

## DOCTRINE

# La loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête

Ann JACOBS

Professeur de droit pénal et de procédure pénale à l'Université de Liège

### ◆ TABLE DES MATIÈRES ◆

1. Introduction	15
2. Première présentation de la loi	18
3. Les grands axes de la loi	18
3.1. Méthodes visées par la loi	18
3.2. Champ d'application	21
3.2.1. Principes	21
3.2.2. La recherche proactive	22
3.3. Finalités	23
3.4. Autorités compétentes	23
3.5. Entrée en vigueur de la loi	24
4. Grands principes	24
4.1. Principes de proportionnalité et de subsidiarité	24
4.1.1. Principe de proportionnalité	24
4.1.2. Principe de subsidiarité	26
4.2. Interdiction de la provocation (article 47 <sup>quater</sup> du C.i.cr.)	27
4.2.1. Principe (article 47 <sup>quater</sup> , alinéa 1 <sup>er</sup> , du C.i.cr.)	28
4.2.2. Sanction (article 47 <sup>quater</sup> , alinéa 2, du C.i.cr.)	30
4.3. Interdiction de commettre des infractions (article 47 <sup>quinquies</sup> du C.i.cr.)	31
4.3.1. Interdiction de principe de commettre des infractions (article 47 <sup>quinquies</sup> , paragraphe 1 <sup>er</sup> , du C.i.cr.)	32
4.3.2. Exceptions: exemption de peine (article 47 <sup>quinquies</sup> , paragraphe 2 à 4, du C.i.cr.)	32
4.3.3. Exception: cause de justification (article 47 <sup>quinquies</sup> , paragraphe 4)	37

## DOCTRINE

# La loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête

Ann JACOBS

Professeur de droit pénal et de procédure pénale à l'Université de Liège

### ◆ TABLE DES MATIÈRES ◆

1. Introduction	15
2. Première présentation de la loi	18
3. Les grands axes de la loi	18
3.1. Méthodes visées par la loi	18
3.2. Champ d'application	21
3.2.1. Principes	21
3.2.2. La recherche proactive	22
3.3. Finalités	23
3.4. Autorités compétentes	23
3.5. Entrée en vigueur de la loi	24
4. Grands principes	24
4.1. Principes de proportionnalité et de subsidiarité	24
4.1.1. Principe de proportionnalité	24
4.1.2. Principe de subsidiarité	26
4.2. Interdiction de la provocation (article 47 <sup>quater</sup> du C.i.cr.)	27
4.2.1. Principe (article 47 <sup>quater</sup> , alinéa 1 <sup>er</sup> , du C.i.cr.)	28
4.2.2. Sanction (article 47 <sup>quater</sup> , alinéa 2, du C.i.cr.)	30
4.3. Interdiction de commettre des infractions (article 47 <sup>quinquies</sup> du C.i.cr.)	31
4.3.1. Interdiction de principe de commettre des infractions (article 47 <sup>quinquies</sup> , paragraphe 1 <sup>er</sup> , du C.i.cr.)	32
4.3.2. Exceptions: exemption de peine (article 47 <sup>quinquies</sup> , paragraphe 2 à 4, du C.i.cr.)	32
4.3.3. Exception: cause de justification (article 47 <sup>quinquies</sup> , paragraphe 4)	37

5. Les méthodes particulières de recherche	38
5.1. L'observation	39
5.1.1. Définitions et champ d'application	39
5.1.2. L'observation avec ou sans moyens techniques sans vue dans une habitation	41
5.1.3. L'observation avec moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation privée (article 56bis, alinéa 2, du C.i.cr.)	45
5.1.4. L'observation avec moyens techniques afin d'avoir une vue dans les locaux ou résidence d'un avocat ou d'un médecin (article 56bis, alinéas 3 et 4, du C.i.cr.)	47
5.1.5. Modalités	49
5.1.6. Sanction	52
5.1.7. Autorisation de commettre des infractions (article 47septies, paragraphes 4 et 7, alinéa 2)	53
5.1.8. Dossier répressif et dossier confidentiel	53
5.2. L'infiltration (articles 47octies et 47novies, du C.i.cr.)	55
5.2.1. Définition	55
5.2.2. Recours à certaines techniques d'enquête policières	56
5.2.3. Autorité compétente	58
5.2.4. Conditions	59
5.2.5. Décision	60
5.2.6. Modalités	62
5.2.7. Infiltration dans les locaux d'un avocat ou d'un médecin	65
5.2.8. Sanction	67
5.2.9. Infractions pouvant être commises par les fonctionnaires de police	67
5.2.10. Dossier répressif – dossier confidentiel	68
5.3. Le recours aux indicateurs	70
5.3.1. Notion	70
5.3.2. Champ d'application	71
5.3.3. Organisation du recours aux indicateurs	72
6. Les autres méthodes de recherche	86
6.1. L'interception et l'ouverture du courrier	87
6.1.1. Nécessité d'une loi	87
6.1.2. Courrier concerné	87
6.1.3. Distinction	89
6.2. Les contrôles visuels discrets	93
6.2.1. Notion	93
6.2.2. Champ d'application	95
6.2.3. Finalités	96
6.2.4. Autorité compétente	97
6.2.5. Conditions	98
6.2.6. Modalités	98
6.2.7. Contrôle visuel discret dans les locaux d'un avocat ou d'un médecin	100
6.2.8. Contrôle visuel discret et méthodes particulières de recherche	101
6.3. Les écoutes directes	102
6.3.1. Champ d'application	103
6.3.2. Autorité compétente	104
6.3.3. Conditions	104

6.3.4. Modalités	104
6.3.5. Dossier répressif	106
6.3.6. Écoutes directes chez des avocats et médecins	107
6.3.7. Avertissement des personnes concernées	107
6.3.8. Sanctions	108
6.4. L'intervention différée	108
6.4.1. Autorité compétente	109
6.4.2. Conditions	109
6.4.3. Modalités	109
6.5. La récolte de données concernant des comptes bancaires et des transactions bancaires	110
6.5.1. Champ d'application	111
6.5.2. Autorité compétente	111
6.5.3. Conditions	111
6.5.4. Modalités	112
7. Mise en œuvre et contrôle des méthodes particulières de recherche: une nouvelle répartition des rôles	114
7.1. Autorité compétente pour ordonner une méthode particulière de recherche	114
7.2. Exécution de la méthode particulière de recherche	115
7.3. Contrôle des méthodes particulières de recherche	118
7.3.1. En cas de non-poursuite	119
7.3.2. Évaluation globale	120
7.3.3. En cas de poursuite	121
7.3.4. Contrôle interne aux services de police	128
7.3.5. Échange d'informations en vue de la coordination des recherches	129
Conclusion	129



## I. INTRODUCTION

L'évolution de la criminalité, en particulier de ce qu'il est maintenant convenu d'appeler la criminalité grave et organisée, a amené les services de police à adapter leurs méthodes de recherche des infractions et de leurs auteurs. C'est ainsi que sont apparus les repérages et les écoutes téléphoniques, l'infiltration des milieux criminels par des membres des services de police sous la forme des pseudo-achats, livraisons contrôlées et autres techniques tendant à mettre au jour et à constater les trafics en tous genres, voire à recueillir des informations utiles. Seuls les repérages et écoutes téléphoniques avaient jusqu'à présent fait l'objet d'une législation précise<sup>(1)</sup>, et cela après que plusieurs

<sup>(1)</sup> Loi du 11 février 1991, modifiée par la loi du 10 juin 1998, introduisant l'article 88*bis* et loi du 30 juin 1994, modifiée par la loi du 10 juin 1998 introduisant les articles 90*ter* à 90*decies* dans le Code d'instruction criminelle.



affaires importantes se soient terminées par un non-lieu ou un acquittement en raison de la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme protégeant le droit à la vie privée.

Les méthodes particulières de recherche se caractérisent, d'une part, par leur caractère secret et, d'autre part, par le fait qu'elles sont susceptibles de porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux ainsi que d'empiéter sur les principes de base de la procédure pénale, telle la loyauté dans la collecte des preuves, à tel point qu'elles peuvent mettre en péril le caractère équitable du procès. Face à ces pratiques, il était impératif de légiférer, notamment pour fixer des limites aux atteintes aux droits et libertés fondamentaux et tenter de compenser les entraves à l'exercice des droits de la défense.

Le besoin devenant de plus en plus pressant, notamment du côté des services de police, soucieux de sécurité juridique, ce qu'il était convenu d'appeler les méthodes ou techniques particulières ou spéciales de recherche avaient fait l'objet de réglementations internes aux services de police, mais surtout de deux circulaires ministérielles confidentielles qui réglementaient le recours à ces techniques et leurs modalités<sup>(2)</sup>. Si ces circulaires s'imposaient aux membres des différents services de police ainsi qu'aux parquets dont elles étaient parfaitement connues, il n'en était évidemment pas de même des juridictions d'instruction et de fond, pas plus que des parties et de leurs avocats<sup>(3)</sup>. Cette situation était source d'une opacité et d'un flou peu propices à la sécurité juridique, ce qui, à l'occasion, a amené des juridictions d'instruction et de fond à annuler des procédures ou à déclarer les poursuites irrecevables, faute de pouvoir contrôler le déroulement de l'information ou de l'instruction et en conséquence sa légalité au cours d'un débat contradictoire dans le respect des droits de la défense, en particulier au regard du respect des droits et libertés fondamentaux<sup>(4)</sup>.

Le problème était apparu au cours des travaux de plusieurs commissions parlementaires d'enquête, qui ne s'étaient pas fait faute de formuler un certain nombre de recommandations à l'intention du législateur<sup>(5)</sup>. La jurisprudence,

(2) Circulaires du ministre de la justice des 24 avril 1990 et 5 mars 1992; voy. l'exposé de cette dernière dans H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 2<sup>e</sup> éd., La Chartre, 2001, pp. 365 à 368.

(3) Sur la situation avant la loi du 6 janvier 2003, voy. notamment H.-D. BOSLY, «La régularité de la preuve en matière pénale», dans *J.T.*, 1992, pp. 121 à 128; M. DE RUE, «Les droits de l'homme et les méthodes modernes d'enquête policière», dans *J.T.*, 2000, pp. 321 à 331; B. MICHELSEN, «La confidentialité des sources, les techniques spéciales de recherche, la mission du magistrat dit "de confiance"», dans *Politeia*, 2000, n° 4, pp. 37 et s.; C. DE VALKENBER, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, éd. Larcier, 2000, 711 p.

(4) Voy. par exemple Mons (ch. m. acc.), 19 novembre 1998, *J.T.*, 1999, p. 66 et note O. KLEES et D. VANDERMEERSCH ou *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 239 et note J. SACE.

(5) Voy. par exemple le rapport fait au nom de la commission d'enquête parlementaire chargée d'enquêter sur l'existence d'un ou de plusieurs groupements ayant pour but de démanteler nos institutions démocratiques ou d'en déstabiliser le fonctionnement, sur l'implication de ces groupements dans des actes criminels graves perpétrés récemment, notamment dans ceux qui sont attribués aux

en particulier celle de la Cour européenne des droits de l'homme, en ce qu'elle exige, pour porter atteinte aux droits garantis par l'article 8 de la Convention (droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance), des normes claires, précises, prévisibles et accessibles, constituait un incitant de plus à légiférer en la matière. La pression internationale a accéléré le mouvement après les attentats du 11 septembre 2001 <sup>(6)</sup>.

Dès lors, dans ses efforts en vue de lutter plus efficacement contre la criminalité organisée et le grand banditisme, le législateur a entendu remplacer l'opacité et l'insécurité juridique par une norme non équivoque, par la transparence et par un système de contrôle clair <sup>(7)</sup>. C'est dans ce contexte qu'est née la loi du 6 janvier 2003, publiée au *Moniteur belge* du 12 mai 2003 et entrée en vigueur le 22 mai 2003. Elle a fait l'objet d'une large consultation au cours des travaux préparatoires, mais surtout d'une concertation non seulement politique mais également avec les services de police concernés; le fait est à relever <sup>(8)</sup>, même si, malheureusement, on ne peut en déduire qu'elle est parvenue à établir l'équilibre requis entre les différents intérêts concernés.

Si un pas a été fait dans le sens d'une plus grande sécurité juridique, il est difficile de considérer qu'elle est dès à présent acquise. L'on constatera, en effet, que bien des notions importantes de la loi ne sont pas suffisamment ou adéquatement définies et trop de questions sont laissées à l'appréciation du juge. Il faudra, en conséquence, attendre que la jurisprudence s'élabore. En outre, certaines problématiques ne pouvant ainsi être laissées en suspens, sans parler des précisions techniques indispensables, la matière fait à nouveau l'objet de circulaires confidentielles, émanant soit du collège des procureurs généraux, soit des services de polices eux-mêmes. La différence avec la situation antérieure est toutefois d'importance puisque, dans ce cas, les circulaires sont censées simplement mettre en œuvre ou expliciter la loi et non plus servir de fondement aux pratiques policières.

---

«tueurs du Brabant» ainsi que sur la manière dont ont été conduites les enquêtes concernant ces actes, *Act. Parl.*, Ch., 1988, n° 59/5-1988, p. 370; le rapport fait au nom de la commission d'enquête parlementaire sur les adaptations nécessaires en matière d'organisation et de fonctionnement de l'appareil policier et judiciaire, en fonction des difficultés surgies lors de l'enquête sur les «tueurs du Brabant», *Act. parl.*, Ch., 1997-1998, n° 573/7, p. 66; le rapport fait au nom de la commission d'enquête parlementaire sur la manière dont l'enquête, dans son volet policier et judiciaire, a été menée dans l'affaire *Dutroux-Nihoul et consorts*, *Act. parl.*, Ch., 1996-1997, n° 713/6, p. 164. Voy. surtout le deuxième rapport intermédiaire au nom de la commission d'enquête parlementaire sur la criminalité organisée en Belgique, *Act. parl.*, Sénat, 1-326/8, 1997, p. 6.

<sup>(6)</sup> Voy. par exemple les lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, adoptées par le comité des ministres du Conseil de l'Europe le 11 juillet 2002 lors de la 804<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres.

<sup>(7)</sup> *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-1260/4, p. 2.

<sup>(8)</sup> En dépit de ce qu'il peut recevoir différentes interprétations, positive en y voyant les vertus de la concertation, négative en s'inquiétant du rôle prépondérant joué par certains hauts fonctionnaires de police dans la conception et l'élaboration de la loi.

## 2. PREMIÈRE PRÉSENTATION DE LA LOI

La loi du 6 janvier 2003 est complexe et difficile à maîtriser tant les règles mises en place se recoupent et sont peu précises<sup>(9)</sup>. Pour faciliter la compréhension tant de la loi elle-même que des observations critiques qui vont suivre, nous l'avons résumée en un tableau (voir page suivante).

## 3. LES GRANDS AXES DE LA LOI

### 3.1. Méthodes visées par la loi

Il faut tout d'abord observer que le législateur ne donne pas de définition des méthodes particulières de recherche; il s'en tient à une énumération qui fait l'objet de l'article 47<sup>ter</sup> ainsi qu'à l'énoncé de leurs finalités: «Les méthodes particulières de recherche sont l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs»; elles sont mises en œuvre «en vue de poursuivre les auteurs de délits, de rechercher, de collecter, d'enregistrer et de traiter des données et des informations».

L'exposé des motifs permet de comprendre cette manière de faire en énonçant deux grands principes ayant présidé à l'élaboration de la loi: d'une part, la volonté de créer un cadre juridique général intégrant les méthodes particulières de recherche et, d'autre part, le souci de tenir compte de l'évolution permanente des moyens d'action des organisations criminelles qui appelle une certaine souplesse de la réglementation<sup>(10)</sup>; c'est ce qui explique que l'ensemble des techniques particulières de recherche ne sont pas visées par la loi du 6 janvier 2003, certaines d'entre elles devant faire l'objet d'un arrêté royal<sup>(11)</sup>, ce qui n'est évidemment pas sans poser question au vu du principe de légalité de la procédure pénale.

(9) Pour d'autres commentaires, voy. notamment M. DE RUE, «La loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête: premiers commentaires», dans *Rev. dr. pén.*, 2003, pp. 1107 à 1141; K. VAN CAUWENBERGHE, F. HUTSEBAUT, H. BERKMOES, J. POELS et P. DELTOUR, «Bijzondere opsporingsmethoden: het doel heiligt de midelen?», in *Handboek Politiedienst*, 2003, pp. 1 à 78; J. MEESE, «Bijzondere opsporingsmethoden en andere onderzoeksmethoden», in *N.J.W.*, 2003, pp. 1134 à 1153; C. DE VALKENEER et M. DE RUE, *Dossier du Journal des tribunaux*, 2004, à paraître; pour une présentation sous l'angle opérationnel, voy. l'article de J.-L. TRULLEMANS à paraître in *Memorialis Postal*, v° «Méthodes particulières de recherche», 2004. Pour les commentaires des projets ayant précédé la loi, voy. notamment E. MARIQUE, «Après une loi sur les écoutes téléphoniques, une loi sur les observations visuelles?», in *Act. dr.*, 1999, pp. 219 à 255; D. VANDERMEERSCH, «Un projet de loi "particulièrement" inquiétant», in *Journ. proc.*, 2002, n° 440, pp. 10 à 13; K. VAN CAUWENBERGHE et F. HUTSEBAUT, «Le projet de loi relatif aux méthodes particulières de recherche (M.P.R.): une menace pour notre état de droit?», in *Vigiles*, 2002, pp. 69 à 73.

(10) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 67.

(11) Voy. l'article 47<sup>octies</sup>, paragraphe 2, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle.

Méthode	Base légale	Champ d'application	Autorité compétente	Mini-instruction	
Méthodes particulières de recherche	Observation sans moyens techniques	47sexies - Toute infraction - Sauf si dans recherche proactive: faits visés à l'art. 90ter du C.i.cr. ou 324bis du C. pén.	Procureur du Roi (P.R.) / Juge d'instruction (J.i.)		
	Observation avec moyens techniques	47sexies - Faits punissables d'un an ou plus - Sauf si recherche proactive: faits visés à l'art. 90ter du C.i.cr. ou 324bis du C. pén.	P.R./J.i.		
	Observation avec moyens techniques avec vue dans une habitation	56bis, al. 2	J.i.	oui**	
	Infiltration	47octies	P.R.*/J.i.	oui	
	Recours à des indicateurs	47decies	P.R./J.i.		
	Intervention différée	40bis	P.R./J.i.		
	Contrôle visuel discret	89ter	J.i.	oui**	
	Écoute directe dans un domicile ou lieu privé	90ter, § 1 <sup>er</sup>	J.i.	non	
	Recherche de renseignements sur comptes et transactions bancaires	46quater	Faits punissables d'un an ou plus	P.R./J.i.	
	Interception du courrier	46ter	Faits punissables d'un an ou plus	P.R./J.i.	
Autres méthodes de recherche	Interception et ouverture du courrier	Faits punissables d'un an ou plus	J.i.***	oui	

\* Si l'infiltration porte sur des locaux utilisés à des fins professionnelles ou la résidence d'un avocat ou d'un médecin, l'autorisation du juge d'instruction est indispensable (art. 56bis, al. 3 et 4, du C.i.cr.).

\*\* Sans possibilité d'autosaisine du juge d'instruction.

\*\*\* Le procureur du Roi est compétent en cas de flagrant délit (art. 88sexies, § 1<sup>er</sup>, al. 2, du C.i.cr.).

La loi du 6 janvier 2003 régit un certain nombre de choses qu'il est important de distinguer, à savoir:

1) *Les méthodes particulières de recherche au sens strict* qui recouvrent l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs. Dans ce cadre, et en particulier lors d'une infiltration, les services de police pourront avoir recours à ce que la loi appelle «certaines techniques d'enquête policières»<sup>(12)</sup> destinées à soutenir les méthodes particulières de recherche, tels le pseudo-achat, le *flash-roll*, le *frontstore*, l'achat de confiance, *etc.* Ces techniques d'enquête trouvent donc un cadre légal général, qui impose le respect des mêmes conditions, notamment de subsidiarité et de proportionnalité, que la méthode particulière de recherche sur laquelle elles se greffent<sup>(13)</sup>, mais elles ne sont pas elles-mêmes réglementées par la loi; elles font l'objet d'un arrêté royal délibéré en conseil des ministres sur proposition du ministre de la Justice et sur consultation du collège de procureurs généraux<sup>(14)</sup>.

2) Ce que la loi appelle les «autres méthodes de recherche»<sup>(15)</sup>. Ce sont des méthodes connexes – qui peuvent donc éventuellement s'articuler sur les méthodes particulières au sens strict – mais qui ne sont pas qualifiées de «particulières». Sont ainsi visés l'interception et l'ouverture du courrier, les contrôles visuels discrets, les écoutes directes et la récolte de données concernant des comptes et des transactions bancaires.

Si l'ensemble de ces techniques policières se caractérise par une atteinte plus ou moins grave aux droits et libertés individuels ainsi que par un caractère secret marqué, d'un point de vue juridique, seules les méthodes particulières de recherche au sens strict font l'objet d'un dossier confidentiel destiné à protéger les tactiques et techniques utilisées ainsi que l'intégrité des personnes impliquées dans l'opération; comme on le verra, l'existence de pareil dossier n'est pas sans soulever quelques interrogations au regard des droits de la défense et du rôle des juridictions d'instruction et du juge du fond; il peut également poser des problèmes pratiques de gestion des dossiers, la moindre erreur pouvant avoir des conséquences majeures<sup>(16)</sup>. En ce qui concerne les autres méthodes de recherche, l'ensemble des pièces est versé au dossier répressif selon les modalités qui seront exposées ci-dessous.

(12) Voy. l'article 47octies, paragraphe 2, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle.

(13) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 8, 94 et 112.

(14) Article 47octies, paragraphe 2, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle; voy. l'arrêté royal du 9 avril 2003 relatif aux techniques d'enquête policières, *M.B.*, 12 mai 2003; on verra cependant que cet arrêté royal ne fait qu'énoncer les différentes techniques sans les réglementer.

(15) L'on observera que si l'intitulé de la loi vise «quelques autres méthodes d'enquête», le chapitre III de la loi traite «des autres méthodes de recherche»; si cette différence de vocabulaire ne porte pas à conséquence, on aurait évidemment préféré une uniformisation des termes utilisés.

(16) Ainsi, on peut penser aux conséquences au point de vue de sa sécurité si l'identité de l'infiltrant ou de l'indicateur venait à apparaître dans le dossier répressif.

## 3.2. Champ d'application

### 3.2.1. Principes

Comme on l'a rappelé, la loi du 6 janvier 2003 se situe dans la foulée des lois destinées à lutter contre la criminalité grave et organisée, telles les lois du 30 juin 1994 sur les écoutes téléphoniques, du 8 avril 2002 sur les témoins anonymes, du 7 juillet 2002 sur la protection des témoins menacés, etc. On observera toutefois, au gré de l'examen de chacune des méthodes particulières et autres méthodes de recherche, que leur champ d'application n'est pas effectivement confiné à la criminalité grave et organisée: certaines de ces méthodes sont applicables à toute infraction (c'est le cas pour l'observation sans moyens techniques, pour le recours à des indicateurs ou pour l'intervention différée), d'autres aux faits emportant un an d'emprisonnement ou plus (il en est ainsi pour l'observation avec moyens techniques, pour les recherches bancaires et l'interception et l'ouverture du courrier), d'autres enfin peuvent être utilisées pour les faits visés à l'article 90<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle qui délimite les possibilités de recours aux écoutes téléphoniques et à l'article 324<sup>bis</sup> du Code pénal relatif aux organisations criminelles (c'est le cas pour l'observation avec moyens techniques et vue dans une habitation, l'infiltration, le contrôle visuel discret et l'écoute directe dans un domicile ou lieu privé). Même dans ce dernier cas, qui se veut le plus restrictif, l'on sait que, au fil de ses nombreuses modifications, l'article 90<sup>ter</sup> recouvre de plus en plus d'infractions ne répondant pas nécessairement à l'idée de criminalité grave<sup>(17)</sup>. La critique n'a pas manqué d'être formulée au cours des débats parlementaires<sup>(18)</sup>, en soulignant notamment le risque de banalisation<sup>(19)</sup> et d'effet contre-productif du recours aux méthodes particulières; en effet, l'on pourrait y avoir recours pour une criminalité de moindre importance et au vu, le cas échéant, des résultats positifs en ce domaine, délaissier la lutte contre la grande criminalité<sup>(20)</sup>.

<sup>(17)</sup> Voy. par exemple C. arb., arrêt n° 69/200, du 14 mai 2003 annulant les articles 151 et 152 de la loi-programme du 30 décembre 2001 qui étendaient largement la possibilité de recourir à des écoutes téléphoniques; voy. aussi M. NIHOUL et C. VISART DE BOCARMÉ, «Le risque accru de légiférer par référence en droit pénal: un exemple récent en matière d'écoutes téléphoniques», *in J.T.*, 2002, pp. 318 à 320.

<sup>(18)</sup> Voy. par exemple *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-1260/4, p. 51.

<sup>(19)</sup> Comme on le verra, c'est en particulier le cas pour l'observation, qui, pourtant, peut être très intrusive dans la vie privée; comparez, par exemple, avec l'article 5 de la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé qui interdit notamment au détective privé de prendre ou de faire prendre des vues de personnes se trouvant dans des lieux non accessibles au public sans le consentement de celles-ci et du gestionnaire des lieux; de même, il ne peut installer, faire installer ou mettre à la disposition du client ou de tiers un appareil quelconque en vue de prendre ces vues.

<sup>(20)</sup> *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-1260/4, pp. 17 et s., et pp. 22 et s.

### 3.2.2. La recherche proactive

Si les méthodes particulières de recherche peuvent être utilisées aux fins d'identification des auteurs d'infractions et de récolte des preuves des infractions commises, c'est-à-dire dans une perspective réactive, on peut également y avoir recours, pour la plupart d'entre elles, d'une manière proactive<sup>(21)</sup>. L'article 47ter, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle fait en effet référence à l'article 28bis, paragraphe 1<sup>er</sup> (information relative à une infraction qui s'est commise) et paragraphe 2 (faits qui vont être commis ou qui ont été commis mais qui ne sont pas encore connus): «Ces méthodes sont mises en œuvre, dans le cadre d'une information ou d'une instruction, par les services de police désignés par le ministre de la Justice, sous le contrôle du ministère public et sans préjudice des articles 28bis, paragraphes 1<sup>er</sup> et 2, 55 et 56, paragraphe 1<sup>er</sup>, et 56bis, en vue de poursuivre les auteurs de délits, de rechercher, de collecter, d'enregistrer et de traiter des données et des informations sur la base d'indices sérieux que des faits punissables vont être commis ou ont déjà été commis, qu'ils soient connus ou non».

Pour mémoire, la recherche proactive est définie par l'article 28bis, paragraphe 2, comme suit: [L'enquête proactive], dans le but de permettre la poursuite d'auteurs d'infractions, consiste en la recherche, la collecte, l'enregistrement et le traitement de données et d'informations sur la base d'une suspicion raisonnable que des faits punissables vont être commis ou ont été commis mais ne sont pas encore connus, et qui sont ou seraient commis dans le cadre d'une organisation criminelle, telle que définie par la loi, ou constituent ou constitueraient un crime ou un délit tel que visé à l'article 90ter, paragraphes 2, 3 et 4. Pour entamer une enquête proactive, l'autorisation écrite et préalable du procureur du Roi, de l'auditeur du travail ou du procureur fédéral, dans le cadre de leur compétence respective, est requise, sans préjudice du respect des dispositions légales spécifiques réglant les méthodes particulières de recherche et autres méthodes».

Le renvoi à l'article 28bis, paragraphe 2, a pour conséquence que les conditions énoncées par cette disposition doivent être remplies pour que des méthodes particulières de recherche puissent être mises en œuvre au cours de la phase proactive de l'enquête<sup>(22)</sup>.

<sup>(21)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 9. Sur la recherche proactive, voy. notamment *La recherche proactive*, Custodes, éd. Politeia, 1/1999; Ch. DE VALKENBER, «Les opérations sous couvertures et la recherche proactive dans les instruments internationaux», *La justice pénale en Europe*, sous la direction de F. TULKENS et H.-D. BOSLY, éd. Bruylant, 1996; L. DELBROUK, «De proactive recherche - Een nieuwe middel in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit?», in *Jura Falconis*, 1999-2000, pp. 121 et s.; B. RENARD, «La mise en œuvre et le suivi de l'enquête de recherche proactive: étude quantitative des facteurs influençant le processus de décision», in *Rev. dr. pén.*, 2003, pp. 133 à 167.

<sup>(22)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 36.

Le champ d'application très large des méthodes particulières de recherche, spécialement dans le domaine de la recherche proactive, a également été critiqué au cours des travaux préparatoires<sup>(23)</sup>, en soulignant notamment le risque, avec l'infiltration et l'observation, de faire du renseignement sous le couvert du judiciaire<sup>(24)</sup>.

Les méthodes particulières de recherche peuvent donc clairement servir à alimenter les fichiers d'information à fins judiciaires. Pour ce qui est du traitement et de la gestion des informations ainsi récoltées, il y a lieu de se référer aux articles 44/1 à 44/11 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police.

### 3.3. Finalités

Les travaux préparatoires affirment clairement la finalité judiciaire des méthodes particulières de recherche<sup>(25)</sup>, à savoir la découverte des infractions et l'identification de leurs auteurs en vue de la répression. L'usage des méthodes particulières de recherche organisées par la loi du 6 janvier 2003 est donc exclue, sur la base de cette loi, dans le domaine du renseignement<sup>(26)</sup>. Il faut toutefois observer qu'une notion trop large ou floue de la proactivité risque de mettre à mal la frontière entre la recherche judiciaire et le renseignement, tandis qu'il ne conviendrait évidemment pas que, dans une société démocratique, on en arrive à faire du renseignement sous le couvert du judiciaire au motif que celui-ci est doté de moyens légaux éventuellement plus efficaces.

### 3.4. Autorités compétentes

Nous verrons que la compétence du procureur du Roi a été largement privilégiée. Ce n'est que dans certains cas limitatifs que le passage obligé par le juge d'instruction a été prévu, lorsque l'atteinte à la vie privée est particulièrement grave (c'est le cas pour l'observation avec moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation privée, du contrôle visuel discret, de l'écoute directe dans un domicile ou lieu privé et de l'ouverture du courrier). Il faut rappeler que les mesures pouvant être autorisées par le procureur du Roi peuvent l'être également par l'auditeur du travail et le procureur fédéral pour les affaires de leur compétence; elles peuvent également, *a fortiori*, être ordonnées par le juge

(23) Voy. par exemple *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-1260/4, p. 20.

(24) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 124.

(25) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 8.

(26) Pour ce qui concerne le renseignement relevant des services de renseignement et les moyens pouvant être mis en œuvre, voy. la loi du 3 avril 2003 modifiant la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité et l'article 259bis du Code pénal, *M.B.*, 12 mai 2003; voy. aussi J.-Y. MINNE, «Chronique de législation pénale», in *Rev. dr. pén.*, 1999, pp. 373 à 378; F. GOOSSENS, «Les missions et compétences des services de renseignement et de sécurité belges», in *J.T.*, 2002, pp. 617 à 630.



d'instruction. Nous verrons cependant que l'exécution et le contrôle immédiat des méthodes particulières de recherche ont été confiés de manière exclusive au procureur du Roi. L'on aperçoit déjà, à l'aune de ces quelques indications, que le juge d'instruction se voit relégué dans un rôle accessoire et ponctuel, loin des règles habituelles de la procédure pénale jusqu'ici en vigueur.

### 3.5. Entrée en vigueur de la loi

La loi ne contenant aucune règle particulière, elle est entrée en vigueur dans toutes ses dispositions le dixième jour de sa publication au *Moniteur belge*, soit le 22 mai 2003.

## 4. GRANDS PRINCIPES

Quelques grands principes ont été mis en œuvre par le législateur en cette matière éminemment délicate: les principes de proportionnalité et de subsidiarité, l'interdiction absolue de recourir à la provocation policière ainsi que l'interdiction de principe de commettre des infractions.

### 4.1. Principes de proportionnalité et de subsidiarité

#### 4.1.1. Principe de proportionnalité

Le principe de proportionnalité veut que les moyens d'enquête utilisés soient proportionnés au but poursuivi, en l'espèce, à la gravité des faits recherchés. Le principe trouve déjà un certain nombre d'applications dans le Code d'instruction criminelle; on aperçoit un exemple marquant dans l'article 90ter qui limite les écoutes téléphoniques à des infractions d'une certaine gravité, même si, comme on l'a relevé, la liste ne cesse de s'allonger au risque de ne plus répondre à ce critère initial. On verra pour chacune des méthodes de recherche comment le législateur a mis ce principe de proportionnalité en œuvre, pour constater néanmoins que, dans un certain nombre de cas, il ne s'est pas montré très exigeant à cet égard ou en a fait purement et simplement l'économie.

Il faut, dès à présent, relever l'inadéquation de la référence répétée à l'article 90ter du Code d'instruction criminelle. En effet, si l'observation doit être contenue dans des limites strictes en raison de son caractère généralement attentatoire à la vie privée, il n'en est pas nécessairement de même pour l'infiltration: celle-ci doit être réglementée, non parce qu'elle porte atteinte aux libertés et droits fondamentaux des citoyens, mais en raison de la protection due aux infiltrants, et donc, de ce point de vue, rien ne justifiait la référence à l'article 90ter du Code d'instruction criminelle. De même, l'on constatera que l'observation ou l'infiltration n'est pas du tout adaptée à certaines infractions visées par cette

disposition<sup>(27)</sup>, tandis que d'autres qui la justifient ne sont pas reprises dans la liste, tel le trafic d'œuvres d'art ou de fausse monnaie<sup>(28)</sup>. Le législateur aurait dû procéder à la détermination rigoureuse d'un champ d'application propre à chaque mesure qui garantisse effectivement le respect du principe de proportionnalité, tout en étant attentif au fait que, dans un certain nombre d'affaires, les méthodes particulières de recherche sont mises en œuvre de manière coordonnée avec les moyens classiques de recherche et avec des écoutes téléphoniques.

Si la référence fréquente de la loi du 6 janvier 2003 à l'article 90ter du Code d'instruction criminelle pour déterminer le champ d'application des méthodes particulières de recherche ou des autres méthodes d'enquête est critiquable, il en est encore plus ainsi de la référence à l'article 324bis du Code pénal. En effet, dès lors qu'il existe des indices que les infractions sont commises dans le cadre d'une organisation criminelle, toute infraction, quelle qu'elle soit, fût-ce une contravention, est susceptible d'une observation, d'une infiltration, d'un contrôle visuel discret, etc. Connaissant le flou entourant l'incrimination d'organisation criminelle, il y a de grands risques qu'elle constitue la porte ouverte à une extension inconsidérée du champ d'application des méthodes particulières de recherche et des autres méthodes d'enquête, qui devraient pourtant rester confinées dans le domaine de l'exception<sup>(29)</sup>.

Il pourrait arriver qu'une méthode particulière de recherche ne pouvant être ordonnée que pour une des infractions visées par l'article 90ter du Code d'instruction criminelle ou commise dans le cadre d'une organisation criminelle telle qu'incriminée par l'article 324bis du Code pénal (une observation avec moyens techniques et vue dans une habitation ou une infiltration, par exemple) a été autorisée, tandis qu'en cours de procédure, il s'avère que cette condition de proportionnalité n'est pas remplie: l'infraction est le fait de délinquants isolés ou ne rentre pas effectivement dans une des qualifications retenues par l'article 90ter. Si, des éléments du dossier, il ressort que la mesure a été ordonnée dans le but de rassembler des preuves relatives à une infraction autre que celles visées par les textes, il faudra considérer qu'il y a fraude à la loi<sup>(30)</sup> et, en conséquence, que la mesure est nulle<sup>(31)</sup>. En revanche, une simple disqualifi-

(27) On pense par exemple aux violations graves de droit international humanitaire visées par le 1<sup>er</sup> bis de l'article 90ter.

(28) Sauf s'ils sont commis dans le cadre d'une organisation criminelle visée par l'article 324bis du Code pénal auquel il est toujours fait référence en même temps qu'à l'article 90ter du Code d'instruction criminelle.

(29) En ce sens, C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête policière*, éd. Larcier, 2003, p. 236.

(30) C. DE VALKENEER, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, éd. Larcier, 2003, p. 558.

(31) H.-D. BOSLY et D. VANDERMEESCH, *Droit de la procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., La Charte, 2003, p. 646, citant le rapport de la commission de la justice du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n° 843/2, p. 90 (solution dégagée à propos des écoutes téléphoniques, mais qui peut parfaitement être transposée aux méthodes particulières de recherche).

cation des faits par le juge d'instruction ou la juridiction d'instruction ou de fond n'aura aucune incidence sur la validité de la mesure, pour autant que les conditions légales fussent réunies au moment où elle a été ordonnée<sup>(32)</sup>.

#### 4.1.2. Principe de subsidiarité

Le principe de subsidiarité veut, quant à lui, que l'on n'ait recours à telle méthode de recherche que si des moyens de recherche plus classiques et moins dommageables pour les droits et libertés individuels fondamentaux ne permettent pas d'atteindre le même résultat<sup>33</sup>. Ce principe se trouve par exemple formulé en matière de témoignage anonyme (article 86bis du C.i.cr.), mais sans que le Code d'instruction criminelle en ait fait un principe général<sup>(34)</sup>. On le trouve énoncé pour certaines méthodes particulières de recherche<sup>(35)</sup>. Comme dans les autres matières, la subsidiarité doit s'apprécier *a priori* et *in abstracto*<sup>(36)</sup>, c'est-à-dire qu'il n'y a pas lieu de vérifier ou de démontrer que, dans le cas d'espèce, l'on a déjà tout essayé avant d'avoir recours à un moyen plus contraignant ou attentatoire aux droits et libertés individuels<sup>(37)</sup>.

De plus en plus de lois récentes font référence au principe de subsidiarité à propos des moyens de preuve, mais sans hiérarchiser ceux-ci, ce qui pourrait déboucher sur quelques conflits de valeur difficiles à résoudre et qui, de ce fait, feront perdre sa force au principe. Ainsi faut-il sans doute préférer une écoute téléphonique à une observation avec moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation privée lorsque le choix existe pour les enquêteurs, mais qu'en est-il d'une ouverture du courrier par rapport à une écoute téléphonique? L'affirmation du principe a néanmoins le mérite d'obliger enquêteurs et magistrats à peser les intérêts en présence de manière à préférer des moyens classiques, telle une perquisition, aux moyens plus récents et invasifs.

(32) H.-D. BOSLY et D. VANDERMEESCH, *Droit de la procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., La Charte, 2003, p. 646. C. DE VALKENEER estime cependant ne pas pouvoir tenir le même raisonnement pour l'infraction commise dans le cadre d'une organisation criminelle: sous peine d'étendre de manière pratiquement illimitée le champ d'application de la méthode particulière de recherche sous couvert de suspicion d'organisation criminelle, un acquittement de ce chef aurait pour effet d'invalider les constatations relatives aux autres infractions dès lors qu'elles n'ont pu être mises en œuvre pour autant qu'elles soient commises dans le cadre d'une organisation criminelle (*Manuel de l'enquête pénale*, éd. Larcier, 2003, p. 236).

(33) Sur le principe de subsidiarité, voy. notamment *Le principe de subsidiarité*, sous la direction de F. DELPERÉE, 2002, éd. Bruylant, 540 p.

(34) Voy. par exemple, pour le pseudo-achat, Cass., 3 avril 2001 (n° P99.1170.N), *T. Straf.*, 2001, p. 338; voy. aussi Cass., 17 janvier 1996, *Rev. dr. pén.*, 1996, p. 1110.

(35) Voy. l'article 47sexies, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, pour l'observation et l'article 47octies, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, pour l'infiltration.

(36) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 4 et 14.

(37) H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., La Charte, 2003, p. 646; C. DE VALKENEER, *La tromperie dans l'administration de la preuve*, éd. Larcier, 2000, p. 234.

Pour la décision de mise en œuvre d'une méthode particulière de recherche, les critères de proportionnalité et de subsidiarité seront appréciés, *in fine*, par le magistrat du parquet. En pratique, un critère de faisabilité, lié aux moyens matériels et humains disponibles, viendra s'ajouter aux critères légaux.

Il faut observer dès à présent qu'aucun de ces principes de proportionnalité et de subsidiarité n'est applicable au recours à des indicateurs, le législateur faisant le choix, comme on le verra, d'éviter tout obstacle à la récolte d'informations pouvant être utiles d'un point de vue judiciaire, d'autant plus que celles-ci ne seront, en principe, jamais utilisées comme preuves.

#### 4.2. Interdiction de la provocation (article 47<sup>quater</sup> du C.i.cr.)<sup>(38)</sup>

L'article 47<sup>quater</sup> du Code d'instruction criminelle, qui ouvre la sous-section 2 intitulée «Des conditions générales pour l'usage des méthodes particulières de recherche», énonce, dans son alinéa 1<sup>er</sup>, le principe absolu de l'interdiction de la provocation policière, car contraire au principe de loyauté consacré par l'article 28<sup>bis</sup>, paragraphe 3, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle<sup>(39)</sup>.

