

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Strasbourg, 8 novembre 2016

CODEXTER (2016) 5rev2

COMITE D'EXPERTS SUR LE TERRORISME (CODEXTER)



ACTUALISATION DE LA RECOMMANDATION REC(2005)10

VERSION MISE À JOUR DU GROUPE DE RÉDACTION TSE



Projet de recommandation relative aux « techniques spéciales d'enquête » en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme

Le texte reproduit ci-dessous correspond à la version du projet de recommandation mise à jour par le Groupe de rédaction TSE lors de sa 2^e réunion (Rome, 13-14 juin 2016) et par le Bureau du CODEXTER lors de sa 8^e réunion (Paris, 29-20 octobre 2016)

1. Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe,
2. Rappelant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres ;
3. Gardant à l'esprit la 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 ;
4. Considérant l'Avis sur la protection des droits de l'homme dans les situations d'urgence (17–18 mars 2006), le Rapport sur le contrôle démocratique des services de sécurité (1^{er}–2 juin 2007) et le Rapport sur les mesures de lutte contre le terrorisme et les droits de l'homme (Venise, 4 juin 2010) adoptés par la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) ;
5. Rappelant que la Conférence internationale sur l'emploi de techniques spéciales d'enquête pour lutter contre le terrorisme et les autres formes d'infractions graves (Strasbourg, 14–15 mai 2013) a reconnu la nécessité de mettre à jour les normes et lignes directrices applicables à l'emploi des techniques spéciales d'enquête ;
6. Considérant que le rapport final du Comité d'experts sur le terrorisme (CODEXTER), adopté lors de la 25^e réunion plénière (Istanbul, 23–24 octobre 2013) reconnaît que l'emploi des techniques spéciales d'enquête est un domaine prioritaire de l'action juridique menée par le Conseil de l'Europe pour lutter contre le terrorisme ;
7. Gardant à l'esprit l'ensemble de mesures définies par le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) dans le Livre blanc sur le crime organisé transnational (Strasbourg, 6 octobre 2014) en matière de lutte contre le crime organisé transnational et d'emploi des techniques spéciales d'enquête, 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 ;
8. Rappelant que le Plan d'action du Conseil de l'Europe sur la lutte contre l'extrémisme violent et la radicalisation menant au terrorisme, adopté lors de la 125^e session du Comité des Ministres (Bruxelles, 19 mai 2015), appelait le Conseil de l'Europe à élaborer des activités ciblées pour renforcer le cadre juridique de la lutte contre le terrorisme et l'extrémisme violent et pour prévenir la radicalisation violente et lutter contre elle, tout en respectant les droits de l'homme et l'État de droit ;
9. Considérant 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 ; la Recommandation CM/Rec(2014)6 du Comité des Ministres aux États membres sur un Guide des droits de l'homme pour les utilisateurs d'internet ; la Recommandation CM/Rec(2016)1 sur la protection et la promotion du droit à la liberté d'expression et du droit à la vie privée en lien avec la neutralité du réseau ; et la Recommandation CM/Rec(2016)5 sur la liberté d'internet ;

10. Considérant les conventions du Conseil de l'Europe en vigueur sur la coopération en matière pénale, ainsi que les traités semblables liant des États membres du Conseil de l'Europe et d'autres États ;

11. 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 ;

12. Conscient de l'obligation faite aux États membres de prendre des mesures qui s'imposent pour protéger les droits fondamentaux de toute personne relevant de leur compétence contre les infractions graves, y compris les actes de terrorisme, à commencer par le droit à la vie ;

13. Conscient de l'obligation faite aux États 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 ;

14. Conscient que dans la lutte contre les infractions graves, y compris les actes de terrorisme, les États membres ne sauraient agir à l'encontre des normes impératives du droit international ni à l'encontre du droit international humanitaire ;

15. Considérant que les techniques spéciales d'enquête sont nombreuses, variées et évolutives, et qu'elles ont pour caractéristique commune leur caractère secret et le fait que leur application est susceptible d'ingérence dans les libertés et les droits fondamentaux ;

16. Reconnaissant que l'utilisation des techniques spéciales d'enquête constitue un outil capital pour prévenir et réprimer les formes de criminalité les plus graves, y compris les actes de terrorisme, ainsi que pour engager des poursuites à l'encontre de leurs auteurs ;

17. Conscient que l'utilisation des techniques spéciales d'enquête dans les enquêtes judiciaires exige le respect de la confidentialité et que toute tentative de commettre des infractions graves, y compris des actes de terrorisme, devrait être contrecarrée, si besoin est, par des moyens d'action sûrs et secrets ;

18. 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 ;

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

20. Recommande aux gouvernements des États 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 concernées par l'utilisation des techniques spéciales d'enquête ;
- iii. de continuer à renforcer la coopération internationale et nationale en matière pénale, afin d'intensifier l'échange d'informations et de bonnes pratiques sur le plan opérationnel.

