

L'ARTICLE 88QUATER DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE

Quelle utilité dans le cadre de la recherche dans les systèmes informatiques ?

Les criminels utilisent au quotidien de plus en plus les moyens ICT dans le cadre de leurs activités. Pour faire face à cette réalité, le code d'instruction criminelle offre beaucoup de possibilités aux enquêteurs. Parmi elles, figure l'article 88quater qui permet de forcer la collaboration de certaines personnes dans le cadre de la recherche non-secrète dans les systèmes informatiques. Cette disposition a récemment fait débat quant à son applicabilité à l'égard de l'inculpé. Au-delà de ce débat, certaines questions se posent au sujet de son utilité. Cet article fait le point sur cet outil controversé dans la lutte contre les infractions perpétrées avec l'aide de systèmes informatiques.

Mots clés :

Informatique ;
Procédure pénale ;
Lutte contre la criminalité organisée ;
Juge d'instruction ;
Recherche dans les systèmes informatiques.

Louis De Borggraef (Faculté de droit et de criminologie, UCLouvain)

Introduction

Depuis quelques années, il ne passe pas un mois sans que les médias se fassent l'écho d'opérations de police ayant pour objectif le démantèlement d'organisations criminelles, le plus souvent actives dans le trafic de stupéfiants. Souvent, il est fait mention de l'utilisation par les suspects de moyens de communication avancés. C'est notamment le cas dans les opérations visant les utilisateurs du réseau SKY ECC.

Ceci montre que, comme Monsieur et Madame tout le monde, les criminels utilisent de plus en plus les nouvelles technologies dans le cadre de leurs activités. Il est donc devenu indispensable pour les autorités judiciaires de pouvoir accéder au contenu des systèmes informatiques des suspects dans certaines situations.

Nous traiterons dans cet article des règles entourant la recherche non-secrète dans les systèmes informatiques, qui permet de prendre connaissance du contenu de ces systèmes. Ce devoir d'enquête peut être utile dans le cadre d'investigations portant sur des infractions très diverses. Par exemple, il permet d'accéder à un système informatique piraté pour retracer l'origine de son infection, de consulter les messages échangés sur des messageries cryptées entre un recruteur terroriste et ses recrues, le contenu privé d'un groupe Facebook dans lequel s'échangent des propos négationnistes, les échanges entre les membres d'une organisation criminelle, les messages d'insulte d'un harceleur à sa victime...

Dans le contexte de cette recherche non-secrète, l'article 88quater du code d'instruction criminelle permet au juge d'instruction d'ordonner la collaboration de certaines personnes.

Cette disposition a longuement fait débat devant les Cours et Tribunaux quant à l'application de son paragraphe 1^{er} à l'égard de l'inculpé. La Cour de cassation¹ et

¹ Cass. (2^{ème} ch.), 4 février 2020, *Journal des tribunaux* (2020) : 202, obs. François Koning, *Nullum Crimen*, (2020) : 465, concl. Av. gén. Bart De Smet, *Revue de droit pénal et de criminologie*, no. 11 (2020) : 1058, note. Catherine Forget.

la Cour constitutionnelle² ont clos au niveau belge les discussions à ce sujet en se prononçant, de manière nuancée, en faveur de l'utilisation de l'article 88quater, §1^{er} du code d'instruction criminelle à l'encontre de l'inculpé.³

Dans cette contribution, nous ferons le point sur la recherche non-secrète dans les systèmes informatiques et sur cette disposition controversée. Nous nous attacherons ensuite à analyser la répression du refus de collaboration et l'utilité opérationnelle de l'article 88quater du code d'instruction criminelle.

La recherche non secrète dans un système informatique

Les articles 39bis et 88ter du code d'instruction criminelle instituent une série d'actes d'enquête regroupés sous la dénomination de recherche non-secrète dans un système informatique. Ils permettent de prendre connaissance et de saisir le contenu d'un système informatique. A l'opposé de la recherche secrète,⁴ ces actes sont pratiqués ouvertement par les enquêteurs,⁵ et la personne responsable du système informatique est informée, dans la mesure du possible, que son système fait l'objet d'investigations.⁶

Cette dichotomie entre recherche secrète et recherche non-secrète est parfois critiquée car les deux mesures impliquent une atteinte à la vie privée assez équivalente, dans les deux cas les enquêteurs prennent connaissance du contenu d'un système informatique, alors que la recherche secrète est entourée de beaucoup plus de garanties procédurales que la recherche non-secrète.⁷

La notion de système informatique est définie dans les travaux préparatoires de la loi du 25 décembre 2016⁸ par un renvoi aux travaux préparatoires de la loi relative à la criminalité informatique : « Par système informatique, on entend tout système permettant le stockage, le traitement ou la transmission de données. À ce propos, on pense principalement aux ordinateurs, aux cartes à puce etc., mais également aux réseaux et à leurs composants ainsi qu'aux systèmes de télécommunication ou à leurs composants qui font appel à la technologie de l'information ». ⁹ Il s'agit donc d'une notion très large et évolutive qui peut par exemple concerner les ordinateurs, les clés USB, les téléphones, les GPS, les montres connectées, ...

La recherche non-secrète dans un système informatique s'articule en quatre stades.

