



Strasbourg, le 2 avril 2014

CDL-AD(2014)009
Or. ang.

Avis n°756 / 2014

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

AVIS CONJOINT

**DE LA COMMISSION DE VENISE
ET
DE LA DIRECTION DES DROITS DE L'HOMME (DDH)
DE LA DIRECTION GÉNÉRALE DROITS DE L'HOMME
ET ÉTAT DE DROIT (DGI)
DU CONSEIL DE L'EUROPE**

**SUR LE PROJET DE LOI
PORTANT MODIFICATION ET COMPLÉTANT CERTAINS ACTES
LÉGISLATIFS,
APPUYÉ PAR LE SERVICE D'INFORMATION ET DE SÉCURITÉ
DE LA RÉPUBLIQUE DE MOLDOVA**

**adopté par la Commission de Venise
lors de sa 98^e session plénière
(Venise, 21-22 mars 2014)**

sur la base des observations de :

**M. Iain CAMERON (membre, Suède)
M. Ian LEIGH (expert DDH, Royaume-Uni)
M. Mikael LYNGBO (expert DDH, Danemark)**

Sommaire

I.	Introduction.....	3
II.	Remarques préliminaires.....	3
III.	Contexte.....	4
IV.	Analyse article par article	5
A.	Article I. du projet de loi	5
1.	Article I.1.....	5
2.	Article I.2.(1).....	6
3.	Article I.2.(2).....	7
4.	Article I.2.(3) et (4)	8
5.	Article I.2.(5) et (6)	10
6.	Article I.2.(7).....	11
7.	Article I.2.(8).....	12
8.	Article I.2.(9).....	12
9.	Article I.2.(10).....	12
10.	Article I.2.(11).....	13
B.	Article II. du projet de loi	13
1.	Article II.1.....	13
2.	Article II.1.2.....	14
3.	Article II.1.3.....	14
4.	Article II.2.....	14
5.	Article II.3.....	14
6.	Article II.4.....	16
C.	Article III. du projet de loi	17
V.	Conclusions.....	17

I. Introduction

1. Par lettre du 2 décembre 2013, le ministre de la Justice de la République de Moldova a sollicité l'avis du Conseil de l'Europe sur le projet de loi portant modification et complétant certains actes législatifs (ci-après « le projet de loi ») appuyé par le service d'information et de sécurité de la République de Moldova. Par lettre du 10 janvier 2014, le ministère de la Justice a demandé à la Commission de Venise d'examiner le même projet de loi.
2. Le projet de loi considéré propose des amendements à la loi n°753-XIV du 23 décembre 1999 sur le service d'information et de sécurité de la République de Moldova (ci-après « loi sur le Service » et « le Service ») ainsi qu'à la loi n°59 du 29 mars 2012 sur les activités d'investigation spéciales (« loi sur l'investigation »).
3. M. Iain Cameron a assuré la fonction de rapporteur pour la Commission de Venise.
4. M. Ian Leigh (Royaume-Uni) et M. Mikael Lyngbo (Danemark) ont analysé le projet d'amendements pour la Direction des droits de l'homme (« la Direction »).
5. Le présent avis conjoint de la Commission de Venise et de la Direction, qui a été élaboré sur la base des observations présentées par les experts précités, a été adopté par la Commission de Venise lors de sa 98^e session plénière (Venise, 21-22 mars 2014).

II. Remarques préliminaires

6. Une note d'information annexée au projet de loi, préparée par les autorités moldaves, clarifie le contexte et l'objet des amendements¹. Elle a facilité grandement la compréhension des intentions des auteurs du texte et des relations entre celui-ci et d'autres lois spécifiques pertinentes.
7. Bien que le présent avis conjoint se limite au projet de loi proprement dit, il convient de souligner la difficulté d'isoler la législation relative aux activités du service d'information et de sécurité des autres textes de loi sur le secret d'Etat, la procédure pénale, le droit pénal et les données à caractère personnel.
8. En 2006, la Commission de Venise a adopté un avis sur les articles 7 et 10 d'un amendement de 2005 à la loi sur le Service², amendement qui redéfinissait les tâches du Service. La Commission avait alors considéré que le cadre juridique général applicable au service de sécurité semblait approprié, mais regretté « [...] que la portée exacte de nombreuses dispositions de la loi soit parfois difficile, sinon impossible à appréhender en raison des nombreux renvois généraux à d'autres lois, souvent sans plus de précisions ». Ce problème n'a pas été totalement réglé dans le présent amendement, ce qui a compliqué le travail des experts – et compliquera la tâche des autorités nationales – du point de vue de l'interprétation de la loi sur le Service.
9. En 2006, le Conseil de l'Europe a également publié une analyse de la loi de 1994 de la République de Moldova sur l'activité opérationnelle d'investigation³. Cette loi a été remplacée par la loi de 2012 sur les activités d'investigation spéciales.

¹ Note d'information et projet de loi portant modification et complétant la loi sur le service d'information et de sécurité et la loi sur les activités d'investigation spéciales (CDL-REF(2014)03).

² Avis sur la loi sur le service d'information et de sécurité de la République de Moldova, adopté par la Commission de Venise lors de sa 66^e session plénière (17-18 mars 2006), CDL-AD(2006)011.

³ Direction Générale I, Affaires juridiques, Service des problèmes criminels, Analyse de la loi de la République de Moldova sur l'activité opérationnelle d'investigation, avis d'expert établi par Goran Klemencic.

10. Les questions liées à la protection des données à caractère personnel que soulève la loi sur le Service ont été examinées dans un avis distinct soumis le 20 février 2006 par un expert indépendant mandaté à cette fin par la Direction Générale des affaires juridiques du Conseil de l'Europe.

11. En 2008, la Commission de Venise a rendu un avis sur la loi sur le secret d'Etat de la République de Moldova⁴, pertinent au regard de l'article I.2.(4) du présent projet de loi.

12. Dans un arrêt du 14 septembre 2009 dans l'affaire *lordachi et autres c. Moldova*, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu « qu'il est fait un usage pour le moins excessif du système de surveillance secrète de la Moldova, imputable en partie à l'inadéquation des garanties contenues dans la loi » (traduction non officielle)⁵. Plus particulièrement, la Cour a conclu que le droit moldove n'apportait pas une protection adéquate contre l'abus de la puissance publique en matière d'interception des communications téléphoniques et que l'ingérence dans les droits des requérants garantis par l'article 8 n'était pas « conforme à la loi ». La question des écoutes téléphoniques a été réglementée dans la loi de 1994 sur l'activité opérationnelle d'investigation qui, comme indiqué précédemment, a été remplacée par la loi de 2012 sur les activités d'investigation spéciales. Il semble donc approprié de procéder également à un examen minutieux de la conformité du présent amendement avec la Convention européenne des droits de l'homme (« CEDH »).

13. A cet égard, les articles 8 et 13 de la CEDH viennent au premier plan. En effet, les mesures de sécurité concernent « la vie privée » et « le domicile » des individus et impliquent une ingérence dans leur « correspondance »⁶. D'autre part, le recours interne exigé par l'article 13 pour les violations des droits énoncés dans la Convention doit, selon la jurisprudence de la Cour, être « effectif » en pratique comme en droit⁷.

14. La loi de 2012 sur l'investigation n'a pas été présentée au Conseil de l'Europe ou à la Commission de Venise pour examen. Cela aurait été souhaitable au vu des nombreuses critiques qui avaient été formulées dans le cadre de l'affaire *lordachi*. On ne sait donc pas dans quelle mesure les insuffisances ont été comblées.

15. Le présent avis repose sur la traduction anglaise du projet de loi, qui n'est peut-être pas fidèle en tous points à la version originale. En conséquence, certaines questions soulevées dans l'avis peuvent avoir pour origine la qualité de la traduction plutôt que le fond des dispositions concernées.

