sur des indications claires selon lesquelles la personne surveillée poursuit des activités criminelles. La mise en place d'une recherche indéterminée (« fishing expedition ») visant à recueillir des preuves potentielles en utilisant les techniques spéciales d'enquête n'est ni efficace ni, en règle générale, compatible avec le droit à la vie privée inscrit dans l'article 8.

Deuxièmement, la collecte de renseignements en utilisant les techniques spéciales d'enquête sur internet comporte ses propres complications juridiques en termes de compétence territoriale. Il s'agit d'une question sensible qui appelle un examen plus approfondi si l'on veut éviter les conflits juridiques potentiels et proposer des solutions durables respectueuses du principe de la prééminence du droit. La question elle-même ne peut être réglée au moyen d'une recommandation, mais la recommandation pourrait inclure un appel aux Etats membres à garder ces considérations à l'esprit lors de l'application des techniques spéciales d'enquête sur internet.

4.3. Améliorer la coopération entre les autorités compétentes aux niveaux national et international

De même, la question de la manière d'améliorer la collecte et le partage des renseignements entre les diverses autorités compétentes participant à la lutte contre le terrorisme tant au niveau international que national serait également à traiter dans la recommandation.

La transmission de renseignements en temps utile entre les autorités qui ne peuvent pas coopérer de manière régulière est d'une importance cruciale pour prévenir les attaques terroristes, mais elle pâtit parfois d'un manque de confiance réciproque.

L'introduction, dans le texte de la recommandation, d'un appel aux Etats membres à faciliter, par le biais des techniques spéciales d'enquête, y compris au niveau national, la coopération entre les diverses autorités compétentes participant à la lutte contre le terrorisme et à sa prévention pourrait être considérée comme un progrès par rapport au texte actuel, qui porte exclusivement sur la coopération internationale.

4.4. Autres perspectives pour l'utilisation des techniques spéciales d'enquête

Compte tenu de l'importance de la prévention et de la lutte contre le financement du terrorisme, et du rôle des personnes morales à cet égard, il pourrait être envisagé de mentionner expressément dans la recommandation l'utilisation des techniques spéciales d'enquête vis-à-vis des personnes morales, y compris aux fins du gel et de la confiscation des biens appartenant à des personnes morales (ou physiques) qui soutiennent le terrorisme.

4.5. Actualiser la Recommandation Rec(2005)10 ou rédiger une nouvelle recommandation portant sur l'utilisation des techniques spéciales d'enquête dans un contexte de lutte contre le terrorisme ?

À la condition que le CODEXTER arrive à la conclusion qu'une actualisation est effectivement nécessaire, le Comité pourrait examiner s'il préfère modifier la Recommandation (2005) 10 ou s'il serait plus judicieux d'entamer la rédaction d'une nouvelle recommandation portant spécifiquement sur l'utilisation des techniques spéciales d'enquête dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

Ce choix peut avoir une incidence sur les méthodes de travail, y compris le choix des comités à associer aux travaux et, le cas échéant, des modalités de leur participation. Ainsi, une modification de la Recommandation Rec(2005)10 nécessiterait probablement la participation du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) et éventuellement d'autres comités en tant que co-auteurs, tandis que le choix d'un nouvel instrument spécifique sur la lutte contre le terrorisme exigerait que le CODEXTER joue un rôle prépondérant dans sa rédaction.

De l'avis du Sous-Groupe, la solution la plus évidente est de modifier la Recommandation Rec(2005)10, en conservant ainsi la plus grande partie du texte actuel et en ajoutant de nouvelles dispositions chaque fois que la mise à jour de la recommandation l'exige, notamment sur les questions mentionnées ci-dessus.

À cette fin, le Sous-Groupe suggère que le CODEXTER prenne contact avec le CDPC et MONEYVAL en vue de recueillir leur avis et de définir les étapes suivantes de la procédure de modification de la recommandation. Une possibilité à envisager serait de constituer un groupe de travail composé de représentants des trois comités et chargé de préparer des projets d'amendements pour examen et approbation par les trois plénières. A terme, ces projets d'amendements à la recommandation, tels qu'approuvés par les trois comités, pourraient alors être présentés au Comité des Ministres pour adoption formelle.