Le premier est le stade de la recherche pratiquée par un officier de police judiciaire sur un système informatique saisi et coupé de toute liaison externe (Bluetooth, Wifi,

.....
2 C.C., 20 février 2020, n°28/2020.

3 Sur ces arrêts voir Charlotte Conings et Robrecht De Keersmaecker, « To save but not too safe: hoogste Belgische rechters zien geen graten in het decryptiebevel voor de verdachte », *Tijdschrift voor strafrecht*, no. 3 (2020) : 163 à 175 ; Catherine Van de Heyning et Pieter Tersago, « Onderzoeksrechter kan code smartphone afdwingen van verdachte », *Juristenkrant* (2020) : 1-7.

4 Cette recherche secrète peut prendre la forme d'un contrôle visuel discret dans un système informatique (Cicr., art. 89ter, al. 1., second tiret) ou d'une des mesures prévues aux articles 90ter et suivants du code d'instruction criminelle.

5 Projet de loi relatif à l'amélioration des méthodes particulières de recherche et de certaines mesures d'enquête concernant Internet, les communications électroniques et les télécommunications, exposé des motifs, *Doc., Ch.*, no 1966/1, (2015-2016) : 54.

6 Cicr., art. 39bis, §7.

7 Catherine Forget, « Les nouvelles méthodes d'enquête dans un contexte informatique : vers un encadrement (plus) strict ? », *Revue de droit des technologies de l'information*, no. 66-67 (2017) : 29 et 30. ; Pierre Monville, Mona Giacometti et Lorraine Grisard, « La collecte des preuves numériques en droit belge après l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 5 décembre 2018 », *Revue de droit pénal et de criminologie* (2019) : 1005-1009.

8 Projet de loi relatif à l'amélioration des méthodes particulières de recherche et de certaines mesures d'enquête concernant Internet, les communications électroniques et les télécommunications, exposé des motifs, *Doc., Ch.*, no. 1966/1 (2015-2016) : 14-15.

9 Projet de loi relative à la criminalité informatique, exposé des motifs, *Doc., Ch.*, no. 213/001 (1999-2000) :12.

4G, réseau téléphonique, ...), en le plaçant en mode avion par exemple.¹⁰

Le second est celui de la recherche pratiquée sur ordre du procureur du Roi sur un système informatique légalement saisissable mais dont la saisie n'est pas souhaitable, par exemple parce qu'il est trop volumineux.¹¹ Là aussi, le système doit être coupé de toute liaison externe.¹²

Le troisième stade est l'extension de recherche vers un système informatique accessible depuis le système faisant l'objet de la recherche. Il est, depuis un arrêt de la Cour constitutionnelle de 2018,¹³ de la seule compétence du juge d'instruction.¹⁴ Ce stade concerne la recherche dans un système informatique effectuée à partir d'un autre système informatique sans que les liaisons externes de ce dernier système soient coupées.¹⁵ La consultation du compte Facebook d'un inculpé depuis son GSM en activant la 4G relève, par exemple, de ce stade de la recherche. A l'inverse, si les enquêteurs se contentent de consulter les données du compte Facebook accessibles sans liaison externe sur le téléphone saisi ou saisissable du suspect, ils ne sont pas dans le cadre de l'extension de recherche et la mise du dossier à l'instruction n'est donc pas nécessaire pour cette consultation.¹⁶

Le quatrième stade concerne les recherches non couvertes par les trois stades précédents, c'est-à-dire celles effectuées dans un système informatique non saisi, non saisissable et non accessible via une extension de recherche.¹⁷ Le juge d'instruction est compétent pour ordonner cet acte.¹⁸ Il peut par exemple être appliqué lorsque le juge d'instruction et les enquêteurs veulent prendre connaissance du contenu de la boîte mail de l'inculpé mais qu'aucun support physique ne permet cet accès. Les enquêteurs pourront alors se connecter à la boîte mail de l'inculpé sur leurs propres ordinateurs.¹⁹

Pour ces deux derniers stades, le juge d'instruction doit motiver sa décision au regard des principes de proportionnalité et de nécessité.²⁰

Lors de la mise en œuvre de ces différents stades, les enquêteurs peuvent être bloqués par des mesures de sécurité protégeant le système informatique ou son contenu. Il peut s'agir de mots de passe, de données biométriques requises pour accéder au système, du cryptage de certaines données les rendant illisibles, ... Face à ces obstacles, ils peuvent solliciter l'autorisation d'un magistrat pour effectuer différentes opérations sans l'accord du responsable du système informatique.²¹ L'autorisation émane du procureur du Roi ou du juge d'instruction selon le stade de la procédure et l'acte concerné,²² et peut être donnée oralement.²³

10 Cicr., art. 39bis, §2, al. 1 et 3.

11 Cicr., art. 39bis, §2, al. 2.

12 Cicr., art. 39bis, §2, al. 3.

13 C. C., 6 décembre 2018, n°174/2018.

14 Cet arrêt assimile l'extension de recherche à une perquisition (voir point B.14.1 à B.17.2.). Selon certains auteurs cela implique que l'extension de recherche ne peut pas être pratiquée via une mini-instruction, voir Marie-Aude Beernaert, Henri-D Bosly et Damien Vandermeersch, *Droit de la procédure pénale*, 9^{ème} éd., (Bruxelles : Larcier, 2021), 862.