III. Contexte

16. En 2012, la République de Moldova a adopté une nouvelle loi sur les activités d'investigation spéciales, censée être commune à la force publique et aux organes de sécurité de l'Etat. Avec le recul, les autorités ont reconnu l'existence d'une différence fondamentale entre d'une part, les enquêtes menées dans le cadre d'une procédure pénale sur une infraction déjà commise (ce qui correspond à la principale mission de la force publique) et d'autre part, la prévention de certains actes risquant de porter atteinte à la sécurité de l'Etat et la lutte contre ces actes, qui le plus souvent ne relèveront pas d'une procédure pénale (ce qui correspond à la principale mission du Service).

⁴ Avis sur la loi sur le secret d'Etat de la République de Moldova, adopté par la Commission de Venise lors de sa 74^e session plénière (Venise, 14-15 mars 2008).

⁵ *lordachi et autres c. Moldova* paragraphe 52.

⁶ Voir en particulier, *Leander c. Suède* (9248/81), 26 mars 1987 ; *Rotaru c. Roumanie*, (28341/95) ; *Weber et Saravia c. Allemagne*, (54934/00), 29 juin 2006 ; *Kruslin c. France* (11801/85), 24 avril 1990 ; *Huvig c. France* (11105/84), 24 avril 1990 ; *Valenzuela Contreras c. Espagne* (27671/95), 30 juillet 1998 ; *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978 (5029/71).

⁷ *Segerstedt-Wiberg c. Suède* (62332/00), 6 juin 2006 ; *Al-Nashif c. Bulgarie*, (50963/99), 20 juin 2002.

17. En conséquence, le projet de loi propose d'établir une procédure spéciale pour donner au Service le droit de recourir à des mesures d'enquête spéciales en dehors d'une affaire pénale (article I du projet de loi, insérant un nouvel article 7 (2) dans la loi sur le Service). Cette procédure consiste en la délivrance d'un « mandat de sécurité » par des juges spécialement nommés à cet effet.

18. Le projet de loi (projet de nouvel article 7 (2) de la loi sur le Service) régleme également l'accès du Service aux informations financières en dehors d'une enquête pénale. Dans ce cas, la délivrance d'un mandat de sécurité par un juge ne sera pas nécessaire.

19. La loi de 2012 sur l'investigation, qui a remplacé la loi de 1994 sur l'activité opérationnelle d'investigation, omettait visiblement de régleme les moyens techniques spéciaux permettant d'obtenir des informations de manière secrète. Le projet de loi (article II) vise : a) à réintroduire la précédente disposition interdisant l'utilisation, l'importation, l'exportation, la conception, la production ou la commercialisation de tels équipements par des personnes non autorisées et b) à ériger à nouveau en infraction le non-respect de cette interdiction.

20. La loi de 2012 sur l'investigation donnait à toute personne le droit d'être informée des mesures d'enquête spéciales dont elle avait fait l'objet. Le projet de loi (amendement à l'article 20 de la loi sur l'investigation) prévoit de supprimer ce droit dans certains cas pour assurer la sécurité de l'Etat.

21. Le projet de loi (insérant un nouvel article 18.3 dans la loi sur l'investigation) autorisera le Service à recourir à des moyens techniques dans le cadre de la surveillance visuelle pour certains besoins liés à la sécurité de l'Etat.

IV. Analyse article par article

A. Article I. du projet de loi

22. L'article I du projet de loi propose des amendements à la loi de 1999 sur le Service.

1. Article I.1

23. L'amendement autorisera le Service à mettre en œuvre les mesures suivantes dans le cadre d'un mandat de sécurité délivré par un juge en dehors d'une enquête pénale :

Article 18 paragraphe (1) point 1)

- a. la perquisition de domicile et/ou l'installation au domicile d'équipements assurant la surveillance et l'enregistrement audio et vidéo, ainsi que la prise de photos ;
- b. la surveillance du domicile au moyen de techniques d'enregistrement ;
- c. l'interception et l'enregistrement de communications et d'images ;
- d. l'interception, la recherche, le transfert, la fouille ou la saisie de correspondance postale ;
- e. la surveillance des connexions aux communications télégraphiques et électroniques ;
- f. la surveillance des transactions financières et l'accès aux informations financières ;
- g. l'enregistrement d'informations par des méthodes et des moyens techniques, ainsi que la surveillance par système de localisation mondial (GPS) ou par d'autres moyens techniques ;
- h. la collecte d'informations auprès de prestataires de services de communication électronique.

Article 18 paragraphe (1) point 2) c., e., et f. :

- c. le contrôle du transfert de fonds ou d'autres biens extorqués ;
- e. la surveillance transfrontalière ;
- f. les livraisons surveillées.

24. La Commission de Venise et la Direction notent à ce propos que si les infractions contre la sécurité de l'Etat sont définies d'une manière qui requiert un acte concret et manifeste⁸ (comme cela devrait être le cas dans tout Etat démocratique respectueux des droits de l'homme), il est alors possible que certaines activités potentiellement préjudiciables à la sécurité de l'Etat n'atteignent pas le niveau d'une infraction pénale, ni même d'une infraction préparatoire ou d'une autre infraction accessoire. Dans tous les cas, il doit y avoir une base factuelle concrète révélatrice d'une menace sérieuse pour l'Etat⁹.

25. En conséquence, on peut comprendre que la République de Moldova souhaite mettre en place un mécanisme permettant la réalisation d'enquêtes de sécurité en dehors du cadre des enquêtes pénales.

26. Il convient toutefois de souligner que la création d'un tel mécanisme ne doit en aucun cas compromettre les garanties existantes applicables aux enquêtes sur les infractions pénales. Si le seuil d'ouverture d'une enquête de sécurité sur une « infraction en matière de sécurité »¹⁰ est bas, le risque d'affaiblir les garanties normales de la procédure pénale est particulièrement élevé¹¹.

27. Parmi les attributions dévolues au Service en vertu de l'article 7 de la loi sur le Service figure la protection contre les actes qui « portent atteinte aux droits et libertés constitutionnels des citoyens et mettent en danger l'Etat » et la protection des hauts fonctionnaires, etc. contre les agressions. Dans une certaine mesure, on peut considérer que ces questions relèvent davantage du droit pénal que du but légitime de protéger la sécurité nationale. L'invocation de ces motifs en pareil cas sans les garanties d'une enquête pénale et d'un procès pénal ne peut donc être justifiée que si l'expression « mettent en danger l'Etat » est interprétée de manière littérale en ce sens que seules les menaces pour l'ordre démocratique, autrement dit celles qui atteignent un certain degré de gravité et de concrétisation, pourront faire l'objet de l'attention du Service. La mission de la police de sécurité suédoise, par exemple, inclut la réalisation d'enquêtes sur les agressions et les menaces à l'encontre de hauts fonctionnaires (lorsque ces actes portent atteinte à l'ordre démocratique) ainsi que sur les actes qui entravent l'exercice des droits constitutionnels des citoyens. Cette dernière fonction s'entend dans un sens relativement étroit, à savoir la conduite d'enquêtes sur les activités de groupes extrémistes organisés hostiles à certains groupes de citoyens ou de résidents, par exemple ceux d'une origine ethnique donnée.

28. En ce qui concerne les points précis du mandat qui relèvent plus clairement de la « sécurité nationale », il convient de voir si les amendements envisagés sont « prévus par la loi » et « nécessaires dans une société démocratique ».

2. Article I.2.(1)

29. Ce paragraphe du projet de loi définit la notion de « mandat de sécurité » – mandat qui, une fois obtenu, autorise le Service à recourir à des mesures d'enquête spéciales en dehors d'un procès pénal. Il détaille également la procédure à suivre, qui est différente de celle applicable aux affaires pénales, où l'autorisation est donnée soit par le juge d'instruction¹² à la demande du procureur, soit par le procureur¹³.

⁸ Cf. Rapport sur les mesures de lutte contre le terrorisme et les droits de l'homme, CDL-AD(2010)022, paragraphe 34 « toute nouvelle infraction [antiterroriste] doit porter sur des faits avérés, qu'il doit être possible d'établir matériellement et objectivement ».

⁹ Voir, comme exemple de bonnes pratiques européennes dans ce domaine, la pratique constante de la Cour constitutionnelle allemande, par exemple BVerfGE 113, p. 348 et 378 et suivantes.