ANNEX

Recommandation Rec(2005)10
du Comité des Ministres aux Etats membres
relative aux « techniques spéciales d'enquête » en relation avec des infractions graves
y compris des actes de terrorisme

*(adoptée par le Comité des Ministres le 20 avril 2005,
lors de leur 924^e réunion des Délégués des Ministres)*

Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe,

Rappelant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres ;

Rappelant que, dans la Résolution n° 1 sur la lutte contre le terrorisme international adoptée à la 24^e Conférence des Ministres européens de la Justice (Moscou, 4-5 octobre 2001), le Comité des Ministres a été invité à adopter d'urgence toutes les mesures normatives qui s'imposent afin d'aider les Etats à prévenir, découvrir, poursuivre et punir les actes de terrorisme ;

Considérant que le rapport final du Groupe multidisciplinaire sur l'action internationale contre le terrorisme (GMT) et les décisions ultérieures du Comité des Ministres reconnaissent que l'utilisation des techniques spéciales d'enquête est un domaine prioritaire pour l'action juridique du Conseil de l'Europe contre le terrorisme ;

Rappelant que, dans la Résolution n° 1 sur la lutte contre le terrorisme adoptée à la 25^e Conférence des Ministres européens de la Justice (Sofia, 9-10 octobre 2003), le Comité des Ministres a été invité, entre autres, à faire poursuivre sans délais les travaux en vue de l'adoption d'instruments internationaux appropriés sur l'utilisation des techniques spéciales d'enquête ;

Gardant à l'esprit le rapport final sur les techniques spéciales d'enquête en relation avec des actes de terrorisme, préparé par le Comité d'experts sur les techniques spéciales d'investigation en relation avec des actes de terrorisme (PC-TI) et les avis du Comité d'experts sur le terrorisme (Codexter) et du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) sur ce rapport final ;

Gardant à l'esprit les études des « meilleures pratiques » contre le crime organisé menées par le Groupe de spécialistes sur les aspects du droit pénal et les aspects criminologiques du crime organisé (PC-S-CO), ainsi que les rapports adoptés dans le cadre des programmes de coopération technique du Conseil de l'Europe pour la lutte contre la corruption et le crime organisé ;

Prenant en considération la Recommandation n° R (96) 8 sur la politique criminelle dans une Europe en transformation et la Recommandation [Rec\(2001\)11](#) concernant des principes directeurs pour la lutte contre le crime organisé ;

Prenant en considération la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n° 108, 28 janvier 1981) et son Protocole additionnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données (STE n° 181,

8 novembre 2001) ; la Recommandation n° R (87) 15 visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police ; la Recommandation n° R (95) 4 sur la protection des données à caractère personnel dans le domaine des services de télécommunication, eu égard notamment aux services téléphoniques ;

Prenant en considération les conventions existantes du Conseil de l'Europe sur la coopération en matière pénale, ainsi que les traités semblables liant des Etats membres du Conseil de l'Europe et d'autres Etats ;

Gardant à l'esprit les Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 11 juillet 2002 ;

Conscient de l'obligation pour les Etats membres de maintenir un juste équilibre entre la nécessité d'assurer la sécurité publique par le biais de mesures répressives et la protection des droits des individus consacrés en particulier par la Convention européenne des Droits de l'Homme et la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme ;

Considérant que les techniques spéciales d'enquête sont nombreuses, variées et évolutives, et que leurs caractéristiques communes sont leur caractère secret et le fait que leur application est susceptible d'interférer avec les libertés et les droits fondamentaux ;

Reconnaissant que l'utilisation des techniques spéciales d'enquête constitue un outil crucial pour lutter contre les formes de criminalité les plus graves, y compris les actes de terrorisme ;

Conscient que l'utilisation des techniques spéciales d'enquête dans les instructions pénales requiert le respect de la confidentialité et que toute tentative de commettre des crimes graves, y compris des actes de terrorisme, devrait être contrecarrée, dans les circonstances appropriées, par des moyens d'action sûrs et secrets ;

Conscient de la nécessité de renforcer l'efficacité des techniques spéciales d'enquête par l'élaboration de normes communes relatives à une utilisation adéquate des techniques spéciales d'enquête et à l'amélioration de la coopération internationale dans ce domaine ;

Reconnaissant que l'élaboration de telles normes contribuerait à renforcer la confiance du public dans l'utilisation des techniques spéciales d'enquête ainsi que la confiance entre les autorités des Etats membres compétentes dans ce domaine,

Recommande aux gouvernements des Etats membres:

- i. de s'inspirer, lors de l'élaboration de leur droit interne et de la révision de leur politique criminelle et de leurs pratiques, ainsi que lorsqu'ils font usage des techniques spéciales d'enquête, des principes et des mesures énoncés en Annexe à la présente Recommandation ;
- ii. de veiller à ce que ces principes et ces mesures fassent l'objet de toute la publicité nécessaire auprès des autorités compétentes impliquées dans l'utilisation des techniques spéciales d'enquête.