15 Cicr., art. 88ter.

16 Projet de loi relatif à l'amélioration des méthodes particulières de recherche et de certaines mesures d'enquête concernant Internet, les communications électroniques et les télécommunications, exposé des motifs, *Doc., Ch., n°1966/1 (2015-2016)* : 17.

17 Jan Kerkhofs et Philippe Van Linthout, collab. Charlotte Conings, Robrecht De Keersmaecker, Peter Piccu-Van Speybrouck et Gijs Verbeke, *Cybercrime 3.0*, (Bruxelles : Politeia, 2019), 369-371.

18 Cicr., art. 39bis, §4.

19 Projet de loi relatif à l'amélioration des méthodes particulières de recherche et de certaines mesures d'enquête concernant Internet, les communications électroniques et les télécommunications, exposé des motifs, *Doc., Ch., no. 1966/1 (2015-2016)* : 21.

20 Cicr., art. 39bis, §4 et art. 88ter.

21 Cicr., art. 39bis, §5.

22 *Ibid.*

23 Kerkhofs et al., *Cybercrime 3.0*, 212

Concernant l'introduction du mot de passe ou du code PIN correct par les enquêteurs, deux situations sont à distinguer. Le suspect peut lui-même communiquer cette information sur base volontaire. Dans ce cas, l'autorisation d'un magistrat pour insérer l'information n'est pas nécessaire. Si l'information est découverte par les enquêteurs lors d'une perquisition, ou en faisant usage des techniques de « *brute force* », par exemple, alors ils doivent avoir l'autorisation du magistrat pour l'insérer dans le système informatique.²⁴

Les obligations de collaboration dans le cadre de la recherche

En raison du développement des technologies de l'information, il est parfois difficile pour les enquêteurs de découvrir et de mettre en œuvre eux-mêmes le moyen d'accéder au système informatique ou de décrypter son contenu. Pour cette raison, le code d'instruction criminelle permet au juge d'instruction d'ordonner deux types de collaboration dans le cadre de la recherche non-secrète et de son éventuelle extension, une collaboration passive et une collaboration active.

Nous exposerons dans un premier temps les deux formes de collaboration et leurs dispositions communes. Dans un deuxième temps, nous évoquerons la répression du non-respect de l'ordre du juge d'instruction. Nous terminerons par une analyse de l'utilité de la disposition en cause.

§1^{er} L'obligation de collaboration passive

L'obligation de collaboration passive contenue à l'article 88quater, §1^{er} du code d'instruction criminelle vise à transmettre des informations sur les manières d'accéder au système informatique, aux données qu'il contient et de les déchiffrer. Elle s'adresse à toute personne qui dispose, selon le juge d'instruction, d'une connaissance particulière du système informatique concerné.²⁵

Elle peut être utilisée par le juge d'instruction lorsque les enquêteurs n'ont pas réussi à accéder au système informatique lors d'une première recherche effectuée sans recours à la contrainte.²⁶ Le recours à cette obligation doit être proportionné et il doit exister des éléments très sérieux indiquant que la personne requise connaît effectivement l'information demandée.²⁷

L'information demandée peut par exemple être un mot de passe, un code PIN, la manière d'accéder à un fichier, de décrypter des données contenues dans le système concerné, ...²⁸

L'ordonnance de collaboration doit être communiquée au procureur du Roi ou à l'auditeur du travail.²⁹ Elle est exécutée par le juge d'instruction lui-même ou par un officier de police judiciaire auxiliaire du procureur du Roi.³⁰

24 Kerkhofs et al., *Cybercrime 3.0*, 207-209.

25 Cicr., art. 88quater, §1^{er}.

26 Cass. (2^{ème} ch.), 4 février 2020, *Revue de droit pénal et de criminologie*, no. 11 (2020) : 1060.

27 *Ibid.*

28 Olivier Leroux, « Criminalité informatique », *Les infractions*, vol. 1 : *Les infractions contre les biens*, Henri-D Bosly et Christian De Valkeneer, (Bruxelles : Larcier, 2016), 507.

29 Cicr., art. 88quater, §1^{er}.

30 *Ibid.*

La Cour de cassation et la Cour constitutionnelle considèrent toutes deux que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et le droit au silence ne s'opposent pas à ce que cette ordonnance de collaboration passive soit prise à l'encontre de l'inculpé.³¹

La Cour constitutionnelle semble cependant exiger que le juge d'instruction constate au cas par cas que l'information demandée est indépendante de la volonté de l'inculpé.³² Ce critère d'indépendance de la volonté du suspect est un des critères établis par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.³³

Si l'inculpé peut maintenant se voir contraint de collaborer à la recherche, il n'est parfois pas judicieux de lui donner cette opportunité, particulièrement lors d'enquêtes à charge de personnes ayant accès à de bonnes ressources informatiques et qui ont des raisons de penser qu'elles vont attirer l'attention de la justice.