¹⁰ Comme l'indiquent clairement les exemples donnés dans la note d'information fournie par les autorités moldoves (CDL-REF(2014)03), une part importante du mandat du Service, présenté de manière exhaustive dans les dispositions juridiques citées (article 7(a) et (d) de la loi n°753/1999 et article 4(2) de la loi n°618/1995), consiste à enquêter sur les infractions en matière de sécurité.

¹¹ Voir également paragraphe 55 du présent avis.

¹² Pour les mesures citées à l'article 18.(1).1) de la loi sur les activités d'investigation spéciales.

¹³ Pour les mesures citées à l'article 18.(1).2) de la loi sur les activités d'investigation spéciales.

30. Les motifs justifiant la mise en œuvre de mesures d'enquête spéciales sont régis par l'article 19.(2) qui s'attache à fournir une liste exhaustive de questions relativement spécifiques relevant de la compétence du Service. A cet égard, il convient de souligner qu'il ne doit pas être possible de recourir à *n'importe quelle* mesure d'investigation spéciale pour enquêter sur les questions entrant dans le cadre de la compétence du Service, sans considération du degré de violation du droit au respect de la vie privée et des autres droits de l'homme que cette mesure implique. La norme européenne consiste à apporter une réponse graduelle : plus la mesure d'investigation spéciale risque de porter atteinte aux droits fondamentaux, plus le recours à cette mesure doit être encadré strictement. Une approche non différenciée, ne tenant pas compte du degré d'intrusion dans la vie privée, est contraire aux normes européennes.

31. Il est également primordial de mettre en place des procédures internes exigeant des éléments factuels *concrets* relatifs à la planification ou à la perpétration d'actes menaçant la sécurité nationale ou mettant en danger la sûreté publique pour que le Service puisse ne serait-ce que commencer à recueillir des renseignements sur des individus. *Des indications concrètes particulièrement solides* devraient être requises pour que le Service puisse prendre des mesures d'enquête spéciales, et *des indications concrètes plus solides encore* pour qu'il puisse demander la mise en œuvre des mesures énoncées au paragraphe 18 (1) 1) de la loi sur l'investigation.

32. L'article 11(g) de la loi sur l'investigation¹⁴ prévoit un test de proportionnalité. Cela étant, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu dans l'affaire *lordachi* que le principe de proportionnalité n'avait pas été dûment pris en compte par le passé. La Commission de Venise et la Direction soulignent l'importance cruciale de ce principe et font remarquer que les critiques sévères formulées dans l'affaire *lordachi* imposent de le prendre davantage au sérieux, notamment en renforçant les mécanismes institutionnels pour garantir son respect.

33. Il convient d'ajouter que les mesures d'enquête spéciales prises dans le cadre d'un mandat de sécurité constituent d'une certaine façon un système de surveillance parallèle, mais qui vient se superposer au système prévu dans la loi sur l'investigation (voir article II.2 de l'amendement). L'article 24(1) de la loi sur l'investigation implique, ou semble impliquer, que toutes les informations recueillies grâce à des mesures d'enquête spéciales sont recevables en tant que preuves au pénal et peuvent être utilisées par la suite dans une enquête ou un procès pénal, par exemple dans le cas d'infractions liées au terrorisme. Cette disposition accroît le risque d'affaiblir les garanties ordinaires applicables aux enquêtes pénales. Il conviendrait de remédier à cela par l'un ou l'autre des moyens suivants : soit l'introduction d'une disposition interdisant l'utilisation des éléments obtenus de la sorte dans les procédures judiciaires, soit l'application des garanties ordinaires prévues par la loi sur l'investigation dès lors que ces éléments entrent dans le cadre d'une enquête pénale.

3. Article I.2.(2)

34. Cette disposition est, du moins dans la traduction anglaise, plus complexe que de raison et difficile à comprendre : il conviendrait de la reformuler. Elle vise apparemment¹⁵ à réglementer l'accès du Service aux informations financières en dehors d'une affaire pénale, sans l'obtention d'un mandat de sécurité soumis à contrôle juridictionnel. Le Service pourra ainsi présenter des demandes à caractère exécutoire pour l'accès aux données des institutions financières comme les banques. Cette disposition est justifiée par le fait que l'accès aux informations financières ne représenterait pas une intrusion excessive dans la vie privée.

35. La Commission de Venise et la Direction notent néanmoins à cet égard que les informations financières relatives aux individus peuvent contenir des données à caractère personnel et, selon les transactions concernées, avoir trait à certains aspects de la vie privée. La mémorisation et la communication de ces informations portent atteinte au droit au respect

¹⁴ D'après l'article 11g) l'enquêteur a les obligations suivantes : g) respecter la proportionnalité entre le droit auquel il a été porté atteinte et la nécessité de la mesure qui est prise.

¹⁵ D'après la note d'information.

de la vie privée garanti à l'article 8 de la CEDH¹⁶. Les personnes morales (par exemple les sociétés), quant à elles, bien que n'ayant pas de droits en matière de « vie privée » à l'instar des individus, ont un droit au respect de la correspondance en vertu de l'article 8. En tout état de cause, l'octroi au Service d'un accès à l'ensemble des enregistrements financiers (par opposition à l'accès aux notifications de transactions suspectes se rapportant au blanchiment de capitaux, qu'il est possible d'autoriser) est un système qui invite à l'abus. Il ne répond pas non plus au critère de proportionnalité. La suppression du contrôle externe des autorisations délivrées en la matière représenterait un affaiblissement des garanties nécessaires dans une société démocratique.

4. Article I.2.(3) et (4)

36. Cet amendement créé à l'intention du Service un nouveau système pour l'autorisation de mesures d'enquête spéciales impliquant un degré relativement élevé d'ingérence dans le droit au respect de la vie privée. Les autres mesures énoncées à l'article 18(1)2 de la loi sur l'investigation nécessiteront toujours une autorisation délivrée par un procureur.

37. La Commission de Venise et la Direction considèrent que lorsque dans la pratique, les garanties en matière de sécurité ressortissent totalement ou en partie aux procureurs, il est d'autant plus important que ces derniers soient des acteurs judiciaires indépendants, en droit et dans les faits, et qu'ils disposent des compétences, de l'autorité légale et des ressources nécessaires pour contrôler, dans la pratique, les actes de l'agence de sécurité¹⁷. La Commission de Venise avait déjà souligné par le passé qu'il importait que les procureurs moldaves jouissent d'un degré d'autonomie suffisant dans leurs décisions en général¹⁸. L'exigence d'une autorisation judiciaire – au-delà de l'autorisation par un procureur – pour la mise en œuvre de mesures d'enquête spéciales (pose de micros et interception de communications, par exemple) est une garantie importante pour les droits de l'homme¹⁹. En soi, l'implication des juges est une bonne chose.

38. Cela dit, comme l'avait noté la Commission auparavant, « la simple implication de juges dans le processus d'autorisation ou d'examen, ne constitue [...] pas toujours une garantie effective pour les droits de l'homme. Pour commencer, la valeur du contrôle juridictionnel dépend de toute évidence de l'indépendance des juges, tant dans la loi que dans les faits, à l'égard de l'exécutif. Cette indépendance est quant à elle fonction de la législation et des pratiques constitutionnelles de l'État en question, ainsi que de sa culture judiciaire et politique. La valeur du contrôle juridictionnel dépend ensuite de l'expertise des juges concernés en matière d'évaluation des risques posés à la sécurité nationale et du juste équilibre entre ces menaces et des violations des droits de l'homme. [...] Même pour un juge spécialisé, l'invocation de la « sécurité nationale » est convaincante et traduit la nécessité d'une action urgente et décisive. [...] Un juge volontaire doté d'une grande expérience antérieure dans le traitement de ce genre de demandes sera probablement à même de mettre en doute la proportionnalité des évaluations des experts et de résister à la tentation de faire fi quasi systématiquement de l'intégrité. D'un point de vue psychologique, la tendance à octroyer des autorisations sera plus marquée dans un État, qui par exemple pour des raisons de séparation des pouvoirs, ne dispose pas de procédure pour vérifier, sans parler de critiquer, le nombre et la durée des autorisations judiciaires accordée »²⁰.