De manière générale, la provocation policière peut être définie comme étant un moyen de nature soit à faire naître chez l'auteur l'idée et la volonté de commettre le délit, soit à renforcer à cette fin la volonté déjà présente, dans une mesure telle que la personne commette effectivement l'acte, soit à confirmer son intention criminelle alors que l'auteur veut y mettre fin<sup>(40)</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme a également été amenée à se prononcer dans une affaire de provocation policière mettant en cause le comportement de deux policiers dans le cadre d'une infiltration; elle a estimé qu'une intervention d'agents infiltrés doit être circonscrite et entourée de garanties même lorsqu'est en cause la répression du trafic de stupéfiants. Selon elle, l'intérêt public ne saurait justifier l'utilisation d'éléments recueillis suite à une provocation policière. En l'espèce, il n'avait pas été allégué que l'intervention des deux policiers se situait dans le cadre d'une opération de répression du

<sup>(38)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 16 à 18. Voy. notamment A. DE NAUW, «La provocation à l'infraction par un agent de l'autorité», *in Rev. dr. pén.*, 1980, pp. 321 à 326; D. HOLSTERS, «De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vastelling van misdrijven», *in R.W.*, 1980-1981, col. 1396.

<sup>(39)</sup> Il y est dit: «Le procureur du Roi veille à la légalité des moyens de preuve ainsi qu'à la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés».

<sup>(40)</sup> *Corr. Courtrai*, 25 mars 1996, *T.W.V.R.*, 1997, p. 118 et note. Voy. également *Cass.*, 5 février 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 690 (la Cour énonce, dans cet arrêt, qu'il n'y a pas provocation à commettre une infraction lorsque le juge constate que le dessein de commettre l'infraction est né sans aucune intervention de la police et que celle-ci s'est bornée à créer l'occasion de commettre librement un fait punissable dans des conditions telles que la police est à même d'en constater l'exécution); *Liège*, 19 mai 1998, *J.T.*, 1999, p. 9 et note.

trafic de drogue ordonnée et contrôlée par un magistrat. Les autorités ne disposaient pas non plus de bonnes raisons de soupçonner que le requérant était un trafiquant. La Cour en a donc déduit que les deux policiers ne s'étaient pas limités à examiner de manière purement passive l'activité délictueuse de l'intéressé mais avaient exercé une influence décisive de nature à l'inciter à commettre l'infraction. Estimant que l'activité des deux policiers avait dépassé celle d'un agent infiltré, la Cour en a conclu à la violation du droit à un procès équitable consacré à l'article 6 de la Convention <sup>(41)</sup>.

Dans l'alinéa 2 de l'article 47<sup>quater</sup> du Code d'instruction criminelle, la loi détermine la sanction d'une provocation policière: l'irrecevabilité des poursuites.

Relevons que l'article 47<sup>quater</sup> se trouve exclusivement dans la section 3 de la loi consacrée aux méthodes particulières de recherche au sens strict, ce qui laisserait penser que la provocation serait admissible en cas de recours aux autres méthodes d'enquête <sup>(42)</sup>. L'interdiction de la provocation constitue bien un principe général qui était déjà largement consacré par la jurisprudence belge et strasbourgeoise; en outre, il y a surtout risque de provocation lorsque les policiers sont en contact direct avec les délinquants potentiels, ce qui est le propre de l'infiltration, voire du recours aux indicateurs. Il n'en reste pas moins que l'on peut considérer cette interdiction comme un principe général applicable à toute activité policière <sup>(43)</sup>.

#### 4.2.1. Principe (article 47<sup>quater</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.)

L'article 47<sup>quater</sup> est ainsi rédigé: «Dans le cadre de l'exécution d'une méthode particulière de recherche, un fonctionnaire de police ne peut amener un suspect à commettre d'autres infractions que celles qu'il avait l'intention de commettre».

Selon l'article 47<sup>quater</sup>, la provocation consiste donc à amener quelqu'un à commettre d'autres infractions que celles qu'il avait l'intention de commettre. Cette définition, reprise de la jurisprudence néerlandaise, a suscité quelques réactions au cours des débats parlementaires dans la mesure où elle est plus restrictive que celle adoptée par la Cour de cassation <sup>(44)</sup>; pour cette dernière, la provocation consiste soit à faire naître la résolution criminelle, soit à renforcer celle-ci chez celui qui exécutera matériellement l'infraction <sup>(45)</sup>.

<sup>(41)</sup> Cour eur., arrêt *Teixeira De Castro c. Portugal*, 9 juin 1998, J.L.M.B., 1998, p. 1149 et note.

<sup>(42)</sup> Ce qui, en pratique, se concevrait difficilement.

<sup>(43)</sup> H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., La Chartre, 2003, p. 436.

<sup>(44)</sup> Voy. par exemple *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 126; *Doc. parl.* Sénat, 2002-2003, n° 2-1260/4, p. 26.

<sup>(45)</sup> Voy. par exemple Cass., 5 février 1985, *Pas.*, 1985, p. 690; *adde* Liège, 19 mai 1998, *J.T.*, 1999, p. 9; Mons, 16 février 1999, *J.T.*, 1999, p. 661.

Les conditions pour qu'il y ait provocation restent inchangées:

– Il faut qu'elle soit antérieure à l'infraction<sup>(46)</sup>, ce qui distingue la provocation du fait que, une fois l'infraction commise, le suspect tombe dans le piège qui lui est tendu. Les travaux préparatoires donnent l'exemple de l'intervention des services de police ne visant qu'à mettre au jour et à saisir l'objet de l'infraction, par exemple lorsqu'un fonctionnaire de police se fait passer pour un acheteur dans le seul but de découvrir le lieu de recel des objets volés<sup>(47)</sup>;

– Il faut qu'elle soit directe<sup>(48)</sup>, c'est-à-dire qu'il doit exister un lien causal immédiat entre l'intervention du fonctionnaire de police et la commission de l'infraction, sans pour autant dire que l'infraction doit toujours être provoquée par le fonctionnaire de police personnellement; elle peut également l'être par un intermédiaire ou une tierce personne en collaboration avec la police;

– Pour qu'il y ait provocation policière, l'infraction ne doit pas être commise librement: d'une part, la personne visée ne peut être à tel point provoquée qu'elle ne puisse agir que contrairement à la loi ou qu'elle commette une infraction qu'elle n'aurait pas commise dans d'autres circonstances; d'autre part, cette personne doit avoir à tout moment la possibilité de ne pas commettre les infractions ou de cesser une activité criminelle déjà amorcée<sup>(49)</sup>.

Dès lors que la défense soutient qu'il y a eu provocation policière, elle ne doit pas en apporter la preuve elle-même mais simplement l'invoquer avec vraisemblance, c'est-à-dire en donnant quelque crédit à ses allégations en expliquant de quelle manière le prévenu aurait été personnellement provoqué à concrétiser ses intentions délictueuses<sup>(50)</sup>. Il est évident qu'en pareille hypothèse, le parquet risque de se trouver devant d'énormes difficultés pour faire la preuve qu'il n'y a pas eu de provocation policière – même si, s'agissant d'une preuve négative, elle sera moins rigoureuse qu'une preuve positive – dès lors

<sup>(46)</sup> Voy. Mons, 19 novembre 1998, *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 1045.

<sup>(47)</sup> La Cour de cassation avait déjà énoncé que ne peuvent constituer une provocation à commettre l'infraction de recel, viciant la condamnation, les investigations de la police postérieures au moment où le recel est commis et tendant à découvrir le lieu de recel des objets volés: Cass., 20 juillet 1976, *Pas.*, 1976, p. 1195; Cass., 4 décembre 2001, n° P.00.0561.N; Cass., 5 février 1985, *Pas.*, 1985, p. 690; *adde* Mons, 19 novembre 1998, *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 1045.

<sup>(48)</sup> Cass., 5 février 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 690, précité; voy. aussi Cass., 7 février 1979, *Pas.*, 1979, p. 665.

<sup>(49)</sup> Bruxelles, 19 novembre 1984, *Pas.*, 1985, II, p. 37 ou *R.W.*, 1984-1985, col. 2563, et note J. SCHEERS, «Geoorloofde en ongeoorloofde bewijsmiddelen in strafzaken - De politionele provocatie».

<sup>(50)</sup> Bruxelles, 3 mars 1987, *R.W.*, 1987-1988, col. 640; Bruxelles, 15 mars 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 51; corr. Courtrai, 25 mars 1996, *T.W.V.R.*, 1997, p. 118 et note; Mons, 5 mai 1992, *Rev. dr. pén.*, 1992, p. 890 et note: «Que lorsque les allégations des prévenus qu'ils auraient été provoqués à commettre les infractions ne sont pas dépourvues de crédibilité et que la partie poursuivante demeure en défaut de prouver l'absence de provocation, les poursuites doivent être déclarées irrecevables»; Mons (ch. m. acc.), 19 novembre 1998, *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 239 et note J. SACE ou J.T., 1999, p. 66 et note O. KLEES et D. VANDERMEERSCH; R. DECLERCQ, *La preuve en matière pénale*, 1998, p. 67.

qu'il ne peut produire le dossier confidentiel contenant les rapports des fonctionnaires de police détaillant le déroulement des opérations<sup>(51)</sup>. Il doit, en tout cas, dans cette preuve, veiller à ce que la sécurité des fonctionnaires de police ou des tiers ayant participé à l'opération ne soit pas mise en péril<sup>(52)</sup>.

La limite entre l'infiltration et la provocation est souvent ténue, en dépit des diverses précautions prises tant au niveau du parquet que des services de police. L'appréciation de l'existence d'une provocation restera toujours une question de fait délicate à trancher par le juge du fond qui doit déterminer si l'auteur aurait en toute hypothèse commis l'infraction, l'intervention du fonctionnaire se limitant à dévoiler l'intention délictueuse de l'auteur, ou si, au contraire, c'est sous la pression du fonctionnaire de police que l'infraction a été commise de telle manière que sans l'intervention de celui-ci, l'auteur se serait abstenu<sup>(53)</sup>.

#### 4.2.2. Sanction (article 47quater, alinéa 2, du C.i.cr.)

En ce qui concerne la sanction d'une provocation à commettre l'infraction, le législateur se trouvait devant un choix: l'irrecevabilité des poursuites ou l'illégalité des preuves. Il a résolument opté pour l'irrecevabilité des poursuites en énonçant à l'article 47quater, alinéa 2: «En cas d'infraction à l'alinéa précédant [interdisant la provocation], l'irrecevabilité de l'action publique est prononcée pour ces faits»<sup>(54)</sup>.

<sup>(51)</sup> On verra que le dossier répressif comprend cependant des procès-verbaux détaillant le déroulement de l'opération, mais en occultant toutes les données susceptibles de mettre en péril l'anonymat des intervenants (policiers infiltrants, indicateurs) ou les stratégies et techniques utilisées. Les indications chronologiques relatives aux contacts des fonctionnaires de police avec les indicateurs et trafiquants devraient, en pratique, être de nature à éclairer la question de la provocation policière, pour autant que ces indications soient complètes et fiables.

<sup>(52)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 18. Il ne semble pas qu'il y ait de sanction attachée à l'interdiction de produire le dossier confidentiel dans l'hypothèse où le magistrat du ministère public estimerait que ce serait l'unique moyen de sauver la procédure d'une nullité; tout au plus pourrait-on penser à une sanction disciplinaire au cas où la décision aurait été prise à la légère.

<sup>(53)</sup> Voy. par exemple Cass., 23 avril 1956, *Pas.*, 1956, p. 887; Cass., 20 juillet 1976, *Pas.*, 1976, p. 1195; Cass., 5 février 1985, *Rev. dr. pén.*, 1985, p. 694; Liège, 26 juin 1979, *J.L.*, 1978-1979, p. 306; Bruxelles, 15 mars 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 890 et note; Corr. Bruxelles, 12 avril 1994, *Rev. dr. pén.*, 1995, p. 423; Bruxelles, 7 septembre 1994, *Journ. proc.*, 1994, n° 268, p. 25 et notes; Corr. Courtrai, 25 mars 1996, *T.W.V.R.*, 1997, p. 118; Anvers, 21 mai 1997, *Limb. Rechtsl.* 1997, p. 223; Cour mil., 18 décembre 1997, *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 251 et note; Anvers, 13 octobre 1998, *Vigiles*, 1999/2, p. 31 et note; Mons, 13 novembre 1998, *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 1045; Corr. Dendermonde, 11 juin 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 109; Corr. Namur, 5 janvier 1994, *Rev. dr. pén.*, 1994, p. 1045.

<sup>(54)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 19 à 21; il faut toutefois noter que le projet initial optait pour l'illégalité de la preuve; l'autre solution n'a été retenue qu'au cours des débats parlementaires. Voy. aussi Cour eur., aff. *Teixeira De Castro c. Portugal*, 9 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1148 qui considère que, au vu de la provocation policière, le requérant n'a pu bénéficier d'un procès équitable.

Le législateur admet donc que la provocation à commettre une infraction vicie radicalement les poursuites au point de les rendre impossibles.

L'enjeu du débat réside dans le fait que, si la sanction de la provocation se trouve dans l'illégalité de la preuve, d'autres preuves, indépendantes de celle-là, pourraient encore être retenues par le juge; en pratique, l'on en arrivera le plus souvent à un acquittement, avec pour conséquence qu'une éventuelle victime de l'infraction verra sa constitution de partie civile déclarée irrecevable. En revanche, si la provocation policière trouve sa sanction dans l'irrecevabilité de l'action publique, la procédure entière tourne définitivement court, laissant toutefois intact le droit d'une éventuelle partie civile d'introduire une action en dommages et intérêts devant la juridiction civile, à charge pour elle de prouver la faute de l'auteur, au sens de l'article 1382 du Code civil.

Relevons que, selon les travaux préparatoires, il y a lieu de distinguer les infractions qui résultent directement de la provocation – débouchant sur une irrecevabilité des poursuites – des faits qui auraient été commis par la même personne mais qui n'auraient aucun lien avec la provocation<sup>(55)</sup>.

#### 4.3. Interdiction de commettre des infractions (article 47quinquies du C.i.cr.)

La question de la commission d'infractions par le fonctionnaire de police chargé de mettre à exécution une méthode particulière de recherche est évidemment une question centrale: il est en effet inévitable qu'il commette un certain nombre d'infractions, que ce soit un port public de faux nom, de faux documents d'identité ou l'appartenance à une organisation criminelle pour l'infiltrant, un recel, une violation de domicile, une pénétration par effraction dans une propriété privée, un transport de stupéfiants, *etc.* Ces infractions sont commises pour assurer soit la sécurité du fonctionnaire de police, soit la réussite de l'opération. La jurisprudence a souvent été amenée à statuer sur les conséquences d'une illégalité commise dans la récolte des preuves, mais il était essentiel que le législateur prenne lui-même position en ce qui concerne les méthodes particulières de recherche.

Le législateur pose le principe de l'interdiction pour les fonctionnaires de police participant à une méthode particulière de recherche de commettre des infractions, interdiction qu'il assortit tout aussitôt d'exceptions dont il fixe, dans les grandes lignes, les modalités. Ici encore, l'article 47quinquies qui règle cette question se trouve dans la section consacrée aux méthodes particulières de

<sup>(55)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 18; le législateur vise par exemple des faits «connexes survenus avant la provocation policière ou qui n'ont aucun rapport avec celle-ci». Voy. néanmoins Ch. DE VALKENEER, *La tromperie dans l'administration de la preuve*, éd. Larcier, 2000, p. 297 et les références citées, qui considère que des faits commis avant la provocation policière mais constatés après donnent également lieu à l'irrecevabilité des poursuites car ils participent de la même intention délictueuse.



recherche au sens strict, mais il faut sans doute le considérer comme exprimant un principe général qui sera également applicable aux autres méthodes de recherche, en tenant compte de leur contexte particulier; il s'imposera dès lors que le magistrat qui ordonne un contrôle visuel discret ou une écoute directe, par exemple, indique dans la décision autorisant la mesure quelles sont les infractions pouvant être commises par les membres des services de police qui en assurent l'exécution.

#### **4.3.1. Interdiction de principe de commettre des infractions (article 47quinquies, paragraphe 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.)**

L'article 47quinquies, paragraphe 1<sup>er</sup>, du Code d'instruction criminelle prévoit: «Sans préjudice des dispositions du paragraphe 2, il est interdit au fonctionnaire de police chargé d'exécuter des méthodes particulières de recherche de commettre des infractions dans le cadre de sa mission».

Comme on l'a dit, l'interdiction générale est assortie d'une série d'exceptions.

#### **4.3.2. Exceptions: exemption de peine (article 47quinquies, paragraphes 2 à 4, du C.i.cr.)**

La possibilité de déroger à l'interdiction générale de commettre des infractions est énoncée à l'article 47quinquies, paragraphe 2: «Sont exemptés de peine les fonctionnaires de police qui, dans le cadre de leur mission et en vue de la réussite de celle-ci ou afin de garantir leur propre sécurité ou celle d'autres personnes impliquées dans l'opération, commettent des infractions absolument nécessaires, ce avec l'accord exprès du procureur du Roi».

Même si un certain nombre de conditions devront être respectées, l'on aperçoit immédiatement que les exceptions sont relativement larges. Au cours des débats parlementaires, des voix nombreuses se sont élevées pour que les infractions pouvant être commises et le cadre dans lequel elles pourraient être commises soient mieux délimités<sup>(56)</sup>. Ainsi, il était demandé que les exceptions soient ajustées aux nécessités de chacune des méthodes particulières de recherche (l'infiltration requérant inévitablement la commission d'un certain nombre d'infractions, ce qui n'est pas le cas de l'observation – sous réserve éventuellement d'infractions à la police de la circulation routière – ou des contacts avec des indicateurs) et que certaines infractions fassent l'objet d'une interdiction absolue<sup>(57)</sup>. Le ministre de la Justice s'est opposé vigoureusement à

<sup>(56)</sup> Voy. par exemple *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-1260/4, p. 28.

<sup>(57)</sup> Soit les faits de violence, soit les infractions entachant d'irrégularité la procédure ou l'administration de la preuve telle une violation de domicile dans le cadre d'une méthode particulière de recherche au sens strict (*Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 125).

cette dernière demande en estimant, d'une part, qu'il est impossible de prévoir toutes les situations dans lesquelles un fonctionnaire de police peut être amené à commettre des infractions et, d'autre part, que ce serait donner aux organisations criminelles un excellent moyen de tester les personnes apparemment membres de l'organisation mais sur qui pèseraient des soupçons de faire partie des services de police<sup>(58)</sup>.

Le législateur a finalement estimé que certaines dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme s'imposent en tout état de cause, en dépit du silence de la loi, à savoir l'interdiction de donner la mort (article 2 de la Convention européenne), de la torture et des traitements inhumains et dégradants (article 3), des travaux forcés et de l'esclavage (article 4)<sup>(59)</sup>. Ceci ne répond évidemment pas à l'argument du ministre de la Justice qui craignait de donner ainsi aux organisations criminelles le moyen de tester leurs membres pour vérifier s'ils ne font pas partie des services de police.

D'autres critiques se sont élevées mettant en cause le principe même de la commission de certaines infractions, par exemple dans le cadre d'une observation (à l'exception des infractions de roulage<sup>(60)</sup>), d'autant plus qu'il y a un réel risque de la politique du fait accompli, puisque, comme on va le voir, si l'autorisation n'a pu être obtenue préalablement à la commission de l'infraction, celle-ci pourra être couverte *a posteriori*<sup>(61)</sup>.

#### 4.3.2.1. CONDITIONS

Un certain nombre de conditions se dégage du texte:

- Les infractions sont commises dans le cadre de la mission dont est chargé le fonctionnaire de police;
- Elles le sont en vue de la réussite de l'opération ou afin de garantir sa propre sécurité ou celle d'autres personnes impliquées dans l'opération;
- Elles ne peuvent pas être plus graves que les infractions pour lesquelles les méthodes sont mises en œuvre (article 47<sup>quinquies</sup>, paragraphe 2, alinéa 2);
- Elles doivent être proportionnelles à l'objectif visé (article 47<sup>quinquies</sup>, paragraphe 2, alinéa 2).

Ces conditions sont cumulatives, de telle sorte que si l'une d'entre elles ne se vérifie pas, le policier qui a commis l'infraction en sera non seulement déclaré

<sup>(58)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 24.

<sup>(59)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 101; en ce sens, H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., La Chartre, 2003, p. 437.

<sup>(60)</sup> H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., La Chartre, 2003, p. 437.

<sup>(61)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 125; en ce sens, H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., La Chartre, 2003, p. 438.

personnellement responsable mais il en encourra aussi la peine. Quant aux conséquences du non-respect de ces conditions<sup>(62)</sup> sur la preuve, l'on peut penser que, dès lors que les preuves ont été recueillies grâce à la commission de l'infraction, elles seront illégales, entachant par la même occasion les poursuites d'illégalité<sup>(63)</sup>. Si la preuve a été recueillie après la mise en mouvement régulière des poursuites, elle sera annulée ou écartée des débats, emportant l'annulation ou l'exclusion de toutes les preuves qui en découlent<sup>(64)</sup>.

#### 4.3.2.2. MODALITÉS

L'accord exprès et, en principe, préalable du procureur du Roi est exigé par l'article 47quinquies, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, pour qu'un fonctionnaire de police puisse commettre des infractions dans le cadre d'une méthode particulière de recherche: pour autant qu'elles soient prévisibles, les infractions que le fonctionnaire de police estime devoir commettre doivent être *autorisées* par le procureur du Roi et donc faire l'objet d'une concertation étroite avec celui-ci.

En conséquence, le fonctionnaire de police qui, dans la préparation d'une opération, prévoit de devoir commettre des infractions doit nécessairement en informer le procureur du Roi, par écrit et préalablement à la commission de celles-ci (article 47quinquies, paragraphe 3, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.).

Le texte vise le procureur du Roi comme autorisant la commission d'infractions dans le cadre d'une méthode particulière de recherche, mais il est évident qu'il s'agit tout aussi bien du procureur fédéral ou de l'auditeur du travail, selon les cas, ou du magistrat des méthodes particulières de recherche désigné par ceux-ci. En revanche, on verra que ce pouvoir n'appartient pas au juge d'instruction.

L'autorisation de commettre une infraction donnée par le procureur du Roi est consignée dans une décision distincte de celle autorisant la méthode particulière de recherche, de telle sorte que si le fonctionnaire de police devait répondre de ses actes devant un juge, l'autorisation pourrait être produite sans

<sup>(62)</sup> Sous réserve du large pouvoir d'appréciation dont disposera le magistrat appelé à évaluer le respect des conditions posées par la loi étant donné leur caractère peu précis.

<sup>(63)</sup> C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, éd. Larcier, 2003, pp. 60-61 et les références citées. Voy. toutefois Cass., 27 février 1985, *Rev. dr. pén.*, 1985, p. 694: la seule circonstance que les policiers se seraient rendus coupables d'un fait punissable lors de la constatation d'une infraction n'a pas pour conséquence de rendre nulles les confrontations ou déclarations, dès lors que le procédé d'investigation n'est pas en soi entaché de nullité. Voy., sur cette question, Ph. TRAEST, «De rol van de particulier in het bewijsrecht in strafzaken: naar een relatievering van de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs?», *Liber Amicorum Jean du Jardin*, éd. Kluwer, 2001, pp. 61 et s.

<sup>(64)</sup> *Idem*, p. 61. Une hésitation quant aux solutions énoncées peut surgir à la lecture d'un arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2003 (P.030762.N) qui considère que les preuves récoltées à la suite d'une fouille illégale peuvent être retenues dès lors que le comportement des policiers était sincère.

risque de dévoiler des données devant rester secrètes<sup>(65)</sup>. La décision du procureur du Roi détermine de manière précise et concrète les infractions pouvant être commises, en manière telle que puisse s'appliquer la circonstance absolutoire spéciale et que soit assurée la sécurité juridique du policier<sup>(66)</sup>; les infractions qui ne seraient pas visées dans cette autorisation devront faire l'objet d'une autre demande et d'une nouvelle autorisation, sauf si elles étaient imprévisibles, comme on va le voir. Cette décision est conservée dans le dossier confidentiel<sup>(67)</sup>, en même temps que la décision d'avoir recours à une méthode particulière de recherche.

Si les infractions à commettre n'étaient pas prévisibles et que le fonctionnaire de police n'a pas eu le loisir de demander l'autorisation, même orale, avant de les commettre, alors qu'elles sont pourtant indispensables à sa sécurité, à celle de tiers impliqués dans l'opération ou à la bonne fin de celle-ci, il devra en informer sans délai le procureur du Roi et en donner ensuite confirmation écrite (article 47<sup>quinquies</sup>, paragraphe 3, alinéa 2, du C.i.cr.).

Pour délimiter cette hypothèse, le texte dit simplement «si cette communication préalable n'a pas pu avoir lieu», mais sans préciser les circonstances de cette impossibilité. La loi ne définit pas autrement le délai dans lequel le procureur du Roi doit être informé ou recevoir confirmation écrite des infractions commises<sup>(68)</sup>.

Lorsqu'il reçoit ces informations, le procureur du Roi vérifie et apprécie *a posteriori* si les conditions légales de l'exemption de peine sont réunies, à défaut de quoi, il lui sera loisible d'entamer des poursuites.

#### 4.3.2.3. CONSÉQUENCES

Il s'agit d'une excuse absolutoire aussi appelée «circonstance absolutoire spéciale», à savoir une cause d'exemption de peine<sup>(69)</sup>. Le fait conserve son caractère délictueux, l'infraction existe<sup>(70)</sup>, elle est établie dans le chef du prévenu, mais le législateur décide que le juge ne pourra prononcer de peine<sup>(71)</sup>.

<sup>(65)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, pp. 10 et 65.

<sup>(66)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 73.

<sup>(67)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 74.

<sup>(68)</sup> On lit dans l'exposé des motifs qu'il «faut entendre par ce terme [sans délai] le délai le plus court dans lequel l'infiltrant peut informer le magistrat sans mettre sa propre vie en danger ni hypothéquer sa mission» (*Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 26).

<sup>(69)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 23-24 et 71; *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 55. On en trouve d'autres exemples dans le Code pénal, à savoir les articles 136, 192, 300, 304 et 326 en matière de dénonciation d'infractions à l'autorité, les articles 134 et 273 en matière de soumission aux autorités, l'article 509 en matière financière, et les articles 121, 341, 462, 492 et 504 en cas de parenté.

<sup>(70)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 24.

<sup>(71)</sup> Voy. toutefois les articles 47 et suivants de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police.

Dès lors, si l'infraction a fait une victime, celle-ci pourra obtenir réparation de son dommage par une constitution de partie civile ou par une action devant les juridictions civiles selon les règles habituelles<sup>(72)</sup>.

On rappellera que les causes d'excuses absolutoires ou circonstances absolutoires spéciales sont légales: elles résultent nécessairement d'une loi<sup>(73)</sup>. Elles sont obligatoires: dès lors qu'elles sont prévues par la loi, le juge est tenu de les appliquer, c'est-à-dire que le juge du fond ne peut prononcer de peine<sup>(74)</sup> et la juridiction d'instruction doit prononcer un non-lieu; il s'agit là d'un choix de politique criminelle du législateur sur lequel le juge n'a aucune prise. Enfin, elles sont personnelles: elles ne s'appliquent pas aux coauteurs et complices si ce n'est lorsqu'ils sont eux-mêmes dans les conditions pour en bénéficier<sup>(75)</sup>.

Dès lors que la circonstance absolutoire spéciale est admise, elle fait obstacle à une mention au casier judiciaire, puisqu'aucune condamnation n'est prononcée<sup>(76)</sup>.

L'exemption de peine vise de toute évidence le fonctionnaire de police qui a commis une infraction préalablement autorisée ou couverte *a posteriori* en cas d'impossibilité de solliciter une décision préalable du procureur du Roi; c'est ce qu'indique l'article 47quinquies, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>. Bénéficie également de la circonstance absolutoire spéciale ou cause d'excuse absolutoire le magistrat qui autorise le fonctionnaire de police à commettre des infractions dans ce contexte, pour autant qu'il en ait respecté les conditions légales (article 47quinquies, paragraphe 2, alinéa 4, du C.i.cr.); sans cette disposition, il aurait pu être poursuivi, le cas échéant, comme coauteur ou complice de l'infraction.

L'article 47quinquies, paragraphe 2, alinéa 3, exempte également de peine «les personnes qui ont fourni directement une aide ou une assistance nécessaire à l'exécution de cette mission», à savoir les collaborateurs occasionnels (serrurier, celui qui a réalisé les faux papiers d'identité, etc.) et les experts civils intervenant ponctuellement dans l'exécution de la méthode particulière de recherche comme l'autorise l'article 47octies, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, pour l'infiltration. Cette solution a été vivement critiquée au cours des travaux préparatoires<sup>(77)</sup>.

(72) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 25.

(73) Voy. l'article 78 du Code pénal.

(74) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 23. La doctrine classique réservait l'admission d'une excuse absolutoire aux juridictions de fond (voy. J.J. HAUS, *Principes généraux de droit pénal belge*, 3<sup>e</sup> éd., 1879, n° 824; H. BEKAERT, *Théorie générale de l'excuse en droit pénal*, éd. Bruylant, 1957, pp. 100 et s.); cette solution ne fait toutefois pas l'unanimité et certains auteurs reconnaissent cette compétence aux juridictions d'instruction: voy. P.-E. TROUSSE, *Les Nouvelles - Droit pénal*, éd. Larcier, 1956, t. 1<sup>er</sup>, vol. 1<sup>er</sup>, n° 3023.

(75) Voy. F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal - Aspects juridiques et criminologiques*, éd. Kluwer, 6<sup>e</sup> éd., 2003, p. 490.

(76) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, pp. 32-33 et 51; C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Bruylant, 2<sup>e</sup> éd., 1995, p. 389. Elle fera normalement obstacle à des sanctions disciplinaires.

(77) *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-1260/4, pp. 28 et 41.

À l'égard des experts civils, en effet, aucune autorisation préalable du procureur du Roi n'est évidemment requise<sup>(78)</sup>, celui-ci appréciant après coup s'il y a ou non lieu de poursuivre<sup>(79)</sup>, ce qui ne garantit pas la sécurité juridique de ces collaborateurs occasionnels et ouvre la porte à certains dérapages.

#### 4.3.3. Exception: cause de justification (article 47quinquies, paragraphe 4)

L'article 47quinquies, paragraphe 4, prévoit une autre exception à l'interdiction générale de commettre des infractions pour les fonctionnaires de police dans le cadre des méthodes particulières de recherche; il est ainsi libellé: «Le ministre de la Justice et le ministre de l'Intérieur prennent, sur la proposition commune du procureur fédéral et du procureur général chargé des tâches spécifiques dans les domaines du terrorisme et du grand banditisme, les mesures spécifiques absolument nécessaires en vue de garantir à tout moment la protection de l'identité et la sécurité des fonctionnaires de police chargés d'exécuter des méthodes particulières de recherche dans la préparation et l'exécution de leurs missions. Il ne peut y avoir d'infraction quand des faits sont commis dans ce cadre».

Les infractions pouvant être commises le sont donc dans le cadre de la préparation et de l'exécution de méthodes particulières de recherche, et en vue de protéger l'identité et la sécurité des fonctionnaires de police chargés de les exécuter.

L'exposé des motifs fait référence à la création d'une *safe-house*, qui pourrait entraîner des infractions au Code pénal ou aux lois particulières: «Pour pouvoir mener à bien une mission basée sur une méthode particulière de recherche, il est nécessaire de créer des conditions d'organisation responsables dans lesquelles les fonctionnaires de police, chargés de la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche, peuvent préparer et exécuter leurs missions. Concrètement, nous pensons par exemple à la création d'une *safe-house* commune à partir de laquelle les unités spéciales des services de police pourraient opérer»<sup>(80)</sup>.

La loi ne prévoit plus, cette fois, une exemption de peine au bénéfice de l'auteur de l'infraction mais bien une cause de justification faisant disparaître purement et simplement le caractère infractionnel du fait<sup>(81)</sup>; en d'autres

<sup>(78)</sup> Une autorisation est toutefois exigée pour que les fonctionnaires de police puissent recourir au savoir-faire de civils (article 47octies, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle)

<sup>(79)</sup> *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-1260/4, p. 75.

<sup>(80)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 28; l'exposé des motifs poursuit: «Actuellement ces services sont hébergés dans les locaux de la police fédérale et, pour cette seule raison, prêtent le flanc aux stratégies de contre-attaque du milieu criminel qui n'hésite pas à placer ces bâtiments sous surveillance, y compris par des détectives privés, afin de connaître les agents sous couverture».

<sup>(81)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 28.

termes, le comportement perd son caractère criminel en vertu de l'autorisation de la loi. S'agissant d'une cause de justification objective, à la différence de la cause d'excuse absolutoire ou circonstance absolutoire spéciale évoquée ci-dessus, elle concerne non seulement l'auteur mais aussi les coauteurs et complices. Elle fait obstacle à l'indemnisation d'une éventuelle victime.

## 5. LES MÉTHODES PARTICULIÈRES DE RECHERCHE

Dans un premier temps, nous procéderons à l'inventaire et à l'analyse des méthodes particulières de recherche au sens strict – observation, infiltration et recours aux indicateurs – pour ensuite poursuivre avec les autres méthodes d'enquête. Au préalable, il convient de dire quelques mots des acteurs des opérations ayant recours aux méthodes particulières de recherche.

L'article 47ter, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle prévoit que les méthodes particulières de recherche au sens strict sont mises en œuvre par les services de police désignés par le ministre de la Justice, conformément à l'article 5 de la loi sur la fonction de police. On lit à cet égard, dans l'exposé des motifs, que, vu le caractère intrusif dans la vie privée des méthodes particulières de recherche, il est de loin préférable que leur exécution soit confiée à des fonctionnaires de la police fédérale spécialement formés et entraînés à cet effet<sup>(82)</sup>. On observera cependant que l'infiltration et le recours aux indicateurs est très peu ou pas intrusif dans la vie privée; l'intervention de fonctionnaires de police spécialisés se justifie donc par un autre motif, à savoir la nécessité de protéger l'intégrité des intervenants et les risques de dérapages au gré des contacts des policiers avec le milieu criminel.

Il a été précisé au cours des travaux préparatoires que seuls les services de police belges au sens de l'article 2 de la loi sur la fonction de police peuvent être chargés de la mise en œuvre d'une méthode particulière de recherche. Si des services de police étrangers doivent opérer sur le territoire belge dans le cadre d'une opération transfrontalière ou internationale, ce sera sous l'autorité, la direction et le contrôle des autorités belges compétentes et ils seront soumis à la loi belge<sup>(83)</sup>, dans l'attente de règles plus précises en matière d'entraide judiciaire<sup>(84)</sup>.

<sup>(82)</sup> Pour plus de précisions sur la répartition des tâches entre polices fédérale et locale, voy. l'article de J.-L. TRULLEMANS à paraître in *Memorialis Postal*, v° «Méthodes particulières de recherche», 2004, point 4.5; sur la répartition des compétences et des responsabilités au sein des services de police, voy., *idem*, points 5.3 à 5.8.

<sup>(83)</sup> Ce qui n'est pas sans poser problème par exemple en cas d'infiltration organisée conjointement avec des services de police d'un pays dont la législation permet à un civil d'être infiltrant, ce qui, comme nous le verrons, n'est pas autorisé par la loi belge.

<sup>(84)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 10.

## 5.1. L'observation

L'exposé des motifs de la loi rappelle que l'observation est prévue par différents textes européens, à savoir l'article 40 du Traité de Schengen du 19 juin 1990 (approuvé par la loi du 18 mars 1993) consacré à l'observation transfrontalière, et la Convention établie par le Conseil conformément à l'article 34 du Traité sur l'Union européenne concernant l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne du 29 mai 2000. La loi du 6 janvier 2003 est présentée notamment comme une mise en œuvre de ces dispositions internationales par le droit belge.

L'observation peut être utilisée seule ou comme appui à d'autres méthodes comme l'infiltration.

### 5.1.1. Définitions et champ d'application

L'article 47*sexies* du Code d'instruction criminelle, dans son paragraphe 1<sup>er</sup>, définit les notions utilisées par la loi.

*L'observation* est l'observation systématique, par un fonctionnaire de police, d'une ou plusieurs personnes, de leur présence ou de leur comportement, ou de choses, de lieux ou d'événements déterminés (article 47*sexies*, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.).

N'est donc visée par la loi que l'observation systématique. Celle-ci peut prendre différentes formes: elle peut être statique ou dynamique, de longue ou de courte durée, défensive (elle vise uniquement à collecter des preuves) ou offensive (elle tend à déterminer le meilleur moment pour procéder à une intervention). L'on peut aussi relever d'autres formes d'observation: la contre-observation qui vise à vérifier si le milieu criminel ne pratique pas lui-même une observation; l'observation internationale qui est effectuée en Belgique à la requête des autorités étrangères ou avec la collaboration des fonctionnaires de police étrangers ou à l'étranger par des fonctionnaire de police belges<sup>(85)</sup>.

Toutes ces formes d'observation entrent dans la définition légale. Cependant, la loi ne régit que les observations systématiques, telles qu'elle les définit.

L'observation systématique recouvre quatre hypothèses:

- 1) Une observation dans le cadre de laquelle des moyens techniques sont utilisés;
- 2) Une observation revêtant un caractère international;
- 3) Une observation exécutée par des unités spécialisées de la police fédérale (article 47*sexies*, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du C.i.cr.);
- 4) Une observation d'une durée de plus de cinq jours consécutifs, ou non consécutifs et répartis sur une période d'un mois.

<sup>(85)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 29.



Le moyen technique est défini comme une configuration de composants qui détecte des signaux, les transmet, active leur enregistrement et les enregistre, à l'exception des moyens techniques utilisés en vue de réaliser une écoute téléphonique telle que prévue à l'article 90<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle (article 47<sup>sexies</sup>, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3, du C.i.cr.).

Les signaux, quant à eux, sont définis dans les travaux préparatoires comme tout événement qui peut être démontré par ce moyen technique<sup>(86)</sup>. Au titre des moyens techniques, l'on peut penser à l'utilisation d'un appareil photographique, d'une caméra vidéo, d'un caméscope, d'appareils de balayage d'explosifs ou d'appareils audio, de télésurveillance, de détecteurs de métaux<sup>(87)</sup>, de GPS pour localiser un véhicule<sup>(88)</sup>. Une simple prise de vue constitue en conséquence une observation systématique et tombe sous le coup de la loi du 6 janvier 2003, ce qui est probablement excessif. On verra que si l'observation vise un lieu privé et suppose l'accès en cachette à ce lieu privé en vue du placement de l'appareillage, ce sera un contrôle visuel discret régi par l'article 89<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle.

L'observation non systématique – car ne rentrant pas dans un des quatre critères énoncés ci-dessus – est pratiquée conformément à la loi sur la fonction de police du 5 août 1992 puisqu'elle relève de la compétence générale des fonctionnaires de police<sup>(89)</sup>. Tel est le cas, selon les travaux préparatoires d'une observation occasionnelle de personnes, de la surveillance superficielle d'un groupe de jeunes ou du fonctionnaire de police «en civil» qui se poste occasionnellement dans un café pour y écouter les conversations<sup>(90)</sup>. C'est évidemment *a priori* que l'observation devra être qualifiée de systématique ou non<sup>(91)</sup>.

L'on remarquera le critère fonctionnel retenu par le législateur: toutes les observations réalisées par les unités spéciales de la police fédérale constituent des observations systématiques régies par la loi sur les méthodes particulières de recherche, alors que les mêmes observations de courte durée opérées par la police locale et qui ne font pas appel à des moyens techniques ou qui n'ont pas de caractère international échappent à la loi.

Une distinction importante s'impose entre l'observation faisant appel à des moyens techniques et celle qui ne nécessite pas ces moyens.

<sup>(86)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 32.

<sup>(87)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 32.

<sup>(88)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 59.

<sup>(89)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 30; *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 58. Ce pouvoir fait partie des pouvoirs des services de police en général (articles 14 et 15 de la loi sur la fonction de police) par application du principe selon lequel ce qui n'est pas expressément interdit est autorisé; voy. à ce propos, G. BOURDOUX, E. DE RAEDT, M. DE MESMAEKER et A. LINES, *La loi sur la fonction de police - le manuel de la police*, éd. Politeia, 2002, p. 158.

<sup>(90)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 30.

<sup>(91)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 30.

### 5.1.2. L'observation avec ou sans moyens techniques sans vue dans une habitation <sup>(92)</sup>

Il y a tout d'abord lieu de distinguer les observations qui n'ont pas pour but d'avoir une vue dans une habitation privée – peu importe que l'on ait recours ou non à des moyens techniques, pour peu que l'on rentre effectivement dans la définition de l'observation – de celles réalisées afin d'avoir une vue dans une habitation privée. La première peut être ordonnée dans le cadre de l'information et relève de la compétence du procureur du Roi, tandis que la seconde, qui est soumise à des conditions plus strictes, est de la compétence exclusive du juge d'instruction, restant sauf le pouvoir du parquet de mettre la mesure à exécution et d'en assurer le contrôle.