Il existe en effet des programmes informatiques permettant de dissimuler, de détruire ou d'altérer les données présentes dans les systèmes informatiques en introduisant un code spécifique.³⁴

Ceci impose donc une grande prudence dans l'utilisation des informations communiquées par l'inculpé et permet de rappeler que la Cour de cassation exige que les enquêteurs aient tenté de pratiquer la recherche sans utilisation de la collaboration forcée de l'inculpé avant de pouvoir utiliser l'article 88*quater*.³⁵

Les enquêteurs sont évidemment tout à fait conscients de l'existence de ces programmes informatiques et la prennent en compte lors des recherches dans les systèmes informatiques, notamment en travaillant sur des copies des systèmes concernés.³⁶

Si dans le cours de l'enquête, il apparaît que ce type de programme a été utilisé, il est possible que la personne requise soit poursuivie et condamnée pour infraction à l'article 88*quater*, §3 du code d'instruction criminelle.³⁷

§2 L'obligation de collaboration active

Le juge d'instruction peut également requérir l'aide de toute personne compétente pour effectuer des opérations directement sur le système informatique faisant l'objet de la recherche.³⁸ Cette mesure peut concerner un éventail assez large de personnes (informaticiens, cryptographes, ingénieurs, ...) dont la détermination dépend uniquement du juge d'instruction.³⁹ L'inculpé et les personnes interdites de témoigner par l'article 156 du code d'instruction criminelle ne peuvent toutefois pas faire l'objet de cette mesure.⁴⁰

31 Cass. (2^{ème} ch.), 4 février 2020, *Journal des tribunaux* (2020) : 202, obs. François Koning, *Nullum Crimen*, (2020) : 465, concl. Av. gén. Bart De Smet, *Revue de droit pénal et de criminologie* no. 11 (2020) : 1058, note. Catherine Forget. ; C.C., 20 février 2020, no. 28 (2020)

32 C.C., 20 février 2020, no. 28 (2020) B.6.2. ; Sur ce point voir Charlotte Conings et Robrecht de Keersmaecker, « To save but not too safe: hoogste Belgische rechters zien geen graten in het decryptiebevel voor de verdachte », *Tijdschrift voor strafrecht*, no. 3 (2020) : 170, note 42.

33 Catherine Van de Heyning, « Het zwijgrecht in digitale tijden: de strijd om decryptiesleutels naar het Grondwettelijk Hof », *Tijdschrift voor strafrecht*, no. 6 (2019) : 310.

34 Kerkhofs et al., *Cybercrime* 3.0, 567.

35 Cass. (2^{ème} ch.), 4 février 2020, *Revue de droit pénal et de criminologie*, no. 11 (2020) : 1060.

36 1^{er} CP David Warnent, chef de la RCCU de la PJF Namur, échange de mail avec l'auteur le 6 juillet 2021.

37 Kerkhofs et al., *Cybercrime* 3.0, (Bruxelles : Politeia, 2019), 567.

38 Cicr., art. 88*quater*, §2.

39 Projet de loi relatif à la criminalité informatique, exposé des motifs, *Doc., Ch.*, n°213/1 et 214/1 (1999-2000) : 27.

40 Cicr., art. 88*quater*, §2.

Cette obligation de collaboration est une obligation de moyens et pas de résultats.⁴¹ L'ordonnance de collaboration est exécutée par le juge d'instruction ou par un officier de police judiciaire auxiliaire du procureur du Roi.⁴² Elle est communiquée au procureur du Roi ou à l'auditeur du travail.⁴³

§3 Dispositions communes aux deux types de collaboration

Les deux types de collaboration peuvent être ordonnés uniquement par le magistrat instructeur, le cas échéant par la voie d'une mini-instruction.⁴⁴

L'ordonnance de collaboration n'est pas délivrée dans le cadre d'une audition Salduz et ne constitue pas une expertise.⁴⁵

Les personnes appelées à collaborer ou qui ont connaissance de ce devoir sont soumises au secret de l'instruction.⁴⁶

L'Etat assume la responsabilité civile en cas de dommage causé par une faute non intentionnelle au système informatique ou aux données par la personne requise.⁴⁷

§4 Répression pénale

En cas de refus de collaboration ou d'obstacle à la recherche ou à son extension, la personne requise peut se voir condamner à une peine allant de six mois à trois ans d'emprisonnement et de vingt-six à vingt mille euros d'amende ou d'une de ces peines seulement.⁴⁸

Si la collaboration pouvait empêcher la commission d'une infraction ou en restreindre les effets, la peine est d'un à cinq ans d'emprisonnement et de cinq cent à cinquante mille euros d'amende.⁴⁹ La preuve de cette circonstance aggravante serait cependant difficile à rapporter.⁵⁰

La loi réprime-t-elle simplement le fait de refuser ouvertement de collaborer ? Ou alors sanctionne-t-elle aussi le fait de refuser de collaborer par des moyens détournés comme soutenir qu'on ne se souvient plus de son code PIN ou que l'on ne dispose pas des connaissances nécessaires, alors que c'est le cas ? La version française de l'article 88quater, §3, al. 1 diffère de sa version néerlandaise quant à la nature du comportement pénalement sanctionné.

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 décembre 2016, le code d'instruction criminelle parlait simplement de refus de collaboration⁵¹ dans les deux langues.⁵² Dans

41 Projet de loi relatif à la criminalité informatique, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., n°213/1 et 214/1 (1999-2000) : 27.