¹⁶ *Leander c. Suède* 26 mars 1987 paragraphe 48.

¹⁷ Le contrôle démocratique des services de sécurité, CDL-AD(2007)016, paragraphe 110 : « Les procureurs, qui n'appartiennent pas, officiellement et dans la pratique, à la branche indépendante du système judiciaire font néanmoins partie de l'exécutif et peuvent être considérés en tant que tels comme des "contrôles internes" ». Voir également l'Avis sur la loi fédérale sur le Service Fédéral de Sécurité (FSB) de la Fédération de Russie, CDL-AD(2012)015, paragraphe 40.

¹⁸ CDL-AD(2008)019 Avis concernant le projet de loi sur le Ministère public de Moldova, paragraphe 48.

¹⁹ Le contrôle démocratique des services de sécurité, paragraphe 204 « l'obligation d'autorisation judiciaire préalable au recours à des techniques spéciales d'enquête présente un intérêt manifeste : l'agence de sécurité doit faire l'effort de « s'ouvrir » et convaincre une personne indépendante de la nécessité d'une mesure particulière ».

²⁰ Le contrôle démocratique des services de sécurité, paragraphes 205-206, 208. Voir également paragraphe 213, dans lequel la Commission recommande, pour les États qui disposent d'un système d'autorisation judiciaire, de mettre en place « une certaine forme de recours ou un mécanisme de suivi, même pour les autorisations judiciaires relatives aux techniques spéciales d'enquête. Par ailleurs, sauf si des raisons spécifiques le justifient, un juge ne

39. Il est rappelé en outre que la Cour européenne des droits de l'homme a établi des normes exigeantes quant au devoir d'un juge d'examiner attentivement et de manière critique les demandes de recours à des mesures d'enquête spéciales²¹.

40. La Commission de Venise et la Direction relèvent à ce propos que l'article I.2.(3) ne prévoit pas de procédure pour la nomination du juge²². On peut donc supposer que celle-ci est laissée à l'appréciation des présidents des juridictions d'appel. Il n'est pas certain que cette façon de procéder garantisse suffisamment l'indépendance du juge et l'efficacité du contrôle juridictionnel.

41. En outre, aux termes de l'article I.2.(4), le juge doit disposer « [...] du droit d'accès aux secrets d'Etat garanti par la loi sur le secret d'Etat ». Le projet d'amendement ne précise pas qui prend la décision relative à ce droit du juge, mais ce point a probablement été réglé dans la loi sur le secret d'Etat. Les pouvoirs réels du juge, et donc son efficacité, restent un enjeu majeur. Par conséquent, cette question ne devrait pas être laissée à l'appréciation de l'exécutif.

42. Dans le cas d'une procédure à sens unique entre le juge et le Service, il importe tout particulièrement de veiller à ce que les juges spéciaux soient considérés comme étant indépendants et suffisamment compétents pour exercer leurs fonctions. D'après l'article I.2.(4), le Service est représenté au tribunal par un agent des services d'information et de sécurité spécialement désigné à cet effet ; en revanche, la procédure ne prévoit aucune représentation par un avocat de la personne visée par les mesures.

43. De même, il n'y a aucune disposition prévoyant la possibilité, pour un avocat disposant d'une habilitation de sécurité, de soulever le cas échéant des questions relatives à l'intégrité personnelle. Compte tenu des critiques précédemment formulées à l'encontre de la République de Moldova pour non-respect du principe de proportionnalité (voir ci-dessus), il conviendrait d'envisager la mise en place d'un tel mécanisme de sécurité faisant appel à des avocats sélectionnés. L'expérience suédoise montre que l'intervention d'un tel avocat conduit rarement le juge à refuser une mesure d'enquête, mais qu'elle contribue à ce que la demande de mesure soit établie en bonne et due forme ; elle peut aussi avoir un effet sur l'étendue et la durée de la mesure ordonnée par le juge²³. Enfin, cette solution peut offrir une voie de recours auprès d'une instance supérieure, pour faire contrepoids au droit de recours dont bénéficie le Service²⁴.

44. L'article I.2(4) dispose également que la demande de mandat de sécurité doit être examinée sans attendre, dans les quatre heures suivant sa présentation. Cela nécessiterait une disponibilité 24 heures sur 24 des juges en question. Une telle exigence ne semble pas justifiée, d'autant plus qu'il existe une possibilité d'autorisation provisoire (voir ci-après paragraphes 59-61). Le projet d'article n'indique pas de durée pour l'examen de la demande par le juge. A l'évidence, compte tenu du degré d'intrusion dans la vie privée que peut supposer une mesure d'enquête spéciale, il ne faudrait pas que cette décision soit prise dans la précipitation. Le juge doit avoir la possibilité d'interroger l'agent du Service et de demander toute pièce justificative qu'il estime nécessaire.

devrait pas être en charge trop longtemps de l'octroi d'autorisations ou de l'examen en matière de surveillance motivée par la sécurité ».

²¹ Voir la critique de la Cour dans les affaires *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdzhiiev c. Bulgarie et Iordachi et autres c. Moldova*, n° 25198/02, 10 février 2009, au paragraphe 51, où la Cour a noté un manque de garanties dans la loi associé à un pourcentage très élevé d'autorisations délivrées par l'ensemble des juges d'instruction (« pour la Cour, cela peut raisonnablement être considéré comme indiquant que les juges d'instruction ne s'interrogent pas sur l'existence de motifs impérieux justifiant l'autorisation des mesures de surveillance secrète » – traduction non officielle).

²² Voir le projet d'amendement à l'article III qui donne simplement pour instruction aux présidents des juridictions d'appel de désigner les juges spécifiquement chargés de délivrer les mandats de sécurité.

²³ SOU (Rapport d'enquête publique) 2012:44.

²⁴ Voir paragraphe 58.

45. Conformément à l'article I.2.(3), les demandes de mandat de sécurité peuvent être présentées par le directeur du Service ou par l'un de ses directeurs adjoints. Cette disposition devrait servir de garde-fou contre l'usage inapproprié du droit de saisir les tribunaux. Il est regrettable, toutefois, que l'article 13 de la loi sur le Service ne contienne aucune garantie matérielle pour la nomination du directeur et des directeurs adjoints du Service sur la base de critères professionnels et apolitiques clairs ou d'une approbation par l'ensemble des partis représentés au Parlement.

46. La loi de 2012 sur l'investigation donnait à toute personne le droit d'être informée des mesures d'enquête spéciales auxquelles elle avait été soumise. Le projet de loi (amendement à l'article 20 de la loi sur l'investigation) prévoit de supprimer ce droit dans certains cas pour assurer la sécurité de l'Etat, ce qui ôterait toute possibilité de mettre au jour les éventuelles atteintes portées aux droits de l'intéressé. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé cette approche inacceptable et y a vu une violation de l'article 8²⁵.

47. Une demande qui a été rejetée ne peut être présentée à un autre tribunal avec les mêmes motifs concernant la même personne (article I.2.(4) du projet de loi). Cette proposition est appropriée.

5. Article I.2.(5) et (6)

48. Ces dispositions semblent respecter les recommandations de la Commission sur la nécessité d'une « traçabilité écrite » en ce qui concerne les mesures d'enquête spéciales²⁶.

49. Dans l'ensemble, les indications données dans le projet de paragraphe (5) paraissent adéquates et précises – sauf pour ce qui est de la possibilité de chercher à faire usage de ces pouvoirs contre des personnes non identifiées, laquelle fait courir le risque d'une surveillance bien plus générale des transactions.

50. Cela étant, le texte ne précise pas la durée de conservation des informations obtenues, ni la façon dont elles seront conservées ou détruites, ni les personnes qui pourront y avoir accès. Sur ces points, le paragraphe ne semble pas satisfaire au critère de la « qualité de la loi ». On ignore par ailleurs si, en vertu du paragraphe (6) du projet d'article I.2, le juge peut imposer des conditions lors de la délivrance du mandat.

