

|   |
|---|
| Numéro du rôle : 4590                     |
| Arrêt n° 150/2009<br>du 30 septembre 2009 |

A R R E T

---

*En cause* : les questions préjudicielles relatives aux articles 47*sexies* et 47*septies*, § 2, du Code d'instruction criminelle, posées par la chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Bruxelles.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents M. Bossuyt et P. Martens, et des juges M. Melchior, L. Lavrysen, E. Derycke, J. Spreutels et T. Merckx-Van Goey, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président M. Bossuyt,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

\*

\* \*

### I. *Objet des questions préjudicielles et procédure*

Par arrêt du 17 décembre 2008 en cause du ministère public contre R.Y. E.M., dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 23 décembre 2008, la chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Bruxelles a posé les questions préjudicielles suivantes :

1. « Les articles 47*sexies*, § 3, 1°, 2°, 3° et 5°, et 47*septies*, § 2, combinés avec l'article 235*ter*, § 2, du Code d'instruction criminelle, violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 CEDH, en ce que les personnes faisant l'objet de la méthode particulière de recherche d'observation ne sont pas autorisées à contester la régularité de la méthode particulière de recherche d'observation au cours d'un débat contradictoire, en présence de toutes les parties au procès, sur la base de tous les éléments du dossier répressif et en bénéficiant de l'audition contradictoire de témoins, alors qu'une catégorie d'autres personnes se trouvant dans une situation comparable, parce qu'elles font l'objet d'une ordonnance de perquisition ou d'une ordonnance d'écoute téléphonique, peuvent contester la régularité des ordonnances de perquisition ou de l'ordonnance d'écoute téléphonique au cours d'un débat contradictoire, en présence de toutes les parties au procès, sur la base de tous les éléments du dossier répressif et en bénéficiant de l'audition contradictoire de témoins ? »;

2. « L'article 47*sexies* du Code d'instruction criminelle viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 8 CEDH, en ce que des observations peuvent avoir lieu sans que le justiciable en connaisse l'étendue et les implications possibles et sans que ceux qui sont chargés de l'exécution de l'observation soient guidés (et limités) par quelque cadre légal, contrôlable par des magistrats indépendants et impartiaux, alors que le justiciable, en ce qui concerne l'infiltration, en connaît l'étendue et les implications possibles et a également la garantie que ceux qui sont chargés de l'infiltration doivent respecter un cadre légal qui est contrôlable par des magistrats indépendants et impartiaux ? ».

Le Conseil des ministres a introduit un mémoire.

A l'audience publique du 14 juillet 2009 :

- a comparu Me P. De Maeyer *loco* Me E. Jacobowitz, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;

- les juges-rapporteurs T. Merckx-Van Goey et P. Martens ont fait rapport;

- l'avocat précité a été entendu;

- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

## II. *Les faits et la procédure antérieure*

Dans le cadre d'une instruction pénale, le ministère public demande à la chambre des mises en accusation de Bruxelles de contrôler la mise en œuvre de la méthode particulière de recherche d'observation, en application de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle.

Un des inculpés demande que trois questions préjudicielles soient posées à la Cour constitutionnelle.

Par la première question, l'intéressé souhaite interroger la Cour sur le point de savoir s'il n'est pas discriminatoire qu'en vertu de l'article 235ter, § 2, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle, un délai de quarante-huit heures seulement soit accordé pour la consultation du dossier répressif, sans possibilité de prendre des copies.

Par la deuxième question, l'intéressé souhaite interroger la Cour sur le point de savoir s'il n'est pas discriminatoire, pour les personnes qui font l'objet d'une observation, que les articles 47sexies, § 3, 1°, 2°, 3° et 5°, et 47septies, § 2, du Code d'instruction criminelle, combinés avec l'article 235ter, § 2, du même Code, ne prévoient pas de débat contradictoire dans le cadre du contrôle de la mise en œuvre de cette méthode particulière de recherche.

Par la troisième question, l'intéressé souhaite interroger la Cour sur le point de savoir si l'article 47sexies ne porte pas atteinte de manière discriminatoire au droit à la protection de la vie privée, en ce que des observations peuvent avoir lieu sans que le justiciable en connaisse l'étendue et les implications possibles et sans que ceux qui sont chargés de l'exécution de l'observation soient guidés par quelque cadre légal, contrôlable par des magistrats indépendants et impartiaux.