#### 5.1.2.1. AUTORITÉ COMPÉTENTE

Une observation qui ne tend pas à avoir une vue dans une habitation peut être autorisée par le procureur du Roi dans le cadre d'une information ou d'une recherche proactive. Elle peut être ordonnée *a fortiori* par le juge d'instruction dans les limites de sa saisine.

#### 5.1.2.2. CONDITIONS

Relevons que, du point de vue des conditions pour pouvoir ordonner une observation dans le cadre d'une information, peu importe que l'observation nécessite le recours à des moyens techniques ou non, sauf pour ce qui concerne la condition principale, à savoir la proportionnalité.

##### 5.1.2.2.1. Les nécessités de l'enquête

L'article 47*sexies*, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code d'instruction criminelle pose comme première condition au recours à une observation que les nécessités de l'enquête la requièrent.

##### 5.1.2.2.2. Principe de subsidiarité

Le même article 47*sexies*, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code d'instruction criminelle prévoit, à titre de condition pour pouvoir recourir à une observation, que «les autres moyens d'investigation ne semblent pas suffire à la manifestation de la vérité». Comme on l'a relevé, il s'agit évidemment d'une appréciation *a*

<sup>(92)</sup> Avant l'entrée en vigueur de la loi, la cour d'appel de Bruxelles avait refusé de considérer que le fait de pénétrer dans un lieu privé dans le but d'y procéder à l'observation de fait se déroulant à l'extérieur de celui-ci constituait une perquisition ou une visite domiciliaire (Bruxelles, 10 décembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1318).

*priori et in abstracto*. La loi n'exige pas que tous les autres moyens aient déjà effectivement été utilisés. Se pose ici la question de la hiérarchie des moyens de récolter des preuves eu égard à leur caractère plus ou moins attentatoire aux droits et libertés fondamentaux; ainsi, faut-il préférer une écoute téléphonique à une observation?

#### 5.1.2.3. Principe de proportionnalité

– *Observation sans recours à des moyens techniques*: aucune condition de proportionnalité n'est requise; elle peut donc être ordonnée pour toute infraction. Il en est ainsi d'une simple filature.

– *Observation avec moyens techniques*: elle ne peut être décidée que pour autant qu'il existe des indices sérieux que les infractions sont de nature à entraîner un emprisonnement correctionnel principal d'un an ou une peine plus lourde. On retrouve ici la condition générale de délivrance d'un mandat d'arrêt. Cette condition est donc très large et, à l'heure actuelle, sous cet angle, peu d'infractions sont exclues de l'observation utilisant des moyens techniques, telle une prise de vues.

– *Observation dans le cadre d'une recherche proactive*: la condition générale de l'article 28bis du Code d'instruction criminelle doit être respectée, c'est-à-dire qu'il doit s'agir d'une infraction visée à l'article 90ter du Code d'instruction criminelle (infractions pouvant donner lieu à des écoutes téléphoniques) ou commise ou à commettre dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324bis du Code pénal.

#### 5.1.2.3. DURÉE

Une observation – quelle que soit sa forme – ne peut durer plus de cinq jours consécutifs, ou non consécutifs répartis sur un mois. Rien n'est cependant précisé quant au mode de calcul des délais d'un mois<sup>(93)</sup> ou de 5 jours.

Ces délais renvoient à la durée de l'observation elle-même, qui peut avoir plusieurs cibles, et non à chacune de celles-ci; ainsi, si la décision prévue à l'article 47sexies, paragraphe 3, autorise l'observation de telle personne ainsi que de tel lieu, l'opération constituera une seule observation devant donc être contenue dans le délai de cinq jours consécutifs ou d'un mois si elle est intermittente, et cela sans s'arrêter au fait que l'observation de la personne a, par exemple, débuté après l'observation du lieu.

<sup>(93)</sup> En pratique, le parquet fédéral retient une interprétation restrictive tirée de l'article 54 du Code judiciaire, le délai se calculant de quantième à veille de quantième.

### 5.1.2.4. DÉCISION (ARTICLE 47SEXIES, PARAGRAPHE 3)

#### 5.1.2.4.1. *Forme*

L'autorisation du procureur du Roi de procéder à une observation doit nécessairement être écrite (article 47*sexies*, paragraphe 3, du C.i.cr.). Une exception est cependant prévue en cas d'urgence: l'autorisation peut être verbale; elle doit toutefois être confirmée par écrit dans les plus brefs délais (article 47*sexies*, paragraphe 5, du C.i.cr.), qui ne sont pas autrement précisés.

#### 5.1.2.4.2. *Contenu*

L'autorisation de procéder à une observation sans vue dans une habitation doit, en outre, contenir un certain nombre de mentions, à savoir:

1) Les indices sérieux d'infraction qui justifient l'observation. Si l'observation s'inscrit dans une recherche proactive, elle doit en outre indiquer les indices permettant de penser qu'il s'agit d'une des infractions mentionnées à l'article 90*ter* ou commise ou à commettre dans le cadre d'une organisation criminelle;

2) Les motifs pour lesquels l'observation est indispensable à la manifestation de la vérité;

3) Le nom, ou s'il n'est pas connu, une description aussi précise que possible de la ou des personnes observées ainsi que des choses, des lieux ou des événements déterminés à observer;

4) La manière dont l'observation sera exécutée, y compris la permission d'utiliser des moyens techniques<sup>(94)</sup>;

5) La période au cours de laquelle l'observation peut être exécutée. On se rappellera que si l'observation est intermittente, elle ne peut, au total, dépasser un mois à dater de l'autorisation;

6) Le nom et la qualité de l'officier de police judiciaire qui dirige l'exécution de l'observation. Il s'agit d'une désignation nominative sans pouvoir de substitution. En cas d'empêchement du fonctionnaire de police désigné, le magistrat des méthodes particulières de recherche (appelé «magistrat M.P.R.») devra le constater et une nouvelle désignation s'imposera qui aura le même statut que la désignation initiale (elle ne figurera donc qu'au dossier confidentiel).

L'autorisation ne peut donc se résumer à quelques formules stéréotypées mais doit au contraire mentionner de manière circonstanciée les éléments sur lesquels elle s'appuie et les données à observer. On verra cependant qu'aucun contrôle réel ne sera possible puisque ni les juridictions d'instruction, ni le juge

<sup>(94)</sup> Les travaux préparatoires ne permettent pas de dire si la décision doit préciser quels moyens techniques peuvent être utilisés ou si l'autorisation de principe d'y recourir suffit.

du fond n'auront accès au dossier confidentiel dans lequel est conservée la décision (article 47septies, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>).

À côté de cette autorisation dûment motivée, le procureur du Roi devra confirmer par écrit son existence (article 47septies, paragraphe 2, alinéa 3). Le contenu de cette confirmation n'apparaît pas clairement du texte qui requiert, par ailleurs, la référence, dans un procès-verbal, à l'autorisation en reprenant un certain nombre de mentions de l'autorisation elle-même. Le document de confirmation du procureur du Roi figurera au dossier répressif, et ce au plus tard après qu'il a été mis fin à l'observation.

#### 5.1.2.4.3. Adaptations (article 47sexies, paragraphe 6, du C.i.cr.)

L'autorisation du procureur du Roi peut à tout moment faire l'objet de différentes adaptations en fonction de l'évolution de l'enquête. Ainsi, il peut modifier son autorisation (par exemple substituer un lieu d'observation à celui initialement visé), la compléter (par exemple en ajoutant une personne à observer) ou la prolonger.

Pour modifier, compléter, ou prolonger l'autorisation d'observation, le procureur du Roi vérifie si les conditions légales de subsidiarité et de proportionnalité, ainsi que de durée sont toujours réunies; cela veut notamment dire qu'il ne pourra prolonger la mesure au-delà d'un mois à dater de son autorisation initiale<sup>(95)</sup>. La décision de modifier, compléter ou prolonger l'observation doit être écrite et motivée, de la même manière que la décision initiale.

Le procureur du Roi peut aussi retirer son autorisation, que ce soit pour des raisons d'opportunité, parce que les conditions légales ne sont plus réunies, parce que la mesure a atteint son but, ou pour tout autre motif.

Ces décisions seront conservées au dossier confidentiel (article 47septies, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>).

Si le dossier se trouve mis à l'instruction après l'autorisation donnée par le procureur du Roi de procéder à une observation, le juge d'instruction pourra ordonner une modification, un complément ou une prolongation de la mesure précédemment ordonnée et cela dans les mêmes conditions que le procureur du Roi. De la même manière, il peut décider le retrait de l'autorisation (article 56bis, alinéa 5, du C.i.cr.). Par référence aux principes généraux de partage des tâches entre le procureur du Roi et le juge d'instruction, il ne semble pas que le premier conserve son pouvoir d'adapter la mesure de quelque manière que ce soit après la saisine du second.

En s'alignant toujours sur les principes de la procédure pénale, il faut considérer que le procureur du Roi conserve son droit d'appel contre les déci-

<sup>(95)</sup> Doc. parl., Ch., 50-1688/013, p. 65.

sions du juge d'instruction en la matière<sup>(96)</sup>; une difficulté pratique surgira cependant dans la mesure où ces décisions ne figureront, à ce stade, qu'au dossier confidentiel; en outre, il faudra s'interroger sur le caractère confidentiel ou non de l'arrêt de la chambre des mises en accusation<sup>(97)</sup>.

### **5.1.3. L'observation avec moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation privée (article 56bis, alinéa 2, du C.i.cr.)**

#### **5.1.3.1. CHAMP D'APPLICATION**

Ni la loi, ni les travaux préparatoires ne donnent de précisions quant à la notion d'habitation privée, ce qui n'est pas sans poser d'importantes difficultés pratiques. Il faut sans doute considérer que la notion d'habitation privée est plus restrictive que celle de lieu privé employée par le législateur en matière de contrôle visuel discret (article 89ter du C.i.cr.), mais sans pouvoir préciser davantage la différence<sup>(98)</sup>.

#### **5.1.3.2. AUTORITÉ COMPÉTENTE**

Pour rappel, il s'agit d'une compétence exclusive du juge d'instruction. Celui-ci peut cependant être saisi par la voie de la mini-instruction prévue à l'article 28septies du Code d'instruction criminelle, avec la particularité, toutefois, qu'il n'a dans ce cas pas la faculté de se saisir de l'ensemble du dossier (article 28septies, dernier alinéa, du C.i.cr.). Saisi d'une demande d'observation par le biais d'une mini-instruction, il n'a d'autre choix que de refuser ou d'ordonner la mesure. L'exécution de la mesure se fera sous le contrôle exclusif du ministère public, le juge d'instruction pouvant à tout moment, comme on le verra, modifier, compléter, prolonger ou retirer son autorisation.

Ici encore, il y a tout lieu de penser, par référence au droit commun, que les décisions du juge d'instruction sont sujettes à appel du procureur du Roi<sup>(99)</sup>, sous réserve de la difficulté tenant au caractère confidentiel des décisions.

<sup>(96)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 66.

<sup>(97)</sup> *Voy.*, en ce sens, H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., La Chartre, 2003, p. 603.

<sup>(98)</sup> C. DE VALKENEER propose de donner au terme «habitation» une acception aussi large que possible recouvrant tout lieu non public, et ce de manière à éviter de soustraire à la nécessité d'une ordonnance du juge d'instruction les observations dans des lieux privés ne constituant pas une habitation privée, ce qui serait contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (*Manuel de l'enquête policière*, éd. Larcier, 2003, p. 237).

<sup>(99)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 66.

### 5.1.3.3. CONDITIONS

#### 5.1.3.3.1. Subsidiarité

Cette condition doit être respectée au même titre que pour toute autre observation (article 56*bis*, alinéa 2, du C.i.cr., qui renvoie à l'article 47*sexies*).

#### 5.1.3.3.2. Proportionnalité

Dès lors que l'observation a pour but d'observer ce qui se passe dans une habitation privée, les conditions de proportionnalité sont renforcées: il doit exister des indices sérieux que les faits délictueux constituent ou constitueraient une des infractions visées à l'article 90*ter* du Code d'instruction criminelle (à savoir celles qui peuvent donner lieu à une écoute téléphonique) ou sont ou seraient commises dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324*bis* du Code pénal.

Il conviendra de s'interroger, comme pour l'infiltration, par exemple, sur l'adéquation de la référence à l'article 90*ter* du Code d'instruction criminelle pour délimiter le champ d'application de l'observation ayant recours à des moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation privée.

#### 5.1.3.3.3. Durée

Pas plus que le procureur du Roi, le juge d'instruction ne peut autoriser une observation pour une durée supérieure à un mois. Ici encore, rien n'est précisé quant au mode de calcul des délais.

### 5.1.3.4. DÉCISION

#### 5.1.3.4.1. Forme

L'autorisation du juge d'instruction doit prendre la forme d'une autorisation écrite (article 56*bis*, alinéa 6, du C.i.cr.). À la différence de l'article 89*ter* du Code d'instruction criminelle en matière de contrôle visuel discret, rien ne semble prévu en cas d'urgence et l'on peut penser que, comme en matière de perquisition, par exemple, il n'est pas possible pour le juge d'instruction de donner des autorisations verbales confirmées ultérieurement par écrit<sup>(100)</sup>.

L'autorisation fera par la suite l'objet d'une confirmation écrite, sous forme d'ordonnance, qui sera jointe au dossier répressif au plus tard après qu'il sera mis fin à la méthode de recherche, dit le texte (article 56*bis*, alinéa 7, du C.i.cr.); cette confirmation écrite ne reprendra donc pas nécessairement toutes

<sup>(100)</sup> C'est une des raisons pour lesquelles les services de police solliciteront plus volontiers l'autorisation de procéder à un contrôle visuel discret qu'à une observation.

les mentions de la décision d'autorisation, mais les travaux préparatoires ne sont guère explicites sur cette double décision.

#### 5.1.3.4.2. Contenu

Les mentions devant figurer à l'ordonnance autorisant la mesure sont les mêmes que celles imposées au procureur du Roi, sous la réserve que le juge d'instruction se doit, lorsqu'il autorise une observation utilisant des moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation privée, de mentionner en plus l'adresse ou une localisation aussi précise que possible de cette habitation (article 47*sexies*, paragraphe 3, 4<sup>o</sup>, du C.i.cr.).

#### 5.1.3.4.3. Adaptations

Le juge d'instruction peut toujours, par ordonnance motivée, modifier, compléter ou prolonger une autorisation de procéder à une observation. Il doit, à cette fin, vérifier que les conditions légales d'une observation sont toujours réunies. Il peut également retirer l'autorisation accordée.

Rien n'est dit dans la loi quant au sort de cette décision. Seule l'autorisation initiale doit faire l'objet d'une ordonnance de confirmation versée au dossier répressif au plus tard après que la mesure a pris fin. On peut penser que les décisions de modification, de complément ou de prolongation devraient subir le même sort; sans doute devrait-il en être de même pour les décisions de retrait.

#### 5.1.3.4.4. Recours

Selon le droit commun, les ordonnances du juge d'instruction sont susceptibles d'appel<sup>(101)</sup>, sous la réserve déjà évoquée, du problème du caractère confidentiel des décisions.

#### **5.1.4. L'observation avec moyens techniques afin d'avoir une vue dans les locaux ou résidence d'un avocat ou d'un médecin (article 56bis, alinéas 3 et 4, du C.i.cr.)**

Le secret professionnel de l'avocat et du médecin appelle des dispositions particulières, comme c'est le cas en matière de prise de connaissance de (télé)communications (article 90*octies* du C.i.cr.), dès lors qu'il s'agit de procéder à une observation avec moyens techniques afin d'avoir vue dans ses locaux professionnels ou sa résidence. L'on peut s'étonner que le législateur n'ait pas prévu de garanties semblables en cas d'observation sans moyens techniques dans l'habitation privée ou les locaux d'un avocat ou d'un médecin, les

<sup>(101)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 66.



exigences de protection du secret professionnel étant identiques en pareille hypothèse<sup>(102)</sup>.

#### 5.1.4.1. AUTORITÉ COMPÉTENTE

L'autorisation d'une observation avec moyens techniques afin d'avoir vue dans les locaux professionnels d'un avocat ou d'un médecin est réservée au juge d'instruction exclusivement (article 56bis, alinéa 3, du C.i.cr.).

L'observation peut être requise par le parquet par le biais de la mini-instruction, mais dans ce cas, le juge d'instruction conserve la possibilité, conformément au droit commun, de se saisir de l'ensemble du dossier et de poursuivre lui-même l'instruction (article 28septies du C.i.cr.)<sup>(103)</sup>.

#### 5.1.4.2. CONDITIONS

##### 5.1.4.2.1. Conditions tenant aux personnes

Comme en matière d'écoutes téléphoniques, sont seuls visés par la loi les médecins et avocats. La *ratio legis* est clairement le fait qu'ils sont tenus par le secret professionnel, auquel il ne peut être porté atteinte par des mesures d'instruction. Il n'en reste pas moins que de nombreux autres professionnels sont liés par le secret professionnel; en matière d'écoutes téléphoniques, il est dès lors prévu que les communications et télécommunications (ainsi que les conversations) couvertes par le secret professionnel ne sont pas consignées par le juge d'instruction au procès-verbal. Malheureusement, aucune disposition similaire n'est prévue pour l'observation. En pratique, le magistrat instructeur prendra donc toutes les précautions à sa disposition pour éviter une violation du secret professionnel à l'égard des personnes autres que les avocats et médecins liées par ce secret.

##### 5.1.4.2.2. Conditions de lieux

Sont concernés les locaux utilisés à des fins professionnelles ou la résidence d'un avocat ou d'un médecin. La notion de résidence n'est pas définie, ce que l'on peut, une fois de plus regretter; on peut penser qu'elle est plus large que celle de domicile en matière de perquisition.

<sup>(102)</sup> En ce sens, H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., La Charte, 2003, p. 602.

<sup>(103)</sup> L'article 56bis, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle n'est en effet pas exclu du champ d'application de l'article 28septies, tandis que le dernier alinéa de cette disposition ajouté par la loi du 6 janvier 2003 n'écarte la possibilité pour le juge d'instruction de s'autosaisir que pour l'observation ordonnée en vertu de l'article 56bis, alinéa 2 et non alinéa 3. *Contra* H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., La Charte, 2003, p. 602.

### 5.1.4.2.3. Proportionnalité

Une observation avec moyens techniques afin d'avoir une vue sur les locaux professionnels ou la résidence d'un avocat ne peut être autorisée que dans deux hypothèses: l'avocat ou le médecin est lui-même soupçonné d'avoir commis une infraction prévue à l'article 90<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle ou dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324<sup>bis</sup> du Code pénal; des faits précis laissent présumer que des tiers soupçonnés d'une de ces infractions utilisent les locaux ou la résidence de l'avocat ou du médecin.

### 5.1.4.3. MODALITÉS

L'observation ne peut être exécutée sans que le bâtonnier ou le représentant de l'Ordre provincial des médecins en soit averti. Aucune précision n'est donnée par le texte sur la manière dont le tri sera effectué parmi les informations récoltées entre celles qui sont couvertes par le secret professionnel et celles qui ne le sont pas. Le bâtonnier ou le représentant de l'Ordre provincial des médecins devrait sans doute être consulté à cet égard. L'on pourra utilement s'inspirer de la pratique en matière d'écoutes téléphoniques ou de perquisitions<sup>(104)</sup>.

### 5.1.5. Modalités

Parmi ces modalités, il conviendra d'examiner quelles sont les autorités compétentes pour assurer la mise en œuvre et le contrôle de l'observation décidée, par qui celle-ci sera concrètement exécutée, et enfin, comment elle le sera.

#### 5.1.5.1. MISE À EXÉCUTION ET CONTRÔLE DE L'OBSERVATION

Comme toutes les méthodes particulières de recherche, l'observation est mise à exécution à l'initiative et sous le contrôle du parquet. L'article 47<sup>sexies</sup>, paragraphe 7, précise que «le procureur du Roi est chargé de l'exécution des autorisations d'observation accordées par le juge d'instruction, dans le cadre d'une instruction, conformément à l'article 56<sup>bis</sup>».

#### 5.1.5.2. MISE EN ŒUVRE SUR LE TERRAIN

Quels sont les fonctionnaires de police qui pourront exécuter une observation sur le terrain? L'article 47<sup>ter</sup>, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, prévoit que ce

<sup>(104)</sup> Sur cette question, voy. notamment A. JACOBS, «L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de perquisitions», *Tendances de la jurisprudence en matière pénale*, Union belgo-luxembourgeoise de droit pénal, éd. Mys & Breesch, 2000, spéc. pp. 71 et 72 et les références citées.

seront les «services de police désignés par le ministre de la Justice», tandis que l'article 47*sexies*, paragraphe 3, 6°, impose au magistrat du ministère public et au juge d'instruction, dans l'autorisation d'observation, de désigner nommément un officier de police judiciaire qui dirigera l'exécution de celle-ci. Selon l'exposé des motifs, ce fonctionnaire sera en principe l'officier qui exerce au sein du service judiciaire déconcentré (aujourd'hui dénommé service judiciaire d'arrondissement) le contrôle permanent sur la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche<sup>(105)</sup>, officier désigné sous le vocable «officier B.T.S.»<sup>(106)</sup>.

Les travaux préparatoires apportent quelques précisions supplémentaires<sup>(107)</sup>, qui, toutefois, n'ont pas de force obligatoire, le ministre de la Justice fût-il l'auteur de ces précisions:

- L'observation ne constituant pas une méthode particulière de recherche peut évidemment être accomplie par tout fonctionnaire de police;
- L'observation constituant une méthode particulière de recherche en raison de sa durée est réservée aux unités spéciales de la police fédérale;
- L'observation constituant une méthode particulière de recherche en raison de l'utilisation de moyens techniques est également réservée aux unités spéciales de la police fédérale, sauf si les moyens techniques sont uniquement utilisés en vue d'effectuer des prises de vue (observation destinée à permettre, par exemple, à la police locale, de prendre des photos et de procéder à des enregistrements vidéo);
- L'observation constituant une méthode particulière de recherche en raison de son caractère international est réservée aux unités spéciales de la police fédérale qui dépendent de la direction générale de l'appui opérationnel de la police fédérale<sup>(108)</sup>.

Relevons encore que la loi du 22 avril 2003 octroyant la qualité d'officiers de police judiciaire à certains agents de l'administration des douanes et accises donne compétence, en son article 5, à ces officiers de police judiciaire auxiliaires du procureur du Roi et de l'auditeur du travail pour procéder à des observations, dans les mêmes conditions que celles portées par le Code d'instruction criminelle, est-il dit.

<sup>(105)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 77.

<sup>(106)</sup> Sur la répartition des tâches et responsabilités au sein des services de police, voy. l'article de J.-L. TRULLEMANS, à paraître in *Memorialis Postal*, v° «Méthodes particulières de recherche», 2004, points 5.3 à 5.8.

<sup>(107)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, pp. 72-73.

<sup>(108)</sup> Il est précisé que cela permet à des fonctionnaires de police étrangers de participer à des observations transfrontières; voy. à cet égard l'article 40 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1984 signée le 19 juin 1990 (loi du 18 mars 1993).

### 5.1.5.3. RAPPORT

L'article 47*septies*, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code d'instruction criminelle prévoit que l'officier de police judiciaire nommément désigné dans la décision d'autorisation pour diriger l'exécution de l'observation fait rapport, de manière précise, complète et conforme à la vérité (*sic*) au procureur du Roi sur chaque phase de l'exécution des observations qu'il dirige. Il s'agit d'un rapport détaillé permettant au procureur du Roi d'apprécier le déroulement de l'opération, sa légalité et son opportunité.

Ce rapport est communiqué directement et exclusivement au procureur du Roi, même lorsque l'observation a été ordonnée par le juge d'instruction (cf. article 47*septies*, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du C.i.cr.).

Il sera joint au dossier confidentiel.

### 5.1.5.4. PROCÈS-VERBAL

Le même officier de police judiciaire dirigeant l'observation «rédige le procès-verbal des différentes phases de l'observation mais n'y mentionne aucun des éléments susceptibles de compromettre les moyens techniques et les techniques d'enquête policières utilisées ou la garantie de la sécurité et de l'anonymat de l'indicateur et des fonctionnaires de police chargés de l'exécution de l'observation»; il est précisé que ces éléments ne figurent que dans le rapport écrit dont il a été question ci-dessus (article 47*septies*, paragraphe 2, alinéa 2, du C.i.cr.). Le procès-verbal est joint au dossier répressif au plus tard après qu'il est mis fin à l'observation (article 47*septies*, paragraphe 2, alinéa 3, du C.i.cr.).

En pratique, le choix des mentions à faire figurer au procès-verbal se fera en fonction des critères suivants: protection des tactiques et techniques et protection de l'intégrité physique des personnes (que ce soit l'indicateur, le fonctionnaire de police ayant mis la méthode en œuvre ou les tiers y ayant indirectement collaboré par exemple en ayant donné accès à un lieu privé à partir duquel l'observation a été pratiquée).

L'officier de police judiciaire dirigeant a évidemment une tâche extrêmement délicate car le procès-verbal sera la seule pièce versée au dossier répressif qui permettra au juge et aux parties de vérifier la légalité de la mesure du point de vue de son exécution<sup>(109)</sup>. Remarquons que, contrairement à ce qui est prévu en matière d'écoutes téléphoniques, par exemple, selon le texte, le contenu de ce procès-verbal est entièrement laissé à la discrétion du fonctionnaire de police; les travaux préparatoires précisent toutefois que c'est le procureur du

<sup>(109)</sup> Voy. les critiques élevées au cours des débats parlementaires, par exemple, *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-1260/4, p. 21.

Roi qui décide quels sont les éléments du dossier confidentiel pouvant être repris dans le procès-verbal <sup>(110)</sup>. Quelle que soit la solution, elle posera, comme on le verra, de graves problèmes au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui exige que ce soit un magistrat – et non le ministère public, partie poursuivante, et *a fortiori* un fonctionnaire de police – qui détermine les éléments du dossier qui ne seront pas soumis au débat contradictoire <sup>(111)</sup>.

Outre ce procès-verbal synthétisant les différentes phases de l'exécution de l'observation, il est dit, à l'article 47septies, paragraphe 2, alinéa 3 – texte peu clair – qu'il «est fait référence dans un procès-verbal à l'autorisation d'observation»; il y est également fait mention des indications devant figurer dans l'autorisation, à l'exception de celles concernant la manière dont l'observation est exécutée, les moyens techniques utilisés, ainsi que l'adresse ou la localisation de l'habitation faisant l'objet de l'observation, lorsque celle-ci est ordonnée par le juge d'instruction; sont également tus le nom et la qualité du fonctionnaire de police chargé de la direction de l'exécution de l'observation. On peut supposer qu'il s'agit d'un procès-verbal établi par le fonctionnaire de police et que ces indications soit feront l'objet d'un procès-verbal séparé, soit constitueront le début du procès-verbal relatant le déroulement de l'observation.

### 5.1.6. Sanction

Les constatations résultant d'une observation qui ne respecte pas le cadre légal ou les limites de l'autorisation du procureur du Roi ou du juge d'instruction devront être annulées par les juridictions d'instruction ou écartées des débats par les juridictions de fond <sup>(112)</sup>, sous réserve de ce qui sera dit sur la difficulté pour les unes et les autres d'exercer un contrôle effectif sur la régularité de la mesure. Ne pourront davantage être pris en considération tous les éléments de preuve recueillis sur la base d'une observation irrégulière <sup>(113)</sup>.

<sup>(110)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 693.

<sup>(111)</sup> Voy. le point 7 consacré au contrôle des méthodes particulières de recherche.

<sup>(112)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 62.

<sup>(113)</sup> On se rappellera cependant que la Cour de cassation admet que la défense puisse tirer argument d'un élément de preuve (en l'espèce, un témoignage) recueilli au cours d'une instruction annulée pour vice de procédure (Cass., 3 novembre 1999, *Pas*, 1999, I, p. 583; *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 736; *R.W.*, 200-2001, p. 305, note C. IDOMON). La Cour d'arbitrage a adopté une position semblable à propos des articles 131 et 235bis du Code d'instruction criminelle: C. arb., 8 mai 2002, *J.T.*, 2002, p. 514. Voy. aussi sur cette problématique O. KLEES, note sous Cass., 9 janvier 2002, *J.T.*, 2002, p. 368. Il y a également lieu de tenir compte de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2003 (P.030.762.N) qui considère recevable la preuve d'une infraction obtenue de manière illégale mais sincère.

### **5.1.7. Autorisation de commettre des infractions (article 47septies, paragraphes 4 et 7, alinéa 2)**

Comme on l'a relevé dans la présentation générale de la loi, l'on peut s'interroger quant à la pertinence des dispositions légales permettant d'autoriser la commission d'infractions, dans le cadre d'une observation, en dehors des infractions au code de la route. Quoi qu'il en soit, le procureur du Roi peut donner pareille autorisation, en précisant les infractions pouvant être commises, en même temps qu'il autorise l'observation. Il le fait par une décision séparée qui est conservée au dossier confidentiel (article 47septies, paragraphe 4, alinéas 1<sup>er</sup> et 2, du C.i.cr.). En cas d'urgence, l'autorisation peut être donnée verbalement et confirmée par écrit dans les plus brefs délais (article 47septies, paragraphe 5, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.).

Lorsque l'autorisation de procéder à une observation émane du juge d'instruction, ce sera néanmoins le procureur du Roi qui permettra la commission d'infractions dans le cadre de l'observation et qui les déterminera, et cela par une décision distincte de celle du juge d'instruction qui sera déposée au dossier confidentiel (article 47septies, paragraphe 7, alinéa 2, du C.i.cr.). Il n'est rien prévu en cas d'urgence mais on ne voit pas d'inconvénient à appliquer l'article 47septies, paragraphe 5, alinéa 1<sup>er</sup>, par analogie.

### **5.1.8. Dossier répressif et dossier confidentiel**

#### **5.1.8.1. LE DOSSIER RÉPRESSIF**

Le dossier répressif est constitué comme à l'accoutumée. En ce qui concerne l'observation, il contiendra:

- La confirmation de l'autorisation du procureur du Roi de procéder à une observation (article 47septies, paragraphe 2, alinéa 3, du C.i.cr.);
- Le procès-verbal faisant référence à cette autorisation et reprenant les principales mentions de celle-ci;
- Les procès-verbaux (mais non les rapports) des différentes phases d'exécution de l'observation établis par le fonctionnaire de police dirigeant l'opération (article 47septies, alinéa 4, du C.i.cr.);
- Le procès-verbal reprenant les constatations faites au cours de l'observation, y compris un enregistrement vidéo par exemple, à moins qu'il ne contienne des informations relatives aux techniques utilisées ou à l'identité des fonctionnaires de police <sup>(114)</sup>.

Ces documents sont joints au dossier répressif au plus tard après qu'il est mis fin à l'observation, formule reprise de la loi sur les écoutes téléphoniques.

<sup>(114)</sup> Doc. parl., Ch., 50-1688/001, p. 110.

## 5.1.8.2. LE DOSSIER CONFIDENTIEL

## 5.1.8.2.1. Notion

De manière générale, en cas de recours à une méthode particulière de recherche au sens strict, sera constitué, à côté du dossier répressif habituel, un dossier confidentiel auquel seul le procureur du Roi aura accès (article 47*septies*, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.)<sup>(115)</sup>, tandis que le juge d'instruction saisi de l'affaire pourra le consulter à tout moment. Le juge d'instruction ne pourra cependant pas faire mention du contenu de ce dossier confidentiel dans le cadre de son instruction (article 56*bis*, alinéa 5, du C.i.cr.). Ceci ne manquera évidemment pas de poser problème dans la mesure où il est prévu que lorsque le parquet a eu recours à une observation et décide d'entamer des poursuites, il doit saisir le juge d'instruction – sans que celui-ci puisse poser le moindre acte d'instruction – qui fera rapport à la chambre du conseil (article 47*undecies*, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.). Dès lors, si d'aventure le juge d'instruction, au vu du dossier confidentiel, était convaincu que l'observation était illégale, il ne pourrait en faire état<sup>(116)</sup>; cette disposition prive ainsi de tout effet le contrôle que le législateur a tenté de mettre en place en cas de poursuites entamées à l'issue d'une observation.

Les travaux préparatoires précisent que le dossier confidentiel ne pourra jamais être utilisé à charge<sup>(117)</sup> et le ministère public ne pourra être forcé à produire d'autres pièces que celles dont il souhaite faire état<sup>(118)</sup>.

Il ne sera en aucun cas accessible ni aux parties, ni aux juridictions d'instruction, ni au juge du fond. Ainsi, un prévenu ne peut pas demander qu'il soit joint au dossier répressif<sup>(119)</sup> ou, plus exactement, le juge ne pourra faire droit à sa demande.

<sup>(115)</sup> À l'exclusion du procureur du Roi d'un autre arrondissement ou du procureur fédéral (*Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 68).

<sup>(116)</sup> *Contra* H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH qui considèrent que, en dépit du fait que le juge d'instruction ne peut faire état du dossier confidentiel, il est tenu de mentionner dans son instruction l'existence de toute irrégularité entachant l'administration de la preuve qui résulterait de la consultation du dossier confidentiel (*Droit de la procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., La Chartre, 2003, p. 604). Si la solution est souhaitable, on aperçoit mal sa compatibilité avec le caractère absolument secret du dossier confidentiel et surtout avec le texte de la loi. Il faut cependant observer que, dans un certain nombre de cas, l'illégalité apparaîtra du dossier répressif (absence d'autorisation, non-respect des conditions de proportionnalité, etc.).

<sup>(117)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 67.

<sup>(118)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 67; voy. dans ce sens Cass., 30 octobre 2001 (P011.239.N): bien que le droit à un procès équitable implique également que, dans le système de poursuite belge, le ministère public communique au juge tous les éléments à décharge du prévenu dont il dispose, le juge ne peut faire, à ce propos, aucune injonction au ministère public et le prévenu n'a aucun droit de regard sur des pièces ou des dossiers dont dispose le ministère public, mais que celui-ci ne communique pas au juge; dans le même sens, Anvers, 13 mars 2002, R.W., 2002-2003, p. 1022 et note B. SPRIET; sur l'incidence de cette jurisprudence sur le droit à un procès équitable, voy. Gand, 3 juin 2002, N.J.W., 2002, p. 321 et note M. DE SWAEF.

<sup>(119)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 68.

Ici encore, nous sommes en pleine contradiction avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui exige que le magistrat (d'instruction ou du fond?) ait une entière connaissance de tous les éléments du dossier et que ce soit lui qui détermine ceux qui ne doivent pas être communiqués aux parties (voir *infra*). C'est une des raisons, outre son inutilité, qui a suscité de vives critiques à l'égard du dossier confidentiel au cours des débats parlementaires<sup>(120)</sup>.

Ce dossier confidentiel est couvert par le secret professionnel (article 47*septies*, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du C.i.cr.), dont la violation est sanctionnée par l'article 458 du Code pénal.

#### 5.1.8.2.2. Contenu

Le dossier confidentiel contient:

- L'autorisation délivrée par le procureur du Roi ou le juge d'instruction de procéder à une observation (article 47*septies*, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.);
- Les décisions de modification, d'extension ou de prolongation délivrées par le procureur du Roi ou le juge d'instruction (article 47*septies*, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.);
- Les rapports de l'officier de police judiciaire chargé de diriger l'exécution de l'observation sur chaque phase de l'opération (article 47*septies*, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du C.i.cr.).

Un dossier confidentiel distinct contient l'autorisation du procureur du Roi de commettre les infractions qu'il détermine.

## 5.2. L'infiltration (articles 47*octies* et 47*novies*, du C.i.cr.)

### 5.2.1. Définition

L'article 47*octies* du Code d'instruction criminelle définit l'infiltration comme «le fait, pour un fonctionnaire de police, appelé infiltrant, d'entretenir, sous une identité fictive, des relations durables avec une ou plusieurs personnes concernant lesquelles il existe des indices sérieux qu'elles commettent ou commettraient des infractions dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324*bis* du Code pénal ou des crimes ou des délits visés à l'article 90*ter*, paragraphes 2 à 4».

Le recours à une fausse identité caractérise donc l'infiltration; elle suppose également un contact durable entre l'infiltrant et le groupe ou la personne visée, cette notion devant être comprise en fonction de l'intensité de la relation

<sup>(120)</sup> Voy. par exemple *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 130; *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-1260/4, p. 21.



entretenu<sup>(121)</sup>. Des contacts occasionnels ne constituent donc pas une infiltration et ne sont pas soumis aux conditions légales de celle-ci.

L'infiltration peut être de courte ou de longue durée, sans dépasser trois mois renouvelables.

### 5.2.2. Recours à certaines techniques d'enquête policières

L'article 47octies, paragraphe 2, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle prévoit que le procureur du Roi qui autorise une infiltration peut aussi autoriser le service de police à appliquer certaines techniques d'enquête policières, dans le respect de la finalité de l'infiltration<sup>(122)</sup>. Le législateur a estimé ne pas devoir énumérer et définir ces techniques dans la loi pour leur garder la souplesse nécessaire et garantir leur caractère évolutif<sup>(123)</sup>, ce qui est de toute évidence éminemment critiquable au regard des exigences de légalité et de prévisibilité de la procédure pénale.

Ces techniques d'enquête policières ne constituent pas des méthodes particulières de recherche; elles ne sont donc pas directement régies par la loi, si ce n'est, qu'intervenant à l'appui d'une infiltration, elles devront répondre aux mêmes finalités judiciaires et aux mêmes conditions, notamment de proportionnalité et de subsidiarité, que celle-ci<sup>(124)</sup>.

Ces techniques d'enquête policières sont énumérées et définies par l'arrêté royal du 9 avril 2003<sup>(125)</sup>; elles concernent l'achat et la vente de produits ou la livraison de produits, voire de personnes, auxquels il faut ajouter le *front-store*. Ce sont plus précisément:

– Le *pseudo-achat*, à savoir «la technique mise en œuvre par un service de police qui consiste à se présenter ou à être présenté à un individu comme acheteur potentiel d'un service ou d'un bien visé à l'article 42, 1° à 3°, du Code pénal dont cet individu souhaite transférer la propriété pour son propre compte ou pour celui d'autrui». L'article 42, 1° à 3° du Code pénal vise les objets susceptibles de confiscation, à savoir les choses formant l'objet de l'infraction et celles qui ont servi ou qui ont été destinées à la commettre<sup>(126)</sup>, celles qui ont été produites par l'infraction, ainsi que les avantages patrimoniaux tirés direc-

(121) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 34.

(122) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 36.

(123) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 36.

(124) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 35-36.

(125) *M.B.*, 12 mai 2003. Avant l'entrée en vigueur de la loi, elles étaient considérées comme légales, dans leur principe, par la jurisprudence; pour la livraison surveillée, voy. par exemple Cass., 26 février 2002 (P.01.1473.N); voy. Ph. TRAEST et J. MEESE, «Belgisch rapport» in *P.J.P.*, T.A.K. (éd.); *Heimelijke opsporing in de Europese Unie - De normering van bijzondere opsporingsmethoden in de landen van de Europese Unie*, Intersentia, Anvers, p. 63.