51. L'exigence d'approbation par un juge est une garantie adéquate au regard de l'article 8 de la CEDH. Néanmoins, et c'est ce qui ressort clairement de l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Iordachi et autres c. Moldova*, elle ne pourra véritablement être considérée comme telle que lorsqu'il aura été prouvé que le juge exerce un réel pouvoir d'appréciation et de supervision²⁷. En l'espèce, la Cour avait conclu que la supervision judiciaire en Moldova n'était pas de qualité, car les demandes d'interception étaient pratiquement toutes acceptées par les tribunaux.

52. Le rôle du juge ne semble être défini que dans l'article I.2.(6) du projet de loi, qui mentionne les informations – principalement factuelles – devant figurer dans la décision du tribunal. Il est regrettable que ce paragraphe ne contienne aucune disposition sur la nécessité pour le juge de justifier l'ingérence dans la vie privée. Cela est loin de satisfaire aux exigences posées dans l'affaire *Iordachi*²⁸ concernant le rôle du juge et l'évaluation par celui-ci de l'existence de motifs impérieux justifiant l'autorisation de mesures de surveillance secrète,

²⁵ *Iordachi et autres c. Moldova* paragraphe 39, citant l'affaire *Klass et autres c. Allemagne* et ci-après, paragraphes 76-82.

²⁶ Voir rapport sur la surveillance démocratique des services de sécurité (CDL-AD(2007)16), adopté par la Commission de Venise lors de sa 71^e session plénière (Venise, 1-2 juin 2007), paragraphe 192.

²⁷ *Iordachi et autres c. Moldova* paragraphes 47, 51 et 52

²⁸ *Iordachi et autres c. Moldova* paragraphes 47 et 51.

6. Article I.2.(7)

53. Un mandat de sécurité peut être délivré à l'encontre d'une personne identifiée, mais également d'une personne non identifiée, ce qui peut poser problème au regard des articles 8 et 13 de la CEDH. Il importe que les garanties minimales contre les abus de pouvoir énoncées dans les arrêts *Kruslin*²⁹ et *Huvig*³⁰, notamment celles liées à la définition des catégories de personnes faisant l'objet d'une mesure de sécurité, soient respectées également dans le cadre de la délivrance d'un mandat de sécurité contre une personne non identifiée.

54. Un mandat de sécurité peut être délivré dès lors qu'une personne prépare, tente de commettre ou commet l'un des actes énoncés à l'article 7 a) et d) de la loi sur le Service ou à l'article 4 paragraphe (2) de la loi sur la sécurité d'Etat³¹, qui couvre plus ou moins la totalité des missions du Service. Compte tenu du vaste éventail de questions pénales visées par ces dispositions, le mandat de sécurité risque d'être largement utilisé en tant qu'alternative à l'enquête pénale, ce qui priverait les intéressés des garanties normales de la procédure pénale.

55. Un mandat de sécurité peut également être délivré à l'égard des personnes qui « d'une manière ou d'une autre, ont contribué ou contribuent à la perpétration de ces actes » (c'est-à-dire les actes mentionnés à l'article 7 a) et d) de la loi sur le Service ou à l'article 4 paragraphe (2) de la loi sur la sécurité d'Etat). Cette formulation laisse entendre qu'il va au-delà de la responsabilité pénale habituelle. La Commission de Venise et la Direction rappellent à cet égard que lorsque le seuil d'ouverture d'une enquête de sécurité est bas, le risque d'affaiblir les garanties normales de la procédure pénale est particulièrement élevé. Dans l'affaire *lordachi*, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'expression « toute autre personne impliquée dans une infraction pénale » manquait de précision³², ce qui semble également être le cas ici.

²⁹ *Kruslin c. France* 24 avril 1990, paragraphe 35.

³⁰ *Kruslin c. France* 24 avril 1990, paragraphe 34.

³¹ « Article 4. Menaces pour la sécurité de l'Etat

(1) Par menace contre la sécurité de l'Etat, on entend toute action, condition ou facteur qui implique un danger pour l'Etat, la société et les personnes.

(2) Présentent un danger particulier pour la sécurité de l'Etat :

a) les actes visant à modifier l'ordre constitutionnel par la violence, la subversion ou la suppression de la souveraineté, de l'indépendance et de l'intégrité territoriale de l'Etat. Ces actes ne peuvent pas être interprétés de façon à nuire au pluralisme politique et à l'exercice des droits et des libertés constitutionnels ;

b) les activités qui contribuent directement ou indirectement à la conduite d'actions militaires contre le pays ou à l'éclatement d'une guerre civile ;

c) les actions militaires et les autres actions violentes sapant les fondements de l'Etat ;

d) les actions qui favorisent l'émergence de situations exceptionnelles dans les transports, les télécommunications, les entités économiques et celles présentant une importance vitale ;

e) l'espionnage, la transmission à d'autres Etats d'informations constituant des secrets d'Etat ainsi que l'acquisition ou la possession illégale d'informations constituant des secrets d'Etat avec l'intention de les transmettre à des Etats étrangers ou à des structures anticonstitutionnelles ;

f) la trahison manifestée par l'assistance à un Etat étranger pour le déploiement d'activités hostiles à la République de Moldova ;

g) les actions visant à renverser par la violence les organes de la puissance publique élus légalement ;

h) les actes portant atteinte aux droits et aux libertés des citoyens et menaçant la sécurité de l'Etat ;

i) la préparation et la commission d'actes terroristes, d'actes qui attentent à la vie, à la santé et à l'inviolabilité de hauts responsables du pays, de dignitaires d'Etat et de figures de la vie publique d'autres Etats se trouvant en République de Moldova ;

j) le détournement d'armes, de munitions, d'équipements de combat, d'explosifs, de matières radioactives, de poisons, de stupéfiants, de substances toxiques et autres, le trafic de telles substances, leur production illégale, leur utilisation, leur transport et leur stockage, lorsque de telles actions vont à l'encontre de l'intérêt de garantir la sécurité de l'Etat ;

k) la création d'organisations illégales ou d'autres groupes mettant en danger la sécurité de l'Etat ou la participation à leurs activités ;

l) les cas de crime organisé et/ou de corruption, mettant en péril la sécurité de l'Etat ».

³² *lordachi et autres c. Moldova* paragraphe 44.

7. Article I.2.(8)

56. La période initiale d'autorisation est de six mois. Bien que cette période soit un maximum, ce qui signifie que des périodes plus courtes sont possibles³³, elle est longue. En Suède et au Danemark, par exemple, la période d'autorisation de l'interception de télécommunications ou de la mise sur écoute est d'un mois.

57. L'autorisation peut être prolongée indéfiniment par périodes de trois mois. Dans la pratique, cette disposition risque d'aboutir à des mesures permanentes. En l'affaire *Iordachi et autres c. Moldova* (paragraphe 45) la Cour a constaté et déploré une absence comparable de limites en matière d'interception.

8. Article I.2.(9)

58. La décision du juge spécialement nommé peut faire l'objet d'un recours auprès du président de la Cour suprême de justice dans les cinq jours ouvrés. Il est entendu que le président intervient ici en personne comme juge d'appel. A l'évidence, le recours ne peut porter que sur un refus de délivrer tout ou partie du mandat de sécurité, la personne visée par les mesures ne bénéficiant pas d'une représentation³⁴. Ici, le danger est lié au fait que le mécanisme institutionnel semble favoriser l'acceptation de la demande. En effet, le juge ne risque aucun reproche s'il répond favorablement à la demande, mais s'expose à la critique s'il la rejette. Ce déséquilibre pourrait être corrigé en faisant intervenir un avocat doté d'une habilitation de sécurité pour assurer la protection des valeurs d'intégrité personnelle, avocat qui aurait le droit de former un recours au cas où il estimerait qu'une demande de mandat de sécurité n'aurait pas dû être acceptée ou aurait dû être soumise à des conditions plus strictes quant à son étendue ou sa durée.

9. Article I.2.(10)

59. En cas d'urgence, lorsqu'il n'est pas possible d'obtenir une décision d'un juge faute de temps, la décision d'autoriser temporairement une mesure peut être prise par le directeur du Service ou l'un de ses directeurs adjoints, spécialement mandaté à cet effet. Cette décision doit ensuite être présentée à un juge dans les 24 heures pour approbation. Si le juge décide de ne pas délivrer le mandat, il ordonne la cessation de la mesure et la destruction des « supports matériels³⁵ et des éléments d'information accumulés dans le cadre des mesures d'enquête spéciales ». Cette disposition ne semble pas couvrir toutes les éventualités. Le matériel saisi lors d'une perquisition secrète, par exemple, pourra difficilement être détruit.