La chambre des mises en accusation considère qu'il n'y a pas lieu de poser la première question. Elle invoque le fait que l'intéressé et son conseil ont, en pratique, pu consulter le dossier pendant au moins une semaine et que l'intéressé n'a soutenu à aucun moment que le délai de consultation aurait été insuffisant ni demandé de report. Selon la chambre des mises en accusation, l'article 235ter mentionné plus haut n'interdit pas que l'inculpé reçoive une copie du dossier répressif et un refus éventuel serait la conséquence d'une décision du ministère public, qui ne saurait être soumise au contrôle de la Cour.

La chambre des mises en accusation décide par contre de poser les deux autres questions.

## III. *En droit*

- A -

A.1. Le Conseil des ministres, la seule partie à avoir introduit un mémoire, estime que les catégories de personnes opposées dans la première question préjudicielle sont suffisamment comparables et qu'il existe entre ces catégories une différence de traitement fondée sur un critère objectif. Le but des dispositions en cause, qui consiste à protéger le plus possible le dossier confidentiel, n'est certainement pas illicite, selon le Conseil des ministres.

En outre, selon le Conseil des ministres, il n'y a pas d'effets manifestement disproportionnés. Tenant compte de l'arrêt de la Cour n° 202/2004, le législateur s'est efforcé de trouver un équilibre entre, d'une part, une meilleure protection des droits de la défense et, d'autre part, un système efficace de méthodes particulières de recherche.

Le Conseil des ministres fait référence à l'arrêt n° 105/2007, dans lequel la Cour a déjà contrôlé la disposition en cause au regard des normes de référence mentionnées dans la question préjudicielle. Il conclut que, compte tenu des points B.9.1.1 à B.15.5 de cet arrêt, la première question préjudicielle appelle une réponse négative.

A.2. En ce qui concerne la deuxième question préjudicielle, le Conseil des ministres estime également que les catégories concernées sont comparables, que la différence de traitement se fonde sur un critère objectif et que le législateur poursuit un but licite, à savoir la meilleure protection possible du caractère confidentiel du dossier.

Par ailleurs, selon le Conseil des ministres, il n'y a pas d'effets manifestement disproportionnés.

En ce qui concerne la première partie de la deuxième question préjudicielle, à savoir le défaut de connaissance de l'étendue des observations, il ressort d'une comparaison des articles 47*sexies* et 47*octies* du Code d'instruction criminelle que l'autorisation d'infiltration ne comporte ni plus ni moins de données que l'autorisation d'observation. Les justiciables qui font l'objet d'une observation ou d'une infiltration disposent de la même information. La question préjudicielle partirait donc d'un postulat erroné.

En ce qui concerne la deuxième partie de la deuxième question préjudicielle, le Conseil des ministres se réfère à l'arrêt de la Cour n° 202/2004. Dans cet arrêt, la Cour a estimé que les méthodes de recherche d'observation et d'infiltration réalisent un équilibre satisfaisant avec le droit à la protection de la vie privée, de la vie familiale, du domicile et de la correspondance.

Enfin, en ce qui concerne la prétendue absence de cadre légal contrôlable par des magistrats indépendants et impartiaux, le Conseil des ministres indique que le contrôle a dans l'intervalle été confié à la chambre des mises en accusation dont l'indépendance et l'impartialité ne sauraient sérieusement être mises en doute.

Selon le Conseil des ministres, la Cour a déjà jugé, dans son arrêt n° 105/2007, que les dispositions actuellement en cause résistent au contrôle au regard des normes de référence mentionnées dans les questions préjudicielles.

Le Conseil des ministres conclut que la deuxième question préjudicielle appelle, elle aussi, une réponse négative.

- B -

### *En ce qui concerne la première question préjudicielle*

B.1.1. Par la première question préjudicielle, le juge *a quo* demande à la Cour si l'article 47*sexies*, § 3, 1°, 2°, 3° et 5°, et l'article 47*septies*, § 2, du Code d'instruction criminelle, combinés avec l'article 235*ter*, § 2, du même Code - dans sa rédaction antérieure à la modification apportée par la loi du 16 janvier 2009 modifiant les articles 189*ter*, 235*ter*, 335*bis* et 416 du Code d'instruction criminelle -, sont compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que les dispositions précitées du Code d'instruction criminelle ne prévoient pas la possibilité que la personne faisant l'objet de la méthode particulière de recherche d'observation puisse contester la régularité de cette observation au cours d'un débat contradictoire, alors que la personne faisant l'objet d'une ordonnance de perquisition ou d'une ordonnance d'écoute téléphonique peut en contester la régularité au cours d'un débat contradictoire.