Annexe à la Recommandation

Chapitre I – Définitions et champ d'application

1. Aux fins de la présente Recommandation, on entend par « techniques spéciales d'enquête », les techniques appliquées par les autorités compétentes dans le cadre d'enquêtes judiciaires en vue de prévenir, de déceler et d'enquêter sur des infractions graves, et de poursuivre et réprimer leurs auteurs, dans le but de recueillir des informations sans attirer l'attention des personnes visées.
2. Aux fins de la présente Recommandation, on entend par « autorités compétentes » les autorités judiciaires, les autorités en charge des poursuites et les autorités en charge des enquêtes, qui prennent part à la décision d'employer, à la supervision ou à l'utilisation des techniques spéciales d'enquête, conformément à la législation du pays.
3. Aux fins de la présente Recommandation, on entend par « investigation financière » le fait d'enquêter sur des questions financières liées à une activité criminelle, en vue de déterminer l'étendue des réseaux criminels et/ou l'échelle de la criminalité ; d'identifier et de localiser les produits du crime, les fonds terroristes ou tout autre avoir qui font ou peuvent faire l'objet d'une confiscation ; et d'établir des éléments de preuve qui peuvent être utilisés dans le cadre de poursuites pénales.
4. Aux fins de la présente Recommandation, on entend par « enquête sur la cybercriminalité » une enquête qui vise à prévenir, à déceler et à enquêter sur des infractions graves, y compris les actes de terrorisme, toute infraction pénale définie par la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (STCE n° 196) et son Protocole additionnel (STCE n° 217) commise à l'aide d'internet, ainsi que toute ingérence illicite dans les informations, les systèmes informatiques, les programmes informatiques et les données commise de manière intentionnelle en vue de commettre une infraction grave, y compris des actes de terrorisme, et à poursuivre et réprimer les auteurs de telles infractions.

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

a. Principes généraux

5. Les États membres devraient, conformément aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme (STE n° 5) et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, veiller à ce que leur législation prévoie de manière suffisamment claire les circonstances et les conditions dans lesquelles les autorités compétentes sont habilitées à recourir à l'utilisation des techniques spéciales d'enquête.

6. Les États membres devraient prendre les mesures législatives appropriées pour permettre, conformément au paragraphe 5, 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 indispensable à l'efficacité des enquêtes et des poursuites pénales. Il importe que la législation nationale prévoie des garanties adéquates et effectives contre les pratiques arbitraires et abusives, en particulier en matière de droit à un procès équitable, de droit au respect de la vie privée et familiale, notamment le droit à la protection des données à caractère personnel, de liberté d'expression et de communication, de droit à un recours effectif et de protection du droit de propriété, consacrés respectivement par les articles 6, 8, 10 et 13 de la Convention et par l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention.

7. Les États membres devraient prendre des mesures législatives appropriées pour assurer le contrôle périodique adéquat de la mise en œuvre des techniques spéciales d'enquête par les autorités judiciaires, au moyen d'une autorisation préalable, d'une supervision pendant l'enquête ou d'un contrôle a posteriori.

8. Il importe que les États membres veillent à ce que les personnes physiques ou morales qui affirment être victimes d'une violation de leurs droits causée par l'utilisation abusive des techniques spéciales d'enquête aient un droit d'accès à un recours effectif devant une autorité compétente.

b. Conditions d'utilisation

9. 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 précises, ou par un individu ou un groupe d'individus non encore identifié.

10. Les États membres devraient veiller à la proportionnalité des techniques spéciales d'enquête utilisées avec les buts légitimes poursuivis. A cet effet, lorsqu'ils décident de recourir à ces techniques, il importe qu'ils procèdent à leur évaluation au vu de la gravité de l'infraction et du caractère intrusif de la technique spéciale d'enquête utilisée en l'espèce, ainsi que de la complexité générale des faits. L'urgence de la situation et le nombre de personnes concernées pourraient aussi être pris en considération.

11. Les États membres devraient veiller à ce que les autorités compétentes appliquent des méthodes d'enquête moins intrusives que les techniques spéciales d'enquête si de telles méthodes permettent de prévenir l'infraction, de la déceler, d'enquêter à son sujet et de poursuivre et réprimer son auteur avec une efficacité satisfaisante.

12. Les États membres devraient prendre les mesures législatives appropriées pour permettre la production devant les tribunaux de preuves obtenues grâce à l'utilisation légale des techniques spéciales d'enquête. Les dispositions procédurales relatives à la production et la recevabilité de ces preuves doivent garantir le droit de l'accusé à un procès équitable.

c. Lignes directrices opérationnelles

13. Les États membres devraient fournir aux autorités compétentes la technologie, ainsi que les moyens humains et financiers, requis pour faciliter le recours aux techniques spéciales d'enquête.