60. Les conditions énoncées au paragraphe (10) pour l'accès d'urgence aux mesures spéciales sans autorisation judiciaire semblent plutôt généreuses lorsqu'elles évoquent un « risque de retard entraînant une perte d'informations pertinentes », étant donné qu'en vertu du paragraphe (4), l'examen de la demande de mandat de sécurité par un juge doit avoir lieu dans un délai de quatre heures. Une définition plus précise de ces conditions ou des critères limités en la matière seraient nécessaires pour satisfaire à l'exigence de qualité de la loi.

61. Dans les faits, les procédures d'autorisation temporaire peuvent faire l'objet d'abus. Ainsi, le président américain George W. Bush a invoqué un pouvoir exécutif intrinsèque d'autoriser la surveillance extérieure – malgré l'existence d'un tribunal spécialisé dans ces questions, le Tribunal de surveillance du renseignement extérieur (FISC) –, en raison du danger pour la sécurité nationale que représenterait un retard lié au dépôt d'une requête devant le FISC. Or, cette instance pouvait délivrer immédiatement (et l'avait d'ailleurs fait) des mandats d'arrêt dans le cadre d'une procédure orale par téléphone. L'argument avancé par le président a été vivement critiqué par des spécialistes du droit constitutionnel³⁶. Un système d'autorisation

³³ Voir paragraphes 30 et 31 concernant le principe de proportionnalité.

³⁴ Article I.2.(4)

³⁵ Le sens du mot « support » n'est pas clair.

³⁶ Lettre de spécialistes du droit constitutionnel au Congrès, 2 février 2006, à l'adresse http://w2.eff.org/Privacy/Surveillance/NSA/law_prof_response.pdf

temporaire peut être admis à condition que le contrôle juridictionnel ultérieur de la procédure d'accès d'urgence soit réalisé de manière scrupuleuse et que le juge puisse demander toute pièce justificative qu'il estime nécessaire.

10. Article I.2.(11)

62. La demande, la décision et les autres éléments du dossier relatif au mandat de sécurité constituent un secret d'Etat³⁷. Cette disposition ne semble pas prêter à controverse.

B. Article II. du projet de loi

63. L'article II du projet de loi concerne les mesures qui peuvent être prises par le Service. Cette disposition modifie certains articles de la loi sur l'investigation.

1. Article II.1.³⁸

64. Cette disposition modifie l'article 18 paragraphe (3) de la loi sur l'investigation, qui porte sur les mesures à mettre en œuvre dans le cadre d'une procédure pénale et en dehors de ce cadre. Dans sa version actuelle, il est libellé comme suit : « Les mesures prévues au paragraphe (1) point 1) et celles prévues au paragraphe (1) point 2) alinéas c), e) et f) ne sont engagées que dans le cadre d'une procédure pénale, conformément au Code de procédure pénale de la République de Moldova. Les autres mesures prévues au paragraphe (1) point 2) peuvent être prises à la fois dans le cadre et en dehors d'une procédure pénale. Les mesures prévues au paragraphe (1) point 3) sont prises en dehors d'une procédure pénale ».

65. L'amendement ajoute un nouvel article 18 paragraphe (3) point 1) :

« Le Service de sécurité et d'information, s'il recueille des informations sur des événements et/ou des actes potentiels, susceptibles de mettre en danger la sécurité de l'Etat, peut engager les mesures prévues au paragraphe (1) point 1) et point 2) alinéas c), e) et f) en dehors d'une procédure pénale ».

66. Par conséquent, les mesures qui sont autorisées au titre de l'article 18 paragraphe 1) point 1) sont les suivantes :

- a. la perquisition de domicile et/ou l'installation au domicile d'équipements assurant la surveillance et l'enregistrement audio et vidéo, ainsi que la prise de photos ;
- b. la surveillance du domicile au moyen de techniques d'enregistrement ;
- c. l'interception et l'enregistrement de communications et d'images ;
- d. l'interception, la recherche, le transfert, la fouille ou la saisie de correspondance postale ;
- e. la surveillance des connexions aux communications télégraphiques et électroniques ;
- f. la surveillance des transactions financières et l'accès aux informations financières ;
- g. l'enregistrement d'informations par des méthodes et des moyens techniques, ainsi que la surveillance par GPS ou par d'autres moyens techniques ;
- h. la collecte d'informations auprès de prestataires de services de communication électronique.

et au titre de l'article 18 paragraphe (1) point 2) c., e., et f.) :

- c. le contrôle du transfert de fonds ou d'autres biens extorqués ;
- e. la surveillance transfrontalière ;
- f. les livraisons surveillées.

67. Le recours à ces mesures par le Service sera autorisé à l'avenir dans le cadre du mandat de sécurité évoqué à l'article I. Ces mesures sont dans l'ensemble appropriées et habituelles

³⁷ Référence probable à la loi de 1994 sur le secret d'Etat.

³⁸ La traduction anglaise comporte un alinéa « a » qui ne figure pas dans l'original en moldave.

pour un service de sécurité, mais encore faut-il que les conditions établies par la CEDH et par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme soient remplies, et notamment l'exigence de proportionnalité (voir ci-dessus paragraphe 32), aspect primordial compte tenu de l'effet que ces mesures peuvent avoir sur des tiers. Les fondements de la dignité humaine doivent également être protégés³⁹.

68. Dans l'affaire *Iordachi*⁴⁰, la Cour a conclu que la définition des catégories de personnes susceptibles de faire l'objet d'écoutes téléphoniques conformément à l'article 156 paragraphe (1) du Code pénal était trop imprécise, car elle incluait « toute autre personne impliquée dans une infraction pénale »⁴¹. Elle a également considéré que la législation ne prévoyait pas de limitation claire dans le temps d'une mesure autorisant l'interception de communications téléphoniques⁴² et que la « sécurité nationale » et d'autres concepts étaient mal définis⁴³. La question de savoir si ces manquements ont été corrigés dans d'autres lois sort du cadre du présent avis.

2. Article II.1.2.

69. Le projet d'amendements remplace à l'article 18 (5) la phrase « d'autres moyens techniques sont disponibles s'ils ont été autorisés conformément à la loi » par « autres moyens techniques y compris des moyens spécialement conçus pour l'obtention d'informations de manière secrète ». Les autres différences entre la version existante et la nouvelle version proposée semblent être de simples questions de traduction. Cela ne semble pas susciter d'objections.

3. Article II.1.3.

70. Il est prévu d'ajouter trois nouveaux paragraphes (5¹)-(5³), donnant au gouvernement le droit de prendre des décisions sur la classification, l'importation, l'exportation, la conception, la production, la commercialisation et l'utilisation de moyens techniques spéciaux visant l'obtention d'informations de manière secrète. Le motif de cette réglementation, à savoir la protection de la vie privée des individus, est approprié et louable. L'interdiction de recourir à des moyens techniques spéciaux pour la collecte secrète d'informations par des particuliers paraît délicate. Etant donné que le paragraphe (5³) propose d'interdire par la loi l'utilisation de ce type d'équipement en général, il faut que la loi définisse plus clairement les équipements concernés et les sanctions applicables pour comportement non autorisé. L'expression « moyens techniques spéciaux pour l'obtention d'informations de manière secrète » est vague et peut couvrir un éventail particulièrement large d'équipements. Bien entendu, cette disposition ne saurait remplacer une disposition de droit pénal rédigée en bonne et due forme.

4. Article II.2.

71. L'article 20 de la loi sur l'investigation établit la procédure d'autorisation des mesures d'enquête spéciales. Le projet de disposition vise à introduire une dérogation pour les mesures prises par le Service, qui devront être autorisées conformément à la loi sur le Service uniquement. Cette disposition est appropriée.