B.1.2. Dans la première question préjudicielle, le contrôle de régularité de la méthode particulière de recherche d'observation est comparé au contrôle de régularité des méthodes de recherche « ordinaires » de perquisition et d'écoute téléphonique, en particulier en ce qui concerne le caractère contradictoire de la procédure.

Par son arrêt n° 25/2009 du 18 février 2009, la Cour a répondu à une question préjudicielle identique.

La Cour n'a pas à se prononcer au sujet des effets éventuels de la loi du 16 janvier 2009 sur l'affaire qui a donné lieu à la question préjudicielle actuelle.

B.2.1. L'article 235<sup>ter</sup>, § 2, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle, inséré par la loi du 27 décembre 2005, disposait avant sa modification par la loi précitée du 16 janvier 2009 :

« [La chambre des mises en accusation] entend de la même manière la partie civile et l'inculpé, après convocation qui leur est notifiée par le greffier par télécopie ou par lettre recommandée à la poste au plus tard quarante-huit heures avant l'audience. Le greffier les informe également dans cette convocation, que le dossier répressif est mis à leur disposition au greffe, en original ou en copie pour consultation pendant cette période ».

B.2.2. L'article 47<sup>sexies</sup>, § 3, du même Code, inséré par la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête, dispose :

« L'autorisation de procéder à l'observation est écrite et contient les mentions suivantes :

1° les indices sérieux de l'infraction qui justifient l'observation et, si l'observation s'inscrit dans le cadre de l'enquête proactive définie à l'article 28<sup>bis</sup>, § 2, les indices particuliers relatifs aux éléments décrits dans cette dernière disposition;

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 visés au § 1er;

[...]

5° la période au cours de laquelle l'observation peut être exécutée et laquelle [lire : qui] ne peut excéder un mois à compter de la date de l'autorisation;

[...] ».

B.2.3. L'article 47*septies*, § 2, du même Code, inséré par la loi précitée du 6 janvier 2003 et remplacé par la loi du 27 décembre 2005, dispose :

« L'autorisation d'observation et les décisions de modification, d'extension ou de prolongation sont jointes au dossier confidentiel.

L'officier de police judiciaire visé à l'article 47*sexies*, § 3, 6°, rédige le procès-verbal des différentes phases de l'exécution de l'observation, mais n'y mentionne aucun des éléments susceptibles de compromettre les moyens techniques et les techniques d'enquête policière utilisés 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. Ces éléments ne figurent que dans le rapport écrit visé au § 1er, alinéa 1er.

Il est fait référence dans un procès-verbal à l'autorisation d'observation et il est fait mention des indications visées à l'article 47*sexies*, § 3, 1°, 2°, 3° et 5°. Le procureur du Roi confirme par décision écrite l'existence de l'autorisation d'observation qu'il a accordée.

Les procès-verbaux qui ont été rédigés ainsi que la décision visée à l'alinéa 3 sont joints au dossier répressif au plus tard après qu'il a été mis fin à l'observation ».

B.3. Par son arrêt n° 105/2007 du 19 juillet 2007, la Cour a statué sur des recours en annulation totale ou partielle de la loi du 27 décembre 2005.

Dans cet arrêt, la Cour a jugé :

« B.3.1. La lutte contre certaines formes de criminalité particulièrement graves ou qui sont le fait d'organisations criminelles disposant de moyens importants peut contraindre les autorités chargées de la recherche des infractions et de la poursuite de leurs auteurs à mettre en œuvre des méthodes de recherche qui ont pour nécessaire conséquence une ingérence dans certains droits fondamentaux des personnes qui en font l'objet. Il revient au législateur, sous le contrôle de la Cour, de formuler les dispositions qui autorisent et contrôlent le recours à ces méthodes de recherche de manière telle que l'atteinte aux droits fondamentaux qu'elles comportent soit limitée à ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif défini.