Annexe à la Recommandation Rec(2005)10

Chapitre I – Définitions et champ d'application

Aux fins de cette Recommandation, on entend par « techniques spéciales d'enquête », des techniques appliquées par les autorités compétentes dans le cadre d'enquêtes pénales cherchant à dépister ou à enquêter sur des infractions graves et des suspects, avec pour objectif de recueillir des informations de telle sorte que les personnes visées ne soient pas alertées.

Aux fins de cette Recommandation, on entend par « autorités compétentes » les autorités judiciaires, les autorités en charge des poursuites et les autorités en charge des enquêtes, impliquées dans l'utilisation, dans la décision d'employer ou dans la supervision de la mise en œuvre des techniques spéciales d'enquête, conformément à la législation du pays.

Chapitre II – Utilisation des techniques spéciales d'enquête au niveau national

a. Principes généraux

1. Les Etats membres devraient, en conformité avec les exigences de la Convention européenne des Droits de l'Homme (STE n° 5), définir dans leur droit national les circonstances et les conditions dans lesquelles les autorités compétentes sont habilitées à recourir à l'utilisation des techniques spéciales d'enquête.

2. Les Etats membres devraient prendre les mesures législatives appropriées pour permettre, en conformité avec le paragraphe 1, l'utilisation des techniques spéciales d'enquête afin que celles-ci soient mises à la disposition de leurs autorités compétentes dans la mesure où cela est nécessaire dans une société démocratique et considéré comme adéquat pour la conduite efficace d'enquêtes et de poursuites pénales.

3. Les Etats membres devraient prendre des mesures législatives appropriées pour assurer que la mise en œuvre des techniques spéciales d'enquête fasse l'objet d'un contrôle adéquat par des autorités judiciaires ou d'autres organes indépendants par le biais d'une autorisation préalable, d'une supervision durant l'enquête ou d'un contrôle a posteriori.

b. Conditions d'utilisation

4. Les techniques spéciales d'enquête ne devraient être utilisées que lorsqu'il existe des raisons suffisantes de penser qu'une infraction grave a été commise ou préparée, ou est en cours de préparation, par une ou plusieurs personnes particulières, ou par un individu ou un groupe d'individus non encore identifié.

5. La proportionnalité entre les conséquences de l'utilisation des techniques spéciales d'enquête et le but qui a été identifié devrait être garantie. A cet effet, au moment de décider de l'utilisation des techniques spéciales d'enquête, cette utilisation devrait être évaluée à la lumière de la gravité de l'infraction et en prenant en compte le caractère intrusif de la technique spéciale d'enquête particulière utilisée.

6. Les Etats membres devraient assurer que les autorités compétentes appliquent des méthodes d'enquête moins intrusives que les techniques spéciales d'enquête si de telles méthodes permettent de découvrir l'infraction, de la prévenir ou d'en poursuivre l'auteur, avec une efficacité adéquate.

7. Les Etats membres devraient, en principe, prendre les mesures législatives appropriées pour permettre la production devant les tribunaux de preuves obtenues grâce à l'utilisation des techniques spéciales d'enquête. Les règles procédurales visant la production et la recevabilité de telles preuves doivent garantir le droit de l'accusé à un procès équitable.

c. Lignes directrices opérationnelles

8. Les Etats membres devraient fournir aux autorités compétentes la technologie et les ressources humaines et financières nécessaires en vue de faciliter l'utilisation des techniques spéciales d'enquête.

9. Les Etats membres devraient assurer que, concernant les techniques spéciales d'enquête impliquant l'utilisation d'un équipement technique, les lois et procédures relatives à de telles techniques spéciales d'enquête prennent en compte les nouvelles technologies. A cet effet, ils devraient travailler en étroite collaboration avec le secteur privé afin d'obtenir son assistance en vue de permettre l'utilisation la plus efficace possible des technologies existantes et de maintenir l'efficacité dans l'utilisation des nouvelles technologies.