5. Article II.3.

72. Conformément à l'article 4(1) de la loi sur l'investigation, le procureur doit en principe, lors de la levée d'une mesure d'enquête spéciale, informer les personnes qui ont fait l'objet de cette mesure. L'intéressé a le droit de prendre connaissance du procès-verbal et de la légalité de la décision. L'amendement proposé par l'article II.3 du projet de loi prévoit que cette disposition ne s'appliquera pas dans les cas où la notification risque d'avoir « une incidence sur la sécurité

³⁹ Voir à ce propos BVerfGE 109, 279, 311, entre autres.

⁴⁰ *Iordachi et autres c. Moldova* paragraphe 44.

⁴¹ Voir paragraphe 55 du présent avis.

⁴² *Iordachi et autres c. Moldova* paragraphe 45.

⁴³ *Iordachi et autres c. Moldova* paragraphe 46.

nationale ». Une telle décision de ne pas informer la personne visée sera apparemment définitive.

73. Le projet de loi ne précise pas quelle est l'autorité chargée de déterminer si la notification risque d'avoir une incidence sur la sécurité nationale (le Service ? le juge ?) ; il n'indique pas non plus la procédure à suivre pour prendre cette décision.

74. Du reste, la Commission de Venise et la Direction font observer que l'expression « avoir une incidence sur » est très vague : « porter atteinte » à la sécurité nationale conviendrait mieux. Il est acceptable de ne pas informer la personne dans les cas où cela compromettrait la sécurité nationale. Cela dit, même dans ce cas, il peut facilement y avoir des abus.

75. En tout état de cause, il convient de rappeler que dans l'affaire *Iordachi*⁴⁴, la Cour européenne des droits de l'homme a relevé que « [...] quand un Etat instaure une surveillance secrète dont les personnes contrôlées ignorent l'existence et qui demeure dès lors inattaquable, l'article 8 pourrait dans une large mesure être réduit à néant. Il est possible dans pareille situation qu'un individu subisse un traitement contraire à l'article 8, voire qu'il soit privé du droit garanti par cet article, sans le savoir et partant sans être à même d'exercer un recours au niveau national ou devant les organes de la Convention [...]. La Cour ne saurait admettre que l'assurance de bénéficier d'un droit garanti par la Convention puisse être ainsi supprimée du simple fait de maintenir l'intéressé dans l'ignorance de sa violation. Un droit de recours à la Commission pour les personnes potentiellement touchées par une surveillance secrète découle de l'article 25, faute de quoi l'article 8 risquerait de perdre toute portée ».

76. Dans l'affaire *Klass*⁴⁵, la Cour a établi que l'intéressé doit être avisé après la levée des mesures de surveillance dès que la notification peut être donnée sans compromettre le but de la restriction, et ce même si l'ingérence se justifie et même s'il ne saurait être incompatible avec l'article 8 de ne pas informer l'intéressé dès la fin de la surveillance.

77. Dans une affaire contre la Bulgarie⁴⁶ la Cour a précisé qu'un « recours effectif » selon l'article 13 devait s'entendre d'un recours aussi effectif que possible eu égard aux limitations inhérentes à tout système de surveillance secrète. En ce qui concerne la disponibilité des recours après la levée de la surveillance, la Cour a noté que le droit bulgare ne prévoyait à aucun moment et en aucune circonstance la notification des personnes concernées. Celles-ci ne pouvaient donc pas demander réparation à raison de l'utilisation de mesures de surveillance secrète à leur encontre. La Cour a conclu à une violation de l'article 13 de la Convention, car le droit bulgare ne prévoyait aucun recours effectif pour dénoncer l'utilisation de moyens de surveillance spéciaux.

78. Une décision de ne jamais informer la personne visée priverait celle-ci de tout droit de recours. On aboutirait au même résultat si la décision était prise dans des circonstances qui ne respectent pas les conditions indiquées aux paragraphes 75 et 76. Cela dit, un système de suspension temporaire de la mesure assorti d'une vérification de la persistance de la menace pour la sécurité nationale serait probablement compatible avec la CEDH.

79. La bonne pratique européenne consiste à prévoir des garanties contre les abus. Dans le système allemand de surveillance de sécurité, par exemple, si l'agence estime qu'une notification risque de porter atteinte à la sécurité nationale, elle doit en communiquer les raisons à un organe de supervision indépendant, la Commission G10, qui doit les approuver. Une autre solution consiste à mettre en place un système de dépôt de plaintes indépendant permettant à toute personne qui estime avoir fait l'objet d'une surveillance illégale de demander la réalisation d'une enquête sur la question. Le système moldove de contrôle

⁴⁴ *Iordachi et autres c. Moldova* paragraphe 39, citant l'affaire *Klass et autres c. Allemagne*.

⁴⁵ *Klass et autres c. Allemagne* paragraphe 58 et Ana Salinas de Frias: Counter-terrorism and human rights in the case law of the European Court of Human Rights p. 127.

⁴⁶ *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdzhiev c. Bulgarie*, 28 juin 2007 paragraphes 99-103.

parlementaire a fait l'objet de critiques par le passé, fondées notamment sur le fait que les parlementaires ne manifestaient dans la pratique aucun intérêt à surveiller le Service⁴⁷.

80. Le mécanisme de contrôle des mesures d'enquête spéciales, tel que le prévoit l'article 26(1) de la loi sur l'investigation, consiste en un dépôt de plainte auprès du procureur. Or, ce recours n'est pas indépendant, le procureur étant l'organe qui autorise la mise en œuvre de mesures d'enquête spéciales en vertu de la loi sur l'investigation. La jurisprudence applicable de la Cour européenne des droits de l'homme exige que les recours soient indépendants et effectifs en droit comme en pratique. De plus, il n'est pas logique de prévoir une possibilité de recours ou de demande de réparation auprès d'un procureur, contre un juge qui a ou aurait (la mesure étant secrète) délivré un mandat de sécurité.

81. Compte tenu de ce qui précède, les autorités moldoves devraient étudier d'urgence la possibilité de créer un organe de supervision et/ou de recours spécialisé véritablement indépendant pour remplacer le mécanisme de plainte devant un procureur prévu à l'article 26(1). La République de Moldova pourrait également saisir cette occasion pour évaluer le système actuel de contrôle parlementaire du Service, une question qui déborde du cadre du présent avis mais qui y est reliée. La Direction et la Commission de Venise sont à sa disposition si elle en profite pour s'interroger sur l'opportunité de compléter ou de remplacer le système actuel de contrôle parlementaire par un organe de supervision et/ou de recours spécialisé indépendant.

82. Enfin, selon la note d'information⁴⁸, il sera également possible de ne pas aviser la personne concernée par les mesures si cette notification risque de « compromettre l'efficacité d'une autre enquête ». Cette interprétation ne cadre pas avec le projet d'amendement à la loi sur le Service, qui mentionne uniquement la « sécurité nationale ». Il est recommandé d'harmoniser ces dispositions.

6. Article II.4.

83. Ce projet de disposition ajoute à l'article 29 (surveillance visuelle)⁴⁹ de la loi sur l'investigation, les termes « [...] avec ou sans moyens techniques autres que les moyens spéciaux visant l'obtention d'informations de manière secrète ». D'après l'article 18 (1)2b) de la loi sur l'investigation, la « surveillance visuelle » est une mesure d'enquête spéciale qui peut être mise en œuvre avec l'autorisation du procureur, aussi bien dans le cadre d'une procédure pénale qu'en dehors. Ce projet d'amendement semble avoir pour but d'exclure des mesures de surveillance visuelle l'utilisation de moyens techniques visant l'obtention d'informations de manière secrète. Le recours à ces moyens devrait alors être autorisé par le juge spécialisé, dans le cadre de la procédure de demande de mandat de sécurité. Il faut s'en féliciter.