42 *Cicr.*, art. 88quater, §2.

43 *Ibid.*

44 *Cicr.*, art. 28septies.

45 Kerkhofs et al., *Cybercrime 3.0*, 537.

46 *Cicr.*, art. 88quater, §4.

47 *Cicr.*, art. 88quater, §5.

48 *Cicr.*, art. 88quater, §3, al. 1.

49 *Cicr.*, art. 88quater, §3, al. 2.

50 Vanessa Franssen et Olivier Leroux, « Recherche policière et judiciaire sur internet : analyse critique du nouveau cadre législatif belge », *Société numérique et droit pénal*, Vanessa Franssen et Daniel Flore (dir.), (Bruxelles : Bruylant, 2019), 207.

51 « *Hij die weigert de in §§1 en 2 gevorderde medewerking te verlenen...* », art. 88quater, §3 *Cicr* ancien

52 Kerkhofs et al., *Cybercrime 3.0*, 539. Les auteurs de ce livre soulignent que ni les travaux préparatoires, ni l'avis du Conseil d'état ou les rapports de la commission de la justice ne mentionnent de raison particulière au changement de formulation dans la version néerlandaise du code d'instruction criminelle.

la version néerlandaise on peut désormais lire : « *Hij die de in §§ 1 en 2 gevorderde medewerking niet verleent of de zoeking in het informaticasysteem of de uitbreiding ervan hindert, ...* ». ⁵³ Tandis que dans la version française on parle toujours de « Celui qui refuse de fournir la collaboration ordonnée ou qui fait obstacle à la recherche ou à son extension dans le système informatique... ». ⁵⁴ Les deux expressions n'ont pas tout à fait le même sens, la formulation néerlandaise étant, à notre avis, plus large et pouvant se traduire par « Celui qui ne fournit pas la collaboration requise dans les §§ 1 et 2 ou ... ».

Dans les travaux préparatoires, le législateur parle de « *niet-medewerking* » ⁵⁵ en néerlandais et de « refus de collaboration » ⁵⁶ en français. Là aussi, la version néerlandaise nous semble plus large. Cette discordance se retrouve dans la proposition de code de procédure pénale. ⁵⁷

La Cour de cassation parle de refus de collaboration, ⁵⁸ tout comme monsieur l'avocat général De Smet. ⁵⁹

En cas de discordance entre les textes néerlandais et français, il faut rechercher la volonté du législateur sans accorder plus de valeur à une version ou à une autre. ⁶⁰ En cas de doute ou d'impossibilité à concilier les deux textes, il faut retenir l'interprétation la plus favorable au prévenu. ⁶¹

A notre avis, il est plus sensé de considérer qu'en modifiant le texte néerlandais, le législateur a simplement voulu clarifier l'incrimination et que les deux situations, le refus clair et le fait de nier la connaissance particulière du système informatique ou certaines compétences alors qu'elles sont formellement établies, étaient et sont toujours visées par la première moitié de la phrase. Il serait en effet illogique de vouloir sanctionner celui qui refuse ouvertement de collaborer mais pas celui qui ment ou qui ne répond tout simplement pas aux sollicitations du juge d'instruction.

L'absence de modification du texte français serait alors un oubli ou n'aurait pas été jugée nécessaire par le législateur.

En cas d'interprétation différente, l'écart entre ces deux formulations n'est pas dramatique car celui qui argue d'un motif fallacieux pour ne pas collaborer sans refuser ouvertement la collaboration pourrait toujours être condamné pour obstacle à la recherche ou à son extension, ⁶² cette partie de phrase n'ayant pas été modifiée par la loi du 25 décembre 2016.

Cette deuxième partie de phrase concerne également l'utilisation de programmes informatiques ayant pour objet de détruire ou de dissimuler des informations lors de la recherche ou de son extension. ⁶³

.....
53 Cicr., art. 88quater, §3, al.1.

54 *Ibid.*

55 Projet de loi relatif à l'amélioration des méthodes particulières de recherche et de certaines mesures d'enquête concernant Internet, les communications électroniques et les télécommunications, exposé des motifs, *Doc., Ch., no. 1966/1 (2015-2016)* : 49.

56 Projet de loi relatif à l'amélioration des méthodes particulières de recherche et de certaines mesures d'enquête concernant Internet, les communications électroniques et les télécommunications, exposé des motifs, *Doc., Ch., no. 1966/1 (2015-2016)* : 49.

57 Proposition de loi contenant le code de procédure pénale, proposition de loi, *Doc., Ch., no. 1239/001 (2019-2020)* : 445.

58 Cass. (2^{ème} ch.), 4 février 2020, *Revue de droit pénal et de criminologie*, no. 11 (2020) : 1060, note. Catherine Forget, *Nullum Crimen (2020)* : 466, concl. Av. gén., Bart De Smet.

59 Av. gén., Bart De Smet, concl. préc., Cass. (2^{ème} ch.), 4 février 2020, *Nullum Crimen (2020)* : 468.

60 Loi du 31 mai 1961 relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires, M.B., 21 juin 1961, art. 7. ; Franklin Kutry, *Principes généraux du droit pénal belge, Tome 1, La loi pénale*, 3^{ème} éd., (Bruxelles : Larcier, 2018), 240.