14. Les États 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 évaluer l'opportunité de travailler en étroite collaboration avec le secteur privé, afin que l'assistance de ce dernier leur permette d'utiliser le plus efficacement possible les technologies existantes utilisées dans les techniques spéciales d'enquête et de conserver leur efficacité dans l'utilisation des nouvelles technologies.

15. Il importe que les États membres fassent un usage adéquat et diligent des techniques d'investigation financière, de manière à perturber les activités des associations ou groupes criminels et terroristes ; à identifier et confisquer les biens acquis illégalement ou qu'ils peuvent réunir dans le but de commettre des infractions graves, y compris des actes de terrorisme, ainsi que toute infraction pénale définie par la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (STCE n° 196) et son Protocole additionnel (STCE n° 217).

16. Les États membres devraient faciliter l'utilisation adéquate de l'investigation financière lorsque les autorités compétentes enquêtent sur toutes les principales infractions génératrices de produits et les affaires de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, ainsi qu'à l'occasion de l'identification, la localisation, le gel et la saisie rapides de bien qui font ou peuvent faire l'objet d'une confiscation ou dont on soupçonne qu'ils sont les produits du crime.

17. Les États membres devraient faciliter l'utilisation adéquate des enquêtes sur la cybercriminalité, afin de prévenir, de déceler et d'enquêter sur les cyber-attaques lancées pour commettre des infractions graves, y compris des actes de terrorisme, et notamment celles qu'incriminent la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (STCE n° 196) et son Protocole additionnel (STCE n° 217), ainsi que de poursuivre et réprimer les auteurs de telles infractions.

18. Aux fins de la présente Recommandation, les États membres devraient veiller à ce que, dans une mesure satisfaisante, les fournisseurs de services conservent et sauvegardent les données de trafic. Il importe que ces mesures soient conformes à la législation nationale et aux instruments internationaux pertinents, et en particulier aux articles 8 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n° 108).

19. Les États membres devraient prendre les mesures appropriées pour s'assurer que la technologie qui doit être utilisée 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

20. Les États membres devraient assurer une formation adéquate des autorités compétentes chargées de décider de l'emploi des techniques spéciales d'enquête, de les superviser ou de les utiliser, y compris pour l'investigation financière et les enquêtes sur la cybercriminalité. Cette formation devrait comprendre une formation sur les aspects techniques et opérationnels des techniques spéciales d'enquête, une formation sur la procédure pénale applicable à cette occasion, ainsi qu'une formation pertinente sur les droits de l'homme.

21. Les États membres devraient envisager la fourniture de conseils spécialisés au niveau national en vue d'assister ou de conseiller les autorités compétentes pour l'utilisation des techniques spéciales d'enquête.

Chapitre III – Coopération nationale et internationale

22. Les États 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, y compris les investigations financières et les enquêtes sur la cybercriminalité, au niveau national et international. Le cas échéant, les États membres devraient par ailleurs définir et élaborer des dispositions supplémentaires, notamment avec le secteur privé, pour renforcer la coopération dans la lutte contre les infractions graves, y compris les actes de terrorisme, en accordant une attention particulière aux questions de compétence liées à l'application des techniques spéciales d'enquête sur internet.

23. Les États 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 investigations financières, les enquêtes sur la cybercriminalité, 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 internationale des Nations Unies pour la répression du financement du terrorisme, du 9 décembre 1999 ;
- 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 ;
- la Convention pour la prévention du terrorisme, du 16 mai 2005 (STCE n° 196), et son Protocole additionnel, du 22 octobre 2015 (STCE n° 217) ;
- 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 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, du 16 mai 2005 (STCE n° 198) ;
- 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), et son Protocole additionnel relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques (STE n° 189).

24. Les États membres sont encouragés à mieux utiliser les instances internationales pertinentes déjà existantes, telles que les Nations Unies, le Conseil de l'Europe, l'Union européenne et l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, le Forum mondial de lutte contre le terrorisme (GCTF), Interpol et les juridictions pénales internationales, en vue d'échanger leurs expériences, de continuer à renforcer la coopération internationale et de réaliser des études sur les bonnes pratiques dans l'utilisation des techniques spéciales d'enquête.

25. Les États membres devraient encourager leurs autorités compétentes à mieux utiliser leurs réseaux internationaux de contacts pour échanger des informations sur la réglementation nationale et l'expérience opérationnelle, y compris de manière spontanée, afin de faciliter l'utilisation des techniques spéciales d'enquête dans un cadre international. Si nécessaire, de nouveaux réseaux devraient être mis en place.

26. Les États membres devraient promouvoir la conformité des équipements techniques avec les normes internationalement admises, en vue de surmonter les obstacles techniques à l'utilisation des techniques spéciales d'enquête dans un cadre international.

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