(126) Pour autant que la propriété en appartienne au condamné.

tement de l'infraction, les biens et valeurs qui leur ont été substitués et les revenus de ces avantages investis;

– *L'achat de confiance*, c'est-à-dire «la technique mise en œuvre par un service de police qui consiste à se présenter ou à être présenté à un individu comme acheteur potentiel d'un service ou d'un bien visé à l'article 42, 1° à 3°, du Code pénal et dont cet individu souhaite transférer la propriété pour son propre compte ou celui d'autrui, et où le transfert de propriété a vraiment lieu, afin de gagner la confiance du vendeur ou de recueillir des informations complémentaires» (article 3);

– *L'achat-test*, qui vise «la technique mise en œuvre par un service de police qui consiste à se présenter ou à être présenté à un individu comme acheteur potentiel d'un service ou d'un bien visé à l'article 42, 1° à 3°, du Code pénal, et dont cet individu souhaite transférer la propriété pour son propre compte ou celui d'autrui, et où le transfert de propriété a vraiment lieu, afin de contrôler les allégations du vendeur et l'authenticité du bien proposé» (article 3). L'achat-test se différencie de l'achat de confiance par sa finalité: dans le premier cas, il s'agit de contrôler les allégations du vendeur ou l'authenticité de la marchandise, tandis que dans le second, le policier tend à gagner la confiance du vendeur ou obtenir des informations complémentaires (article 3). Il peut, dans ce cadre, recourir au *flash-roll* consistant pour l'agent à exhiber des sommes d'argent à des vendeurs potentiels d'objets prohibés ou d'origine délictueuse pour feindre la volonté d'acheter et donner confiance aux intéressés<sup>(127)</sup>;

– *Le pseudo-vente*, c'est-à-dire «la technique mise en œuvre par un service de police qui consiste à se présenter ou à être présenté à un individu comme vendeur potentiel d'un service ou d'un bien» (article 4);

– *La vente de confiance*, à savoir «la technique mise en œuvre par un service de police qui consiste à se présenter ou à être présenté à un individu comme un vendeur potentiel d'un service ou d'un bien, et où le transfert de propriété a vraiment lieu, afin de gagner la confiance de l'acheteur ou de recueillir des informations complémentaires» (article 4);

– *La livraison contrôlée*, qui est «la technique mise en œuvre par un service de police qui consiste à laisser se poursuivre, sous un contrôle policier permanent, un transport illégal de marchandises ou de personnes, connu des services de police, que les fonctionnaires de police transportent et livrent eux-mêmes ou auquel ils fournissent un appui, et où l'intervention policière est différée jusqu'au lieu de destination finale en Belgique ou à l'étranger» (article 5). Cette technique, qui vient toujours à l'appui d'une infiltration déjà en cours, vise à identifier et intercepter non seulement le transporteur de la

<sup>(127)</sup> Voy. l'article 471 de la loi-programme du 24 décembre 2002 prévoyant un budget pouvant être utilisé par la police fédérale pour les opérations qui exigent la présentation d'une somme d'argent. Voy. les critiques du Conseil d'État quant à la technique budgétaire utilisée *in Doc. parl.*, Ch., 50-2124/007, pp. 25 à 27.

marchandise douteuse mais aussi le destinataire, voire les commanditaires éventuels du trafic<sup>(128)</sup>. Dès lors qu'il s'agit bien d'une infiltration (et non d'une observation), les fonctionnaires de police contrôlent eux-mêmes l'opération en transportant et en remettant personnellement les biens ou les personnes (en cas de trafic d'êtres humains) à leurs destinataires ou en fournissant l'appui nécessaire à ceux qui assurent ce transport et cette livraison. L'intervention des services de police au lieu de destination finale des biens ou des personnes est obligatoire dans ce contexte, même si elle est différée;

– La *livraison assistée contrôlée*<sup>(129)</sup>, c'est-à-dire «la technique mise en œuvre par un service de police qui consiste à laisser se poursuivre, sous un contrôle policier permanent, un transport illégal de marchandises connu des services de police et que les fonctionnaires de police effectuent et livrent eux-mêmes, ou auquel ils fournissent un appui, sans intervention policière au lieu de destination finale» (article 6). À la différence de la livraison contrôlée, la livraison assistée contrôlée se caractérise par le fait qu'après avoir assuré un contrôle permanent de la marchandise pendant son transport ou sa livraison, les services de police ne sont pas présents et n'interviennent pas au lieu de destination finale. Cette technique est utilisée, en pratique, au titre de test en vue de récupérer, dans un deuxième temps, la totalité de la marchandise. Il est précisé que la livraison assistée contrôlée de personnes n'est pas autorisée, à la différence de la livraison contrôlée;

– Le *frontstore*, qui est «la technique qui consiste à permettre aux services de police de créer ou d'exploiter réellement une ou plusieurs entreprises, le cas échéant à l'aide de données fictives, au moyen desquelles un appui est fourni au milieu criminel sous forme de biens ou de services».

L'arrêté royal du 19 avril 2003 fait l'inventaire de ces techniques d'enquête policières pouvant être utilisées dans le cadre d'une infiltration, mais il ne les régit pas et ne les organise pas autrement, ce qui ne fait que renforcer le problème de légalité et de prévisibilité des règles de procédure déjà relevé.

### 5.2.3. Autorité compétente

L'autorisation émane du procureur du Roi si l'infiltration a lieu dans le cadre d'une recherche proactive ou d'une information (article 47<sup>octies</sup>, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.); elle sera donnée par le juge d'instruction si l'affaire est à l'instruction.

Les techniques d'enquête policières auxquelles il peut être recouru dans le cadre d'une infiltration doivent également faire l'objet d'une autorisation expresse du magistrat compétent en vertu de l'article 47<sup>octies</sup>, paragraphe 1<sup>er</sup>,

(128) H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., La Chartre, 2003, p. 443.

(129) Expression résultant de la formule néerlandaise *gecontroleerde doorlevering*.

alinéa 2, du Code d'instruction criminelle. Il s'agira en général du procureur du Roi qui a autorisé l'infiltration. Il faut cependant être attentif à l'article 8 de l'arrêté royal du 9 avril 2003 qui prévoit que la livraison contrôlée de personnes, la livraison assistée contrôlée et le *frontstore* requièrent l'accord préalable et écrit du procureur fédéral. En cas de livraison contrôlée de personnes et de livraison assistée contrôlée, l'accord peut être donné verbalement dans des circonstances urgentes; il sera confirmé par écrit le plus rapidement possible, sans que le texte soit autrement précis.

#### 5.2.4. Conditions

Les conditions auxquelles doit répondre une infiltration s'imposent également aux techniques d'enquête policières pouvant être utilisées dans ce cadre.

##### 5.2.4.1. NÉCESSITÉS DE L'ENQUÊTE

L'infiltration ne peut être ordonnée que pour autant que les nécessités de l'enquête l'exigent (article 47<sup>octies</sup>, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.).

##### 5.2.4.2. SUBSIDIARITÉ

Ce n'est que si les autres moyens d'enquête, moins attentatoires aux droits et libertés individuels et emportant moins de risques pour les policiers la mettant en œuvre, ne suffisent pas qu'une infiltration peut être autorisée.

##### 5.2.4.3. PROPORTIONNALITÉ

Il est exigé qu'il existe des indices sérieux que la ou les personnes avec lesquelles le policier va entretenir des relations durables commettent ou commettraient des infractions dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324<sup>bis</sup> du Code pénal ou des infractions prévues à l'article 90<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle, à savoir celles qui permettent des écoutes téléphoniques.

Ce champ d'application très large a été critiqué au cours des travaux préparatoires<sup>(130)</sup>. Comme on l'a déjà relevé, il est inadéquat dans la mesure où il ne permet pas, par exemple, de recourir à une infiltration en vue de mettre fin à un trafic d'œuvres d'art ou de fausse monnaie, et l'autorise pour des infractions de moindre importance ou pour toute infraction censée commise dans le cadre d'une organisation criminelle.

C'est au ministère public (ou au juge d'instruction s'il est saisi) d'apprécier si les conditions d'une infiltration se trouvent remplies avant d'autoriser la

<sup>(130)</sup> Voy. *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 131.

mesure (sous réserve du contrôle *a posteriori* des juridictions d'instruction et de fond). En pratique, viendra s'ajouter à ces critères un critère de faisabilité renvoyant à la question des capacités effectives et aux priorités déterminées par les services de police en concertation avec le parquet<sup>(131)</sup>.

#### 5.2.4.4. DURÉE

L'infiltration ne peut dépasser une durée de trois mois, à compter de la date de l'autorisation (article 47*octies*, paragraphe 3, 5°), sauf renouvellement. Ici encore, aucune règle de computation du délai de trois mois n'est prévue par la loi.

### 5.2.5. Décision

#### 5.2.5.1. AUTORISATION DE PROCÉDER À UNE INFILTRATION ET DE FAIRE USAGE DE TECHNIQUES D'ENQUÊTE POLICIÈRES

##### 5.2.5.1.1. Forme

L'autorisation du procureur du Roi (ou de l'auditeur du travail ou du procureur fédéral) de procéder à une infiltration est écrite et préalable<sup>(132)</sup>. En cas d'urgence, elle peut néanmoins être accordée verbalement, mais doit être confirmée par une décision régulière dans les plus brefs délais (article 47*octies*, paragraphe 5, du C.i.cr.). Il en est de même de l'autorisation d'avoir recours à des techniques d'enquête policières.

L'on a vu que le procureur fédéral, seul compétent pour autoriser une livraison contrôlée de personnes ou une livraison assistée contrôlée, peut, en cas d'urgence, donner son autorisation verbalement, autorisation qui sera confirmée par écrit le plus rapidement possible.

##### 5.2.5.1.2. Contenu

Comme pour l'observation, le contenu de la décision par laquelle le magistrat du ministère public (ou le juge d'instruction) autorise une infiltration est strictement défini par l'article 47*octies*, paragraphe 3; elle contient les mentions suivantes:

<sup>(131)</sup> En cas de conflit sur ce dernier critère, voy. l'article 28*ter*, paragraphe 3, alinéa 3, pour le procureur du Roi et l'article 56, paragraphe 2, alinéas 3 et 4, du Code d'instruction criminelle pour le juge d'instruction qui mettent en place une procédure de résolution du conflit.

<sup>(132)</sup> Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi, la Cour de cassation considérait que ni l'article 72 de la Convention du 19 juin 1990 d'application des Accords de Schengen du 14 juin 1985, ni aucune disposition légale de droit interne, ni aucun principe général du droit ne requérait que l'autorisation préalable de recourir à des livraisons surveillées soit délivrée par écrit, le juge constatant en fait si l'autorisation a été donnée préalablement (Cass., 26 février 2002, n° P.01.1473.N).

- 1) Les indices sérieux d'infraction qui justifient l'infiltration;
- 2) Les motifs pour lesquels l'infiltration est indispensable à la manifestation de la vérité;
- 3) S'il est connu, le nom ou, sinon, une description aussi précise que possible de la ou des personnes avec lesquelles l'infiltrant va entretenir des relations durables;
- 4) La manière dont l'infiltration sera exécutée, y compris, le cas échéant, l'autorisation de recourir brièvement à l'expertise d'un civil (sans pour autant mentionner son identité), ainsi que l'autorisation d'appliquer des techniques d'enquête policières;
- 5) La période au cours de laquelle l'infiltration peut être exécutée, laquelle, pour rappel, ne peut excéder trois mois à compter de la date de l'autorisation;
- 6) Le nom et la qualité de l'officier de police judiciaire qui dirige l'exécution de l'infiltration (mais non ceux de l'infiltrant).

#### 5.2.5.1.3. Adaptations

Le procureur du Roi peut à tout moment modifier, compléter ou prolonger pour une durée maximale de trois mois son autorisation, pour autant que les conditions légales d'une infiltration restent remplies (article 47*octies*, paragraphe 6, du C.i.cr.). Une modification de l'autorisation ne peut jamais avoir un caractère rétroactif<sup>(133)</sup>.

Dans ces cas, il prend une nouvelle décision faisant mention de tous les éléments repris ci-dessus. Il en est de même du juge d'instruction saisi de l'affaire (article 56*bis*, alinéa 5, du C.i.cr.), l'autorisation émanât-elle du procureur du Roi.

Le magistrat du ministère public chargé de l'affaire (ou le juge d'instruction) peut également mettre fin à l'autorisation à tout moment (article 47*octies*, paragraphe 6, du C.i.cr.).

Les ordonnances du juge d'instruction sont susceptibles d'appel, sous réserve du problème du caractère confidentiel des décisions déjà relevé à propos de l'observation.

#### 5.2.5.1.4. Exécution

Comme pour toutes les méthodes particulières de recherche au sens large, la mise à exécution de l'autorisation d'opérer une infiltration appartient au parquet, même si la décision émane du juge d'instruction, de même que son contrôle (articles 47*ter*, paragraphe 2, alinéa 2, et 47*octies*, paragraphe 7, du C.i.cr.).

<sup>(133)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 76.

### 5.2.5.2. AUTORISATION DE MESURES PARTICULIÈRES DE SÉCURITÉ

L'article 47<sup>octies</sup>, paragraphe 2, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle prévoit que, lorsque cela se justifie, le procureur du Roi peut accorder l'autorisation de prendre les mesures nécessaires en vue de garantir la sécurité ainsi que l'intégrité physique, psychique et morale de l'infiltrant. Il s'agit d'une décision distincte de l'autorisation de procéder à une infiltration.

L'exposé des motifs insiste sur le fait que l'infiltrant peut se trouver dans des situations extrêmement dangereuses, et cela sans protection policière; dès lors, il peut être amené à prendre des mesures de sécurité particulières et de citer comme exemple l'utilisation de microphones pour intercepter les conversations de l'infiltrant avec sa cible de manière à permettre aux services de police d'intervenir à temps en cas de menace pour la sécurité de l'infiltrant<sup>(134)</sup>.

Ce genre de mesure ne requiert pas d'autorisation du juge d'instruction pour autant qu'elle ait pour unique finalité d'assurer la sécurité de l'infiltrant; les enregistrements seront d'ailleurs détruits immédiatement et ne pourront servir de preuves. En revanche, si le placement de micros dans les vêtements de l'infiltrant a la double finalité d'assurer sa sécurité et de récolter des preuves des infractions, l'autorisation du juge d'instruction sera indispensable<sup>(135)</sup>; en effet, on entrera alors dans le champ d'application du nouvel article 90<sup>ter</sup>, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle régissant les écoutes directes.

L'autorisation délivrée par le procureur du Roi doit être écrite, mais la loi n'en dit pas plus quant à sa forme et à son contenu. On peut supposer qu'elle doit préciser les mesures pouvant être prises et leurs modalités.

### 5.2.6. Modalités

#### 5.2.6.1. ACTEURS

Pour la mise en œuvre sur le terrain, seuls des fonctionnaires de police peuvent en principe intervenir; à titre exceptionnel, des «civils» seront éventuellement impliqués.

##### 5.2.6.1.1. Fonctionnaires de police

Les acteurs d'une infiltration seront des policiers spécialement formés à cet effet; l'exposé des motifs précise que ce seront des agents de la direction des unités spéciales de la direction générale de l'appui opérationnel de la police fédérale<sup>(136)</sup>.

(134) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 38 à 40.

(135) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 40.

(136) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 33. Sur la répartition des tâches et responsabilités au sein des services de police, voy. l'article de J.-L. TRULLEMANS à paraître in *Memorialis Postal*, v° «Méthodes particulières de recherche», 2004, points 5.3 à 5.8.

En ce qui concerne les techniques d'enquête policières auxquelles on peut avoir recours dans une infiltration, l'arrêté royal du 9 avril 2003 précise, en son article 2, qu'elles ne peuvent être mises en œuvre *que* par des membres de la direction des unités spéciales de la police fédérale, et le cas échéant, moyennant l'accord du procureur fédéral, en collaboration avec des fonctionnaires compétents étrangers spécifiquement formés à cet effet<sup>(137)</sup>.

#### 5.2.6.1.2. Civils

L'article 47octies, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, prévoit que «l'infiltrant peut, dans des circonstances exceptionnelles et moyennant l'autorisation expresse du magistrat compétent, recourir brièvement, dans le cadre d'une opération spécifique, à l'expertise d'une personne externe aux services de police si cela s'avère absolument indispensable à la réussite de sa mission».

L'infiltration par des «civils» a fait l'objet de beaucoup de discussions au cours des travaux préparatoires. Le principe en a été résolument écarté, tandis que la possibilité en a été retenue à titre exceptionnel et moyennant certaines conditions:

- Il faut des circonstances exceptionnelles;
- Un civil ne peut intervenir que dans le cadre d'une opération spécifique;
- Il ne peut intervenir que brièvement; on veut ainsi éviter qu'un civil assiste régulièrement un infiltrant<sup>(138)</sup>;
- Son expertise est absolument indispensable à la réussite de la mission, condition évidemment appréciée *in abstracto*;
- Il faut l'autorisation expresse du magistrat compétent.

Le législateur justifie la possibilité de recourir à un expert non-membre des services de police par exemple par la nécessité de connaître la langue, la culture, les coutumes d'un milieu terroriste<sup>(139)</sup>, ce qui ne semble guère correspondre à l'exigence d'une intervention brève. L'exemple du fonctionnaire qui se ferait aider par des experts en tableaux ou en matière d'art dans le cadre d'une infiltration d'une organisation criminelle de faussaires de tableaux, ou d'un chimiste dans une opération d'infiltration d'un trafic de substances dangereuses ou nucléaires, d'un diamantaire dans une opération d'infiltration d'une organisation criminelle spécialisée dans la production de faux diamants est plus

<sup>(137)</sup> Il est à noter que, dans son avis précédant l'arrêté royal, le Conseil d'État estime que l'article 47octies, paragraphe 2, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle ne constitue pas une base légale suffisante pour permettre la collaboration de fonctionnaires de police étrangers sur le territoire belge dans l'application de ces techniques d'enquête policières (M.B., 12 mai 2003).

<sup>(138)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 73.

<sup>(139)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 12.



convaincant. Il n'en reste pas moins que tout au long des discussions parlementaires, un certain flou a plané sur ce non-membre des forces de police, qualifié à certains moments d'expert alors qu'à d'autres, on semble parler d'un «simple civil». Il faut sans doute s'en tenir au texte qui permet le recours à un civil en raison de son expertise<sup>(140)</sup>.

Il est en outre précisé dans l'exposé des motifs que le «civil» ayant un passé criminel doit nécessairement être exclu<sup>(141)</sup>. Est ainsi nettement distinguée l'infiltration du recours aux indicateurs, outre d'autres aspects qui les différencient.

Il est à noter que l'intervention d'un expert civil dans une infiltration pourrait donner lieu à responsabilité civile de l'État au cas où il subirait quelque dommage résultant d'une organisation fautive de l'opération<sup>(142)</sup>.

#### 5.2.6.2. RAPPORT

Comme pour l'observation, il est prévu que l'officier de police judiciaire désigné comme dirigeant l'infiltration fait rapport de manière précise, complète et conforme à la vérité au procureur du Roi sur chaque phase de l'infiltration (article 47*novies*, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.). Le rapport expose les techniques d'enquête policières mises en œuvre et leurs résultats, mais sans faire mention du nom de l'infiltrant, voire de l'indicateur lorsque l'opération se greffe sur des informations fournies par un indicateur, ni du nom du «civil» qui est éventuellement intervenu.

Ces rapports sont communiqués directement au procureur du Roi, même si la mesure a été ordonnée par le juge d'instruction. Ils font partie du dossier confidentiel.

#### 5.2.6.3. PROCÈS-VERBAL

(ARTICLE 47*NOVIES*, PARAGRAPHE 2, ALINÉA 2, DU C.I.CR.)

Le législateur a calqué le système sur l'observation: l'officier de police judiciaire rédige le procès-verbal des différentes phases de l'infiltration, mais en n'y mentionnant aucun élément susceptible de compromettre les moyens techniques et les techniques d'enquête policières utilisées ou la sécurité et l'anonymat de l'indicateur et des fonctionnaires de police chargés de l'exécution de

<sup>(140)</sup> Rien n'est dit quant à la rémunération de ce civil et l'article 471 de la loi-programme du 24 décembre 2002 prévoyant un budget pouvant être utilisé par la police fédérale pour les opérations qui exigent la présentation d'une somme d'argent ne semble pas viser cette hypothèse; voy. l'exposé des motifs de cette disposition dans *Doc. parl.*, Ch., 50-2124/007, p. 24.

<sup>(141)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 35.

<sup>(142)</sup> Sur l'incidence du consentement du civil victime du dommage, voy. par exemple L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht - De onrechtmatige daad*, Anvers, éd. Maklu, 1989, spéc. pp. 186 et s.

l'infiltration, ainsi que du civil qui est éventuellement intervenu. Le procès-verbal reprendra donc les constatations, ainsi que, dans la mesure où cela ne dévoile pas de données secrètes, les circonstances dans lesquelles elles ont été faites.

Comme pour l'observation, il faut s'interroger sur le pouvoir exorbitant ainsi conféré à l'officier de police judiciaire qui dirige l'exécution de l'infiltration, puisque c'est, en définitive, à lui qu'incombe de déterminer ce qui figurera au dossier répressif, en dépit du fait qu'il procèdera en concertation avec le magistrat M.P.R. du parquet qui dispose du dossier confidentiel. Les mêmes ombres de la jurisprudence de la Cour européenne planent de ce fait tant sur l'infiltration que sur l'observation.

De manière à ce qu'apparaisse au dossier répressif les principaux éléments de l'enquête, il est prévu que dans le même procès-verbal ou dans un procès-verbal distinct, il est fait référence à l'autorisation du procureur du Roi de procéder à l'infiltration, avec mention des données devant nécessairement figurer dans cette autorisation, à l'exception de certaines d'entre elles, à savoir: la manière dont l'infiltration sera exécutée, le recours à l'expertise d'un civil et l'utilisation de techniques d'enquête policières, ainsi que l'identité du fonctionnaire de police chargé de diriger l'exécution de l'opération. En revanche, lorsque l'infiltration est ordonnée par le juge d'instruction, l'article 56bis, alinéa 6, du Code d'instruction criminelle prévoit que l'autorisation est confirmée par une ordonnance et c'est ce document qui sera joint au dossier.

### **5.2.7. Infiltration dans les locaux d'un avocat ou d'un médecin**

Ici encore, en raison du respect dû au secret professionnel liant l'avocat et le médecin au profit de leurs clients et patients, le législateur a prévu des dispositions particulières lorsqu'il s'agit d'infiltrer leurs locaux.

#### **5.2.7.1. AUTORITÉ COMPÉTENTE**

L'infiltration des locaux d'un avocat ou d'un médecin relève de la compétence exclusive du juge d'instruction (article 56bis, alinéa 3, du C.i.cr.). Une mini-instruction n'est pas possible.

#### **5.2.7.2. CONDITIONS**

Outre les conditions générales de l'infiltration, certaines conditions spécifiques doivent être respectées lorsqu'il s'agit d'autoriser l'infiltration des locaux d'un avocat ou d'un médecin.

##### *5.2.7.2.1. Conditions tenant aux personnes*

Pour que les règles spécifiques de l'article 56bis, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle soient applicables, il faut que l'avocat ou le médecin soit lui-

même soupçonné d'avoir commis une infraction ou que des faits précis laissent présumer que des tiers soupçonnés d'avoir commis une infraction utilisent ses locaux ou sa résidence.

Il est à noter que la loi ne se contente pas, en ce qui concerne les tiers utilisant les locaux ou la résidence de l'avocat ou du médecin, d'indices: elle exige des *faits précis* laissant présumer que ces personnes soupçonnées par ailleurs utilisent ces lieux. L'expression est reprise de l'article 90*octies* du Code d'instruction criminelle relatif aux écoutes téléphoniques.

Ici encore, il faut s'interroger quant à la pertinence pour le législateur de ne protéger que le médecin et l'avocat et non d'autres professionnels tenus par le secret. La prudence s'imposera sans doute à leur égard dans la pratique, sous la réserve que tous n'appartiennent pas à un ordre professionnel pouvant servir de garant. On regrettera en tout cas que le législateur n'ait pas adopté une disposition équivalente à l'article 90*sexies*, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle faisant obstacle à la consignation dans un procès-verbal de toute (télé)communication couverte par le secret professionnel.

#### 5.2.7.2.2. Conditions de lieux

Sont seuls protégés par l'article 56, alinéa 3, les locaux professionnels et la résidence de l'avocat ou du médecin. Ces notions ne sont pas définies par la loi.

#### 5.2.7.2.3. Proportionnalité

Toute infraction ne peut donner lieu à une infiltration dans les locaux d'un avocat ou d'un médecin. Seules les infractions visées à l'article 90*ter*, paragraphes 2 à 4, du Code d'instruction criminelle ou commises dans le cadre d'une organisation criminelle réprimée par l'article 324*bis* du Code pénal sont concernées.

#### 5.2.7.3. MODALITÉS

L'autorisation de procéder à une infiltration sera confirmée par une ordonnance écrite, dit l'article 56*bis*, alinéa 6, du Code d'instruction criminelle, qui sera versée au dossier répressif au plus tard après qu'il est mis fin à l'infiltration.

L'infiltration ne pourra être exécutée, selon l'article 56*bis*, alinéa 4, du Code d'instruction criminelle, sans que le bâtonnier ou le représentant de l'Ordre provincial des médecins en soit averti. Le texte, contrairement à l'article 90*octies*, alinéa 2, dont il s'inspire, ne fournit aucune précision quant au traitement des informations couvertes par le secret professionnel. La difficulté réside dans le fait que l'infiltrant va avoir connaissance de conversations, docu-

ments, *etc.* concernant des clients ou patients nullement impliqués dans l'affaire. C'est cette considération qui rend une infiltration dans un cabinet d'avocat peu réaliste, en pratique.

Les données couvertes par le secret professionnel et qui ne concernent pas l'affaire justifiant l'infiltration ne pourront être utilisés d'aucune manière et ne pourront certainement pas être reprises ni au rapport, ni au procès-verbal. Si des hésitations surgissaient quant aux informations couvertes ou non par le secret professionnel, le bâtonnier ou le représentant de l'ordre des médecins devrait être consulté pour faire le tri<sup>(143)</sup>; cette solution se heurtera sans doute à une résistance de la part des services de police qui craindront que le bâtonnier ou le représentant de l'ordre des médecins reconnaisse l'infiltrant (même s'il est tenu au secret professionnel), alors que l'anonymat de celui-ci figure parmi leurs premières préoccupations.

#### **5.2.8. Sanction**

Ici encore, aucune sanction n'est prévue par la loi en cas de non-respect de ces dispositions. Il est néanmoins acquis qu'une infiltration pratiquée en dehors des limites légales (par exemple pour une infraction ne permettant pas pareille méthode) emporte la nullité des preuves ainsi recueillies, voire l'irrecevabilité des poursuites. Il devrait en être de même de l'opération réalisée en l'absence d'autorisation du procureur du Roi ou du juge d'instruction.

D'autres hypothèses sont cependant beaucoup plus délicates; ainsi, qu'en est-il si un civil est intervenu sans autorisation du procureur du Roi? Le fait sera sans doute tout à fait exceptionnel étant donné que pareille opération ne s'improvise pas; il n'en reste pas moins qu'il sera difficile à établir puisque l'intervention de ce civil n'apparaîtra pas dans le dossier répressif mais seulement dans le dossier confidentiel auquel la défense et le tribunal n'ont pas accès; indépendamment de cela, aucune sanction n'étant prévue, on peut penser – mais sans certitude – que cette irrégularité viciera l'ensemble de l'opération, et cela indépendamment du poids effectif de cette intervention dans la récolte des preuves produites.

#### **5.2.9. Infractions pouvant être commises par les fonctionnaires de police**

Comme pour les autres méthodes particulières de recherche, la loi permet au procureur du Roi d'autoriser la commission de certaines infractions. L'on en

<sup>(143)</sup> On pourrait s'inspirer des pratiques en matière de perquisitions (voy. A. JACOBS, « L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de perquisitions », *in Tendances récentes de la jurisprudence en matière pénale*, Union belgo-luxembourgeoise de droit pénal, éd. Mys & Breesch, 2000, spéc. pp. 71 et 72 et les références citées) ou d'écoutes téléphoniques.

aperçoit immédiatement la nécessité en l'espèce, ne fût-ce pour le port public de faux nom; en pratique, l'autorisation couvrira un certain nombre d'infractions<sup>(144)</sup>, en respectant toutefois une proportionnalité entre les infractions autorisées et les faits poursuivis.

Lorsque l'infiltration est autorisée par le procureur du Roi, il indique à ce moment dans une décision séparée les infractions qui pourront être commises par les fonctionnaires de police en vue de mettre la mesure à exécution (article 47octies, paragraphe 4, du C.i.cr.). Il est important que cette autorisation soit consignée dans une décision distincte de celle d'autoriser l'infiltration au cas où il s'imposerait d'établir que les infractions commises étaient autorisées ou de préciser les limites dans lesquelles elles l'étaient.

Lorsque l'autorisation de mettre en œuvre une infiltration émane du juge d'instruction, comme on l'a vu, c'est néanmoins le procureur du Roi qui détermine les infractions qui pourront être commises (article 47octies, paragraphe 7, alinéa 2, du C.i.cr.). Le juge d'instruction n'aura aucun contrôle sur cette question, sauf à décider de mettre fin à l'opération.

Une autorisation de commettre des infractions peut évidemment accompagner une modification, une extension ou une prolongation de l'autorisation de procéder à une infiltration.

Il est à noter que le civil intervenant dans une infiltration ne peut jamais être autorisé à commettre une infraction et que s'il en commettait néanmoins, il ne serait pas soustrait aux poursuites et à la sanction pénale.

### **5.2.10. Dossier répressif – Dossier confidentiel**

Ici encore, le législateur, à côté du dossier répressif habituel, officialise un dossier confidentiel auquel seul le procureur du Roi a accès, sous réserve du droit de consultation reconnu au juge d'instruction saisi de l'affaire (article 56bis, alinéa 5, du C.i.cr.); on se souviendra cependant que celui-ci ne peut en faire état dans le cadre de son instruction.

#### **5.2.10.1. DOSSIER RÉPRESSIF**

Le dossier répressif contiendra, outre les documents habituels:

– Le procès-verbal dans lequel il est fait référence à l'autorisation du procureur du Roi ou du juge d'instruction de procéder à une infiltration; ce procès-verbal reprend toutes les mentions de l'autorisation à l'exception de la manière dont sera exécutée l'infiltration, de l'autorisation de recourir à l'expertise d'un civil ou à des techniques d'enquête policières, ainsi que l'identité de l'officier de

<sup>(144)</sup> Elles peuvent concerner les règles d'accès à une profession, le droit pénal social ou la législation en matière de T.V.A. dans le cadre d'un *frontstore*, etc.

police judiciaire chargé de la direction de l'exécution de la mesure (article 47*novies*, paragraphe 2, alinéa 3, du C.i.cr.);

– La décision de retrait de l'autorisation de procéder à une infiltration (article 47*novies*, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr., *a contrario*);

– Les procès-verbaux relatant les différentes phases de l'infiltration, sans toutefois compromettre les moyens techniques et les techniques policières d'enquête, ni laisser apparaître l'identité de l'indicateur éventuel, des fonctionnaires de police chargés de l'exécution de la mesure et, le cas échéant, de l'expert civil (article 47*novies*, paragraphe 2, alinéa 2, du C.i.cr.). Sous les réserves relevées, le procès-verbal contiendra un maximum de données de telle sorte qu'un contrôle puisse effectivement s'exercer, d'abord par la défense, ensuite par les juridictions d'instruction et de fond, sans que ne soit mise en cause l'ensemble de l'opération faute d'informations sur sa légalité, son déroulement et ses résultats;

– les constatations faites au cours et à l'occasion de l'infiltration.

Ces pièces sont jointes au dossier au plus tard après qu'il est mis fin à l'infiltration (article 47*novies*, paragraphe 2, alinéa 4, du C.i.cr.).

#### 5.2.10.2. DOSSIER CONFIDENTIEL

Pour rappel, le contenu du dossier confidentiel est couvert par le secret professionnel (article 47*novies*, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du C.i.cr.), et donc la violation de ce secret est susceptible d'être sanctionnée par application de l'article 458 du Code pénal.

Le dossier confidentiel comprend:

– L'autorisation du procureur du Roi ou du juge d'instruction de procéder à une infiltration, autorisation comprenant toutes les mentions exigées par la loi (article 47*novies*, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.);

– Les modifications, extensions, prolongations de l'autorisation de recourir à une infiltration (article 47*novies*, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.);

– L'autorisation de prendre les mesures nécessaires en vue de garantir la sécurité et l'intégrité physique, psychique et morale de l'infiltrant (article 47*octies*, paragraphe 2, alinéa 3, du C.i.cr.);

– Les rapports complets de chacune des phases de l'infiltration établis par l'officier de police judiciaire chargé de la direction de l'exécution de la mesure (article 47*novies*, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du C.i.cr.);

– Les autorisations de commettre des infractions feront l'objet d'un dossier confidentiel séparé (article 47*octies*, paragraphe 4, du C.i.cr.).

### 5.3. Le recours aux indicateurs <sup>(145)</sup>

#### 5.3.1. Notion

L'article 47*decies*, paragraphe 1<sup>er</sup>, du Code d'instruction criminelle définit le recours aux indicateurs de la manière suivante: «Le recours aux indicateurs au sens du présent code est le fait, pour un fonctionnaire de police, d'entretenir des contacts réguliers avec une personne, appelée indicateur, dont il est supposé qu'elle entretient des relations étroites avec une ou plusieurs personnes à propos desquelles il existe des indices sérieux qu'elles commettent ou commettraient des infractions et qui fournit à cet égard au fonctionnaire de police des renseignements et des données, qu'ils aient été demandés ou non».

Le fonctionnaire de police qui entretient ces contacts est appelé *fonctionnaire de contact*.

L'indicateur est à distinguer de l'informateur, même si en pratique la frontière risque d'être ténue: celui-ci, à la différence de l'indicateur, n'entretient pas de contact avec le milieu criminel et se trouve par hasard en possession d'informations qu'il communique aux services de police. Son intervention est donc tout à fait occasionnelle <sup>(146)</sup> et n'est pas réglementée par la loi. S'il souhaite conserver l'anonymat – ce qui est la règle – sa déposition ne pourra être reçue que comme simple renseignement permettant d'entamer une enquête <sup>(147)</sup>; si dans une hypothèse exceptionnelle, elle devait servir de preuve, l'informateur devrait nécessairement être entendu comme témoin; il le serait probablement sous le régime de l'anonymat complet conformément à la loi du 8 avril 2002 relative aux témoins anonymes et ne pourrait donc être entendu que par le juge d'instruction <sup>(148)</sup>.

L'indicateur appartient, quant à lui, au milieu criminel et il communique, de son propre chef ou à la demande du fonctionnaire de police, des informations sur ce milieu. Dans l'état actuel de la législation, l'indicateur peut être un repent <sup>(149)</sup>. Ses contacts avec le(s) fonctionnaire(s) de police sont donc réguliers

<sup>(145)</sup> Pour le point de vue opérationnel, voy. F. DEBUSSCHERE, «Le recours aux indicateurs», à paraître in *Memorialis Postal*, v<sup>o</sup> «Méthodes particulières de recherche», 2004.

<sup>(146)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 39-40.

<sup>(147)</sup> *Voy. Cass.*, 26 mars 2003, *J.T.*, 2003, p. 482: Les actes qui relèvent de la police judiciaire, de l'information et de l'instruction ne sont pas irréguliers et ne méconnaissent pas le principe général du droit au respect des droits de la défense du seul fait qu'ils font suite à des informations consignées dans un procès-verbal qui n'en précise pas la source.

<sup>(148)</sup> Sur cette loi, voy. M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, «La loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins», in *Rev. dr. pen.*, 2002, pp. 715 et s.; P. MONVILLE, «Témoignages et lutte contre la criminalité organisée», in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, C.U.P., vol. 67, déc. 2003, pp. 7 et s.

<sup>(149)</sup> Ce dernier peut également fournir des informations sous le régime des témoins protégés, mais dans ce cas, à la différence de ce qui caractérise l'indicateur, il devra témoigner en justice. Sur le régime des témoins protégés, voy. notamment P. MONVILLE, «Témoignages et lutte contre la criminalité organisée», in *Actualités de droit pénal*, C.U.P., 2003, vol. 67, pp. 52 et s.

mais il n'a aucune tâche particulière lui confiée par ceux-ci (sinon, ce serait un infiltrant civil)<sup>(150)</sup>. Il n'a pas non plus de régime légal particulier à telle enseigne que les infractions qu'il commet sont susceptibles d'être poursuivies: d'un point de vue juridique, il n'est nullement soustrait à la loi pénale.

Trois grands principes sous-tendent les dispositions légales en matière de recours aux indicateurs: la protection absolue de l'anonymat de l'indicateur, le contrôle de fiabilité de celui-ci et la protection de l'intégrité physique et psychologique du fonctionnaire de contact<sup>(151)</sup>.

C'est le principe du respect de l'anonymat de l'indicateur qui fera obstacle à ce qu'il soit entendu comme témoin, fût-ce sous le couvert de l'anonymat complet. Les informations qu'il fournit ne serviront jamais que de simples renseignements permettant de rassembler les preuves d'une infraction ou d'identifier les auteurs<sup>(152)</sup>.

### 5.3.2. Champ d'application

Le recours aux indicateurs peut avoir lieu aussi bien dans une enquête proactive que réactive. Il sera souvent couplé avec d'autres méthodes particulières de recherche, telle l'observation.

Il ne requiert aucune condition de proportionnalité, ce qui veut dire que des informations recueillies par le biais d'indicateurs pourront servir de point de départ dans toute enquête concernant n'importe quelle infraction, fût-ce une contravention.

De même, la condition de subsidiarité n'est pas requise. Comme pour la condition de proportionnalité, le législateur justifie ce champ d'application extrêmement large par des considérations pratiques (notamment la volonté d'éviter des réseaux d'indicateurs parallèles), mais surtout par le fait que le recours à des indicateurs ne porte pas atteinte à la vie privée et que les informations ainsi recueillies ne servent normalement pas de preuves<sup>(153)</sup>. Cependant, il pourrait, le cas échéant, poser quelques problèmes au regard des droits de la défense.

Il faut observer que les agents des douanes revêtus de la qualité d'officier de police judiciaire auxiliaire du procureur du Roi et de l'auditeur du travail

<sup>(150)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 95-96. Rappelons que l'infiltrant civil n'est pas autorisé à commettre des infractions.

<sup>(151)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 43. Sur les risques du travail avec les indicateurs, voy. F. DEBUSSCHERE, «Le recours aux indicateurs», à paraître in *Memorialis Postal*, v° «Méthodes particulières de recherche», 2004, point 6.

<sup>(152)</sup> *Voy. Cass.*, 26 octobre 2003, *J.T.*, 2003, p. 482.

<sup>(153)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 42; *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 95.



peuvent avoir recours, dans les conditions déterminées par la loi du 6 janvier 2003, à des indicateurs<sup>(154)</sup>.

### 5.3.3. Organisation du recours aux indicateurs

Le recours aux indicateurs se fait, de manière générale, sous le contrôle du parquet, procureur du Roi et procureur fédéral. La loi organise ce recours aux indicateurs dans une structure à trois niveaux, à savoir le gestionnaire national des indicateurs, le gestionnaire local des indicateurs et le fonctionnaire de contact; les précisions relatives à cette organisation sont données par l'arrêté royal du 26 mars 2003 fixant les règles de fonctionnement des gestionnaires national et local des indicateurs et des fonctionnaires de contact<sup>(155)</sup>.

#### 5.3.3.1. LE GESTIONNAIRE NATIONAL DES INDICATEURS

Le gestionnaire national des indicateurs a la responsabilité de la gestion d'ensemble des indicateurs ainsi que de sa coordination.

L'article 47*decies*, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code d'instruction criminelle prévoit: «Au sein de la direction qui fait partie de la direction générale de la police judiciaire de la police fédérale et qui est chargée de la tâche visée à l'article 102, 5<sup>o</sup>, de la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré structuré à deux niveaux [à savoir les techniques de recherche et la gestion des informateurs], un officier est chargé de la gestion nationale des indicateurs au sein du service de police intégré structuré à deux niveaux. Cet officier, appelé gestionnaire national des indicateurs, peut se faire assister dans l'accomplissement de sa tâche par un ou plusieurs officiers de police judiciaire».

##### 5.3.3.1.1. Désignation

Le gestionnaire national des indicateurs est désigné par le directeur général de la direction générale de la police judiciaire, sur proposition du directeur de la direction des opérations et de la gestion de l'information en matière de police judiciaire et après avis du procureur fédéral (article 2, paragraphe 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 26 mars 2003).

Le mode de désignation du ou des officiers de police judiciaire assistant le gestionnaire national des indicateurs n'est pas précisé.

<sup>(154)</sup> Article 4.1 de la loi du 22 avril 2003 octroyant la qualité d'officier de police judiciaire à certains agents de l'administration des douanes et accises (*M.B.*, 8 mai 2003).

<sup>(155)</sup> *M.B.*, 12 mai 2003; entrée en vigueur le 12 mai 2003, sous réserve de l'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3, prévoyant que seuls des policiers formés à cet effet sont autorisés à entretenir des contacts avec des indicateurs, disposition qui entre en vigueur au plus tard le premier jour du dix-huitième mois de la publication au *Moniteur belge*, soit le 1<sup>er</sup> novembre 2004.

### 5.3.3.1.2. Missions

Le gestionnaire national des indicateurs agit sous l'autorité du procureur fédéral (article 47*decies*, paragraphe 2, alinéa 3, du C.i.cr.).

L'article 47*decies*, paragraphe 2, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle confie au gestionnaire national des indicateurs la tâche de veiller au respect des dispositions légales et des règles applicables en vertu de celles-ci, en d'autres termes des règles énoncées par les arrêtés royaux d'exécution, les circulaires ministérielles, du collège des procureurs généraux et internes aux services de police.