61 *Ibid.*, 241-242.

62 Cicr., art. 88quater, §3, al. 1.

63 Kerkhofs, *Cybercrime 3.0*, 567.

Le ministère public doit prouver, selon les cas, la connaissance particulière du système informatique par le prévenu ou des compétences utiles à la réalisation de l'ordre du magistrat instructeur.⁶⁴

Au regard du critère du seuil de la peine, la non-collaboration à l'ordonnance du juge d'instruction est une infraction permettant la mise sous mandat d'arrêt de l'inculpé.⁶⁵ Les autres critères sont à apprécier *in concreto* par le juge d'instruction. A notre connaissance, il n'existe qu'une décision publiée dans laquelle un inculpé a été placé en détention préventive pour infraction à l'article 88quater, §3 du code d'instruction criminelle.⁶⁶

Le placement en détention préventive d'un inculpé pour cette infraction se heurte toutefois à deux écueils. D'abord, l'impartialité objective du magistrat instructeur pourrait être mise en cause s'il place un inculpé ayant refusé de collaborer avec lui en détention préventive. Il est donc peut être indiqué dans ce cas de figure que le juge d'instruction constate la non-collaboration de l'inculpé dans un procès-verbal communiqué au procureur du Roi, qui appréciera les suites à donner.

Ensuite, il est interdit de placer un inculpé sous mandat d'arrêt dans le but d'exercer une forme de contrainte.⁶⁷ Il nous paraît difficile dans ce type de situation de ne pas se poser systématiquement la question de l'exercice d'une forme de contrainte par le juge d'instruction, l'inculpé étant envoyé en prison parce qu'il refuse de répondre à une demande du magistrat.

§5 Quelle utilité pour l'article 88quater du code d'instruction criminelle ?

La question de l'utilité de la disposition en cause peut se poser sous plusieurs angles.

D'abord, d'un point de vue technologique, nous l'avons déjà dit⁶⁸, il peut être très risqué d'utiliser des informations communiquées par l'inculpé pour tenter de déverrouiller le système informatique ou de décrypter les données qu'il contient.

Ensuite, dans la grande majorité des cas, les personnes concernées par la recherche non secrète collaborent volontairement avec les enquêteurs.

Concernant les suspects, ils sont généralement collaborateurs. S'ils ne le sont pas, les enquêteurs peuvent les informer qu'il est possible que le juge d'instruction prenne une ordonnance contraignante à leur égard. La délivrance de cette ordonnance est parfois utile lorsqu'un suspect voudrait collaborer mais a peur d'éventuelles représailles. Le fait d'être forcé à collaborer lui permettrait alors de se justifier auprès de son patron et de ses pairs.⁶⁹

Néanmoins, en termes de peine, qui serait ici employée comme moyen de pression pour inciter l'inculpé à collaborer, l'utilité de l'article 88quater du code d'instruction criminelle, est assez difficilement perceptible.

64 Cass. (2^{ème} ch.), 4 février 2020, *Revue de droit pénal et de criminologie.*, no.11 (2020) : 1060, note. Catherine Forget

65 Loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, M.B., 14 août 1990., art. 16, §1er, al. 1.

66 En l'espèce, la Chambre des mises en accusation avait libéré l'inculpé au motif que l'article 88quater du code d'instruction criminelle présenterait une ingérence disproportionnée dans le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination : Anvers (mis. acc.), 7 juillet 2017, *Rechtskundig Weekblad.*, no. 37 (2018) : 1465.

67 Loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, M.B., 14 août 1990., art. 16, §1er, al. 3.

68 Voir supra, B, §1er.

69 1er CP David Warnent, chef de la RCCU de la PJF Namur, échange de mail avec l'auteur du 15 avril 2021.

Si l'infraction sur laquelle porte l'enquête est punissable d'une peine plus élevée que les peines de l'article 88*quater*, il pourra être fait application du concours idéal d'infraction⁷⁰ et le fait de ne pas collaborer ne modifiera pas la peine finale de l'inculpé.⁷¹ Il pourrait même être dangereux pour lui de collaborer, car, sans sa collaboration, il est possible que le juge d'instruction ne trouve finalement pas assez d'éléments pour qu'il soit condamné.

Si l'infraction sur laquelle porte l'enquête est punissable d'une peine moins élevée que les peines de 88*quater*, l'inculpé aura tout intérêt à collaborer. S'il ne le fait pas, il risque d'aggraver considérablement sa situation judiciaire simplement en omettant de collaborer. Dans cette hypothèse, la question de la proportionnalité de l'ordonnance de collaboration pourrait toutefois être soulevée, à notre sens très légitimement.⁷²

Les victimes ont, elles, tout intérêt à donner volontairement accès à leurs systèmes informatiques lorsque cela s'avère nécessaire, notamment en cas d'hacking. Nous voyons mal dans quels cas elles pourraient refuser de donner de leur plein gré les informations utiles aux enquêteurs.