84. Il s'ensuit, cependant, que l'article 29 autoriserait l'utilisation de moyens audio, vidéo et autres moyens techniques pour la surveillance visuelle d'une personne, sans passer par la procédure du mandat de sécurité (et donc sans l'aval d'un juge). Cela pourrait poser un problème au regard de l'article 8 de la CEDH. La surveillance des actes d'un individu dans un lieu public par des systèmes de prise de vues sans enregistrement des données visuelles recueillies n'entraîne pas nécessairement une ingérence dans la vie privée de l'individu⁵⁰. Ainsi, un individu ne peut prétendre que le fait qu'il circule dans un espace public où la télévision en circuit fermé (TVCF) opère couramment constitue automatiquement une ingérence dans sa vie privée. En revanche, l'enregistrement des données et la nature systématique ou permanente de celui-ci pourraient donner lieu à de telles considérations⁵¹.

⁴⁷ Andrei Iovu, Parliamentary Oversight Of The Information And Security Service In The Republic Of Moldova, Policy Brief, DCAF Young Faces 2012.

⁴⁸ Voir paragraphe 6 du présent avis.

⁴⁹ Aux termes de l'article 29 de la loi sur l'investigation, « la surveillance visuelle désigne la divulgation et l'enregistrement : des actes d'une personne ; de certains biens ; de moyens de transport et d'autres objets ».

⁵⁰ Voir, par exemple, *Herbecq et l'association « Ligue des droits de l'homme » c. Belgique*, requêtes n°32200/96 et 32201/96, décision de la Commission du 14 janvier 1998, DR 92-B, paragraphe 92.

⁵¹ *Peck c. Royaume-Uni* 28.1.2003 paragraphe 59.

85. La Cour européenne a également considéré que la surveillance systématique par GPS d'une personne dans le cadre d'une enquête pénale de longue durée relevait du champ d'application de l'article 8 et nécessitait par conséquent une base légale et des garanties appropriées pour satisfaire à l'article 8.2. C'est pourquoi il aurait été opportun de réglementer également la question de la surveillance par GPS dans le projet de loi⁵².

86. La collecte et la conservation d'informations sur un individu, obtenues par l'un quelconque de ces moyens, constituent une ingérence dans l'exercice des droits garantis par l'article 8. En effet, dans les deux affaires *Rotaru*⁵³ et *Amann*⁵⁴, la Cour a estimé que la collecte d'informations par les services de sécurité sur certains individus, même sans recours à des méthodes de surveillance secrète, constituait une ingérence dans le droit au respect de la vie privée de ces personnes.

87. Comme il a déjà été noté, l'usage de ces pouvoirs par le Service ne serait pas soumis au contrôle du juge d'instruction ou du procureur (contrôle qui s'applique à d'autres activités d'enquête spéciales en vertu de l'article 20). Par conséquent, les seuls contrôles ou garanties applicables dans ce domaine sont ceux prévus dans la loi n°753-XIV du 23 décembre 1999 sur le service d'information et de sécurité de la République de Moldova. Compte tenu de l'applicabilité de l'article 8 de la CEDH à certains usages de ces pouvoirs, il est préoccupant de constater que la loi de 1999 ne contient pas de garanties expresses, pas plus qu'elle n'institue d'organes indépendants auxquels les individus pourraient présenter leurs griefs à propos des actions du Service, au-delà du contrôle général des tribunaux et du procureur (articles 20 et 21 de la loi de 1999). Comme expliqué au paragraphe 35, la Cour européenne des droits de l'homme exige un recours effectif en pratique, ce dernier pouvant toutefois prendre diverses formes.

C. Article III. du projet de loi

88. Cette disposition charge les présidents des juridictions d'appel de désigner les juges habilités à délivrer des « mandats de sécurité » et de lancer la procédure donnant à ceux-ci le droit d'accès aux secrets d'Etat. Il est regrettable que cette disposition n'indique ni la procédure, ni les critères de sélection de ces juges, ce qui est problématique⁵⁵.

V. Conclusions

89. Le projet de loi vise à adapter les dispositions régissant les activités du Service à la réalité de son fonctionnement. Il instaure un « mandat de sécurité » pour un certain nombre d'activités d'enquête spéciales en dehors des procédures pénales, mandat qui doit être délivré par un juge.

90. Pour autant que les remarques formulées par la Commission de Venise et la Direction soient dûment prises en compte, il est tout à fait légitime que les autorités moldoves souhaitent établir un nouveau mécanisme d'enquête en matière de sécurité pour permettre au Service de mettre en œuvre des mesures d'enquête spéciales (telles que définies dans la loi de 2012 sur l'investigation) en dehors du cadre d'une enquête pénale.

91. La Commission de Venise et la Direction ont examiné le projet de loi et mis en évidence les principaux problèmes que les autorités de la République de Moldova doivent s'employer à résoudre pour que le projet de loi soit conforme aux normes internationales :

- a. La mission de protection contre les actes qui « portent atteinte aux droits et libertés constitutionnels des citoyens et mettent en danger l'Etat » et les « agressions de hauts

⁵² *Uzun c. Allemagne* (2 septembre 2010, requête n°35623/05).

⁵³ *Rotaru c. Roumanie* [GC], n°28341/95, paragraphes 43-44, CEDH 2000-V.

⁵⁴ *Amann c. Suisse* [GC], n°27798/95, paragraphes 65-67, CEDH 2000-II.

⁵⁵ Voir les observations relatives à l'article I.2.(3) du projet de loi.

fonctionnaires » (article 7 de la loi de 1999 sur le Service) dévolue au Service devrait être interprétée dans un sens restreint, afin de limiter son champ d'application à des actes concrets basés sur des faits et atteignant un certain degré de gravité pour pouvoir être considérés comme une menace réelle pour l'ordre démocratique.

- b. L'accès du Service à l'ensemble des données financières de personnes physiques et morales sans mandat de sécurité (article I.2.(2) du projet de loi) pose problème eu égard aux exigences de proportionnalité prévues à l'article 8 de la CEDH, car il supprime le contrôle externe de l'autorisation des mesures d'enquête spéciales prévu à l'article I du projet de loi.
- c. Des garanties matérielles devraient être prévues pour que la nomination du directeur et des directeurs adjoints du Service (article I.2.(3) du projet de loi) repose sur des critères apolitiques et clairement définis, étant donné que ces personnes ont compétence pour demander au juge spécialisé la délivrance d'un mandat de sécurité.
- d. Un tel mandat peut être délivré à l'égard de « personnes qui [...] de quelque manière que ce soit, ont contribué ou contribuent à la perpétration de ces actes » (article I.2.(7) du projet de loi). Cette formulation doit être plus précise. Elle doit également tenir compte des critiques formulées par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Iordachi* concernant l'imprécision de l'expression « [...] toute autre personne impliquée dans une infraction pénale ».
- e. Il conviendrait de reconsidérer la durée maximale de la période initiale d'autorisation des mesures spéciales – qui est de 6 mois – et la possibilité de la prolonger indéfiniment par périodes de trois mois (article I.2.(8) du projet de loi).
- f. La personne visée par des mesures d'enquête spéciales n'a aucune possibilité de faire appel de la décision d'autoriser l'utilisation de ces mesures (article I.2.(9) du projet de loi). Il conviendrait d'envisager l'intervention d'un avocat disposant d'une habilitation de sécurité pour représenter cette personne.
- g. Les conditions prévues pour l'accès d'urgence aux mesures de sécurité sans autorisation du juge (article I.2.(10) du projet de loi) doivent être définies de manière plus précise pour satisfaire au critère de la qualité de la loi.
- h. On ne saurait accepter une disposition prévoyant, comme le fait le projet de loi (article II.3), la possibilité de ne pas informer la personne visée des mesures spéciales prises à son encontre, dans les cas où cette notification aurait « une incidence » sur la sécurité nationale. L'intéressé devrait être avisé dès la levée des mesures, à moins que la notification ne *porte atteinte* à la sécurité nationale (et non simplement « ait une incidence sur » la sécurité nationale), auquel cas l'on pourrait envisager un système de suspension temporaire de la mesure assorti d'une vérification de la persistance de la menace pour la sécurité nationale. Il est recommandé de mettre en place des garanties pour éviter tout abus : un organe indépendant pourrait être créé pour l'examen de la décision de ne pas informer la personne visée.

92. La Commission de Venise et la Direction sont disposées à apporter aux autorités moldaves toute aide complémentaire qu'elles pourraient solliciter de leur part.