C'est l'arrêté royal du 26 mars 2003 qui précise ses missions<sup>(156)</sup>:

1) Il est chargé de l'organisation générale et de la coordination du fonctionnement du recours aux indicateurs au sein du service de police intégré, structuré à deux niveaux (article 2, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 26 mars 2003). Dans ce cadre, il est autorisé à donner des instructions aux fonctionnaires de la police fédérale et locale concernés par le recours aux indicateurs; ces instructions sont toutefois au préalable soumises à l'approbation du procureur fédéral (article 2, paragraphe 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 26 mars 2003);

2) Il est chargé de la création et de la gestion d'un système national de contrôle des indicateurs (article 2, paragraphe 3, de l'arrêté royal du 26 mars 2003). L'arrêté royal ne donne aucune précision supplémentaire quant au contenu ou au mode d'organisation de ce système ni quant aux personnes qui y auront accès<sup>(157)</sup>. On déduit seulement de l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, qu'il est alimenté par les gestionnaires locaux des indicateurs qui y enregistrent les indicateurs fonctionnant sur leur arrondissement. L'exposé des motifs de la loi précise que ce système de contrôle doit notamment permettre d'informer immédiatement les gestionnaires locaux des indicateurs et les fonctionnaires de contact lorsqu'un indicateur se présente ou s'est présenté auprès de plusieurs fonctionnaires de police ou lorsqu'un indicateur n'est plus actif ou n'est plus

<sup>(156)</sup> Sur les aspects pratiques de ces missions, voy. F. DEBUSSCHERE, «Le recours aux indicateurs», à paraître *Memorialis Postal*, v<sup>o</sup> «Méthodes particulières de recherche», 2004, point 7.2.

<sup>(157)</sup> S'agissant notamment de l'organisation et de la tenue de fichiers informatiques contenant inévitablement des données à caractère personnel ainsi que des éléments relatifs à la fiabilité des indicateurs, impliquant nécessairement une ingérence dans la vie privée de ces individus, ces fichiers doivent, selon le Conseil d'État, répondre aux exigences de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (avis du Conseil d'État précédant l'arrêté royal du 26 mars 2003, point 4.1., *M.B.*, 21 mai 2003), ce que confirment les travaux préparatoires (*Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 111); cela voudrait dire notamment que toute personne devrait pouvoir prendre connaissance des données du fichier qui la concernent et faire rectifier les indications inexactes... L'article 3, paragraphe 5, de la loi du 8 décembre 1992 exclut cependant l'exercice de ces droits pour les fichiers gérés par les autorités publiques en vue de l'exercice de leurs missions de police judiciaire, ainsi que pour les fichiers gérés par les services de police en vue de l'exercice de leurs missions de police administrative.

considéré comme fiable. Le gestionnaire national des indicateurs doit en outre traiter les données provenant des divers indicateurs et coordonner toutes ces informations au niveau national <sup>(158)</sup>;

3) Il assure le contact avec le parquet fédéral concernant le recours aux indicateurs (article 2, paragraphe 4, de l'arrêté royal du 26 mars 2003);

4) Il veille à l'uniformité des bénéficiaires à octroyer aux indicateurs (article 2, paragraphe 5, de l'arrêté royal du 26 mars 2003);

5) Il est chargé de rédiger un code de déontologie pour le recours aux indicateurs; ce code doit être approuvé par le procureur fédéral (article 2, paragraphe 6, de l'arrêté royal du 26 mars 2003). L'arrêté royal ne précise ni les principes, ni les grandes lignes de ce code, énonçant simplement qu'il comprend les principes généraux de la loi relative aux méthodes particulières de recherche et de l'arrêté royal, ainsi que les règles de conduite et les modalités de fonctionnement interne <sup>(159)</sup>. Le gestionnaire national des indicateurs sera lui-même soumis à ce code, de même que les gestionnaires locaux et ceux qui les assistent ainsi que les fonctionnaires de contact;

6) Il est chargé des contacts internationaux directs en matière de recours aux indicateurs (article 2, paragraphe 7, de l'arrêté royal du 26 mars 2003);

7) Il veille à ce que chaque gestionnaire local des indicateurs ainsi que chaque officier de police locale qui l'assiste, de même que les fonctionnaires de contact, suivent une formation; c'est à lui qu'incombe également la tâche de déterminer le contenu de cette formation concernant le recours aux indicateurs ainsi que de veiller à son application uniforme (article 2, paragraphes 8 et 9, de l'arrêté royal du 26 mars 2003).

#### 5.3.3.1.3. Rapport général

L'article 47*decies*, paragraphe 5, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle prévoit que «Le gestionnaire national des indicateurs fait un rapport général au procureur fédéral à sa demande, au moins tous les trois mois, concernant le recours aux indicateurs au sein du service de police intégré structuré à deux niveaux».

Le législateur a ainsi voulu que le procureur fédéral – et par lui, le cas échéant, les magistrats concernés – soit régulièrement informé du fonctionne-

<sup>(158)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 46.

<sup>(159)</sup> Le Conseil d'État relevait que c'est au Roi que l'article 47*decies*, paragraphe 4, du Code d'instruction criminelle confie le pouvoir de régler le mode de fonctionnement des différents intervenants et qu'il est donc critiquable qu'un arrêté royal délègue la totalité de ce pouvoir à un fonctionnaire de police, même si le code qu'il aura rédigé sera approuvé par le procureur fédéral (avis du Conseil d'État précédant l'arrêté royal du 26 mars 2003, point 4.2., *M.B.*, 21 mai 2003).

ment du recours aux indicateurs, de telle sorte qu'il puisse exercer rigoureusement un contrôle permanent sur ce recours aux indicateurs<sup>(160)</sup>.

### 5.3.3.2. LE GESTIONNAIRE LOCAL DES INDICATEURS ET LES OFFICIERS DE LA POLICE LOCALE QUI L'ASSISTENT

L'article 47*decies*, paragraphe 3, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code d'instruction criminelle prévoit que «Au sein de chaque service judiciaire déconcentré visé à l'article 105 de la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré structuré à deux niveaux<sup>(161)</sup>, un officier, appelé gestionnaire local des indicateurs, est chargé de la gestion des indicateurs au niveau de l'arrondissement au sein du service judiciaire déconcentré et des corps de police locale de l'arrondissement».

Le gestionnaire local des indicateurs, qui se situe au niveau des services judiciaires déconcentrés – aujourd'hui appelés services judiciaires d'arrondissements – et fait donc partie de la police fédérale, est aidé, d'une part, par des officiers de la police fédérale (appelés «officiers *back-up*») qui l'assistent et le remplacent, et d'autre part, par un officier désigné dans chaque corps de police locale au sein duquel il est fait appel à des indicateurs (article 47*decies*, paragraphe 3, alinéa 4, du C.i.cr.)<sup>(162)</sup>.

#### 5.3.3.2.1. Désignation

Le gestionnaire local des indicateurs est désigné par le directeur de la direction générale de la police judiciaire, sur proposition du directeur judiciaire

<sup>(160)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 47.

<sup>(161)</sup> Pour rappel, l'article 105 de la loi du 7 décembre 1998 est ainsi libellé: « Le service judiciaire déconcentré exécute les missions spécialisées de police judiciaire attribuées à ce service conformément à l'article 5, alinéas 2 et 3, de la loi sur la fonction de police. Il est placé sous la direction du directeur du service judiciaire déconcentré, dénommé directeur judiciaire.

Le directeur judiciaire dirige et organise son service à cet effet et coordonne l'exécution de ces missions par les membres de son service. Il agit conformément aux ordres, instructions et directives qu'il reçoit du directeur général de la direction générale de la police judiciaire, sans préjudice de l'article 99, alinéa 2, et de l'alinéa 6 du présent article.

Il coordonne ses activités avec celles du directeur coordonnateur administratif.

En vue d'assurer la coordination des missions de police judiciaire entre la police locale et le service judiciaire déconcentré, le directeur de ce service détache un ou plusieurs fonctionnaires de liaison auprès d'une ou plusieurs polices locales. Le nombre de fonctionnaires de liaison est fonction de l'importance des missions de police judiciaire de ces polices locales. Pendant la durée de leur détachement, les fonctionnaires de liaison continuent à relever du directeur du service judiciaire déconcentré et ne disposent d'aucune autorité hiérarchique sur la police locale.

Le directeur judiciaire et les fonctionnaires de liaison assurent l'appui aux services de recherche des polices locales.

Les services judiciaires déconcentrés exécutent également à titre subsidiaire des missions spécialisées de police administrative».

<sup>(162)</sup> Curieusement, le texte parle d'informateurs; il s'agit manifestement d'une erreur de plume.

et après avis du procureur du Roi (article 3, paragraphe 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 26 mars 2003).

Les officiers de la police fédérale qui l'assistent et le remplacent sont désignés selon la même procédure (article 3, paragraphe 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 26 mars 2003). Les officiers de la police locale qui l'assistent sont désignés par le chef de zone après avis du procureur du Roi.

#### 5.3.3.2.2. Missions

##### a) Le gestionnaire local des indicateurs

Le gestionnaire local des indicateurs agit au niveau de l'arrondissement judiciaire et sous l'autorité du procureur du Roi (article 47*decies*, paragraphe 3, alinéa 3, du C.i.cr.). Sa principale tâche est de mettre au point un système de gestion des indicateurs au sens strict, mais incluant aussi une gestion stratégique des informations, gestion qui est propre à chaque arrondissement.

L'article 47*decies*, paragraphe 3, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle fixe les contours généraux des missions du gestionnaire local des indicateurs: il exerce un contrôle permanent sur la fiabilité des indicateurs, il veille au respect de la loi et des règles applicables en vertu de la loi, ainsi qu'à l'accomplissement correct des tâches des fonctionnaires de contact.

L'arrêté royal du 26 mars 2003 fournit de plus amples précisions en détaillant ainsi les missions du gestionnaire local des indicateurs<sup>(163)</sup>:

1) Il est chargé de l'organisation générale et de la coordination du fonctionnement du recours aux indicateurs au sein du service judiciaire d'arrondissement et des corps de police locale de l'arrondissement (article 3, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>). Dans le respect des instructions du gestionnaire national des indicateurs, il peut, à cet effet, donner des instructions aux fonctionnaires de contact du service judiciaire d'arrondissement et de la police locale concernés par le recours aux indicateurs; ces instructions sont toutefois soumises à l'approbation préalable du magistrat de confiance que l'arrêté royal rebaptise en magistrat des méthodes particulières de recherche (magistrat M.P.R.). Lorsque les instructions s'adressent à la police locale, le gestionnaire local des indicateurs se concerta avec l'officier de la police locale chargé de l'assister (article 3, paragraphe 2, alinéa 2), ainsi qu'avec les policiers gérant le recueil d'informations;

2) Il est chargé des contacts avec le gestionnaire national des indicateurs (article 3, paragraphe 3); il apparaît comme un canal obligé;

3) Il est chargé des contacts avec le magistrat des méthodes particulières de recherche en matière de recours aux indicateurs (article 3, paragraphe 5);

<sup>(163)</sup> Sur les aspects pratiques de ces missions, voy. F. DEBUSSCHERE, «Le recours aux indicateurs», à paraître in *Memorialis Postal*, v° «Méthodes particulières de recherche», 2004, point 7.3.

4) Il exerce un contrôle permanent de la fiabilité des indicateurs qu'il a enregistrés dans le système national de contrôle (article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>). À cet effet, il évalue, au moins une fois l'an, la fiabilité de ces indicateurs, est-il dit à l'alinéa 2, sachant qu'un indicateur qui n'aura pas fourni d'informations durant une période de plus d'un an ne sera plus soumis à une telle évaluation. En outre, le gestionnaire local des indicateurs procède à une nouvelle évaluation de la fiabilité de l'indicateur chaque fois qu'il fournit une nouvelle information de base qui est exploitée par la suite (article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3). Rien n'est cependant dit dans le texte sur le mode d'évaluation garantissant notamment son objectivité. On lit cependant, dans l'exposé des motifs, que pour contrôler la fiabilité d'un indicateur, le gestionnaire local procédera à une enquête approfondie sur son passé et recherchera les motifs qui le poussent à servir d'indicateur (la vengeance, l'argent, l'élimination de concurrents, etc.); il recoupe toutes les informations dont il dispose sur un indicateur, il évalue et analyse de manière objective les informations fournies par celui-ci et s'assure de la fiabilité et de la véracité de celles-ci <sup>(164)</sup>; il peut donc décider à un moment qu'un indicateur est non fiable et faire enregistrer cette donnée dans le système de contrôle <sup>(165)</sup>. L'indicateur peut aussi être classé parmi les indicateurs «non actifs» s'il n'a plus fourni d'informations pendant un an, que ce soit sur initiative ou sur demande <sup>(166)</sup>. L'évaluation n'est pas spécialement contrôlée par le procureur du Roi. Celui-ci doit cependant pouvoir ordonner qu'un indicateur change de statut et devienne indicateur «non actif» ou non fiable dans le fichier s'il estime sa fiabilité sujette à caution;

5) Il veille à la protection de l'identité des indicateurs. Celle-ci n'est connue que du gestionnaire local des indicateurs et des fonctionnaires de contact concernés (article 4, paragraphe 2, alinéas 1<sup>er</sup> et 2), auxquels il faut ajouter les officiers de la police locale qui assistent le gestionnaire local des indicateurs pour ce qui concerne les indicateurs de la police locale en question. Le magistrat des méthodes particulières peut également demander que l'identité de l'indicateur lui soit communiquée (article 4, paragraphe 2, alinéa 3); de cette formule polie, l'on ne peut cependant déduire que le gestionnaire local aurait un pouvoir d'appréciation face à la demande du magistrat M.P.R.: dès lors qu'une demande lui est adressée, il est tenu de communiquer l'identité de l'indicateur, puisque le magistrat M.P.R. doit être à même de contrôler à tout moment le recours aux indicateurs. Qu'en est-il du juge d'instruction, complè-

<sup>(164)</sup> Si l'indicateur intervient déjà dans un autre arrondissement, le gestionnaire local des indicateurs s'en rendra immédiatement compte par la consultation du système national des indicateurs. L'indicateur peut également être considéré comme non fiable par le fait qu'il ne respecte pas les accords conclus avec les fonctionnaires de contact, notamment du point de vue des initiatives qu'il peut ou ne peut pas prendre dans le cadre de la récolte d'informations.

<sup>(165)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 44.

<sup>(166)</sup> Sur les conséquences pratiques du caractère «non actif» d'un indicateur, voy. F. DEBUS-SCHERE, «Le recours aux indicateurs», à paraître in *Memorialis Postal*, v° «Méthodes particulières de recherche», 2004, point 4.3.

tement absent de cette disposition, en dépit de l'observation du Conseil d'État<sup>(167)</sup>? Selon les principes de la procédure pénale, il s'impose qu'il puisse, lui aussi, ordonner au gestionnaire local de lui communiquer l'identité d'un indicateur dans le cadre d'un dossier dont il est saisi (de même que les résultats du contrôle de fiabilité), et cela sans devoir passer par le ministère public; l'on se souviendra, en effet, qu'en vertu de l'article 56 du Code d'instruction criminelle – auquel il n'est pas expressément dérogé, en l'espèce – il assume la responsabilité de l'instruction et veille à la légalité des moyens de preuve ainsi qu'à la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés. Certes, cette règle fondamentale est largement battue en brèche par la loi du 6 janvier 2003 qui confie la maîtrise des méthodes particulières de recherche au ministère public, rendant le juge d'instruction dépendant de celui-ci; dans cette logique, il faudrait sans doute admettre que le juge d'instruction ne puisse s'adresser directement au gestionnaire local des indicateurs (pas plus qu'aux fonctionnaires de contact) mais doive adresser une demande au magistrat M.P.R. qui appréciera la nécessité ou l'opportunité de communiquer les données indispensables figurant au fichier<sup>(168)</sup>. Cet aspect de la loi constitue sans doute encore une pierre d'achoppement au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La loi ne précise rien quant à l'obligation ou non des fonctionnaires de police – que ce soit le gestionnaire local des indicateurs ou les fonctionnaires de contact – de communiquer le nom de l'indicateur lorsqu'ils sont entendus par le juge du fond. L'on s'en tiendra donc à la jurisprudence qui a consacré le droit de refuser de divulguer l'identité d'un indicateur s'ils estiment en conscience ne pouvoir le faire<sup>(169)</sup>;

<sup>(167)</sup> Avis du Conseil d'État précédant l'arrêté royal du 26 mars 2003, point 2.2, *M.B.*, 12 mai 2003.

<sup>(168)</sup> À la lecture du rapport au Roi qui le précède et dont le Conseil d'État reprend certains passages, l'arrêté royal du 26 mars 2003 semble consacrer un pouvoir quasi absolu du parquet; on lit ainsi: «(...) de toute manière, aucun élément permettant d'identifier un indicateur n'est repris dans un rapport confidentiel. Si un juge d'instruction demande au gestionnaire local des indicateurs ou aux fonctionnaires de contact de lui révéler l'identité de l'indicateur, ils doivent le renvoyer au magistrat des méthodes particulières de recherche. Ce magistrat est autorisé, après concertation avec le gestionnaire local des indicateurs, à décider de révéler l'identité de l'indicateur au juge d'instruction, mais seulement lorsqu'il faut instruire sur des présomptions de provocation. La communication se fait oralement et il faut signaler au juge d'instruction que par cette communication il est associé au secret professionnel du magistrat des méthodes particulières de recherche et qu'il ne peut faire mention dans le cadre de son instruction, de l'identité de l'indicateur». Comme le relève à juste titre le Conseil d'État, l'on aperçoit mal la compatibilité de cette approche avec les articles 47*decies*, paragraphe 6, alinéa 3, et 56*bis* du Code d'instruction criminelle qui ne subordonnent pas la consultation du dossier confidentiel par le juge d'instruction à l'autorisation du procureur du Roi ni à l'infraction qu'il est chargé d'instruire. Sur cette problématique, voy. C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, éd. Larcier, 2003, pp. 261-262.

<sup>(169)</sup> Voy. Cass., 10 janvier 1978, *Pas.*, 1978, p. 546; Cass., 26 février 1986, *Pas.*, 1986, p. 801; *Rev. dr. pén.*, 1986, p. 619; *J.L.M.B.*, 1986, p. 328; *adde* Corr. Courtrai, 25 mars 1996, *T.W.V.R.*, 1997, p. 118, note L. ARNOU: «Le détenteur du secret professionnel apprécie personnellement si ce secret l'empêche de parler. Le juge ne peut pas à cet égard se mettre à sa place; il peut seulement

6) Le gestionnaire local des indicateurs tient à jour pour chaque indicateur un dossier confidentiel et personnel, nommé dossier des indicateurs<sup>(170)</sup>. Sauf autorisation expresse et écrite du magistrat des méthodes particulières de recherche, seuls le gestionnaire local des indicateurs et les fonctionnaires de contact concernés ont accès à ce dossier (article 4, paragraphe 2, alinéa 3), auxquels il faut ajouter les officiers de la police locale qui assistent le gestionnaire local des indicateurs pour les indicateurs le concernant. Ici encore se pose la question de l'accès du juge d'instruction à ce dossier, mais l'on aperçoit mieux la voie empruntée par l'arrêté royal: le juge d'instruction en fera la demande au procureur du Roi qui, le cas échéant, accordera une autorisation expresse et écrite; c'est évidemment un renversement complet des rôles. À côté de cette question, il faut relever que l'arrêté royal ne dit rien du contenu de ce dossier propre à chaque indicateur<sup>(171)</sup>;

7) Il veille au bon fonctionnement des fonctionnaires de contact et à garantir leur intégrité physique, psychique et morale (article 4, paragraphe 3, alinéa 1<sup>er</sup>);

8) Il veille à ce que chaque fonctionnaire de contact suive une formation et fasse l'objet d'une évaluation annuelle particulière (article 4, paragraphe 3, alinéa 2). On se rappellera que le contenu de la formation est déterminé par le gestionnaire national des indicateurs; en revanche, l'arrêté royal est muet sur les modalités d'évaluation des fonctionnaires de contact;

9) Il est informé par les fonctionnaires de contact lorsque ceux-ci entrent en contact avec une personne susceptible de devenir un indicateur (article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>); le gestionnaire local des indicateurs<sup>(172)</sup> décide alors si cette personne est considérée comme indicateur et, le cas échéant, désigne en conséquence les fonctionnaires de contact (article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2).

---

vérifier si le secret professionnel n'est pas détourné de son but, ce qui pourrait être le cas si le mutisme n'était inspiré que par l'intention de dissimuler une provocation policière interdite. L'invocation du secret professionnel peut compliquer fortement la tâche du juge consistant à apprécier la régularité d'une infiltration lors d'une discussion relative à une provocation policière; elle n'est par conséquent pas de nature à apporter la preuve, à fournir par le ministère public, de ce caractère régulier»; *contra* Liège, 9 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1354; Mons (ch. m. acc.), 19 novembre 1998, *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 238 et note J. SACE ou J.T., 1999, p. 66 (en matière de provocation policière): «La gendarmerie ne peut dissimuler au juge d'instruction les détails sur les circonstances dans lesquelles avaient été recueillis les indices des preuves des infractions mises à charge de l'inculpé étant donné que ce magistrat, qui est le gardien du respect de la légalité dans la recherche et l'utilisation des preuves, serait dans l'impossibilité d'exercer tout contrôle».

<sup>(170)</sup> Ce dossier, conservé au sein des services de police, ne doit pas être confondu avec le dossier confidentiel constitué par le parquet pour chaque affaire dans laquelle il est fait usage d'une méthode particulière de recherche, dont le recours à un indicateur.

<sup>(171)</sup> En pratique, il contient notamment l'identité et les coordonnées de l'indicateur, l'évaluation de fiabilité qui en a été faite, les données utiles à son évaluation (mais sans qu'elles soient mises en corrélation avec les informations fournies), l'indication des dossiers dans lesquels il est intervenu.

<sup>(172)</sup> En pratique, cette mission lui est réservée à l'exclusion de l'officier de la police locale qui l'assiste.



On observera que cette tâche est confiée au gestionnaire local des indicateurs, sans contrôle spécifique du procureur du Roi, alors que celui-ci pourrait, pour quelque raison que ce soit, estimer devoir écarter *a priori* cet indicateur potentiel;

10) Il veille à ce que, lors de chaque contact physique avec un indicateur, deux fonctionnaires de police soient toujours présents, sauf dans des circonstances exceptionnelles dont il sera immédiatement informé par le fonctionnaire de contact (article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 4). L'exposé des motifs justifie la présence d'un deuxième fonctionnaire de contact par la nécessité de protéger le premier de toute tentative de manipulation et de se tenir à tout moment à sa disposition<sup>(173)</sup>;

11) Il est informé par les fonctionnaires de contact de tous les contacts qu'ils ont avec un indicateur et des informations recueillies (article 5, paragraphe 2);

12) Il reçoit des fonctionnaires de contact tous les éléments relatifs à la fiabilité de l'indicateur (article 5, paragraphe 3).

L'article 3, paragraphe 4, de l'arrêté royal précise encore que le gestionnaire local des indicateurs remplit sa mission en collaboration étroite avec l'officier de la police locale qui l'assiste en ce qui concerne les indicateurs et les fonctionnaires de contact de la police locale. En outre, il est soumis au code de déontologie pour le recours aux indicateurs (article 3, paragraphe 6).

#### b) Les officiers de la police locale qui assistent le gestionnaire local des indicateurs

Ce sont des officiers de la police locale assistant le gestionnaire local des indicateurs qui exerceront en première instance un certain nombre de tâches incombant à celui-ci (article 6, paragraphe 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 26 mars 2003).

Les missions de l'officier de la police locale qui assiste le gestionnaire local des indicateurs peuvent être synthétisées de la manière suivante:

- 1) Assurer les contacts avec le magistrat des méthodes particulières de recherche en matière de recours aux indicateurs;
- 2) Assurer le contrôle permanent de la fiabilité des indicateurs enregistrés à leur niveau dans le système;
- 3) Procéder à l'évaluation des indicateurs;
- 4) Veiller à la protection de l'identité des indicateurs;
- 5) Assurer la tenue du dossier confidentiel et personnel de chaque indicateur;

<sup>(173)</sup> Doc. parl., Ch., 50-1688/001, p. 45.

6) Veiller au bon fonctionnement des fonctionnaires de contact concernés et à leur sécurité;

7) Veiller à ce que chaque fonctionnaire de contact suive la formation adéquate et fasse l'objet d'une évaluation annuelle;

8) Être informé par écrit par le fonctionnaire de contact qui entre en contact avec une personne susceptible de devenir un indicateur; décider si cette personne est considérée comme un indicateur, mais, sauf autre arrangement pris avec le gestionnaire local des indicateurs moyennant accord préalable du magistrat M.P.R., il ne peut désigner un fonctionnaire de contact<sup>(174)</sup>;

9) Veiller à ce que, lors de chaque contact physique avec un indicateur, deux fonctionnaires de contact soient toujours présents, sauf circonstances exceptionnelles dont le gestionnaire local des indicateurs (ou lui-même) sera immédiatement informé par le fonctionnaire de contact<sup>(175)</sup>;

10) Être informé par écrit par le fonctionnaire de contact de tous les contacts qu'il a avec un indicateur et des informations fournies;

11) Recevoir des fonctionnaires de contact tous les éléments relatifs à la fiabilité des indicateurs;

12) Tenir ponctuellement informé le gestionnaire local des indicateurs (article 6, paragraphe 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 26 mars 2003), ce qui constitue son obligation la plus spécifique.

Comme le gestionnaire national des indicateurs, le gestionnaire local et les fonctionnaires de contact, l'officier de la police locale assistant le gestionnaire local des indicateurs est tenu de respecter le code de déontologie (article 6, paragraphe 3).

### 5.3.3.2.3. Rapports au procureur du Roi

#### a) Rapport général

L'article 47*decies*, paragraphe 5, du Code d'instruction criminelle prévoit que «Le gestionnaire local des indicateurs fait un rapport général au procureur du Roi à sa demande, au moins tous les trois mois, concernant le recours aux indicateurs au sein du service judiciaire déconcentré et des corps de police locale de l'arrondissement».

Les travaux préparatoires précisent que ce rapport est fait à la demande du procureur du Roi *et* au moins tous les trois mois<sup>(176)</sup>.

<sup>(174)</sup> En pratique, ces missions semblent réservées au gestionnaire local des indicateurs, à l'exclusion de l'officier de la police locale qui l'assiste.

<sup>(175)</sup> On peut faire la même observation qu'à la note précédente.

<sup>(176)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 79; il faut toutefois se référer à la version néerlandaise, car le texte français parle de trois fois par mois.

Le rapport général périodique confidentiel qui est établi par le gestionnaire local (et non par l'officier de la police locale qui l'assiste) à l'intention du procureur du Roi vise à ce que celui-ci soit constamment informé du recours qui est fait dans son arrondissement aux indicateurs de telle manière qu'il puisse exercer un contrôle effectif et permanent. La loi ne précise cependant rien quant au contenu du rapport.

#### b) Rapports particuliers

À côté de ce rapport général, le gestionnaire local des indicateurs (et non l'officier de la police locale qui l'assiste) doit également faire «immédiatement rapport, par écrit, de manière détaillée, complète et conforme à la vérité au procureur du Roi si les renseignements des indicateurs révèlent de sérieuses indications d'infractions commises ou sur le point d'être commises» (article 47*decies*, paragraphe 6, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.). Il ne s'agit donc plus d'un rapport général concernant l'ensemble des contacts avec les indicateurs, mais bien d'un rapport propre à une affaire qui, comme le rapport général, est confidentiel. L'obligation du rapport particulier concerne les informations utilisables, c'est-à-dire en relation avec des faits concrets, pouvant être localisés dans le temps et dans l'espace ou imputés à une personne déterminée. Le procureur du Roi peut décider de dresser ou non procès-verbal de ces renseignements.

Ce faisant, il est dérogé à l'article 28*ter*, paragraphe 2, dernière phrase, qui prévoit, à propos du traitement policier autonome, que lorsque les recherches ont un intérêt pour une information ou une instruction en cours dans un autre arrondissement, l'autorité judiciaire concernée est immédiatement informée par les officiers et agents de police judiciaire agissant d'initiative et par le procureur du Roi. Dans le contexte d'informations recueillies par le biais d'indicateurs, seul le procureur du Roi dont dépend le fonctionnaire de contact est informé par le gestionnaire local des indicateurs; ce sera le procureur du Roi qui informera son collègue ou le juge d'instruction concerné conformément à l'article 47*decies*, paragraphe 6, dernier alinéa, qui sera examiné ci-dessous <sup>(177)</sup> <sup>(178)</sup>.

#### c) Dossier «séparé»

Le procureur du Roi conserve ces rapports dans un dossier que le législateur appelle «dossier séparé» auquel il est le seul à avoir accès, sous réserve du droit de consultation consacré par l'article 56*bis* au profit du juge d'instruction

<sup>(177)</sup> Ce système pourrait être source de conflits entre les procureurs du Roi concernés, et surtout entre procureur du Roi et juge d'instruction.

<sup>(178)</sup> Si le procureur du Roi décide de communiquer l'information à son collègue d'un autre arrondissement, le gestionnaire local des indicateurs fera de même à l'égard de son homologue de l'arrondissement concerné. Ce système laisse entrevoir les problèmes de communication des informations pouvant surgir entre les services de police, problèmes auxquels la loi sur la fonction de police, telle que complétée par la loi du 17 novembre 1998, avait essayé de remédier. Sur cette question, voy. C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, éd. Larcier, 2003, pp. 260-261.

pour les affaires dont il est saisi. Ce dossier est couvert par le secret professionnel (article 47*decies*, paragraphe 6, alinéa 3, du C.i.cr.), disposition sans doute inutile puisqu'il fait partie des pièces de l'information couvertes par le secret dont la violation est déjà sanctionnée par l'article 28*quinquies*, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle qui renvoie à l'article 458 du Code pénal. Pour autant que ce dossier contienne effectivement toutes les données relatives aux indicateurs (identité, évaluation de fiabilité, *etc.*), l'accès garanti au juge d'instruction permet de rétablir un certain équilibre, sous réserve qu'il ne pourra pas faire état de son contenu dans le cours de son instruction.

#### 5.3.3.2.4. Gestion des informations

Le procureur du Roi est informé par le rapport spécifique lorsqu'un indicateur a livré de sérieuses indications d'infractions commises ou sur le point d'être commises. C'est à lui qu'il appartient de décider si, en fonction de l'importance des informations fournies et en tenant compte de la sécurité de l'indicateur, il en dresse procès-verbal ou non. Un procès-verbal peut également être dressé d'office par le gestionnaire local des indicateurs ou par l'enquêteur tactique s'il concerne des informations concrètes ne justifiant pas de mesures particulières de protection. Si procès-verbal est dressé et qu'il porte sur une information ou une instruction en cours, c'est le procureur du Roi qui est chargé de le joindre au dossier répressif (article 47*decies*, paragraphe 6, dernier alinéa, du C.i.cr.).

Le statut des informations données par un indicateur n'est pas réglé par la loi; elle autorise de manière tout à fait générale la récolte de ces informations, en protégeant de manière rigoureuse l'anonymat de l'indicateur, mais sans plus. Habituellement, ces informations n'apparaîtront d'aucune manière au dossier. Si elles étaient jointes au dossier répressif sous la formule «il nous revient de source bien informée que...», il faudrait considérer qu'elles ne peuvent constituer une preuve, sauf à entendre l'indicateur comme témoin anonyme conformément à loi du 8 avril 2002, ce qui sera tout à fait exceptionnel. Si tel n'est pas le cas, cette information sera considérée comme un simple renseignement, point de départ de l'enquête permettant de rassembler des preuves<sup>(179)</sup>; en d'autres termes, l'information recueillie d'un indicateur aura le même statut qu'une dénonciation<sup>(180)</sup>.

<sup>(179)</sup> Voy. Cass., 26 mars 2003, *J.T.*, 2003, p. 482: les actes qui relèvent de la police judiciaire, de l'information et de l'instruction ne sont pas irréguliers et ne méconnaissent pas le principe général du droit au respect des droits de la défense du seul fait qu'ils font suite à des informations consignées dans un procès-verbal qui n'en précise pas la source.

<sup>(180)</sup> Voy. sur cette question Ch. DE VALKENEER, «L'appréciation des preuves recueillies à l'étranger», in *Poursuites pénales et extraterritorialité*, Union belgo-luxembourgeoise de droit pénal, dossier n° 8 de la *Rev. dr. pén.*, 2002, p. 209; M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, «La loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins», in *Rev. dr. pén.*, 2002, p. 721; voy. aussi Cass., 30 mai 1995, *Rev. dr. pén.*, 1996, p. 118.

Les informations qui ne feront pas l'objet d'un procès-verbal ne sont pas prises en considération par la loi et continueront, comme par le passé, à être traitées comme «informations douces». Les travaux préparatoires confirment que le but du législateur est de prévoir un contrôle sur la régularité des méthodes de recherche utilisées, mais non de régir le traitement des données<sup>(181)</sup>; celui-ci reste réglé par les articles 44/1 à 44/11 de la loi sur la fonction de police ainsi que par les circulaires d'application<sup>(182)</sup>.

### 5.3.3.3. LES FONCTIONNAIRES DE CONTACT

La loi ne dit presque rien des fonctionnaires de contact, si ce n'est que ce sont eux qui entretiennent des relations étroites avec l'indicateur (article 47*decies*, paragraphe 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.). Pour le surplus, il est précisé que les règles de fonctionnement les concernant sont établies par arrêté royal. C'est donc dans l'arrêté royal du 26 mars 2003 que l'on trouve quelques indications.

#### 5.3.3.3.1. Désignation

Pratiquement rien n'est dit dans l'arrêté royal sur les modalités de désignation des fonctionnaires de contact, si ce n'est que seuls des fonctionnaires de la police fédérale et locale formés à cet effet sont autorisés à entretenir des contacts avec des indicateurs (article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3)<sup>(183)</sup>. Chaque fonctionnaire de contact fera l'objet d'une évaluation annuelle particulière sous la responsabilité du gestionnaire local des indicateurs ou de l'officier de police judiciaire locale qui l'assiste (article 4, paragraphe 3, alinéa 2, et article 6, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>).

Lorsque le gestionnaire local a reçu des informations d'un fonctionnaire de contact relatives à un indicateur potentiel et qu'il estime devoir le considérer comme un indicateur effectif, il désigne un fonctionnaire de contact déterminé pour entretenir des contacts réguliers avec cet indicateur (article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2).

#### 5.3.3.3.2. Missions

Les obligations spécifiques des fonctionnaires de contact sont, quant à elles, énoncées de manière assez circonstanciée dans l'arrêté royal; elles sont pour un certain nombre la source des missions du gestionnaire local des indicateurs qui ont été évoquées ci-dessus:

<sup>(181)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 112.

<sup>(182)</sup> Voy. notamment *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 96 à 99.

<sup>(183)</sup> Rappelons que cette disposition entrera en vigueur au plus tard le premier jour du dix-huitième mois de la publication de l'arrêté royal au *Moniteur belge*, soit le 1<sup>er</sup> novembre 2004.

1) Chaque fois qu'il entre en contact avec une personne susceptible de devenir un indicateur, il doit en informer directement et par écrit le gestionnaire local des indicateurs (article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>) ou l'officier de la police locale qui l'assiste (article 6, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>);

2) Il ne peut, en principe, avoir un contact physique avec un indicateur que pour autant qu'il soit accompagné d'un autre fonctionnaire de contact; ce n'est que dans des situations exceptionnelles qu'il peut se trouver seul, mais dans ce cas, il doit en informer immédiatement le gestionnaire local des indicateurs (article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 4) ou l'officier de la police locale qui l'assiste (article 6, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>);

3) Il informe par écrit le gestionnaire local des indicateurs ou l'officier de la police locale qui l'assiste de tous les contacts qu'il a avec un indicateur et des informations qu'il a ainsi récoltées (article 5, paragraphe 2, et article 6, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>);

4) Il informe par écrit le gestionnaire local des indicateurs ou l'officier de la police locale qui l'assiste de tous les éléments relatifs à la fiabilité de l'indicateur (article 5, paragraphe 3).

Selon l'exposé des motifs, il appartient aussi au fonctionnaire de contact de «veiller à ce que l'informateur [lire l'indicateur] collecte uniquement des informations et s'efforce de s'abstenir de participer activement à tout acte criminel» car il ne s'agit pas d'un infiltrant civil échappant à une quelconque responsabilité pénale<sup>(184)</sup>.

Le fonctionnaire de contact agit conformément au code de déontologie qui lie tous les fonctionnaires de police impliqués dans le recours aux indicateurs (article 5, paragraphe 4)<sup>(185)</sup>. Ainsi, l'obligation pour le fonctionnaire de contact de respecter l'anonymat de l'indicateur, dont il connaît en toute hypothèse l'identité, ne résulte pas de la loi mais figurera certainement dans le code de déontologie. Comme on l'a vu, il appartient au gestionnaire local des indicateurs de veiller à la protection de l'identité des indicateurs.

#### 5.3.3.4. RÉTRIBUTION DE L'INDICATEUR

Il est évident qu'un indicateur ne collabore pas avec les services de police par simple souci citoyen; c'est d'ailleurs ce qui rend la gestion des indicateurs et des informations ainsi recueillies difficile et sujette à caution. Rien n'est cependant dit dans la loi à ce propos. Quant à l'arrêté royal, on y lit simplement à

<sup>(184)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 43. On rappellera cependant que l'expert civil n'échappe pas à sa responsabilité pénale s'il commet des infractions et ne peut être autorisé à en commettre.

<sup>(185)</sup> Voy. le code de déontologie du fonctionnaire de contact dans F. DEBUSSCHERE, «Le recours aux indicateurs», à paraître in *Memorialis Postal*, v° «Méthodes particulières de recherche», 2004, point 8.4.

l'article 2, paragraphe 5, que le gestionnaire national des indicateurs veille à l'uniformité des bénéfiques à octroyer aux indicateurs<sup>(186)</sup>.

Avant l'entrée en vigueur de la loi, la circulaire ministérielle relative aux techniques particulières de recherche fixait un certain nombre de lignes directrices<sup>(187)</sup>: paiement des primes subordonné à l'identification ou à la capture d'auteurs de faits délictueux ou à la découverte du produit ou de l'objet de l'infraction; paiement, en principe, *a posteriori*; paiement ne pouvant être générateur d'activités criminelles organisées ou provoquées dans le seul but d'obtenir une rétribution<sup>(188)</sup>. Ces consignes auraient pu être reprises dans la loi ou l'arrêté royal sans nuire à leur efficacité.

D'autres formes de contreparties peuvent être offertes à l'indicateur rapportant des informations utiles tel le classement sans suite d'infractions commises ou une certaine tolérance, la non-exécution de peines qui le frappent ou des avantages ou facilités en matière pénitentiaire, le bénéfice de mesures administratives en matière de droit de séjour, etc.<sup>(189)</sup>.

On ne peut que regretter le silence quasi complet du législateur sur cette délicate question de la rétribution, sous quelque forme que ce soit, de l'indicateur. Des balises auraient au moins dû figurer dans la loi. D'autre part, il faut être conscient que le fait, pour la défense, de pressentir qu'un indicateur est à l'origine de l'affaire ou est intervenu au cours de celle-ci, peut-être de manière significative, sans connaître son identité – ce qui, comme on l'a vu, est la condition même de son intervention – et en ignorant en outre la contrepartie obtenue par celui-ci constitue une source supplémentaire de suspicion à l'égard de l'enquête.

## 6. LES AUTRES MÉTHODES DE RECHERCHE

Comme on l'a indiqué en introduction, le législateur distingue deux grands types de méthodes selon qu'elles supposent ou non l'existence d'un dossier confidentiel; les travaux préparatoires fondent également la distinction sur le fait que la méthode porte ou non gravement atteinte aux droits et libertés fondamentaux; si tel n'est pas le cas, les garanties pourront être moindres.

<sup>(186)</sup> L'article 471 de la loi-programme du 24 décembre 2002 (*M.B.*, 31 décembre 2002) prévoyant un budget pouvant être utilisé par la police fédérale pour les opérations qui exigent la présentation d'une somme d'argent ne semble pas viser les indicateurs; voy. l'exposé des motifs de cette disposition dans *Doc. parl.*, Ch., 50-2124/007, p. 24.

<sup>(187)</sup> Deuxième rapport intermédiaire fait par MM. Coveliers et Desmedt au nom de la commission d'enquête parlementaire chargée d'enquêter sur la criminalité organisée en Belgique, intitulé «L'impact de la lutte contre la criminalité organisée, entre autres par l'utilisation de techniques spéciales d'enquête, sur l'organisation des services de police et du ministère public», *Doc. parl.*, Sénat, 1997-1998, 1-326/8, p. 46.

<sup>(188)</sup> Voy. C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, éd. Larcier, 2003, p. 263.

<sup>(189)</sup> *Idem*, p. 264.

Après avoir abordé les méthodes particulières de recherche au sens strict, à savoir l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs, il reste à passer en revue ce que la loi a appelé «les autres méthodes de recherche», c'est-à-dire l'interception et l'ouverture du courrier, les contrôles visuels discrets, les écoutes directes, l'intervention différée et la récolte des données concernant des comptes et transactions bancaires. L'on observera qu'à certains égards, il n'est vraiment pas possible de suivre le législateur lorsqu'il considère que ces dernières méthodes de recherche ne portent pas gravement atteinte aux droits et libertés individuels, à telle enseigne qu'elles n'appellent pas nécessairement de garanties particulières.