Les experts externes (informaticiens, ingénieurs, mathématiciens, ...) peuvent être requis pour aider les enquêteurs dans le cadre de l'instruction via l'article 88*quater*, § 1^{er} et 2 du code d'instruction criminelle, soit pour fournir des informations, soit pour mettre en œuvre des opérations informatiques.

Il est, à notre sens, plus indiqué dans un premier temps de requérir l'aide de ces personnes dans le cadre d'une expertise. Celle-ci a pour avantages de permettre une rémunération de la personne requise, qui effectue un travail généralement très technique, et d'être parfois contradictoire.

De la même manière que pour l'inculpé,⁷³ on peut d'autre part se poser la question du respect du principe de subsidiarité lorsque le juge d'instruction requiert de manière forcée l'aide d'un tiers sans lui avoir demandé de collaborer sur base volontaire, par exemple dans le cadre d'une expertise, dans un premier temps.

L'utilisation de l'article 88*quater* du code d'instruction criminelle pour des experts externes ne pourrait alors se justifier que lorsque l'aide de la personne requise est indispensable au regard de son expérience ou de ses qualifications personnelles et qu'elle refuse d'aider le juge d'instruction volontairement dans le rôle d'expert.

70 C. Pén., art. 65. Cet article prévoit le prononcé d'une seule peine, la plus forte, lorsqu'un seul fait constitue plusieurs infractions, ou que plusieurs faits sont unis par la même intention.

71 Sofie Royer et Ward Yperman « Wankele argumenten van hoogste Belgische hoven in uitspraken over decryptiebevel », note sous C.C., 20 février 2020, no. 28/2020, *Nullum crimen* (2020) : 445

72 Catherine Van de Heyning, « Het zwijgrecht in digitale tijden: de strijd om decryptiesleutels naar het Grondwettelijk Hof », *Tijdschrift voor strafrecht*, n°6 (2019) : 318.

73 Cass. (2^{ème} ch.), 4 février 2020, *Revue de droit pénal et de criminologie*, no. 11 (2020) : 1060.

Conclusion

Nous l'avons vu, le code d'instruction criminelle permet aux enquêteurs de fouiller de fond en comble les systèmes informatiques dans un cadre légal assez flexible. Cela n'empêche pas des difficultés d'ordre technique qui bloquent ou compliquent fortement l'accès aux systèmes informatiques bien protégés.

Pour faire face à ces obstacles techniques, l'article 88quater du code d'instruction criminelle n'est clairement pas la panacée. Il n'est utile que dans un nombre limité de situations, comme le prouve d'ailleurs le peu de décisions publiées, en vingt et un ans d'existence,⁷⁴ à propos de cette disposition, la jurisprudence se concentrant uniquement sur la question de sa compatibilité avec le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.⁷⁵ Le juge d'instruction doit donc le plus souvent se reposer sur l'expertise des policiers spécialisés en la matière pour parvenir à ses fins.

De manière plus globale, dans le contexte actuel d'informatisation croissante des milieux criminels, il importe à notre avis de continuer le développement de l'expertise technique et des moyens humains et matériels des unités spécialisées de la police fédérale afin de pouvoir faire jeu égal et de devancer les avancées technologiques utilisées par les organisations criminelles. Il serait également opportun de repenser le traitement judiciaire des faits impliquant des moyens ICT⁷⁶, la lenteur inhérente au fonctionnement traditionnel de la justice⁷⁷ étant peu adaptée pour lutter contre des faits qui impliquent un transfert rapide d'informations. Le cadre légal, aussi adéquat et flexible soit-il en théorie, n'est en effet que de peu d'utilité si les ressources policières et judiciaires ne suivent pas. ●

74 L'article 88quater a été inséré dans le code d'instruction criminelle par l'article 9 de la loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique, M.B., 3 février 2001.

75 Pour l'utilisation de l'article 88quater, §1er contre l'inculpé : Gand (10^{ème} ch.), 7 juin 2019, *Rechtspraak Antwerpen Brussel Gent*, 2019/13,1167. ; Anvers (mis. acc.), 28 juin 2018, *Nullum crimen* (2018) : 511, réq. Subst. proc. gén. Robrecht Dekeersmaecker. ; Gand (mis. acc.), 8 février 2018, *Tijdschrift voor Gentse rechtpraak* (2018), 193. ; Anvers (mis. acc.), 21 décembre 2017, *Nullum crimen* (2018) : 505, réq. Subst. proc. gén. Robrecht Dekeersmaecker. ; Corr. Anvers (div. Anvers), 13 juillet 2018, *Nullum crimen* (2018) : 519. ; Contra : Gand (4^{ème} ch.), 14 mai 2019, *Rechtspraak Antwerpen Brussel Gent*, 2019/13, 1159. ; Anvers (mis. acc.), 7 juillet 2017, *Rechtskundig Weekblad*, no. 37 (2018) : 1465. ; Gand, 23 juin 2015, *Tijdschrift voor strafrecht* (2016) : 239. ; conf. Corr. Flandre orientale (div. Dendermonde), 17 novembre 2014, *Tijdschrift voor strafrecht*, 2016/3 (2016) : 255, note Catherine Van de Heyning et Jurgen Coppens. ; Corr. Anvers (div. Malines), 11 janvier 2018, *Nullum crimen*, (2018) : 515.