10. Les Etats membres devraient assurer, dans une mesure adéquate, que les entreprises de communication telles que les fournisseurs de services Internet et de téléphonie conservent et retiennent les données relatives au trafic et les données de localisation en conformité avec la législation nationale et les instruments internationaux, notamment la Convention européenne des Droits de l'Homme et la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n° 108).

11. Les Etats membres devraient prendre les mesures appropriées pour s'assurer que, lorsque cela s'avère nécessaire, la technologie dont il est fait usage dans les techniques spéciales d'enquête, en particulier dans le domaine de l'interception des communications, satisfasse aux exigences minimales de confidentialité, d'intégrité et de disponibilité.

d. Formation et coordination

12. Les Etats membres devraient assurer une formation adéquate des autorités compétentes chargées d'utiliser les techniques spéciales d'enquête, de décider de leur emploi ou de superviser leur mise en œuvre. Cette formation devrait comprendre une formation sur les aspects techniques et opérationnels des techniques spéciales d'enquête, une formation sur la législation en matière de procédure pénale liée aux techniques spéciales d'enquête, ainsi qu'une formation dans le domaine des droits de l'homme.

13. Les Etats membres devraient considérer la mise en place d'un conseil spécialisé au niveau national en vue d'assister ou de conseiller les autorités compétentes au sujet de l'utilisation des techniques spéciales d'enquête.

Chapitre III – Coopération internationale

14. Les Etats membres devraient faire usage le plus largement possible des accords internationaux existants dans le domaine de la coopération judiciaire ou policière en ce qui concerne l'utilisation des techniques spéciales d'enquête. Le cas échéant, les Etats membres devraient aussi identifier et élaborer des accords supplémentaires en vue d'une telle coopération.

15. Les Etats membres sont encouragés à signer, à ratifier et à mettre en œuvre les conventions ou instruments existants relatifs à la coopération internationale en matière pénale dans des domaines tels que l'échange d'informations, les livraisons surveillées, les enquêtes secrètes, les équipes d'enquête conjointe, les opérations transfrontalières et la formation.

Les instruments pertinents comprennent, entre autres :

- la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, du 20 décembre 1988 ;
- la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, du 8 novembre 1990 (STE n° 141) ;
- la Convention pénale sur la corruption, du 27 janvier 1999 (STE n° 173) ;
- le deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, du 8 novembre 2001 (STE n° 182) ;
- la Convention sur la cybercriminalité, du 23 novembre 2001 (STE n° 185) ;
- la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, du 15 novembre 2000, et les Protocoles y afférents ;
- la Convention des Nations Unies contre la corruption, du 31 octobre 2003.

16. Les Etats membres sont encouragés à mieux utiliser les instances internationales pertinentes déjà existantes, tels que le Conseil de l'Europe, le Réseau judiciaire européen, Europol, Eurojust, l'Organisation internationale de police criminelle (Interpol) et la Cour pénale internationale, en vue d'échanger des expériences, d'améliorer la coopération internationale et de mener des études sur les bonnes pratiques dans l'utilisation des techniques spéciales d'enquête.

17. Les Etats membres devraient encourager leurs autorités compétentes à mieux utiliser leurs réseaux internationaux de contacts pour échanger des informations sur les règles nationales et l'expérience opérationnelle, afin de faciliter l'utilisation des techniques spéciales d'enquête dans un cadre international. Si nécessaire, de nouveaux réseaux devraient être développés.

18. Les Etats membres devraient promouvoir la conformité des équipements techniques avec les normes internationalement acceptées, en vue de surmonter les obstacles techniques à l'utilisation des techniques spéciales d'enquête dans un cadre international, y compris en ce qui concerne l'interception des communications par téléphone portable.

19. Les Etats membres sont encouragés à prendre les mesures appropriées afin de promouvoir la confiance entre leurs autorités compétentes respectives chargées d'utiliser, de décider de l'emploi ou de superviser la mise en œuvre des techniques spéciales d'enquêtes, en vue d'améliorer leur efficacité dans un cadre international, tout en garantissant le plein respect des droits de l'homme.