## 6.1. L'interception et l'ouverture du courrier

### 6.1.1. Nécessité d'une loi

Le législateur légalise et fixe la procédure d'interception, de saisie et d'ouverture du courrier dans le cadre d'une enquête pénale. En effet, le secret des lettres est protégé par l'article 29 de la Constitution et par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'interdiction de supprimer, d'ouvrir et de rendre public le contenu d'une lettre confiée à la poste est sanctionnée pénalement<sup>(190)</sup>.

L'inviolabilité du secret des lettres n'est cependant pas absolue comme en atteste notamment l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Selon cette disposition, des restrictions au droit au respect de la vie privée – dont fait partie le secret de la correspondance – sont admissibles pour autant que la loi le prévoit et que cela soit nécessaire dans une société démocratique notamment en vue d'assurer la sauvegarde de la sûreté publique, la défense de l'ordre ou la prévention des infractions pénales<sup>(191)</sup>. Il s'imposait donc d'adopter une loi précise, prévisible et accessible<sup>(192)</sup>.

### 6.1.2. Courrier concerné

L'article 46<sup>ter</sup>, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 4, du Code d'instruction criminelle définit la notion de courrier d'une manière un peu curieuse: «Il convient d'entendre par "courrier" au sens du présent article la poste aux lettres conformément à l'article 131, 4<sup>o</sup>, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques». Dans sa version initiale, cette disposition définissait le courrier comme «toute correspondance ou envoi, personnel ou

<sup>(190)</sup> Voy. les articles 151, 460 et 460<sup>bis</sup> du Code pénal et les articles 2, 28 et 29 de la loi du 26 décembre 1956 sur le service des Postes.

<sup>(191)</sup> En ce sens, voy. par exemple Cass., 7 octobre 1981, *Pas*, 1982, p. 1194 ou *R.W.*, 1982-1983, col. 721; Cass., 24 mai 1983, *Pas.*, 1983, p. 1063 ou *Rev. dr. pén.*, 1984, p. 583; Cass., 19 février 1985, *Pas.*, 1985, p. 753 ou *Rev. dr. pén.*, 1985, p. 763.

<sup>(192)</sup> Voy. par exemple *Cour eur.*, 24 avril 1990, *aff. Huwig et Kruslin c. France*, Série A, vol. 176.



impersonnel, écrit ou imprimé obtenu par un quelconque procédé de reproduction, clos ou non clos, sous bande ou à découvert, affranchi ou non, périodique ou non, déposé à titre onéreux ou gratuit par une personne physique ou morale en vue de sa distribution à un ou des tiers, en ce compris les correspondances dont le dépôt ou l'acheminement s'effectue, à la demande et aux frais du déposant, dans des conditions spécifiques, telles notamment la recommandation, la déclaration de valeur, l'accusé de réception, le traitement express ou accéléré, acheminé par toutes voies». Il faut cependant observer que l'article 131, 4° de la loi du 21 mars 1991 a été modifié par l'arrêté royal du 9 juin 1999<sup>(193)</sup> à telle enseigne qu'il n'a plus pour objet de définir la notion de courrier<sup>(194)</sup>. La loi actuelle se réfère donc à une disposition légale qui n'est plus en vigueur...

Les travaux préparatoires apportent encore quelques précisions puisqu'il y est énoncé que le terme courrier pris au sens large vise les courriers ouverts ou fermés, les cartes postales, imprimés, circulaires, paquets postaux, avis, télégrammes, envois recommandés, courriers transfrontaliers, etc.<sup>(195)</sup>. En revanche, n'est pas visé le courrier qui n'est pas (encore) remis à la poste<sup>(196)</sup>; est également exclu de l'article 46ter du Code d'instruction criminelle le courrier électronique puisqu'il est visé par les articles 90ter et suivants<sup>(197)</sup>.

Si l'on s'en tient à la volonté du législateur, et non à la lettre du texte, il faut sans doute en déduire, conformément aux travaux préparatoires, que n'est pas seulement concerné le courrier confié à la poste au sens le plus classique du terme, mais également celui remis à des sociétés privées<sup>(198)</sup>.

Le courrier concerné est tant celui qui est destiné au suspect, que celui qu'il envoie ou qui le concerne. Pour ce dernier, l'on observera que la notion est

<sup>(193)</sup> Il s'agit bien d'un arrêté royal, à savoir l'arrêté royal du 9 juin 1999 transposant les obligations découlant de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, M.B., 18 août 1999, p. 30697.

<sup>(194)</sup> Il est ainsi libellé: «Pour l'application du présent titre, on entend par: (...) 4° Points d'accès: les installations physiques, notamment les boîtes aux lettres mises à la disposition du public, soit sur la voie publique, soit dans les locaux du prestataire du service universel, où les envois postaux peuvent être confiés par des clients au réseau postal public».

<sup>(195)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 55.

<sup>(196)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 55.

<sup>(197)</sup> En ce qui concerne le courrier électronique, voy. notamment C. MEUNIER, «La loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique», in *Actualités du droit des technologies de l'information et de la communication*, C.U.P., vol. 45, 2000, pp. 35 et s. Pour le courrier au sein des prisons, voy. les articles 17 à 24 de l'arrêté royal du 21 mai 1965 portant règlement général des établissements pénitentiaires et les articles 58 à 63 de l'arrêté ministériel du 12 juillet 1971 portant instructions générales pour les établissements pénitentiaires.

<sup>(198)</sup> Et cela, en dépit du fait que la définition du courrier est reprise à la loi portant réforme de certaines entreprises publiques économiques; voy. *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 55 où il est dit «Le projet de loi vise uniquement les envois postaux confiés à un opérateur postal (la Poste ou une autre société de transport de courrier, comme les services de courrier, quel que soit le mode de transport)».

imprécise; le législateur aurait à tout le moins dû ajouter l'adverbe «directement». La nouvelle disposition s'applique ainsi au courrier qui n'émane pas nominativement du suspect ou qui ne lui est pas adressé nominativement et sur lequel ses nom et surnom ne figurent pas en tant que destinataire ou expéditeur, et les travaux préparatoires de citer comme exemple une correspondance adressée à une a.s.b.l. «impersonnelle» dont on suspecte néanmoins qu'elle sert de couverture à une organisation criminelle ou aux activités criminelles du suspect et derrière laquelle il se cache. L'interception du courrier a, dans ce cas, pour but de s'informer quant aux activités et aux contacts (criminels) d'un suspect, de se faire une idée de son réseau de relations, de son profil, de l'organisation criminelle à laquelle il appartient, de son rôle exact, etc. <sup>(199)</sup>.

On peut évidemment s'inquiéter, spécialement au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, du champ d'application aussi large et imprécis de l'article 46ter du Code d'instruction criminelle.

### 6.1.3. Distinction

Selon la nouvelle disposition, il y a lieu de distinguer l'interception et la saisie du courrier de la prise de connaissance de son contenu. La première mesure, en raison de son caractère moins attentatoire à la vie privée, entre en effet dans les pouvoirs du procureur du Roi, tandis que la seconde relève de la compétence du juge d'instruction, sauf en cas de flagrant délit.

#### 6.1.3.1. L'INTERCEPTION ET LA SAISIE DU COURRIER

L'article 46ter du Code d'instruction criminelle, en son paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, prévoit que «dans le cadre de la recherche des crimes et délits, le procureur du Roi peut intercepter et saisir le courrier confié à un opérateur postal, destiné à, provenant de ou concernant un suspect, s'il existe des indices sérieux que les infractions peuvent donner lieu à un emprisonnement correctionnel principal d'un an ou à une peine plus lourde».

##### 6.1.3.1.1. Champ d'application

L'interception et la saisie du courrier peut intervenir aussi bien au cours d'une enquête classique que dans le cadre d'une recherche proactive (article 46ter, alinéa 2, du C.i.cr.). Il est toutefois précisé que, dans ce dernier cas, le procureur du Roi vérifie s'il est satisfait aux conditions de l'article 28bis du Code d'instruction criminelle régissant précisément les recherches proactives <sup>(200)</sup>.

<sup>(199)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 83.

<sup>(200)</sup> *Voy. Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 83; *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 103.

#### 6.1.3.1.2. Autorité compétente

L'article 46<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle donne compétence au procureur du Roi pour ordonner l'interception et la saisie de courrier adressé par ou au suspect ainsi que du courrier le concernant. Il est évident que ces pouvoirs peuvent être exercés *a fortiori* par le juge d'instruction dans le cadre de son instruction.

La mise en œuvre concrète de la mesure décidée par le procureur du Roi ou le juge d'instruction pourra être assurée par tous les services de police<sup>(201)</sup>.

#### 6.1.3.1.3. Conditions

##### a) Proportionnalité

L'interception du courrier et sa saisie par le procureur du Roi ne sont autorisées que pour autant qu'il existe des indices sérieux que les infractions suspectées peuvent donner lieu à un emprisonnement correctionnel d'un an ou à une peine plus lourde (article 46<sup>ter</sup>, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.).

##### b) Subsidiarité

Aucune condition de subsidiarité n'est prévue par la loi.

Relevons que, à la différence de l'ouverture du courrier, aucune condition particulière n'est prévue pour l'interception et la saisie de courrier couvert par le secret professionnel.

#### 6.1.3.1.4. Modalités

##### a) Réquisition de l'opérateur postal

À l'instar de ce qui est prévu notamment en matière de repérages téléphoniques, le procureur du Roi peut, par une décision écrite et motivée, requérir le concours de l'opérateur postal; celui-ci est tenu de prêter son concours sans délai (article 46<sup>ter</sup>, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.). Dès lors que le courrier est intercepté par l'opérateur postal, le parquet procède à sa saisie conformément aux articles 35 à 39 du Code d'instruction criminelle régissant la saisie (article 46<sup>ter</sup>, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3, du C.i.cr.).

Le refus de prêter son concours à l'interception ou à la saisie du courrier suite à des réquisitions du parquet en ce sens est passible d'un emprisonnement de 8 jours à un an et d'une amende de 26 EUR à 10 000 EUR ou d'une de ces peines seulement (article 46<sup>ter</sup>, paragraphe 2, du C.i.cr.)<sup>(202)</sup>.

<sup>(201)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, pp. 72-73.

<sup>(202)</sup> Par application de l'article 5 du Code pénal, la responsabilité pénale de l'opérateur postal, en tant que société, pourrait être mise en cause (et non seulement celle des personnes physiques défaillantes), notamment dans l'hypothèse d'une organisation fautive de son service d'interception.

### b) Durée de la mesure

La durée de l'interception est fixée dans la décision qui ordonne à l'opérateur postal d'y procéder. La loi ne fixe aucune limite dans le temps à pareille mesure qui, si elle ne concerne pas un courrier particulier, peut donc se prolonger quasi indéfiniment.

### c) Secret

L'article 46ter, paragraphe 2, alinéa 3, prévoit que toute personne qui, du chef de sa fonction, a connaissance d'une interception ou d'une saisie de courrier ou qui y prête son concours est tenue de garder le secret, au risque de se voir appliquer les peines prévues en cas de violation du secret professionnel par l'article 458 du Code pénal. Sont aussi bien concernés les employés de la poste ou du service postal que tous les collaborateurs de justice (fonctionnaires de police, traducteurs, greffiers, etc.).

### d) Levée de la saisie

Si le procureur du Roi estime ne pas devoir maintenir la saisie de courriers interceptés, il les rend sans délai à l'opérateur postal pour qu'il soit procédé à leur envoi (article 46ter, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3, du C.i.cr.). On observera que le destinataire ou l'expéditeur du courrier n'est averti d'aucune manière des raisons du retard dans l'envoi<sup>(203)</sup>.

## 6.1.3.2. L'OUVERTURE DU COURRIER SAISI

L'article 88sexies du Code d'instruction criminelle prévoit, en son paragraphe 1<sup>er</sup>, que, dans le cadre d'une interception et d'une saisie de courrier, seul le juge d'instruction est habilité à l'ouvrir et à prendre connaissance de son contenu.

### 6.1.3.2.1. Champ d'application

L'article 88sexies trouve à s'appliquer chaque fois qu'il est possible d'intercepter et de saisir le courrier à destination ou en provenance du suspect, ainsi que le courrier le concernant.

### 6.1.3.2.2. Autorité compétente

Le pouvoir d'ouvrir le courrier intercepté et saisi et de prendre connaissance de son contenu appartient en principe exclusivement au juge d'instruction (article 88sexies, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.); la raison en est évidente dès lors que pareille mesure porte gravement atteinte à la vie privée sous l'angle

<sup>(203)</sup> Au risque de mettre la Poste en difficulté par rapport à ses engagements de célérité...

du droit au secret de la correspondance garanti notamment par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Rien ne fait obstacle à ce que le juge d'instruction soit saisi par la voie de la mini-instruction<sup>(204)</sup>.

Le procureur du Roi bénéficie du même pouvoir en cas de flagrant délit (article 88*sexies*, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du C.i.cr.), ce qui, en pratique, lui ouvre de larges possibilités.

#### 6.1.3.2.3. Conditions

Aucune condition spécifique n'est requise pour que le juge puisse procéder à l'ouverture de courrier saisi par le parquet. Il s'imposera toutefois qu'il vérifie au préalable que les conditions de l'interception et de la saisie ont été respectées; celles-ci s'imposent également à lui s'il ordonne lui-même l'interception et la saisie<sup>(205)</sup>.

#### 6.1.3.2.4. Modalités

Lorsque le juge d'instruction estime devoir maintenir la saisie de lettres ou autres documents confiés à la poste qui ont été interceptés (que ce soit par le parquet ou par lui-même), l'article 88*sexies*, paragraphe 2, du Code d'instruction criminelle décrète qu'il «est procédé conformément aux dispositions des articles 87 à 90». Ces articles visent effectivement la saisie, mais aussi la perquisition, les repérages téléphoniques, la recherche dans un système informatique, ainsi que le contrôle visuel discret! Il est évident que le renvoi à ces dernières dispositions constitue une erreur, d'autant plus que, comme on l'a vu, les travaux préparatoires excluent par exemple expressément le courrier électronique du champ d'application de l'article 46*ter*<sup>(206)</sup> et par voie de conséquence de l'article 88*sexies* du Code d'instruction criminelle.

Il est à noter que, si nécessaire, le juge d'instruction peut évidemment requérir la collaboration d'un opérateur postal en vertu de l'article 56, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle qui lui permet de poser des actes de police judiciaire ou d'information<sup>(207)</sup> et ainsi d'intercepter le courrier si ce n'était chose faite à l'initiative du parquet.

#### 6.1.3.2.5. Le courrier des avocats et médecins

Comme pour les autres mesures d'instruction susceptibles de porter gravement atteinte au secret professionnel des avocats et médecins, le législateur a

<sup>(204)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 85.

<sup>(205)</sup> En ce sens, C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, éd. Larcier, 2003, p. 397.

<sup>(206)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 103.

<sup>(207)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 85.

prévu une disposition particulière: l'ouverture du courrier émanant ou destiné à des avocats ou à des médecins ou les concernant n'est possible que si eux-mêmes sont soupçonnés d'avoir commis une infraction punissable d'un emprisonnement correctionnel d'un an ou d'une peine plus lourde, conformément à ce qui est requis par l'article 46ter. L'ouverture du courrier ne pourra avoir lieu sans que le bâtonnier ou le représentant de l'Ordre provincial des médecins en soit averti (article 88sexies, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3, du C.i.cr.). Cette dernière règle – nécessaire – ne résout cependant pas la question de savoir qui est habilité à déterminer ce qui, dans le courrier saisi et ouvert, est couvert par le secret professionnel faisant obstacle à toute utilisation en justice<sup>(208)</sup>.

On observera que si c'est le client de l'avocat – et non l'avocat lui-même – qui est suspecté, aucune protection particulière ne couvre le courrier qu'il adresse à son avocat, ce qui n'est évidemment pas sans poser problème dans la mesure où il est admis que ce courrier est couvert par le secret professionnel<sup>(209)</sup>.

#### 6.1.3.2.6. Levée de la saisie

À l'instar de ce qui est prévu pour le parquet dans le cadre d'une interception du courrier, l'article 88sexies, paragraphe 2, précise que si le juge d'instruction estime ne pas devoir maintenir la saisie, par exemple pratiquée par le ministère public, il rend sans délai les pièces à l'opérateur postal pour envoi.

## 6.2. Les contrôles visuels discrets

### 6.2.1. Notion

À côté des observations systématiques, la loi du 6 janvier 2003 organise également, dans un article 89ter du Code d'instruction criminelle, ce qu'elle appelle «les contrôles visuels discrets». Il s'agit pour les enquêteurs de pénétrer dans un lieu privé, à l'insu du propriétaire ou de son ayant droit, ou de l'occupant<sup>(210)</sup>, ou sans le consentement de ceux-ci<sup>(211)</sup>, en vue d'inspecter les lieux, de réunir des preuves ou d'installer des moyens techniques dans le cadre d'une observation. Ici encore, en raison de la protection particulière dont jouit le

<sup>(208)</sup> On pourrait s'inspirer de la pratique en matière de perquisitions; sur cette question, voy. A. JACOBS, «L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de perquisitions», in *Tendances actuelles du droit pénal*, Union belgo-luxembourgeoise de droit pénal, éd. Mys & Breesch, 2000, spéc. pp. 71-72 et les références citées.

<sup>(209)</sup> En ce sens, C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, éd. Larcier, 2003, p. 397.

<sup>(210)</sup> Sont visés le propriétaire, le locataire, l'usufruitier, le possesseur, le preneur, l'utilisateur, etc. (*Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 87).

<sup>(211)</sup> Si la mesure est pratiquée de l'accord des occupants, elle n'appelle pas d'autorisation particulière; en ce sens, C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, éd. Larcier, 2003, p. 348.

domicile, tant en vertu de la Constitution et du Code pénal que de la Convention européenne des droits de l'homme, une loi était nécessaire.

En pratique, le contrôle visuel discret constituera très souvent le préalable à une observation ayant recours à des moyens techniques. Si l'observation peut perdurer pendant un certain temps, le contrôle visuel discret, quant à lui, est ponctuel.

Dans le cadre d'un contrôle visuel discret, il est permis d'endommager portes, fenêtres ou serrures aux fins de pénétrer dans les lieux, mais uniquement dans la mesure nécessaire et à charge d'indemnisation ultérieure<sup>(212)</sup>.

Le contrôle visuel discret se différencie de la perquisition par son caractère secret et en ce qu'elle ne vise pas à la saisie d'objets ou de pièces utiles à la manifestation de la vérité. Cette nouvelle possibilité a néanmoins été vivement contestée au cours des débats parlementaires dans la mesure où elle peut être analysée comme une perquisition déguisée, pouvant de surcroît être ordonnée par le biais de la mini-instruction, alors qu'elle est gravement attentatoire à la vie privée et constitue une violation de domicile caractérisée<sup>(213)</sup>. Dans la pratique, il sera parfois difficile de déterminer la frontière entre le contrôle visuel discret et la perquisition qui obéit à ses règles propres<sup>(214)</sup>, ce qui ferait penser qu'en cas de doute, un mandat de perquisition sera de nature à éviter les contestations.

Il faut souligner que le législateur assimile à une pénétration dans un lieu privé l'usage de moyens techniques, tels des caméras, visant les mêmes finalités que le contrôle visuel discret (article 89ter, paragraphe 4, du C.i.cr.). Il en est ainsi du placement de caméras à l'extérieur d'une habitation en vue d'effectuer des contrôles discrets à l'intérieur de celle-ci<sup>(215)</sup>; il en est de même de l'utilisation d'un endoscope ou d'une lunette à rayons infrarouges pour regarder à l'intérieur d'un lieu privé, ou du forage d'un trou dans un mur ou un toit à partir duquel il est possible de regarder à l'intérieur du lieu<sup>(216)</sup>. D'après les travaux préparatoires, dès lors qu'un moyen technique autre que ceux visés à l'article 47sexies, paragraphe 1er, alinéa 3, définissant les moyens techniques dans le cadre de l'observation est utilisé, il faut considérer qu'il y a contrôle visuel discret si une des finalités de cette mesure est recherchée; le nombre de ces moyens est illimité<sup>(217)</sup>.

<sup>(212)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 87.

<sup>(213)</sup> *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-1260/4, pp. 11-12; *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 128.

<sup>(214)</sup> Voy. en ce sens *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 20.

<sup>(215)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 107.

<sup>(216)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 87-88. En ce qui concerne le dernier exemple, les travaux préparatoires précisent qu'il semble devoir être considéré comme un contrôle visuel discret vu qu'un moyen technique – un foret, c'est-à-dire un outil permettant de faire des trous dans le bois, le métal ou la pierre – est utilisé.

<sup>(217)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 88.

## 6.2.2. Champ d'application

### 6.2.2.1. ENQUÊTE PROACTIVE

Le contrôle visuel discret n'est pas autorisé par la loi dans le cadre de la recherche proactive<sup>(218)</sup>. Cela peut paraître curieux dans la mesure où il intervient souvent en préparation d'une observation ou d'une infiltration qui, elles, sont admises dans une perspective proactive. Cela peut cependant se comprendre dans la mesure où, comme nous allons le voir, le contrôle visuel discret ne peut être autorisé que dans le cadre d'une instruction.

### 6.2.2.2. NOTION DE LIEU PRIVÉ

Il faut tout d'abord observer que la loi ne limite pas son champ d'application quant aux personnes pouvant faire l'objet de la mesure<sup>(219)</sup>; rien ne semble donc empêcher que le domicile d'un tiers par rapport au suspect soit soumis à un contrôle visuel discret.

Dès lors que le contrôle visuel se déroule dans un lieu public, cela ne pose aucun problème, en dépit du caractère secret de la mesure: l'article 26 de la loi sur la fonction de police donne toujours le droit aux fonctionnaires de police de pénétrer dans les lieux accessibles au public ainsi que dans les immeubles abandonnés afin d'y accomplir des missions de police judiciaire. Pour rappel, un lieu public est celui qui est accessible à tous, tel le hall d'un hôpital, d'une gare, l'espace d'achat d'un magasin, la salle d'un café, d'un restaurant ou la salle de danse d'une discothèque<sup>(220)</sup>.

De l'exposé des motifs, il résulte que le lieu privé recouvre la notion de domicile ainsi que ses dépendances. Il y a lieu de se référer à la jurisprudence pour cerner la notion de domicile<sup>(221)</sup>, à savoir le lieu, en ce compris les dépendances propres y encloses, occupé par une personne en vue d'y établir sa demeure ou sa résidence réelle et où elle a droit, à ce titre, au respect de son intimité, de sa tranquillité et plus généralement de sa vie privée<sup>(222)</sup>. Lors des débats parlementaires, le ministre étend cependant cette notion en y ajoutant, dans la ligne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>(223)</sup>, les bureaux qui se situent en dehors du domicile<sup>(224)</sup>.

(218) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 86.

(219) Ce que critiquait le Conseil d'État: *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 145.

(220) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 57.

(221) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 57-58.

(222) Cass., 21 octobre 1992, *Pas.*, 1993, n° 673; Cass., 23 juin 1993, *Pas.*, 1993, p. 613; *Rev. dr. pén.*, 1994, p. 208; *J.L.M.B.*, 1993, p. 1058; *R.W.*, 1993-1994, col. 467; Cass., 21 avril 1998, *Pas.*, 1998, p. 204.

(223) Voy. par exemple Cour eur., 15 juillet 2003, aff. *Ernst c. Belgique*, paragraphes 109 et s.

(224) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 31.



En ce qui concerne les dépendances, l'exposé des motifs<sup>(225)</sup> vise les lieux faisant immédiatement partie du domicile et ayant un caractère clos, tels les garages, écuries, cours et terrains clos, tout en renvoyant aux articles 480 et 481 du Code pénal<sup>(226)</sup>.

### 6.2.3. Finalités

Le contrôle visuel discret n'est autorisé par la loi qu'en vue de finalités précises énoncées à l'article 89ter, paragraphe 2, du Code d'instruction criminelle, à savoir:

1) Inspecter les lieux et s'assurer de la présence éventuelle de choses qui forment l'objet d'une infraction, qui ont servi ou qui sont destinées à en commettre une ou qui ont été produites par une infraction, des avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, des biens et valeurs qui leur ont été substitués et des revenus de ces avantages investis. L'on observera que sont ainsi concernés les biens qui peuvent donner lieu à confiscation en vertu de l'article 42 du Code pénal. Le but de cette mesure est de permettre aux fonctionnaires de police d'inspecter les lieux sans toutefois les fouiller véritablement, afin de détecter des objets suspects ou prohibés ou des traces d'infractions qui ont été commises, ce que l'exposé des motifs résume par l'expression «inspection investigatrice»<sup>(227)</sup>; ainsi, le contrôle visuel discret peut, par exemple, consister à vérifier si le butin d'une infraction peut être trouvé dans les lieux de manière à orienter l'instruction de manière plus certaine<sup>(228)</sup>;

2) Réunir les preuves de la présence des choses énumérées au 1). Cette deuxième finalité va évidemment de pair avec la première et doit donc être comprise dans ce cadre<sup>(229)</sup>. Le contrôle visuel discret permet de prendre des photos ou de filmer les lieux. Il implique également la possibilité d'ouvrir des emballages (mais pas de fracturer des armoires ou des portes)<sup>(230)</sup>, de recueillir

<sup>(225)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 57-58.

<sup>(226)</sup> L'article 480 définit les dépendances comme «les cours, basses-cours, jardins et tous autres terrains clos, ainsi que les granges, écuries, et tous autres édifices qui y sont enfermés, quel qu'en soit l'usage, quand même ils formeraient un enclos particulier dans l'enclos général». L'article 481 répute dépendances «les parcs mobiles destinés à contenir du bétail dans la campagne, de quelque manière qu'ils soient faits (...) lorsqu'ils sont établis sur une même pièce de terre, avec les cabanes mobiles ou autres abris destinés aux gardiens».

<sup>(227)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 59. On peut évidemment s'interroger sur cette précision dans la mesure où, en général, les choses et biens visés ne sont pas mis en évidence; C. DE VALKENNEER en déduit qu'il n'y aurait entre la véritable fouille et l'inspection investigatrice qu'une différence de mots (*Manuel de l'enquête pénale*, éd. Larcier, 2003, p. 345).

<sup>(228)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 59.

<sup>(229)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 59.

<sup>(230)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 60.

des traces<sup>(231)</sup> ou des échantillons d'une substance pour en déterminer la composition<sup>(232)</sup>. À titre d'exemple, des fonctionnaires de police qui, à l'occasion d'un contrôle visuel discret, découvrirait une quantité suspecte de poudre blanche ou de substances liquides pourraient en prélever un échantillon afin de pouvoir déterminer avec certitude s'il s'agit de drogues ou d'hormones; dans le même ordre d'idées, les membres des services de police pourraient aussi pénétrer dans un garage pour prélever des traces de pneu d'un véhicule signalé dans un braquage<sup>(233)</sup>. Il est à noter que le contrôle visuel discret ne peut viser que la présence de choses et non de personnes; il n'est donc pas possible de procéder à des prélèvements A.D.N. par ce biais<sup>(234)</sup>. Habituellement, au vu de la finalité du contrôle visuel discret qui ne constitue qu'une étape dans l'identification d'une structure criminelle, de ses membres, de son organisation, etc., les fonctionnaires de police n'interviendront pas immédiatement, et cela sur la base d'une autorisation d'intervention différée délivrée préalablement par le procureur du Roi (ou le juge d'instruction) conformément à l'article 40bis du Code d'instruction criminelle (voir *infra*). Ce n'est qu'à titre exceptionnel que le contrôle visuel discret donnera lieu à des saisies immédiates selon les règles habituelles<sup>(235)</sup>;

3) Installer dans le cadre d'une observation un moyen technique. On se rappellera que l'article 47sexies, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3, définit le moyen technique utilisé dans ce contexte comme «une configuration de composants qui détecte des signaux, les transmet, active leur enregistrement et enregistre les signaux, à l'exception des moyens techniques utilisés dans le cadre des écoutes téléphoniques». Il va de soi que la loi autorisant les fonctionnaires de police à pénétrer dans un lieu privé pour y placer des moyens techniques leur permet également de s'y introduire pour récupérer le matériel<sup>(236)</sup>.

#### 6.2.4. Autorité compétente

Seul le juge d'instruction a le pouvoir d'autoriser un contrôle visuel discret. Il peut cependant être saisi par mini-instruction, mais avec la particularité que, dans ce cas, il ne peut se réserver l'affaire après avoir ordonné la mesure (article 28septies, alinéa 3, du C.i.cr.). Il ne conserve donc, comme seul pouvoir, que de refuser ou d'ordonner le contrôle.

(231) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 59 et 105.

(232) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 106.

(233) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 59.

(234) En ce sens, C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, éd. Larcier, 2003, p. 348.

(235) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 59-60.

(236) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 60.

## 6.2.5. Conditions

### 6.2.5.1. CONDITION GÉNÉRALE

Le contrôle visuel discret ne peut être ordonné par le juge d'instruction que pour des lieux où, sur la base d'indications précises, on suppose que se trouvent des choses susceptibles de donner lieu à pareil contrôle<sup>(237)</sup>, que des preuves peuvent être collectées ou dont on suppose qu'ils sont utilisés par des personnes suspectes.

### 6.2.5.2. PROPORTIONNALITÉ

Compte tenu du fait que le contrôle visuel discret porte gravement atteinte aux droits et libertés fondamentaux, il ne peut être ordonné que, d'une part, s'il existe des indices sérieux, et d'autre part, si ceux-ci concernent des faits punissables qui constituent ou constitueraient une infraction visée à l'article 90ter, paragraphe 2 à 4, du Code d'instruction criminelle, c'est-à-dire un fait pouvant justifier une écoute téléphonique<sup>(238)</sup>, ou qui sont commis ou seraient commis dans le cadre d'une organisation criminelle incriminée par l'article 324bis du Code pénal (article 89ter, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.).

Ici encore, l'on peut s'interroger sur la pertinence de la référence à l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, à la fois trop large et trop restreint.

### 6.2.5.3. SUBSIDIARITÉ

L'article 89ter, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code d'instruction criminelle exige que les autres moyens d'investigation ne semblent pas suffire à la manifestation de la vérité. On pourrait reproduire ici les précisions et observations formulées précédemment à propos de pareille condition.

## 6.2.6. Modalités

### 6.2.6.1. MISE EN ŒUVRE

La mesure ne pourra être mise en œuvre, concrètement, que par les unités spéciales de la police fédérale, sauf lorsque le contrôle visuel discret peut avoir lieu sans l'utilisation de moyens techniques ou n'a pas pour objectif d'installer un moyen technique (il se limite, par exemple, à permettre à la police locale de jeter un coup d'œil dans des chambres d'hôtel, avec le concours du concierge, ou dans un garage qui n'est pas fermé à clé)<sup>(239)</sup>.

<sup>(237)</sup> Ce sont les choses visées à l'article 89ter, paragraphe 2, 1<sup>o</sup>, du Code d'instruction criminelle.

<sup>(238)</sup> Il est à noter que le texte parle de «délit» visé à l'article 90ter; il faut supposer qu'il ne s'agit là que d'une imperfection de plus du texte qui n'entend pas exclure les crimes!

<sup>(239)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 73.

#### 6.2.6.2. AUTORISATION

La décision de procéder à un contrôle visuel discret doit faire l'objet d'une ordonnance écrite et motivée autorisant les services de police à pénétrer dans les lieux (article 89<sup>ter</sup>, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.). Le texte précise que celle-ci doit être communiquée au procureur du Roi, ce qui va de soi selon les règles habituelles, puisque la décision sera susceptible de recours de la part de celui-ci.

L'ordonnance devra préciser le lieu concerné, l'infraction dont est soupçonné l'inculpé ainsi que les indices dont on dispose et en quoi la mesure semble devoir être privilégiée par rapport à d'autres moins attentatoires aux droits et libertés individuels.

En cas d'urgence, l'alinéa 2 de l'article 89<sup>ter</sup>, paragraphe 1<sup>er</sup>, du Code d'instruction criminelle prévoit que l'autorisation peut être donnée verbalement – ce qui est pour le moins curieux pour une ordonnance du juge d'instruction – pour autant qu'elle soit motivée (*sic*) et confirmée par écrit dans les plus brefs délais.

#### 6.2.6.3. DURÉE

Il n'est rien dit, dans la loi, quant à la durée de la mesure. Les travaux préparatoires renvoient à cet égard à la perquisition<sup>(240)</sup>, ce qui fait penser que l'ordonnance du juge d'instruction ne vaut que pour un contrôle visuel discret, c'est-à-dire une opération ponctuelle, tandis que si un nouveau contrôle visuel discret est requis, il exigera une nouvelle ordonnance motivée.

#### 6.2.6.4. MOMENT

Rien n'est dit dans la loi des temps pendant lesquels un contrôle visuel discret peut avoir lieu. Dans une conception protectrice des droits des personnes en l'absence de disposition dérogatoire et prenant toute la mesure du rapprochement que le législateur fait, à plusieurs égards, entre le contrôle visuel discret et la perquisition, il faut sans doute considérer que la règle générale inscrite dans la loi du 7 juin 1969<sup>(241)</sup> est d'application: il ne peut intervenir qu'entre 5 h et 21 h<sup>(242)</sup>, sauf cas de flagrant délit<sup>(243)</sup>. Cela ne sera pas sans

<sup>(240)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 104-105.

<sup>(241)</sup> Loi fixant le temps pendant lequel il ne peut être procédé à des perquisitions ou visites domiciliaires.

<sup>(242)</sup> En ce sens, C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, éd. Larcier, 2003, p. 348.

<sup>(243)</sup> Article 2 de la loi du 7 juin 1969; il faut sans doute y ajouter les autres exceptions prévues par cette disposition ainsi que par de nombreuses autres lois.

poser problème en pratique, dès lors que le placement de certains appareillages se fait toujours la nuit pour des raisons de sécurité et de discrétion<sup>(244)</sup>.

#### 6.2.6.5. DOSSIER RÉPRESSIF

Il est prévu, à l'article 89ter, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3, que, si le contrôle visuel discret intervient dans le cadre d'une observation ou d'une infiltration, l'ordonnance autorisant la mesure ainsi que les procès-verbaux y afférant seront joints au dossier répressif au plus tard après qu'il a été mis fin à la méthode particulière de recherche. Les parties pourraient donc avoir connaissance des pièces concernant le matériel technique mis en place, mais non du dossier confidentiel relatif à l'observation ou à l'infiltration elle-même.

Si le contrôle visuel discret était ordonné indépendamment de toute méthode particulière de recherche, l'ordonnance autorisant la mesure ainsi que les procès-verbaux dressés devraient être joints au dossier selon les règles habituelles. On peut supposer que, conformément au droit commun et en dépit du silence du texte, les parties y auront accès lors de la consultation mensuelle du dossier en cas de détention préventive – pour autant qu'il ait déjà été mis fin à la mesure, devrait-on ajouter – et en tout cas en vue du règlement de la procédure. En ce qui concerne l'inculpé non détenu et la partie civile, le juge d'instruction peut autoriser la consultation du dossier en partie seulement (article 61ter, paragraphe 3, du C.i.cr.) et donc exclure de cette manière l'accès aux pièces relatives à un contrôle visuel discret en cours.

La loi ne donne aucune précision quant au contenu des procès-verbaux et le cas échéant à la communication des enregistrements effectués au cours du contrôle visuel discret ni à leur transcription. On peut s'interroger également sur le sort à réserver aux notes prises au cours de la mesure et qui ne s'avèreraient pas pertinentes.

#### 6.2.7. Contrôle visuel discret dans les locaux d'un avocat ou d'un médecin

Comme pour plusieurs autres mesures, la loi réserve le cas des locaux utilisés à des fins professionnelles par un médecin ou un avocat ainsi que de sa résidence: en vertu de l'article 56bis, alinéas 3 et 4, du Code d'instruction criminelle, un contrôle visuel discret ne peut être ordonné par le juge d'instruction que si le médecin ou l'avocat est lui-même soupçonné d'avoir commis une des infractions prévues par l'article 90ter du Code d'instruction criminelle relatif aux écoutes téléphoniques ou dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324bis du Code pénal, ou si des faits précis laissent présumer que des

<sup>(244)</sup> Que l'on pense par exemple au placement d'une balise sur un véhicule.

tiers soupçonnés d'avoir commis une de ces infractions utilisent ses locaux ou sa résidence. La mesure ne pourra être exécutée sans que le bâtonnier ou le représentant de l'Ordre provincial des médecins en soit averti.

### 6.2.8. Contrôle visuel discret et méthodes particulières de recherche

Le contrôle visuel discret se combinera souvent avec une des méthodes particulières de recherche au sens strict, et en particulier avec l'observation ou l'infiltration. Ainsi, c'est par le biais du contrôle visuel discret que les fonctionnaires de police pourront placer une caméra ou un détecteur de mouvements dans un domicile privé ou dans un hangar en vue d'une observation ou pénétrer dans un entrepôt pour y placer un micro-émetteur sur un conteneur<sup>(245)</sup>. En pareil cas, les règles de l'observation ou de l'infiltration seront évidemment d'application<sup>(246)</sup>. L'on peut cependant craindre que la frontière entre le contrôle visuel discret et l'observation ne soit pas toujours nette, ce qui poussera les services de police à solliciter du magistrat l'autorisation «la plus avantageuse»<sup>(247)</sup>.

L'articulation entre le contrôle visuel discret et l'observation aux fins d'avoir une vue dans une habitation privée ne posera guère de difficultés du point de vue des conditions de l'un et de l'autre qui sont identiques. En revanche, l'observation constitue une méthode particulière de recherche appelant la constitution d'un dossier confidentiel, ce qui n'est pas le cas du contrôle visuel discret. Le juge d'instruction aura souvent des difficultés à motiver sa décision d'ordonner un contrôle visuel discret sans faire état des données consignées dans le dossier confidentiel de l'observation. Enfin, la mise en œuvre de l'observation – qu'elle ait été ordonnée par le parquet ou par le juge d'instruction – dépend exclusivement du procureur du Roi, tandis que l'exécution du contrôle visuel discret relève, selon les règles habituelles, de la compétence du juge d'instruction qui l'a ordonné. Ce double régime risque de donner lieu à quelques hésitations quant à la circulation des informations. Les mêmes remarques seront évidemment de mise lorsque le contrôle visuel discret sera organisé en cheville avec une infiltration<sup>(248)</sup>.

(245) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 60.

(246) *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-1260/4, p. 7.

(247) Ainsi, il n'est pas possible d'obtenir une autorisation verbale en matière d'observation ayant recours à des moyens techniques avec vue dans une habitation au bénéfice de l'urgence, alors que la possibilité en est expressément prévue pour le contrôle visuel discret; cette considération pourrait bien, en fait, déterminer la nature de l'opération...

(248) Sur cette problématique, voy. C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, éd. Larcier, 2003, p. 350.

### 6.3. Les écoutes directes

L'article 90<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle régit les écoutes téléphoniques. L'alinéa 1<sup>er</sup> en énonce la possibilité moyennant le respect de certaines conditions. La loi du 6 janvier 2003 introduit un deuxième alinéa organisant les écoutes directes qui, dès lors, sont soumises à toutes les règles relatives aux écoutes téléphoniques<sup>(249)</sup>.

La nouvelle disposition autorisant l'écoute directe est ainsi libellée: «En vue de permettre l'écoute, la prise de connaissance ou l'enregistrement de communications ou de télécommunications privées à l'aide de moyens techniques, le juge d'instruction peut également à l'insu ou sans le consentement de l'occupant, du propriétaire ou de ses ayants droit, ordonner la pénétration dans un domicile ou dans un lieu privé».

L'écoute directe peut donc avoir lieu dans un domicile ou un lieu privé. L'écoute directe en dehors d'un domicile ou d'un lieu privé et sans moyens techniques est toujours possible sans formalité ni autorisation particulière; ainsi, rien ne fait obstacle à ce qu'un membre des services de police se place de telle manière qu'il puisse, sans effort ni moyen particulier, écouter les conversations dans un café, parc ou hall d'hôtel<sup>(250)</sup>.

C'est l'écoute directe dans un lieu ou un domicile privé ayant recours à des moyens techniques qui fait l'objet de l'article 90<sup>ter</sup>, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, nouveau du Code d'instruction criminelle. En pratique, l'on aura le plus souvent recours à cette disposition pour placer un micro dans un lieu privé ou dans un domicile<sup>(251)</sup>. Le législateur, en légalisant l'écoute directe, tend aussi à apporter une réponse policière appropriée à une contre-stratégie de plus en plus utilisée dans les milieux criminels, à savoir l'encodage des conversations téléphoniques rendant leur écoute impossible<sup>(252)</sup>.

Dès lors, le juge d'instruction peut autoriser la violation de domicile ou la pénétration dans un lieu privé sans le consentement ou à l'insu de l'occupant en vue de mettre l'écoute directe en œuvre<sup>(253)</sup>.