76 Tout comme les autres types de faits d'ailleurs

77 Rappelons par exemple que la toute grande majorité des dossiers ne sont pas numérisés et que le transfert des PV se fait le plus souvent en version papier...

BIBLIOGRAPHIE

- Anvers (mis. acc.), 28 juin 2018, *Nullum crimen*, (2018) : 511, réq. Subst. proc. gén. Robrecht Dekeersmaecker.
- Anvers (mis. acc.), 7 juillet 2017, *Rechtskundig Weekblad*, no. 37 (2018) : 1465.
- C.C., 20 février 2020, no. 28/2020, *Journal des tribunaux*, (2020) : 203, obs. François Koning, *Nullum crimen*. (2020) : 438, note Sofie Royer et Ward Yperman, *Revue de droit pénal et de criminologie*, no. 11 (2020) :1051, note Catherine Forget.
- Cass. (2^{ème} ch.), 4 février 2020, *Journal des tribunaux*. (2020) : 202, obs. François Koning, *Nullum crimen*. (2020) : 465, concl. Av. gén. Bart De Smet, *Revue de droit pénal et de criminologie*, no. 11 (2020) : 1058, note. Catherine Forget.
- Code d’instruction criminelle, art. 28septies, 39bis, 88ter, 88quater, 89ter, 90ter.
- Code pénal, art. 65.
- Conings, Charlotte et de Keersmaecker, Robert. « To save but not too safe: hoogste Belgische rechters zien geen graten in het decryptiebevel voor de verdachte ». *Tijdschrift voor strafrecht*, no. 3 (2020) : 163 -175.
- Corr. Anvers (div. Anvers), 13 juillet 2018, *Nullum crimen*, (2018) : 519.
- Corr. Anvers (div. Malines), 11 janvier 2018, *Nullum crimen*, (2018) : 515.
- Corr. Flandre orientale (div. Dendermonde), 17 novembre 2014, *Tijdschrift voor strafrecht*, 2016/3 (2016) : 255, note Catherine Van De Heyning et Jurgen Coppens.
- De Borggraef, Louis. *Les obligations de collaboration dans le cadre des devoirs d’enquête électroniques : une backdoor dans les droits fondamentaux ?* mémoire de fin d’études, UCLouvain, Faculté de droit et de criminologie (2021) disponible sur <https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/object/thesis:32130>
- Forget, Catherine. « Les nouvelles méthodes d’enquête dans un contexte informatique : vers un encadrement (plus) strict ? » *Revue de droit des technologies de l’information*, no. 66-67 (2017) : 25-52
- Gand, 23 juin 2015, *Tijdschrift voor strafrecht* (2016) : 239.
- Gand (4^{ème} ch.), 14 mai 2019, *Rechtspraak Antwerpen Brussel Gent*, 2019/13 (2019) : 1159.
- Gand (10^{ème} ch.), 7 juin 2019, *Rechtspraak Antwerpen Brussel Gent*, 2019/13 (2019) : 1167.
- Gand (mis. acc.), 8 février 2018, *Tijdschrift voor Gentse rechtpraak*, (2018) : 193.
- Franssen, Vanessa et Leroux, Olivier. « Recherche policière et judiciaire sur internet : analyse critique du nouveau cadre législatif belge. » *Société numérique et droit pénal*, Vanessa Franssen et Daniel Flore (dir.). Bruxelles : Bruylant, 2019.
- Kerkhofs, Jan et Van Linthout, Philippe. *Cybercrime 3.0*. Bruxelles : Politeia, 2019.
- Kutu, Franklin. *Principes généraux du droit pénal belge, Tome 1, La loi pénale*,

3^{ème} éd., Bruxelles : Larcier, 2018.

- Leroux, Olivier. « Criminalité informatique. » *Les infractions, vol. 1 : Les infractions contre les biens*, Bruxelles : Larcier, 2016.
- Loi du 31 mai 1961 relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires, *M.B.*, 21 juin 1961.
- Loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, *M.B.*, 14 août 1990.
- Loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique, *M.B.*, 3 février 2001.
- Monville, Pierre, Giacometti, Mona et Grisard, Lorraine. « La collecte des preuves numériques en droit belge après l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 5 décembre 2018. » *Revue de droit pénal et de criminologie* (2019) : 993-1032.
- Projet de loi relative à la criminalité informatique, Rapport fait au nom de la commission de la justice du Sénat, *Doc. Sén.*, no. 392/3 (1999-2000).
- Projet de loi relatif à la criminalité informatique, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., no. 213/1 et 214/1 (1999-2000).
- Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., no. 1418/001 (2015-2016).
- Proposition de loi contenant le code de procédure pénale, proposition de loi, *Doc.*, Ch., no.1239/001 (2019-2020).
- Van de Heyning, Catherine. « Het zwijgrecht in digitale tijden: de strijd om decryptiesleutels naar het Grondwettelijk Hof. » *Tijdschrift voor strafrecht*, no. 6 (2019) : 307-319.
- Van de Heyning, Catherine et Tersago, Pieter. « Onderzoeksrechter kan code smartphone afdwingen van verdachte. » *Juristenkrant* (2020) : 1-7.