<sup>(249)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 63 et 88. Sur ces règles, voy. M. DE SWAEF, «Tapverbod en tapvergunning - enkele kanttekeningen bij de "af luisterwet" van 30 juni 1994», in *R.W.*, 1995-96, pp. 449 et s.; H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, «La loi belge du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et télécommunications privées», in *Rev. dr. pén.*, 1995, pp. 301 et s.; D. VANDERMEERSCH, «Les modifications en matière de repérage et d'écoute de (télé)communications introduites par la loi du 10 juin 1998», in *Rev. dr. pén.*, 1998, pp. 1061 et s.; A. SADZOT, «Les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement des (télé)communications privées après la loi du 10 juin 1998», in *Le point sur les procédures (1<sup>re</sup> partie)*, C.U.P., vol. 38, 2000, pp. 301 et s.

<sup>(250)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 60-61.

<sup>(251)</sup> La légalité de cette pratique avait déjà été reconnue par la Cour de cassation: Cass., 26 mars 2003 (P03.0411.F/1), *Vigiles*, 2003, p. 144 et note S. VANDROMME.

<sup>(252)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 62.

<sup>(253)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 62.

### 6.3.1. Champ d'application

Comme on l'a relevé, l'écoute directe peut avoir lieu dans un domicile ou un lieu privé<sup>(254)</sup>. Le législateur donne à ces notions le même sens que dans le cas des contrôles visuels discrets<sup>(255)</sup>. Pour ce qui concerne les lieux privés, il peut s'agir des dépendances du domicile ou d'un garage, etc.<sup>(256)</sup>. Les travaux préparatoires donnent pour exemple une rencontre programmée entre criminels dans un entrepôt désaffecté ou dans un hangar retiré dont les services de police ont préalablement connaissance et où il semble opportun de dissimuler le matériel d'écoute nécessaire pour pouvoir ensuite écouter les discussions qui y sont menées<sup>(257)</sup>.

L'article 90<sup>ter</sup>, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle précise que ne peuvent faire l'objet d'une écoute téléphonique, et donc d'une écoute directe, que les personnes soupçonnées sur la base d'indices précis d'avoir commis l'infraction, les moyens de (télé)communication régulièrement utilisés par un suspect<sup>(258)</sup>, les lieux présumés fréquentés par un suspect, les personnes présumées, sur la base de faits précis, être en communication régulière avec un suspect.

Il est à noter que le texte initial prévoyait cette possibilité «à tout moment», autorisant par là la pénétration dans un domicile la nuit en cas de circonstances exceptionnelles<sup>(259)</sup>. Cette possibilité a été abandonnée, laissant penser que, à l'instar des perquisitions<sup>(260)</sup>, la pénétration dans un domicile ou dans un lieu privé n'est possible qu'entre 5 h et 21 h, sauf, notamment, en cas de flagrant délit<sup>(261)</sup>.

(254) Il y a tout lieu de penser que la loi s'applique également en cas d'écoute directe dans un domicile privé en ayant recours à des moyens techniques mais sans pénétrer dans le domicile; voy. sur cette question S. VANDROMME, «Écoutes directes de conversations dans un domicile à l'aide d'un moyen technique utilisé hors de celui-ci», note sous Cass., 26 mars 2003 (P.03.0411.F/1), *Vigiles*, 2003, p. 145.

(255) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 62.

(256) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 107.

(257) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 63.

(258) Une écoute directe pourrait se justifier si, dans une affaire particulière, il suffisait de prendre connaissance de ce que dit le suspect au téléphone, par exemple, sans qu'il soit besoin de connaître les propos de son interlocuteur; il pourrait également en être ainsi lorsqu'il n'est pas possible de procéder à une écoute téléphonique faute d'avoir pu identifier le numéro de GSM du suspect, même si l'écoute directe ne permettra de saisir qu'une partie de la conversation.

(259) *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 62-63.

(260) Les travaux préparatoires faisaient eux-mêmes référence à la loi du 7 juin 1969 fixant le temps pendant lequel il ne peut être procédé à des perquisitions ou visites domiciliaires en présentant le texte, dans sa version originale, comme une exception légale à cette disposition; l'exception ayant disparu du texte, il y a donc lieu de revenir au droit commun que constitue cette loi. En ce sens, C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, éd. Larcier, 2003, p. 290.

(261) Loi du 7 juin 1969 fixant le temps pendant lequel il ne peut être procédé à des perquisitions ou visites domiciliaires. Voy. d'autres exceptions à l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de cette loi.



### 6.3.2. Autorité compétente

Comme pour les écoutes téléphoniques, seul le juge d'instruction est compétent, sous réserve du pouvoir du procureur du Roi en cas de flagrant délit; on se rappellera en effet que, dans ce cas, le parquet peut ordonner une écoute téléphonique, et donc une écoute directe<sup>(262)</sup>, pour les infractions visées aux articles 347*bis* (prise d'otages) ou 470 (extorsion de fonds) du Code pénal, moyennant «confirmation» de la mesure par le juge d'instruction dans les 24 h (article 90*ter*, paragraphe 5, du C.i.cr.).

L'article 28*septies* du Code d'instruction criminelle exclut la mesure de surveillance prévue à l'article 90*ter*, qui vise dorénavant aussi les écoutes directes; en d'autres termes, il ne sera pas possible d'ordonner une écoute directe par le biais de la mini-instruction<sup>(263)</sup>.

### 6.3.3. Conditions

En dépit du caractère éminemment intrusif dans la vie privée, les conditions des écoutes directes sont celles prévues pour pouvoir procéder à des écoutes téléphoniques, sans autre exigence particulière. Rappelons tout d'abord la condition de proportionnalité voulant que seules les infractions rentrant dans la liste de l'article 90*ter*, paragraphe 2 à 4, du Code d'instruction criminelle peuvent donner lieu à une écoute téléphonique, et donc à une écoute directe; le juge d'instruction doit constater qu'il existe des indices sérieux que les faits dont il est saisi constituent une des infractions visée par cette liste. En outre, le principe de subsidiarité voulant que pareille mesure ne soit ordonnée que si les autres mesures d'investigation ne suffisent pas semble également s'appliquer (article 90*ter*, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.). Enfin, les nécessités de l'instruction exigent la mesure qui revêt un caractère exceptionnel (article 90*ter*, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.).

### 6.3.4. Modalités

Elles se calquent sur les modalités prévues pour les écoutes téléphoniques. On peut en rappeler les principales.

#### 6.3.4.1. DURÉE

L'article 90*quinquies* prévoit que la mesure ne peut être ordonnée que pour une durée ne dépassant pas un mois, renouvelable de mois en mois, avec un maximum de 6 mois.

<sup>(262)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 88.

<sup>(263)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 63.

Cette règle est moins stricte que son homologue en matière d'observation qui veut que la mesure ne puisse dépasser un mois; cela pourrait susciter quelque difficulté lorsque le contrôle visuel discret est organisé conjointement avec une observation ayant recours à des moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation privée.

#### 6.3.4.2. ORDONNANCE

L'article 90*quater*, paragraphe 1<sup>er</sup>, exige une ordonnance motivée et datée portant un certain nombre d'indications:

- les indices et faits concrets justifiant la mesure;
- les motifs concrets pour lesquels la mesure est indispensable;
- les personnes, le moyen de (télé)communication ou le lieu soumis à surveillance;
- la période;
- le nom et la qualité de l'officier de police judiciaire commis pour exécuter la mesure.

À défaut d'une de ces mentions, l'ordonnance est nulle ainsi que tout ce qui en découle.

#### 6.3.4.3. EXÉCUTION

L'exécution d'une écoute directe peut intervenir à tout moment. Elle est assurée par un officier de police judiciaire nommément désigné par le juge d'instruction; en ce qui concerne l'écoute directe, les travaux préparatoires précisent qu'il s'agit nécessairement d'un membre des unités spéciales de la police fédérale<sup>(264)</sup>. Celui-ci peut se faire assister par des agents (ou des officiers<sup>(265)</sup>) de police judiciaire moyennant communication préalable de leur nom au juge d'instruction (article 90*quater*, paragraphe 3); leur nom n'apparaîtra cependant pas au dossier répressif (article 90*quater*, paragraphe 3, alinéa 1<sup>er</sup>).

Toute mesure d'écoute directe devra nécessairement faire l'objet d'un enregistrement. Celui-ci est réalisé conformément à l'article 90*septies*: l'objet de la mesure ainsi que les jours et heures auxquelles elle a été exécutée sont enregistrés au début et à la fin de chaque enregistrement. Toutes les notes des enquêteurs qui exécutent la mesure et qui ne feront pas l'objet d'une transcription ou d'un procès-verbal sont détruites. Les enregistrements avec la transcription de ce qui a été estimé pertinent et sa traduction éventuelle ainsi que l'indication

<sup>(264)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 73. Sur la répartition des tâches et responsabilités au sein des services de police, voy. J.-L. TRULLEMANS, article à paraître in *Memorialis Postal*, v° «Méthodes particulières de recherche», 2004, points 5.3 à 5.8.

<sup>(265)</sup> Sur cette question, voy. C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, éd. Larcier, 2003, p. 291.

des sujets abordés dans les conversations estimées non pertinentes, de même que les copies des procès-verbaux sont conservés sous pli scellé au greffe.

Tous les cinq jours au moins, l'officier de police judiciaire chargé de l'exécution de la mesure a l'obligation d'adresser un rapport écrit au juge d'instruction (article 90*quater*, paragraphe 3, alinéa 2).

Une nouvelle mesure sera possible si des circonstances nouvelles et graves apparaissent. Dans ce cas, les mêmes conditions et formalités doivent être respectées, outre la motivation de ces nouvelles circonstances (article 90*quinquies*, alinéa 3).

#### 6.3.4.4. TRANSCRIPTION ET TRADUCTION

L'article 90*sexies* du Code d'instruction criminelle organise la transcription de l'enregistrement, la rédaction du procès-verbal et la traduction.

L'officier de police judiciaire transmet au juge d'instruction les enregistrements ainsi que la transcription intégrale des conversations (ou (télé)communications) après avoir effectué un premier tri et n'avoir retenu que les données qu'il juge pertinentes; il transmet en outre leur traduction éventuelle; il joint également l'indication des sujets abordés et des données d'identification pour les conversations et (télé)communications qu'il a jugées non pertinentes.

C'est au juge d'instruction qu'il appartient d'opérer la véritable sélection des données pertinentes pour son instruction; à cet effet, il ordonne, le cas échéant, des transcriptions et des traductions complémentaires. Il fait dresser procès-verbal du tout.

Les (télé)communications et conversations couvertes par le secret professionnel ne sont pas consignées dans un procès-verbal; leur enregistrement, transcription et traduction sont déposés sous pli scellé au greffe. Des dispositions particulières sont prévues à l'article 90*octies* pour les avocats et les médecins.

De manière générale, les enregistrements, transcriptions et traductions des données pertinentes sont conservés au greffe, ainsi que les indications relatives aux (télé)communications et conversations non pertinentes et les procès-verbaux. Toutes les autres notes sont détruites (article 90*septies*).

Les parties pourront demander, selon la procédure de l'article 61*quinquies*, à avoir accès à des enregistrements et transcriptions déposés au greffe mais non consignés dans un procès-verbal: le juge d'instruction statue sur leur demande et ordonne, le cas échéant, des transcriptions additionnelles (article 90*septies*, alinéas 6 à 8).

#### 6.3.5. Dossier répressif

Comme pour l'écoute téléphonique, l'ordonnance autorisant la mesure ainsi que les rapports de l'officier de police judiciaire et les procès-verbaux rela-

tifs à l'exécution de la mesure seront joints au dossier au plus tard après qu'il est mis fin à la mesure (article 90*sexies*, dernier alinéa, du C.i.cr.).

L'on observera que la loi du 6 janvier 2003 modifie l'article 90*quater*, paragraphe 3, du Code d'instruction criminelle fixant les modalités d'exécution des écoutes téléphoniques, et donc des écoutes directes: si l'officier de police judiciaire chargé de l'exécution de la mesure peut toujours se faire assister par des agents de police judiciaire en communiquant au préalable leur nom au juge d'instruction, pour des raisons évidentes de sécurité, l'identité de ces agents ne doit plus apparaître au dossier. En revanche, l'identité de l'officier de police judiciaire désigné par le juge d'instruction pour diriger la mise en œuvre de la mesure devra toujours être indiquée dans l'ordonnance et figurera ainsi au dossier. Cela peut se comprendre au vu de la responsabilité de ce dernier, chargé de faire le premier tri dans les éléments recueillis (article 90*sexies* du C.i.cr.).

### **6.3.6. Écoutes directes chez des avocats et médecins**

Comme pour d'autres mesures, des dispositions particulières sont prévues en vue de protéger le secret professionnel des avocats et des médecins (article 90*octies* du C.i.cr.).

#### **6.3.6.1. CONDITIONS**

Pour pouvoir procéder à une écoute directe (ou à une écoute ou à un enregistrement de (télé)communications), soit le médecin ou l'avocat doit être lui-même soupçonné d'avoir commis ou d'avoir participé à une des infractions visées à l'article 90*ter*, soit des faits précis laissent présumer que des tiers soupçonnés d'une de ces infractions utilisent ses locaux, sa résidence ou ses moyens de (télé)communications.

#### **6.3.6.2. MODALITÉS**

La mesure ne pourra être exécutée sans que le juge d'instruction en ait averti le bâtonnier de l'Ordre des avocats ou le représentant de l'Ordre provincial des médecins. Ils seront également informés par le juge d'instruction des éléments de conversations ou de (télé)communications qu'il estime relever du secret professionnel et qui ne sont, de ce fait, pas consignés au procès-verbal. Les enregistrements, transcriptions et traductions relatifs à des conversations couvertes par le secret professionnel sont déposés au greffe sous pli scellé.

### **6.3.7. Avertissement des personnes concernées**

Étant donné qu'ils n'ont à aucun moment accès au dossier, tant les tiers que les suspects non inculpés sont avertis par le greffier, sur réquisitions du ministère public, qu'ils ont fait l'objet d'une écoute directe (ou d'une écoute

téléphonique) au plus tard 15 jours après que la décision sur le règlement de la procédure est définitive (article 90*nonies* du C.i.cr.). Aucune sanction n'est prévue en cas d'omission de cette formalité.

### 6.3.8. Sanctions

Des sanctions pénales sont prévues par les articles 259*bis* et 314*bis* du Code pénal pour les écoutes, prises de connaissance et enregistrements de conversations et (télé)communications opérés hors du cadre des articles 90*ter* et suivants du Code d'instruction criminelle ainsi que pour les abus de ces mesures.

### 6.4. L'intervention différée

L'intervention différée se voit également légalisée par la loi du 6 janvier 2003 qui introduit un article 40*bis* dans le Code d'instruction criminelle ainsi libellé: «Le procureur du Roi peut, dans l'intérêt de l'information, autoriser les services de police à différer la saisie des auteurs présumés d'infractions et de toutes les choses visées à l'article 35» (c'est-à-dire susceptibles de saisie) <sup>(266)</sup>.

En pratique, cette mesure accompagnera souvent une méthode particulière de recherche au sens strict ou un contrôle visuel discret.

L'intervention différée comporte deux aspects: d'une part, la saisie différée de choses (envoi accompagné ou livraison surveillée <sup>(267)</sup> ou contrôlée <sup>(268)</sup>) et, d'autre part, la saisie différée des auteurs présumés d'infraction.

L'envoi accompagné ou la livraison contrôlée ou surveillée consiste à laisser se poursuivre, sous un contrôle policier permanent, un transport illégal de marchandises (souvent de la drogue) connu des services de police, en vue d'une intervention policière au lieu de destination finale ou à un point de contact <sup>(269)</sup>. Cette technique se caractérise, d'une part, par l'attitude plutôt passive des policiers qui laissent passer la marchandise prohibée ou d'origine délictueuse en surveillant les passeurs ou trafiquants <sup>(270)</sup>, les policiers ne commettant

<sup>(266)</sup> Cette méthode était déjà consacrée par l'article 73 de l'Accord de Schengen et par l'article 11 de la Convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, approuvée par la loi du 5 août 1993.

<sup>(267)</sup> Lorsqu'elle intervient dans le cadre d'une observation.

<sup>(268)</sup> Lorsqu'elle intervient dans le cadre d'une infiltration; on se rappellera que la livraison contrôlée, ainsi que la livraison assistée contrôlée, font partie des techniques policières visées à l'article 47*octies*, paragraphe 2, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle en vertu de l'arrêté royal du 9 avril 2003 relatif aux techniques d'enquête policières (M.B., 12 mai 2003).

<sup>(269)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 63-64.

<sup>(270)</sup> Attitude contraire à l'article 15 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police imposant aux fonctionnaires de police de procéder à la saisie des objets saisissables, et qui appelait donc une disposition dérogoire.

donc aucun fait punissable; d'autre part, avec l'accord du magistrat, leur obligation légale de saisie est reportée <sup>(271)</sup>.

La saisie différée d'auteurs présumés d'infractions intervient dans l'intérêt de l'enquête, c'est-à-dire par exemple lorsque cela permet de rassembler des éléments de preuve supplémentaires, soit d'identifier d'autres auteurs, soit de protéger les fonctionnaires de police chargés de l'exécution des méthodes particulières de recherche ou l'indicateur <sup>(272)</sup>.

#### 6.4.1. Autorité compétente

Le pouvoir d'autoriser une intervention différée est confié au procureur du Roi dans le cadre de l'information; le procureur fédéral et l'auditeur du travail ont évidemment le même pouvoir pour les dossiers de leur compétence. Il faut de toute évidence considérer que le juge d'instruction dispose, *a fortiori*, des mêmes pouvoirs (article 56, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3, du C.i.cr.) <sup>(273)</sup>.

#### 6.4.2. Conditions

Aucune condition particulière n'est fixée par la loi, si ce n'est que cette mesure doit être adoptée dans l'intérêt de l'information.

#### 6.4.3. Modalités

L'intervention différée est de la compétence de tout fonctionnaire de police <sup>(274)</sup>.

La loi du 22 avril 2003 octroyant la qualité d'officier de police judiciaire à certains agents de l'administration des douanes et accises a également reconnu aux agents revêtus de la qualité d'officiers de police judiciaire auxiliaires du procureur du Roi et de l'auditeur du travail le pouvoir d'avoir recours à l'intervention différée (article 4.1). Cette disposition pourrait donner lieu à quelques difficultés de coordination entre les services de police et l'administration des douanes.

L'intervention différée doit faire l'objet d'une autorisation écrite et motivée. En cas d'urgence, l'autorisation pourra être donnée verbalement, mais devra faire l'objet d'une confirmation écrite et motivée dans les plus brefs délais.

Il est à noter que si l'intervention différée accompagne une méthode particulière de recherche – ce qui sera le cas le plus fréquent – elle devra faire l'objet d'une décision distincte.

<sup>(271)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 64.

<sup>(272)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 64.

<sup>(273)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 89-90.

<sup>(274)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 73.

### 6.5. La récolte de données concernant des comptes bancaires et des transactions bancaires

Ici encore, le législateur, avec l'article 46<sup>quater</sup> du Code d'instruction criminelle, régleme une pratique qui, sans base légale, posait un certain nombre de problèmes, et en particulier le fait que les magistrats et enquêteurs dépendaient entièrement du bon vouloir des institutions bancaires qui, s'estimant tenues par le secret bancaire, n'entendaient communiquer d'informations qu'au juge d'instruction, ce qui rendait toute recherche proactive impossible. La loi ouvre cependant de nouvelles portes qui ne sont pas sans poser questions, comme on va le voir.

Alors que la perquisition permet de prendre connaissance et de saisir les données bancaires à un moment donné, l'on dispose ici d'une mesure dynamique, permettant notamment de suivre l'évolution des comptes d'un suspect ou concernant un suspect.

En pratique, cette mesure sera souvent utilisée dans le cadre des enquêtes relatives au blanchiment <sup>(275)</sup>, mais l'on constatera que son champ d'application est loin d'être aussi limité.

Au bénéfice de l'article 46<sup>quater</sup> du Code d'instruction criminelle, le parquet pourra requérir les renseignements suivants:

1) La liste des comptes bancaires, de quelque nature que ce soit, dont le suspect est le titulaire, le mandataire ou le véritable bénéficiaire et, le cas échéant, toutes les données à ce sujet. Dans ce cas, il s'agit d'un suspect donné et de comptes bancaires déterminés ou non dans une banque donnée <sup>(276)</sup>. Se pose évidemment le problème de savoir qui va déterminer les comptes dont le suspect est le véritable bénéficiaire; est-ce la banque?;

2) Les transactions bancaires qui ont été réalisées pendant une période déterminée sur un ou plusieurs de ces comptes bancaires, y inclus les renseignements concernant tout compte émetteur ou récepteur. Il s'agit bien ici d'une demande rétroactive: seules les opérations bancaires qui ont été effectuées au cours d'une période du passé bien définie sont examinées, et les travaux préparatoires de préciser qu'un contrôle financier est ainsi exercé sur les personnes «en contact financier» avec le suspect <sup>(277)</sup>, sans pour autant qu'il soit exigé qu'il y ait des indices d'infraction à charge du tiers. La loi ne délimite pas la période pour laquelle les mouvements de comptes doivent être communiqués; on observera cependant, qu'à la différence des opérateurs téléphoniques, les institutions bancaires n'ont pas d'obligation légale de conservation des données pendant un temps défini.

<sup>(275)</sup> Doc. parl., Ch., 50-1688/001, p. 107.

<sup>(276)</sup> Doc. parl., Ch., 50-1688/001, p. 65.

<sup>(277)</sup> Doc. parl., Ch., 50-1688/001, p. 65; les travaux préparatoires rapprochent cette hypothèse de l'article 88<sup>bis</sup> qui, en organisant le repérage de télécommunications, permet également un certain contrôle à l'égard de tiers avec lesquels le suspect est en contact.

Une troisième possibilité est offerte par l'article 46<sup>quater</sup> au parquet: «lorsque les nécessités de l'enquête le requièrent, le procureur du Roi peut requérir que pendant une période renouvelable d'au maximum deux mois, les transactions bancaires réalisées sur un ou plusieurs de ces comptes bancaires, seront observées».

Il s'agit donc ici de placer les opérations bancaires d'un compte donné sous surveillance, ce qui signifie que le parquet est tenu au courant «en temps réel» des différentes opérations effectuées<sup>(278)</sup>.

De manière générale, ces dispositions ne concernent pas seulement les comptes de particuliers mais aussi ceux des sociétés et des gestionnaires d'entreprises<sup>(279)</sup>.

Il est à noter que l'accès au contenu de coffres bancaires continue à requérir un mandat de perquisition, tandis que le blocage de comptes bancaires constitue une forme de saisie régie par l'article 37 du Code d'instruction criminelle.

#### 6.5.1. Champ d'application

Cette mesure peut être ordonnée dans le cadre d'une recherche proactive<sup>(280)</sup>, et pas seulement dans l'information suivant la commission d'une infraction dont le parquet a connaissance.

#### 6.5.2. Autorité compétente

L'article 46<sup>quater</sup>, paragraphe 1<sup>er</sup>, du Code d'instruction criminelle donne compétence au procureur du Roi. Ce choix a été vivement critiqué au cours des travaux parlementaires, notamment car la prise de connaissance des mouvements de comptes bancaires ou autres transactions bancaires d'une personne constitue évidemment une grave atteinte à sa vie privée dans la mesure où ces mouvements et transactions sont révélateurs des activités, relations et autres aspects de sa vie<sup>(281)</sup>.

Le juge d'instruction disposera *a fortiori* des mêmes pouvoirs dans le cadre d'une instruction.

#### 6.5.3. Conditions

Pour déterminer les conditions d'application de l'article 46<sup>quater</sup>, il y a lieu de distinguer, d'une part, la prise de connaissance de la liste des comptes

<sup>(278)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 66.

<sup>(279)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 109.

<sup>(280)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 90.

<sup>(281)</sup> Voy. par exemple la critique du Conseil d'État dans *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 150.



bancaires et des transactions bancaires effectuées dans le passé, et d'autre part, l'observation des transactions bancaires en temps réel.

#### 6.5.3.1. EXISTENCE D'INDICES

La prise de connaissance de la liste des comptes bancaires et des transactions qui ont été réalisées par le passé suppose qu'il existe des indices d'infraction. La mesure ne peut avoir pour but de recueillir ces indices.

#### 6.5.3.2. NÉCESSITÉS DE L'INFORMATION

Ce n'est que dans l'hypothèse d'une demande d'accès aux mouvements d'un compte en temps réel telle que prévue par l'article 46*quater*, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle qu'il est exigé, à titre de condition, que les nécessités de l'instruction requièrent la mesure; en pratique, il y a un risque que cette condition devienne de pure forme.

#### 6.5.3.3. PROPORTIONNALITÉ

Seules les infractions d'une certaine gravité peuvent donner lieu à une prise de connaissance de la liste des comptes et des mouvements qu'ils ont connus à une période donnée, à savoir celles qui sont punissables d'une peine d'emprisonnement d'un an ou d'une peine plus lourde. Toutefois, si la mesure intervient dans une recherche proactive, les conditions de l'article 28*bis*, paragraphe 2, du Code d'instruction criminelle devront être remplies<sup>(282)</sup>.

Il convient d'observer que le législateur n'exige pas qu'il y ait un lien entre l'infraction dont est suspectée la personne et les comptes bancaires et autres opérations qui feront l'objet des investigations<sup>(283)</sup>.

#### 6.5.3.4. SUBSIDIARITÉ

Aucune condition n'est prévue à cet égard par la loi.

### 6.5.4. Modalités

#### 6.5.4.1. MISE EN ŒUVRE

Cette mesure peut être mise en œuvre par tous les services de police<sup>(284)</sup>.

<sup>(282)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 90.

<sup>(283)</sup> En ce sens, C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, éd. Larcier, 2003, p. 399.

<sup>(284)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 73.

#### 6.5.4.2. RÉQUISITION DES BANQUES OU ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT

L'institution bancaire ou de crédit<sup>(285)</sup> est requise de collaborer par une décision écrite et motivée. Le procureur du Roi spécifie la forme dans laquelle les données sollicitées doivent lui être communiquées (listes imprimées ou sous forme informatique, par exemple). La banque ou l'établissement de crédit est tenu de prêter son concours sans délai (sans autre précision) (article 46*quater*, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.).

Une sanction est prévue par l'article 46*quater*, paragraphe 2, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle à charge de celui qui refuse de prêter son concours aux réquisitions du parquet, la peine étant de huit jours à un an et/ou de 26 à 10 000 EUR. Sont visés non seulement les membres du personnel de l'institution bancaire ou de crédit, mais aussi toutes les personnes qui participent, de quelque manière que ce soit, même par hasard, à l'exécution des missions de l'institution<sup>(286)</sup>.

#### 6.5.4.3. DURÉE

La question de la durée de la mesure se pose surtout pour l'observation des mouvements de comptes en temps réel: la mesure peut être ordonnée pour une période de deux mois maximum, renouvelable (article 46*quater*, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3, du C.i.cr.). Contrairement à ce qui est prévu en matière d'écoutes téléphoniques, par exemple (article 90*quinquies*, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.), les renouvellements de la mesure ne semblent pas limités dans le temps. En cas de renouvellement, la décision doit motiver la nécessité de prolonger la mesure.

#### 6.5.4.4. SECRET

L'article 46*quater*, paragraphe 2, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle impose à toute personne qui, du chef de sa fonction, a connaissance de la mesure ou y prête son concours, de garder le secret. Une violation de ce secret est punissable conformément à l'article 458 du Code pénal sanctionnant la violation du secret professionnel.

Ici encore sont visés non seulement les membres du personnel de l'institution bancaire ou de crédit, mais aussi toutes les personnes qui participent, de

<sup>(285)</sup> Pour une interprétation extensive de ces notions, incluant tous les organismes financiers, voy. H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., La Charte, 2003, pp. 421-422; *contra* C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, éd. Larcier, 2003, p. 399.

<sup>(286)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 91. La responsabilité pénale de la personne morale pourrait être engagée dans ce contexte.

quelque manière que ce soit, même par hasard, à l'exécution des missions de l'institution <sup>(287)</sup>.

## 7. MISE EN ŒUVRE ET CONTRÔLE DES MÉTHODES PARTICULIÈRES DE RECHERCHE: UNE NOUVELLE RÉPARTITION DES RÔLES

Le législateur ayant adopté des règles spécifiques à la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche (observation, infiltration et recours aux indicateurs), il n'est pas inutile de s'y arrêter un moment. D'autre part, comme on l'a relevé à plusieurs reprises, les moyens pouvant être utilisés en vue de la recherche des infractions et de leurs auteurs étant susceptibles de porter gravement atteinte aux libertés et droits fondamentaux, des règles de contrôle spécifiques s'imposent.

### 7.1. Autorité compétente pour ordonner une méthode particulière de recherche

Certaines méthodes de recherche peuvent être ordonnées aussi bien par le ministère public dans le cadre d'une information ou d'une recherche proactive que par le juge d'instruction, tandis que d'autres – celles qui ont été considérées comme davantage attentatoires aux droits et libertés individuels – relèvent de la compétence exclusive du juge d'instruction. Sous réserve des précisions données ci-dessus, on retiendra parmi les premières l'observation, à l'exception de l'observation ayant recours à des moyens techniques avec vue dans une habitation, l'infiltration, le recours aux indicateurs, l'intervention différée, les recherches bancaires et l'interception du courrier; les méthodes de la compétence exclusive du juge d'instruction se résument à l'observation utilisant des moyens techniques avec vue dans une habitation, au contrôle visuel discret, à l'écoute directe dans un domicile ou un lieu privé et à l'ouverture du courrier.

Lorsque le ministère public peut autoriser une méthode de recherche, sont compétents tout autant le procureur du Roi, le procureur fédéral et l'auditeur du travail, chacun pour les affaires qu'il traite.

On peut évidemment s'interroger sur la portion congrue laissée au magistrat instructeur car il faut bien convenir que chacune de ces méthodes porte une atteinte significative aux droits et libertés individuels fondamentaux. Pour ne prendre qu'un exemple, il est évident que l'examen des comptes bancaires constitue une intrusion caractérisée dans la vie privée qui, aux yeux de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, appelle des garanties particulières. En outre, il convient de se rappeler que l'article 56, alinéa 5, du Code d'instruction criminelle réserve expressément au juge d'instruction la décision

<sup>(287)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 91.

d'utiliser la contrainte ou de porter atteinte aux libertés et aux droits individuels, alors que l'article 28bis, paragraphe 3, exclut tout aussi expressément le recours à la contrainte ou les atteintes aux libertés et aux droits individuels (sous réserve de la saisie) dans le cadre de l'information, sauf dispositions légales contraires qui doivent rester l'exception.

Il faut, en outre, relever que certaines des compétences habituellement réservées au juge d'instruction échoient également au procureur du Roi en cas de flagrant délit; il en est ainsi particulièrement de l'interception et de l'ouverture du courrier (article 88sexies, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du C.i.cr.).

## 7.2. Exécution de la méthode particulière de recherche

Le principe posé par le législateur veut que toute méthode particulière de recherche (à savoir l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs) – à la différence des autres méthodes d'enquête – est exécutée sous la direction du ministère public.

Il est évident que la méthode particulière de recherche ordonnée par le ministère public est mise à exécution sous sa direction, sa responsabilité et son contrôle. Dans la pratique antérieure à la loi du 6 janvier 2003, un magistrat du ministère public, appelé «magistrat de confiance» décidait du recours à une méthode particulière de recherche et était l'interlocuteur des services de police la mettant à exécution; il prenait les décisions qui s'imposaient au fil de l'enquête et en assurait le contrôle. Cette pratique ne sera en rien modifiée avec l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003.

En revanche, la loi bouleverse les rôles lorsqu'une méthode particulière de recherche est ordonnée par le juge d'instruction ou lorsque l'affaire est mise à l'instruction après qu'une telle méthode ait été autorisée par le parquet: l'article 47ter, paragraphe 1<sup>er</sup>, décrète en effet que «ces méthodes sont mises en œuvre, dans le cadre d'une information ou d'une instruction, par les services de police désignés par le ministre de la Justice, sous le contrôle du ministère public et sans préjudice des articles 28bis, paragraphes 1<sup>er</sup> et 2, 55 et 56, paragraphe 1<sup>er</sup>, et 56bis (...)»<sup>(288)</sup>. Au paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, de la même disposition, on lit: «Le procureur du Roi exerce un contrôle permanent sur la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche par les services de police au sein de son arrondissement». Ce qui est dit ici du contrôle du procureur du Roi vaut évidemment du procureur fédéral dans les dossiers pour lesquels il exerce lui-même l'action publique ainsi que dans les dossiers pour lesquels il veille à la coordination de l'exercice de l'action publique ou facilite la coopération internationale<sup>(289)</sup>; cela vaut également pour l'auditeur du travail dans les dossiers de sa compétence. Rien n'empêche évidemment le procureur du Roi et le pro-

<sup>(288)</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>(289)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 69.

cureur fédéral de désigner, comme cela s'est fait jusqu'à présent dans les grands arrondissements, un magistrat des méthodes particulières de recherche, qui a une vue d'ensemble sur la problématique et qui acquiert une expérience facilitant les contacts avec les services de police.

En conséquence, dès lors que dans le cadre d'une instruction, le magistrat instructeur ordonne une méthode particulière de recherche, la mise à exécution et le contrôle de la mesure relèveront entièrement du ministère public<sup>(290)</sup>, contrairement aux principes de procédure pénale jusqu'ici applicables; le principe est illustré par l'obligation pour les fonctionnaires de police mettant en œuvre l'observation ou l'infiltration – même ordonnée par le juge d'instruction – de faire rapport exclusivement au procureur du Roi (articles 47*septies*, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, et 47*novies*, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.i.cr.). On ne peut se cacher que ce choix pose problème au regard de l'article 28*quater*, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle qui fait en principe obstacle à ce que le procureur du Roi poursuive une information alors qu'une instruction est ouverte<sup>(291)</sup>. En effet, si l'on prend l'exemple des écoutes téléphoniques, une fois l'affaire mise à l'instruction et l'écoute ordonnée par le juge d'instruction, celle-ci échappe au parquet, si ce n'est par le biais des recours dont il dispose à l'encontre des ordonnances du juge d'instruction et des possibilités que lui offre la «loi Franchimont» de saisir la chambre des mises en accusation en vue du contrôle de la régularité de l'instruction (articles 135, 136*bis* et 235*bis* du C.i.cr.). Il est de principe que le juge d'instruction dirige et contrôle les mesures d'instruction qu'il ordonne; l'article 55, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle rappelle en effet que «l'instruction est conduite sous la direction et l'autorité du juge d'instruction», tandis que l'article 56, paragraphe 1<sup>er</sup>, prévoit que «le juge d'instruction assume la responsabilité de l'instruction qui est menée à charge et à décharge. Il veille à la légalité des moyens de preuve ainsi qu'à la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés (...)».

En pratique, lorsque le juge d'instruction décide le recours à une méthode particulière de recherche, il prend une ordonnance dans laquelle il détermine la méthode et ses modalités générales, et il désigne le fonctionnaire de police qui la mettra à exécution, dans le respect des dispositions légales<sup>(292)</sup>. Pour le surplus, ce sera le magistrat M.P.R. du parquet qui suivra la mise en œuvre de la méthode particulière; ainsi, ce sera ce magistrat qui autorisera, le cas échéant, le fonctionnaire de police à commettre telle ou telle infraction dans le cadre de l'exécution de l'infiltration, par exemple. On verra que le juge d'instruction a simplement un droit de consultation du dossier confidentiel sans pouvoir en faire état dans son instruction (article 56*bis*, alinéa 5, du C.i.cr.)

<sup>(290)</sup> Voy. l'exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 105 à 107.

<sup>(291)</sup> En ce sens, voy. les remarques du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 147-148.

<sup>(292)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 109.

Précisons que dès que le juge d'instruction est saisi d'un dossier, le ministère public perd évidemment le pouvoir de décider d'avoir recours à une méthode particulière de recherche, conformément à l'article 28<sup>quater</sup>, alinéa 3, qui met un terme au pouvoir d'informer du parquet dès la saisine du juge d'instruction. À défaut d'accord avec le juge d'instruction, le procureur du Roi devra lui en faire la demande par un réquisitoire qui, s'il donne lieu à un refus, pourra être soumis à la chambre des mises en accusation selon la procédure habituelle (article 135 du C.i.cr.)<sup>(293)</sup>. Celle-ci statuera bien évidemment en l'absence de l'inculpé et de la partie civile.

Si la méthode particulière de recherche est décidée par le procureur du Roi au cours de l'information et poursuivie pendant l'instruction, le juge d'instruction reprend la direction de l'enquête; il peut en conséquence consulter à tout moment le dossier confidentiel et modifier, prolonger ou retirer l'autorisation de recourir à pareille méthode<sup>(294)</sup>.

L'on a rappelé que le juge d'instruction avait la direction de l'instruction et la charge de veiller à la légalité de celle-ci et à la loyauté dans la récolte des preuves. Selon les travaux préparatoires, il pourra assumer cette charge par le fait qu'à tout moment, il aura accès au dossier confidentiel contenant l'ensemble des données relatives au déroulement de la méthode particulière. S'il constate des irrégularités ou que la mesure n'est plus nécessaire dans les termes initialement fixés, par exemple, il peut y mettre fin ou la modifier (par exemple ne plus autoriser qu'une observation sans moyens techniques en lieu et place d'une observation avec moyens techniques), ou fixer de nouvelles conditions<sup>(295)</sup>. En cas de divergence entre le magistrat M.P.R. et le juge d'instruction sur la manière de mener à bien la mise en œuvre de la méthode particulière, par exemple, et à défaut de solution dégagée d'une concertation, le juge d'instruction n'aura d'autre moyen que d'y mettre fin, son premier devoir étant de garantir la légalité, la régularité et la loyauté dans la récolte des preuves.

Il faut souligner une difficulté majeure à cet égard: on a rappelé l'article 55 qui affirme avec force que l'instruction est menée sous la direction et l'autorité du juge d'instruction, ainsi que l'article 56, paragraphe 1<sup>er</sup>, qui le rend responsable de l'instruction menée à charge et à décharge, et garant de la légalité des moyens de preuve et de la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés. Il n'est pas dérogé à ces dispositions en cas de recours aux méthodes particulières de recherche. L'on doit toutefois s'interroger sur les moyens dont le juge d'instruction dispose pour exercer effectivement ce pouvoir. L'accès permanent au dossier confidentiel n'est certes pas suffisant, dès lors qu'il ne dispose pas lui-même du pouvoir de diriger et de contrôler la mise en œuvre de la méthode particulière de recherche et qu'il ne peut faire état du contenu de ce dossier

<sup>(293)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 66.

<sup>(294)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 99.

<sup>(295)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 81.

dans le cadre de son instruction, et en particulier lors des audiences de la chambre du conseil.

La volonté du législateur de mettre le juge d'instruction sur la touche en matière de méthodes particulières de recherche est encore plus manifeste en ce qui concerne les méthodes qui lui sont réservées mais qui peuvent être ordonnées par le biais d'une mini-instruction selon l'article 28<sup>septies</sup> du Code d'instruction criminelle. En effet, il est expressément prévu que l'observation en ayant recours à des moyens techniques avec vue dans une habitation, l'infiltration, le contrôle visuel discret, la recherche de données bancaires et l'ouverture de courrier peuvent être sollicités par le ministère public au bénéfice de la mini-instruction. En vertu de l'article 28<sup>septies</sup>, il est de règle que le juge d'instruction a le choix, en pareil cas, soit de renvoyer le dossier au parquet après exécution de la mesure demandée s'il a estimé devoir y faire droit, soit de le conserver par-devers lui et de poursuivre lui-même l'instruction. Si telle reste la règle en cas d'infiltration, de recherche de renseignements bancaires et d'ouverture du courrier, le juge d'instruction est privé de cette possibilité lorsqu'une mesure d'observation ayant recours à des moyens techniques avec vue dans une habitation ou de contrôle visuel discret est requise par le parquet. Le juge d'instruction est, dans ces cas, confiné dans le rôle le plus réducteur du juge de l'instruction, distributeur d'ordonnances autorisant une intrusion dans la vie privée.

On retiendra donc une volonté nette du législateur de donner une place centrale au ministère public dans les enquêtes pénales ayant recours à des méthodes particulières de recherche, et cela au détriment du juge d'instruction. Le Conseil d'État, ainsi que plusieurs experts entendus au cours des travaux préparatoires, se sont montrés extrêmement critiques sur ce point<sup>(296)</sup>, qui ne manquera pas, par ailleurs, de faire problème au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

### 7.3. Contrôle des méthodes particulières de recherche

Il convient de distinguer un contrôle réalisé sous l'angle de la procédure en cours de manière à en vérifier la légalité, d'un contrôle au sens large, qui recouvre à la fois un contrôle et un échange d'informations entre parquets, exercé par les supérieurs hiérarchiques des membres des services de police chargés de mettre les méthodes particulières de recherche en œuvre et qui tend davantage à la coordination des moyens et à l'évaluation de la loi.

Le législateur a consacré une sous-section – comprenant l'article 47<sup>undecies</sup> du Code d'instruction criminelle – au contrôle de légalité, signe que cette question est fondamentale, comme l'avait déjà montré la jurisprudence anté-

<sup>(296)</sup> Voy. par exemple *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 147; *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-1260/4, pp. 9-10; *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, pp. 125 et s.

rieure à la loi du 6 janvier 2003. On se rappellera en effet qu'il est arrivé que des preuves recueillies au moyen de méthodes particulières de recherche aient été écartées des débats, voire les poursuites déclarées irrecevables, au motif que la juridiction d'instruction ou le juge du fond n'était pas en mesure d'exercer ce contrôle relevant de sa charge<sup>(297)</sup>. Il reste donc à vérifier si les dispositions prises par le législateur rencontrent cette difficulté de telle sorte qu'un contrôle de légalité puisse effectivement et efficacement s'exercer.

Soulignons encore que la première autorité chargée de contrôler les méthodes particulières de recherche est le ministère public, que l'affaire soit à l'information ou à l'instruction<sup>(298)</sup>, comme l'indique l'article 47<sup>quater</sup>, paragraphe 2, précité.

### 7.3.1. En cas de non-poursuite

L'article 47<sup>undecies</sup>, en son alinéa 2, prévoit que «Au moins tous les trois mois, le procureur du Roi transmet au procureur général tous les dossiers dans lesquels il a fait application de méthodes d'observation ou d'infiltration et dans lesquels il a pris la décision de ne pas engager des poursuites, afin de lui permettre d'exercer son contrôle sur la légalité des méthodes utilisées». Le texte poursuit: «Le procureur général fait rapport de ce contrôle. Le rapport est communiqué au collège des procureurs généraux (...)».

Le procureur du Roi communique donc trimestriellement au procureur général l'ensemble des dossiers dans lesquels il a été décidé de faire usage, non pas de n'importe quelle méthode particulière de recherche, mais bien d'une observation ou d'une infiltration, et pour lesquels, en définitive, il s'est avéré qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre, soit parce que les preuves ainsi recueillies sont insuffisantes, soit pour des raisons d'opportunité, soit pour tout autre motif. Le texte précise qu'il s'agit, pour le procureur général, de contrôler ainsi la légalité des méthodes utilisées.

L'on notera que le recours à des indicateurs – sous réserve des règles qui lui sont propres – de même que les autres méthodes de recherche ne sont soumis à aucun contrôle particulier, pour autant, en ce qui concerne ces dernières, qu'elles n'aient pas été mises en œuvre dans le cadre d'une observation ou d'une infiltration.

À l'origine du projet, le contrôle en cas de recours à une observation ou à une infiltration était confié au président de la chambre des mises en accusation, ce qui ne manquait pas de dénoter dans l'organisation de la procédure pénale belge puisque le contrôle d'une information classée sans suite se trouvait confié à un magistrat du siège. Cette hypothèse a donc été abandonnée au cours

<sup>(297)</sup> Voy. par exemple Mons (ch. m. acc.), 19 novembre 1998, *J.T.*, 1999, p. 66 et note O. KLEES et D. VANDERMEERSCH ou *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 239 et note J. SACE.

<sup>(298)</sup> Voy. l'exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 9-10.



des discussions parlementaires. Dès lors, le contrôle a été ramené au sein du parquet.

On peut toutefois s'interroger quant à l'effectivité de pareil contrôle vu le caractère un et indivisible du ministère public, partie poursuivante, de surcroît. En outre, quelle pourra-t-êre la suite d'un constat d'illégalité ou d'irrégularité de la part du parquet général? Ce sera souvent un classement sans suite, précisément, ce qui laissera généralement sans réparation la violation des droits de la personne ayant été soumise à la méthode particulière de recherche<sup>(299)</sup>. Il y a cependant lieu de réserver la question d'éventuelles sanctions disciplinaires.

Il faut observer que même une affaire ayant donné lieu à une mesure d'instruction ordonnée par le biais de la mini-instruction et, néanmoins classée sans suite, fera l'objet de pareil rapport au procureur général, pour autant que le juge d'instruction n'ait pas eu la possibilité de se saisir de la totalité de l'affaire ou ne l'ait pas exercée.

### 7.3.2. Évaluation globale

Le contrôle interne au parquet est donc bien un contrôle d'un tout autre ordre qu'un véritable contrôle de légalité. On en veut pour preuve que l'article 47*undecies*, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle prévoit que le procureur général «fait rapport de ce contrôle», sans qu'il soit précisé à qui. Le texte poursuit toutefois que ce rapport «est communiqué au collège des procureurs généraux qui intègre l'évaluation globale et les données statistiques relatives à ces rapports dans son rapport visé à l'article 143*bis*, paragraphe 7, du Code judiciaire». On en retient que le procureur général fait un rapport trimestriel à la fois qualitatif et quantitatif sur les dossiers dans lesquels on a eu recours à des méthodes particulières de recherche. C'est notamment à partir des rapports ainsi établis par chacun des procureurs généraux que le collège rédigera le rapport prévu à l'article 143*bis*, paragraphe 7, du Code judiciaire, à savoir son rapport d'activité annuel, comportant une analyse et une évaluation de la politique des recherches et des poursuites pour l'année écoulée et les priorités pour l'année à venir.

Ce rapport du collège des procureurs généraux est ensuite communiqué à la Chambre et au Sénat et rendu public. Il est donc clair qu'à ce stade, on ne se situe plus du tout au niveau du contrôle de dossiers concrets mais bien d'une évaluation de la loi ainsi que de questions de politique criminelle.

L'article 47*undecies*, alinéa 4, prévoit en outre, en ce qui concerne le procureur fédéral<sup>(300)</sup> qu'il publie également dans son rapport annuel prévu par

<sup>(299)</sup> Sous réserve d'une action en responsabilité contre l'État.

<sup>(300)</sup> Le texte français parle du procureur *général*; il s'agit bien du procureur *fédéral*, eu égard au sens du texte et à la version néerlandaise.

l'article 346, paragraphe 2, 2<sup>o</sup>, du Code judiciaire «l'évaluation globale et les données statistiques relatives aux affaires pour lesquelles le parquet fédéral a entamé une enquête et qui ont donné lieu à un classement sans suite». Cette disposition ne vise donc que les affaires traitées par le parquet fédéral et il faut évidemment en limiter la portée, en dépit de ses termes, aux affaires ayant donné lieu à application d'une méthode particulière de recherche – et non à toutes les affaires traitées par le parquet fédéral – qui se sont soldées par un classement sans suite.

Observons, pour terminer ce qui concerne le contrôle *a posteriori* de l'utilisation de méthodes particulières de recherche par le parquet général, et indirectement par le ministre de la Justice et le Parlement, qu'il n'est pas limité aux affaires s'étant clôturées par un classement sans suite. En effet, l'article 90*decies*, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle est modifié de sorte que le ministre fait rapport au Parlement non seulement de l'utilisation des écoutes téléphoniques, mais également des méthodes particulières de recherche au sens strict (articles 47*ter* à 47*decies* et 56*bis* du C.i.cr.) et des autres méthodes de recherche à savoir l'interception (articles 46*ter* et 46*quater* du C.i.cr.) et l'ouverture du courrier (article 88*sexies* du C.i.cr.), le contrôle visuel discret (article 89*ter* du C.i.cr.) et l'intervention différée (article 40*bis* du C.i.cr.) ainsi que des mesures de protection prises à l'égard des témoins menacés (articles 86*bis* et 86*ter* du C.i.cr.). Ce rapport du ministre de la Justice impliquera nécessairement que les procureurs généraux soient tenus informés des dossiers dans lesquels une méthode particulière de recherche est utilisée, même si le dossier donne lieu à des poursuites, ce qui va évidemment de soi.

### 7.3.3. En cas de poursuite

Notons dès l'abord que seules l'observation et l'infiltration font l'objet de règles particulières, à savoir une saisine du juge d'instruction pour rapport et un règlement de la procédure par la chambre du conseil, même s'il n'y a pas eu d'instruction; cela s'explique par l'existence d'un dossier confidentiel auquel ni les parties, ni le juge du fond n'ont accès. Le recours aux indicateurs n'empêche nullement le parquet de saisir le tribunal correctionnel par citation directe sans passer par le juge d'instruction et le règlement de la procédure; il en est de même des autres méthodes de recherche, pour autant qu'elles n'aient pas été couplées avec une observation ou une infiltration; dans ce dernier cas, elles seront soumises au contrôle particulier prévu dans le cadre de la procédure ayant eu recours à l'observation ou à l'infiltration.

Ce que la loi qualifie «d'autres méthodes de recherche» (intervention différée, contrôle visuel discret, écoute directe, recherche de renseignements bancaires et interception et ouverture du courrier) nécessite peut-être de manière moins pressante un contrôle particulier en amont de la procédure au fond, dans la mesure où ces méthodes ne donnent pas lieu à un dossier confidentiel. En

l'audience est contradictoire et que la création d'un dossier confidentiel vise précisément à occulter un certain nombre d'éléments devant rester secrets vis-à-vis des parties, et en particulier des inculpés<sup>(302)</sup>.

En définitive, ce qui a été conçu pour constituer une garantie n'en est rien puisque le juge d'instruction est dépourvu de tout pouvoir d'appréciation. D'autre part, la loi renvoie à la procédure de l'article 127 du Code d'instruction criminelle qui organise le règlement de la procédure. On se souviendra que dans ce cadre, les parties peuvent solliciter des devoirs d'instruction complémentaires. Qu'ils concernent ou non la méthode particulière de recherche, on peut se demander à qui la requête sera adressée, puisqu'il est précisé que le juge d'instruction n'est pas habilité à poser le moindre acte d'instruction. Le texte précisant toutefois que cette interdiction vaut pour les actes posés d'office, on pourrait peut-être le comprendre comme permettant au juge d'instruction de statuer sur la demande et, s'il l'estime opportun, d'y donner suite conformément à l'article 61quinquies du Code d'instruction criminelle.

#### 7.3.3.2. LE RÈGLEMENT DE LA PROCÉDURE PAR LA CHAMBRE DU CONSEIL

La chambre du conseil, lorsqu'elle est saisie en vue du règlement de la procédure a aussi la mission de statuer sur la régularité de la procédure (article 131 du C.i.cr.); il faudra se demander si elle en a les moyens. En effet, si elle pressent une provocation policière, par exemple, le seul moyen d'en vérifier la réalité sera, en général, d'examiner le dossier confidentiel; or, elle n'y a pas accès. Le juge d'instruction a pu, lui, en prendre connaissance, mais il est expressément prévu qu'il ne peut faire mention de son contenu dans le cadre de son instruction (article 56bis, alinéa 5, du C.i.cr.).

On relèvera en outre que, pour autant que l'on puisse parler d'un véritable contrôle, il n'intervient qu'*a posteriori*.

#### 7.3.3.3. LE CONTRÔLE DE LA CHAMBRE DES MISES EN ACCUSATION

Dans sa version finale, le texte de la loi s'en remet au droit commun en ce qui concerne les pouvoirs de la chambre des mises en accusation en matière de

<sup>(302)</sup> H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH écrivent cependant: «S'il ne peut faire état du dossier confidentiel, le juge d'instruction, chargé de vérifier la légalité et la loyauté de la preuve (article 56, alinéa 2 du Code d'instruction criminelle) sera néanmoins tenu de mentionner dans son instruction l'existence de toute irrégularité entachant l'administration de la preuve, qui résulterait de la consultation du dossier confidentiel» (*Droit de la procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., La Charte, 2003, p. 604). On voit mal comment concilier ces propos avec l'interdiction de faire état du dossier confidentiel, sauf à considérer que le juge d'instruction pourrait décréter, sans autre explication, que, à son estime, l'instruction ou tel acte d'instruction est entaché de nullité ou d'irrégularité, ce qui n'est pas de nature à permettre à la chambre du conseil d'exercer de manière plus adéquate et effective son contrôle sur l'instruction.

conséquence, parties et magistrats ont accès à l'ensemble du dossier et peuvent en contrôler la légalité avec les moyens habituels.

### 7.3.3.1. LE RAPPORT DU JUGE D'INSTRUCTION

L'article 47*undecies*, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code d'instruction criminelle prévoit que: «Le procureur du Roi qui a fait application dans son enquête de méthodes d'observation ou d'infiltration, et qui souhaite engager les poursuites, requiert dans tous les cas le juge d'instruction. À la suite de cette procédure, le juge d'instruction fait rapport à la chambre du conseil sans être habilité à poser d'office le moindre acte d'instruction. Il est procédé conformément à l'article 127»<sup>(301)</sup>.

Rappelons que ce moyen de contrôle spécifique qu'est le rapport du juge d'instruction en chambre du conseil ne concerne que l'observation et l'infiltration, à l'exception de toutes les autres méthodes.

Le mécanisme mis en place par l'article 47*undecies*, alinéa 1<sup>er</sup>, concerne les affaires ayant fait l'objet d'une information – comprenant le cas échéant une mesure ordonnée par le juge d'instruction saisi par la voie de la mini-instruction (mais sans que le juge d'instruction ne se soit saisi de l'ensemble du dossier) – sans avoir été mises à l'instruction. On se trouve devant la particularité qu'une information donnant lieu à des poursuites va se clôturer par une saisine du juge d'instruction *pour rapport* et une ordonnance de règlement de la procédure de la chambre du conseil.

Quel sera l'objet de la saisine du juge d'instruction dans ces cas? Ce sera, en fait, simplement l'obligation de faire rapport en chambre du conseil, spécialement quant aux méthodes utilisées.

Le texte précise que le juge instructeur est dépourvu de tout pouvoir d'instruction. Alors que, habituellement, le juge d'instruction fait rapport en chambre du conseil d'une instruction qu'il a menée lui-même et dont il a eu la direction, il fera ici rapport d'une information diligentée par le ministère public, au cours de laquelle, dans le meilleur des cas, il aura lui-même ordonné une observation, voire une infiltration, par le biais d'une mini-instruction, et sachant que l'exécution et le contrôle de la mesure lui ont constamment échappé. Son rapport se résumera en définitive à exposer à la chambre du conseil que, dans le dossier en question, le parquet a eu recours à une infiltration ou à une observation; il ne pourra pas en dire davantage, sauf à se baser sur le dossier répressif que la chambre du conseil a entre les mains, puisque l'article 56*bis*, alinéa 5, lui interdit de faire mention du contenu du dossier confidentiel dans le cadre de son instruction. Il y a en effet tout lieu de penser que le rapport fait en chambre du conseil n'échappe pas à cette interdiction vu que

<sup>(301)</sup> Voy. l'exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 80.

méthodes particulières de recherche. Dès lors, elle peut être saisie sur la base de l'article 135 du Code d'instruction criminelle par l'appel du parquet ou de la partie civile contre l'ordonnance de la chambre du conseil réglant la procédure, quel que soit le motif invoqué. Elle peut aussi être saisie, sur la même base, par l'appel de l'inculpé contre une ordonnance de renvoi en cas d'extinction ou d'irrecevabilité des poursuites (ce qui pourrait être le cas dans l'hypothèse où une méthode particulière de recherche aurait vicié entièrement la procédure); l'inculpé peut aussi soulever des irrégularités, causes de nullité ou omissions dans la récolte des preuves; le moyen doit toutefois avoir été préalablement soulevé par écrit devant la chambre du conseil. Comme celle-ci, la chambre des mises en accusation peut annuler l'acte et tout ce qui en découle, voire déclarer l'irrecevabilité des poursuites.

La chambre des mises en accusation peut également exercer un contrôle d'office ou à la demande d'une des parties sur la base des articles 136*bis*, 235 et 235*bis* du Code d'instruction criminelle, en raison de la longueur de la procédure ou pour tout autre motif. Dans le cadre de ce contrôle, elle statue également sur les causes d'extinction ou d'irrecevabilité des poursuites, ainsi que sur les irrégularités, omissions et nullités dans l'obtention de la preuve.

Si juridiquement parlant, la chambre des mises en accusation dispose d'un large pouvoir de contrôle, encore faut-il qu'il puisse effectivement s'exercer dans les faits. L'on peut en douter dans la mesure où, pas plus que la chambre du conseil, elle n'aura accès au dossier confidentiel comprenant des données importantes relatives à la méthode particulière de recherche. Il était prévu, à l'origine, que, lorsqu'elle statuait dans le cadre de l'article 235*bis*, elle puisse entendre les officiers de police judiciaire ayant exécuté la méthode particulière, ce qui pouvait constituer un moyen de contrôle plus réel; cette possibilité a été supprimée dans le texte final. Il faut sans doute en déduire que pareille audition lui est interdite. Le Conseil d'État, non sans raison, en concluait que la chambre des mises en accusation n'avait pas les moyens d'exercer un véritable contrôle<sup>(303)</sup>.

Que ce soit du côté de la chambre du conseil ou de la chambre des mises en accusation, la possibilité effective de contrôler la légalité d'une méthode particulière de recherche, spécialement lorsqu'il s'agit d'une observation ou d'une infiltration, dépendra en définitive du contenu du dossier confidentiel. Si celui-ci ne comprend que les indications qu'il est réellement indispensable de tenir secrètes (données techniques relatives aux instruments utilisés, données stratégiques, identité des intervenants), tandis que tous les éléments nécessaires au contrôle de légalité se trouvent dans les procès-verbaux, cela ne devrait pas poser de problème majeur, sous la réserve que la défense peut toujours supputer que, précisément, un élément attestant de l'illégalité de la mesure se trouve dans

<sup>(303)</sup> Doc. parl., Ch., 50-1688/001, p. 154.

le dossier confidentiel. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle certains experts entendus au cours des travaux parlementaires prônaient la suppression de ce dossier confidentiel<sup>(304)</sup>.

#### 7.3.3.4. LE CONTRÔLE EXERCÉ PAR LE JUGE DU FOND

À défaut d'une réelle possibilité de contrôle par les juridictions d'instruction en ce qui concerne l'observation et l'infiltration – voire le recours aux indicateurs – il reste à se tourner vers les juridictions de fond.

Il nous faut tout d'abord rappeler les aléas des articles 131, paragraphe 2, et 235*bis* qui précisent les conséquences de l'annulation d'un acte d'instruction ou d'une preuve obtenue illégalement. Alors que le législateur avait prévu qu'il serait purement et simplement retiré du dossier, de telle sorte que le juge du fond n'en ait pas connaissance, la Cour d'arbitrage l'a forcé à revoir sa copie dans la mesure où elle a estimé la solution incompatible avec le droit à un procès équitable à l'égard de la défense qui pouvait tirer argument de cet acte nul pour se disculper<sup>(305)</sup>. Dès lors, dans sa dernière version, tant l'article 131, paragraphe 2, que l'article 235*bis* permettent à la défense d'invoquer l'acte nul. Tel pourrait être le cas d'une observation ou d'une infiltration, par exemple, qui, par extraordinaire, aurait été annulée sans pour autant vicier l'ensemble de la procédure. Ni la défense ni le tribunal n'auront pour autant accès au dossier confidentiel.

On rappellera également l'article 235*bis*, paragraphe 5, qui prévoit que les omissions, nullités et irrégularités dans l'obtention de la preuve, ainsi que les causes d'extinction et d'irrecevabilité des poursuites qui ont été invoquées dans le cadre du règlement de la procédure tant devant la chambre du conseil que devant la chambre des mises en accusation ne peuvent plus être soulevées devant le juge du fond, sauf si elles concernent l'ordre public<sup>(306)</sup>. Tel serait le cas si la défense avait invoqué, par exemple, une provocation policière rendant une infiltration nulle et que la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation avaient toutes deux rejeté le moyen. En revanche, si le moyen n'a été invoqué que devant la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation, il pourra à nouveau être soumis au juge du fond. La règle ne touche évi-

<sup>(304)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 130; *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-1260/4, p. 40; un des experts réserve toutefois l'identité de l'indicateur, à laquelle il faudrait sans doute ajouter celle de l'infiltrant.

<sup>(305)</sup> C. arb., 8 mai 2002, *J.T.*, 2002, p. 514. Sur cette problématique, voy. O. KLEES, note sous Cass., 9 janvier 2002, *J.T.*, 2002, p. 368.

<sup>(306)</sup> Voy. toutefois Cass., 9 janvier 2002, *J.T.*, 2002, p. 368 duquel il résulte que les causes d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique débattues devant la chambre des mises en accusation ne pourront en aucun cas être soulevées devant le juge du fond (sauf si elles sont acquises postérieurement aux débats devant la chambre des mises en accusation) (voy. «Chronique semestrielle de jurisprudence», in *Rev. dr. pén.*, 2002, pp. 1119-1120).

demment en rien l'appréciation de la preuve, c'est-à-dire sa force probante, par le juge du fond.

Pour le surplus, en ce qui concerne l'observation, l'infiltration et le recours à des indicateurs, le juge du fond éprouvera exactement les mêmes difficultés que les juridictions d'instruction dans la mesure où, pas plus qu'elles, il n'a accès au dossier confidentiel. On se rappellera en effet que le juge du fond ne peut donner injonction au parquet de produire l'ensemble des données dont il dispose, même si certaines permettaient de disculper le prévenu<sup>(307)</sup>; c'est en ce sens que les travaux préparatoires précisent avec force que le dossier confidentiel ne joue aucun rôle dans la procédure<sup>(308)</sup>.

En ce qui concerne les indicateurs, on a relevé qu'ils n'intervenaient jamais directement dans la procédure. Si, dans une hypothèse tout à fait exceptionnelle<sup>(309)</sup>, leurs dires devaient servir de preuves, l'on tomberait sous le régime des témoignages anonymes organisé par la loi du 8 avril 2002. L'article 155bis prévoit que le tribunal correctionnel peut ordonner au juge d'instruction de procéder à l'audition d'un témoin anonyme qui a déjà été entendu par celui-ci dans le cadre de son instruction ou qui ne l'a pas encore été<sup>(310)</sup>. C'est au juge d'instruction qu'incombe la charge de vérifier la fiabilité de ce témoin (article 86bis, paragraphe 3), sachant que pareil témoin ne peut être entendu que pour des faits visés par l'article 90ter du Code d'instruction criminelle (faits permettant une écoute téléphonique) ou par l'article 324bis du Code pénal

<sup>(307)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 68. Voy. par exemple Bruxelles, 18 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1521; Cass., 30 octobre 2001 (n° P.01.1239.N), *Larcier Cass.*, 2002, n° 78: bien que le droit à un procès équitable implique également que, dans le système de poursuite belge, le ministère public communique au juge tous les éléments à décharge du prévenu dont il dispose, le juge ne peut faire, à ce propos, aucune injonction au ministère public et le prévenu n'a aucun droit de regard sur des pièces ou des dossiers dont dispose le ministère public, mais que celui-ci ne communique pas au juge; Cass., 27 avril 1998, *Pas.*, 1999, n° 241; *adde* Corr. Courtrai, 25 mars 1996, *T.W.V.R.*, 1997, 118; note L. ARNOU: «Le détenteur du secret professionnel apprécie personnellement si ce secret l'empêche de parler. Le juge ne peut pas à cet égard se mettre à sa place; il peut seulement vérifier si le secret professionnel n'est pas détourné de son but, ce qui pourrait être le cas si le mutisme n'était inspiré que par l'intention de dissimuler une provocation policière interdite. L'invocation du secret professionnel peut compliquer fortement la tâche du juge consistant à apprécier la régularité d'une infiltration lors d'une discussion relative à une provocation policière; elle n'est par conséquent pas de nature à apporter la preuve, à fournir par le ministère public, de ce caractère régulier»; *contra* Liège, 9 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1354; Mons (ch. m. acc.), 19 novembre 1998, *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 238 et note J. SACE ou *J.T.*, 1999, p. 66 (en matière de provocation policière): «La gendarmerie ne peut dissimuler au juge d'instruction les détails sur les circonstances dans lesquelles avaient été recueillis les indices des preuves des infractions mises à charge de l'inculpé étant donné que ce magistrat, qui est le gardien du respect de la légalité dans la recherche et l'utilisation des preuves, serait dans l'impossibilité d'exercer tout contrôle».

<sup>(308)</sup> *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 109.

<sup>(309)</sup> Encore faudrait-il que le parquet accepte de communiquer leur identité puisque, comme on l'a vu, le juge d'instruction, et encore moins le juge du fond, n'a d'accès direct à cette donnée.

<sup>(310)</sup> Voy. l'article 315bis pour la cour d'assises.



(sanctionnant les organisations criminelles). Si le témoin anonyme qui a déjà été entendu comme tel au cours de l'instruction consent à être entendu à l'audience, il conserve évidemment le bénéfice de son anonymat (article 155*bis* et 315*bis* du C.i.cr.).

#### 7.3.3.5. LE CONTRÔLE PRÉVU PAR LA LOI AU REGARD DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Si les juridictions d'instruction risquent de se trouver en difficulté eu égard à leur mission de contrôle de la régularité de l'instruction, et ici, de l'information, lorsqu'il a été fait usage d'une observation ou d'une infiltration, la défense pourrait l'être tout autant dans la mesure où elle non plus n'a de toute évidence pas accès au dossier confidentiel; or, cet accès pourrait s'avérer indispensable pour vérifier la légalité de la méthode particulière de recherche et de son déroulement. Dans cette mesure, elle pourrait alléguer une violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Comme on l'a rappelé, la Cour de cassation a déjà admis que le ministère public n'est pas tenu de produire tous les éléments dont il dispose, et notamment le dossier confidentiel constitué à l'occasion d'une méthode particulière de recherche.

Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle a été saisie de la problématique dans certaines affaires mettant en cause le Royaume-Uni<sup>(311)</sup>. La Cour vérifie, dans un premier temps, si les mesures restreignant les droits de la défense, telle une interdiction d'accès à une partie du dossier répressif, sont absolument nécessaires, d'une part, et suffisamment compensées par les procédures suivies devant les autorités judiciaires, d'autre part. Dans un deuxième temps, elle va vérifier si la décision d'occulter certains éléments du dossier à l'égard des parties a été constamment sujette à l'appréciation du juge. Une révision automatique en appel n'est pas nécessaire dès lors que la défense ne souève pas le problème<sup>(312)</sup>.

Dans les cas où cette occultation de certains éléments du dossier a été admise par la Cour, celle-ci constate que l'accusation ne s'est pas prévalu des éléments non divulgués et qu'ils n'ont jamais été portés à la connaissance du jury, tandis que le juge avait une parfaite connaissance de l'ensemble des preuves et questions soulevées par le cas d'espèce, tant avant que pendant le procès, et qu'il était en mesure de contrôler la pertinence pour la défense des

<sup>(311)</sup> Cour eur., aff. *Jasper c. Royaume-Uni*, 16 février 2000; aff. *Fitt c. Royaume-Uni*, 16 avril 2000; aff. *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, 25 septembre 2001; aff. *Rowe et Davis c. Royaume-Uni*, 16 février 2000 (ces arrêts peuvent être consultés sur le site de la Cour à l'adresse <http://www.echr.coe.int>).

<sup>(312)</sup> aff. *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, 25 septembre 2001.



informations qui ne lui avaient pas été communiquées<sup>(313)</sup>. En revanche, la Cour retient une violation de l'article 6 dès lors que le juge n'a pas eu la possibilité effective de contrôler lui-même la décision de non-communication de certaines données du dossier aux parties, décision qui a été prise par l'accusation elle-même<sup>(314)</sup>.

Ce dernier aspect de la jurisprudence strasbourgeoise risque évidemment de faire difficulté au regard de la loi du 6 janvier 2003 dans la mesure où ni le juge d'instruction, ni la juridiction d'instruction, ni surtout le juge du fond, n'a la maîtrise du dossier confidentiel et de son contenu. Quant à la possibilité pour la défense de débattre de l'existence de ce dossier et de son contenu, elle ne pourra jamais le faire que devant les magistrats (juge d'instruction, le cas échéant, juridictions d'instruction et juges du fond) qui n'ont aucune prise sur la question. Il appartiendra certainement au ministère public de démontrer que le dossier confidentiel ne contient aucun élément indispensable à la défense des parties et de nature à préjudicier les intérêts de celles-ci et que cette amputation de leur droit de se défendre a été suffisamment compensée par le déroulement de la procédure (on peut se demander quelles compensations notre procédure pourrait offrir, tant en droit qu'en fait). L'on peut craindre que cela ne rencontre pas les exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans la mesure où l'égalité des armes y figure comme principe fondamental; or, en l'espèce, c'est la partie poursuivante elle-même qui décide, sans contrôle possible et effectif d'un magistrat indépendant et impartial, du contenu du dossier communiqué aux parties. Il y a tout lieu de craindre que pende une épée de Damoclès sur cette loi posant quelques problèmes d'équilibre en termes de respect des exigences fondamentales du procès équitable<sup>(315)</sup>.

#### 7.3.4. Contrôle interne aux services de police

À un tout autre niveau, le législateur a également prévu un contrôle interne aux services de police: l'article 47<sup>ter</sup>, paragraphe 2, dernier alinéa

<sup>(313)</sup> Cour eur., aff. *Jasper c. Royaume-Uni*, 16 février 2000; aff. *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, 25 septembre 2001. Dans l'affaire *Jasper*, surabondamment, elle constate en outre que la cour d'appel a également vérifié si les preuves auraient dû ou non être divulguées aux parties, offrant ainsi un degré accru de protection des droits du requérant.

<sup>(314)</sup> La Cour retient la violation du droit à un procès équitable en dépit du fait qu'en appel, l'accusation avait averti la défense que certaines pièces lui avaient été cachées et que la cour les avait analysées et avait décidé de ne pas les communiquer; la Cour européenne souligne en effet que la cour d'appel n'avait pas eu d'accès direct à ces éléments de preuve et avait pris sa décision sur la base des comptes rendus de première instance et des explications de l'accusation, ce qui la mettait en réalité dans l'impossibilité de contrôler effectivement tout au long du procès la nécessité de divulguer ou non ces pièces; son contrôle se résumait à un contrôle *a posteriori*.

<sup>(315)</sup> Un recours en annulation a déjà été introduit devant la Cour d'arbitrage pour violation des articles 10 et 11 (égalité et non-discrimination), 12 (liberté individuelle), 15 (inviolabilité du domicile), 19 (liberté d'opinion), 22 (respect de la vie privée), 26 (liberté de réunion), 27 (droit d'association) et 29 de la Constitution (secret des lettres) (*M.B.*, 24 décembre 2003).

décide en effet que: «Au sein de chaque service judiciaire déconcentré<sup>(316)</sup>, visé à l'article 105 de la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré structuré à deux niveaux, un officier est chargé du contrôle permanent des méthodes particulières de recherche dans l'arrondissement. Cet officier est désigné par le directeur général de la police judiciaire de la police fédérale sur proposition du directeur judiciaire et sur avis du procureur du Roi. Il peut se faire assister dans l'exécution de cette tâche par un ou plusieurs officiers désignés selon la même procédure».

### **7.3.5. Échange d'informations en vue de la coordination des recherches**

Prenant la mesure des observations concernant la coordination des enquêtes formulées dans les rapports des commissions d'enquêtes parlementaires, le législateur a prévu l'obligation pour le procureur du Roi d'informer le procureur fédéral des méthodes particulières de recherche mises en œuvre dans son arrondissement (article 47<sup>ter</sup>, paragraphe 2, alinéa 2, du C.i.cr.). L'alinéa suivant de la même disposition prescrit en outre que «Lorsque la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche s'étend sur plusieurs arrondissements judiciaires ou relève de la compétence du procureur fédéral, les procureurs du Roi compétents et le procureur fédéral s'informent, mutuellement et sans délai, et prennent toutes les mesures nécessaires afin de garantir le bon déroulement des opérations». Ce faisant, le législateur met en œuvre l'article 28<sup>ter</sup>, paragraphe 2, du Code d'instruction criminelle et, dans une certaine mesure, les articles 144<sup>ter</sup> et suivants du Code judiciaire relatifs au procureur fédéral.

## CONCLUSION

Le législateur a tenté de réglementer les méthodes particulières de recherche, auxquelles il a joint quelques autres méthodes d'enquête, cela tant en vue de baliser le travail, difficile, des services de police, que de garantir le respect des libertés et droits fondamentaux des citoyens. S'il y a un équilibre délicat à atteindre, c'est bien celui devant exister entre efficacité et valeurs démocratiques dans ce domaine. Même si la loi a le mérite de fixer des points de repères importants, on ne peut pas dire que le législateur ait atteint l'objectif en confiant l'essentiel de la tâche et du contrôle au parquet et à défaut de prévoir des moyens de protection efficaces des libertés et droits individuels fondamentaux mis en cause.

La loi du 6 janvier 2003 est le fruit d'une large concertation avec les services de police. On apprécie que le législateur ait tenté de prendre toute la

<sup>(316)</sup> Actuellement dénommé «Service judiciaire d'arrondissement».

mesure des réalités de terrain et ait entrepris de cerner au mieux les besoins. Tout aussitôt, l'on est tenté de se demander s'il a pris la distance requise par rapport à une volonté d'efficacité immédiate au détriment de valeurs démocratiques essentielles. Témoins de cette inquiétude, la multiplication des moyens d'enquête, tous plus intrusifs les uns que les autres dans la vie privée ainsi qu'un déplacement certain du pouvoir de décision et de contrôle vers le ministère public, et indirectement, un renforcement des pouvoirs et initiatives des services de police. Du point de vue de ces derniers, le contrôle existe puisque rien ne se fait sans l'aval du parquet... C'est sans doute perdre un peu vite de vue que le ministère public est partie poursuivante, et à ce titre, n'a pas la même impartialité ni la même indépendance qu'un magistrat instructeur ou du siège.

Cette loi marquera donc une évolution significative dans la procédure pénale belge: elle déplace le centre névralgique de la recherche des auteurs et des preuves d'infractions graves du juge d'instruction vers le ministère public et par là même vers les services de police, qui n'ont pas la même obligation fondamentale d'instruire à charge et à décharge que lui. En outre, elle modifie substantiellement la figure du juge d'instruction.

Certains souhaiteraient transformer le juge d'instruction en juge de l'instruction, à savoir celui qui délivre des ordonnances autorisant les actes les plus attentatoires aux libertés et droits individuels et contrôle les recherches, sans plus les mener ou les diriger lui-même<sup>(317)</sup>; si le processus était amorcé avec l'entrée de la mini-instruction dans le Code d'instruction criminelle, il est maintenant clairement enclenché: le juge d'instruction peut n'être saisi qu'en vue de délivrer des autorisations de recourir à des méthodes particulières de recherche ou à d'autres méthodes d'enquête, tout en étant privé d'un réel pouvoir de diriger lui-même l'enquête et d'en contrôler la légalité et la loyauté. C'est pourtant au niveau du juge d'instruction et des juridictions d'instruction que l'équilibre pouvait peut-être être réalisé entre efficacité et respect des droits et libertés individuels. Toute la loi et les travaux préparatoires trahissent une inquiétante méfiance vis-à-vis de ces magistrats indépendants.

On se serait attendu à ce que, à la mise hors course du juge d'instruction, corresponde un contrôle renforcé des juridictions d'instruction et de fond. On a constaté que tel n'est malheureusement pas le cas, notamment en raison du fait qu'elles n'ont pas accès au dossier confidentiel. Si celui-ci, en dépit de son caractère problématique au regard du principe du contradictoire de la procédure au fond, peut être considéré comme indispensable, il n'en reste pas moins que sa seule existence jettera le doute sur la régularité de certaines procédures, avec pour conséquence que l'avocat, de défenseur et garant de la légalité qu'il était, risque de se transformer en pur technicien à la recherche de la faille.

<sup>(317)</sup> Voy. notamment sur cette question «Les désarrois du juge d'instruction», actes du 6<sup>e</sup> congrès de l'Association syndicale des magistrats, *Rev. dr. pén.*, 1990, pp. 811 et s.

La loi posera inévitablement de nombreuses difficultés: certaines proviennent du manque de précision des textes, que ce soit dans les concepts utilisés et non définis<sup>(318)</sup> ou dans les règles applicables<sup>(319)</sup>; elles pourront être surmontées par la jurisprudence<sup>(320)</sup> après un temps de flottement, marqué par des décisions partant en tous sens. D'autres difficultés sont plus fondamentales: ce que le législateur présente comme une liste de méthodes de recherche au sens large constitue en réalité un ensemble de pouvoirs devant s'articuler entre eux et avec les méthodes classiques, telles les perquisitions, saisies, écoutes téléphoniques. Cela risque de déboucher sur un système très complexe, l'observation avec moyens techniques et vue dans une habitation répondant à ses règles propres, tandis que l'écoute directe qui l'accompagne souvent est soumise aux siennes, pour ne prendre qu'un exemple. Ce que l'on gagne en points de repères offerts notamment aux services de police, on le perd en complexité, ce qui risque d'entraver encore le contrôle effectif de l'usage de ces méthodes de recherche. L'on peut se demander si, en voulant donner aux services de police un maximum de possibilités dans la recherche des infractions et de leurs auteurs, le législateur n'a pas péché par excès.

Une autre difficulté pourrait surgir avec une acuité toute particulière, à savoir celle de l'incidence d'un comportement illégal ou déloyal dans la recherche des preuves sur la validité de celles-ci et de la procédure tout entière. L'on sait qu'au-delà des principes clairs, la jurisprudence s'est montrée hésitante; or, les difficultés risquent de se multiplier vu le nombre de prescriptions légales à respecter afin de mettre en œuvre une méthode particulière de recherche ou une autre méthode d'enquête et dont le législateur ne prévoit pas la sanction, d'une part, et, d'autre part, en raison du type d'approche de la criminalité, par définition peu transparente, et cela, en dépit des palliatifs mis en place par le législateur. Qu'il suffise de penser à l'existence d'un dossier confidentiel pour l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs.

Il faut également s'inquiéter du champ d'application généralement très large de ces méthodes particulières de recherche et autres méthodes d'enquête. Lorsque des indices d'infractions punissables d'un an d'emprisonnement ne sont pas suffisants – et l'on sait que les infractions ne rentrant pas dans cette catégorie deviennent denrées rares – il est généralement requis qu'il y ait des indices de faits visés par l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, c'est-à-dire des faits pouvant donner lieu à des écoutes téléphoniques. La référence à l'article 90ter apparaît comme un leitmotiv tout au long de la loi. Voit ainsi de plus en plus clairement le jour une procédure pénale «à deux vitesses», l'une pour les infractions «ordinaires», l'autre pour la criminalité dite grave et organisée, pro-

(318) Par exemple la notion d'habitation privée.

(319) On pense par exemple aux moments de la journée pendant lesquels une écoute directe ou un contrôle visuel discret peut être opéré.

(320) Mais est-ce vraiment le rôle de la jurisprudence de suppléer aux carences du législateur?

cédures caractérisées par des dispositions dérogatoires au droit commun de plus en plus nombreuses<sup>(321)</sup>. Si telle est l'option du législateur, il conviendrait qu'il se montre beaucoup plus circonspect sur les modifications apportées à la liste des infractions visées. L'on sait que chaque nouvelle loi pénale importante ajoute l'une ou l'autre infraction à la liste qui comprend déjà une vingtaine de catégories, sans compter les *bis* et les *ter*.

Comme on a eu l'occasion de le relever à plusieurs reprises, la référence générale à l'article 90*ter* du Code d'instruction criminelle s'avère peu judicieuse dans un certain nombre de cas, les méthodes particulières de recherche ou les autres méthodes d'enquête n'étant pas adaptées à tous les types de criminalité visés ou constituant des moyens exagérément invasifs par rapport au type d'infraction; d'autre part, la liste s'avère incomplète au regard de certaines méthodes particulières de recherche ou autres méthodes d'enquête, particulièrement efficaces pour tous les trafics, même s'ils ne se réalisent pas dans le cadre d'une organisation criminelle<sup>(322)</sup>. Le législateur n'aurait-il pas été mieux inspiré en déterminant le champ d'application spécifique et adéquat à chaque méthode particulière de recherche et à chaque autre méthode de recherche, en dépit du fait qu'il s'agissait là d'un travail considérable? L'on pouvait craindre une certaine complexité du système, mais tel est parfois le prix à payer pour garantir le citoyen contre des intrusions exagérées dans ses libertés et droits individuels, sachant qu'il ne s'agit pas ici de compliquer les règles de mise en œuvre de ces méthodes mais bien de délimiter le plus précisément possible les cas dans lesquels il peut y être recouru.

Il reste à voir quel sera l'avenir de cette loi, dans un premier temps passée au crible de la Cour d'arbitrage, et ensuite, confrontée aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme telles qu'interprétées par la Cour européenne. Cette dernière se montre en effet ouverte à la prise en compte des évolutions de la criminalité et des moyens de lutter contre celle-ci, mais elle reste heureusement préoccupée au plus haut point d'assurer un équilibre le plus strict possible entre l'accusation et la défense.

4 janvier 2004.

(321) Que l'on pense aux interceptions de télécommunications ou aux témoignages anonymes, pour ne prendre que ces exemples.

(322) Ce qui justifie le recours à l'article 90*ter* du Code d'instruction criminelle.