B.3.2. Les méthodes particulières de recherche et d'enquête qui font l'objet de la loi attaquée ont en commun qu'elles peuvent impliquer une ingérence grave dans divers droits fondamentaux. Il découle tant du caractère intrusif de ces méthodes que du soin avec lequel le législateur a défini le cadre juridique de leur mise en œuvre qu'en cas de non-respect des conditions essentielles prescrites en vue de l'utilisation de ces méthodes, la preuve obtenue en infraction de celles-ci est viciée.

C'est compte tenu de ce qui précède que la Cour examine les moyens invoqués.

[...]

B.9.3. Si la lutte contre certaines formes de criminalité peut justifier le recours à certaines méthodes particulières de recherche qui impliquent nécessairement une atteinte à certains droits fondamentaux, le législateur doit néanmoins veiller à ce que, lors du contrôle juridictionnel de l'utilisation de ces méthodes, le droit à un procès équitable soit garanti. La Cour examine, ci-après, les différents griefs formulés par les parties requérantes.

a) *L'impossibilité pour l'inculpé et pour la partie civile de consulter le dossier confidentiel*

B.9.4.1. Selon les parties requérantes, les dispositions attaquées violent les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en ce que, dans le cadre du contrôle exercé par la chambre des mises en accusation concernant l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, la partie civile et l'inculpé ne peuvent consulter le dossier confidentiel, alors que la régularité d'autres méthodes de recherche peut être contestée soit devant les juridictions d'instruction, soit devant les juridictions de jugement, sur la base de tous les éléments du dossier répressif.

B.9.4.2. Les articles 47*septies* et 47*novies* du Code d'instruction criminelle imposent la tenue, par le procureur du Roi qui autorise ou qui exécute une observation ou une infiltration, d'un dossier ' séparé et confidentiel '.

Concernant l'observation et l'infiltration, le dossier confidentiel contient l'autorisation du procureur du Roi ou du juge d'instruction de recourir à ces techniques, autorisation qui mentionne les indices qui justifient le recours à la méthode, les motifs pour lesquels elle est indispensable, le nom ou la description des personnes visées, la manière dont la méthode sera exécutée, la période au cours de laquelle elle peut l'être et le nom et la qualité de l'officier de police judiciaire qui dirige l'opération (articles 47*sexies*, § 3, et 47*octies*, § 3). Le dossier confidentiel contient aussi l'autorisation accordée par le procureur du Roi aux fonctionnaires de police de commettre des infractions lors de l'exécution de la méthode de recherche (articles 47*sexies*, § 4, et 47*octies*, § 4), les décisions de modification, d'extension ou de prolongation (articles 47*septies*, § 2, et 47*novies*, § 2), et les rapports faits par l'officier de police judiciaire au procureur du Roi sur chaque phase de l'exécution de la méthode (articles 47*septies*, § 1er, et 47*novies*, § 1er).

B.9.4.3. L'existence d'un dossier confidentiel n'implique pas que le dossier répressif ne contienne aucune donnée relative à la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration.

En effet, l'officier de police judiciaire qui dirige l'exécution de l'observation ou de l'infiltration est chargé de rédiger un procès-verbal des différentes phases de l'exécution de celles-ci, en n'y mentionnant toutefois aucun élément de nature à compromettre les moyens techniques et les techniques d'enquête utilisés ou la garantie de la sécurité et de l'anonymat des indicateurs et des fonctionnaires de police impliqués. En outre, un procès-verbal doit faire référence à l'autorisation de mise en œuvre de l'observation ou de l'infiltration et les mentions visées à l'article 47*sexies*, § 3, 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup> et 5<sup>o</sup> (en cas d'observation) ou à l'article 47*octies*, § 3, 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup> et 5<sup>o</sup> (en cas d'infiltration) doivent figurer dans ce procès-verbal. Ces mentions sont les indices sérieux de l'infraction qui justifient l'observation ou l'infiltration, les motifs pour lesquels l'usage de cette méthode est indispensable à la manifestation de la vérité, le nom ou une description de la personne ou des personnes sur lesquelles porte la méthode et la période au cours de laquelle l'observation ou l'infiltration peut être exécutée.

Ces procès-verbaux, accompagnés de la décision écrite par laquelle le procureur du Roi ou le juge d'instruction confirme l'existence de l'autorisation d'observation ou d'infiltration qu'il a accordée, sont joints au dossier répressif après qu'il a été mis fin à l'observation ou à l'infiltration (articles 47*septies*, § 2, et 47*novies*, § 2).

B.10. Dans le cadre du contrôle prévu par l'article 235*ter* du Code d'instruction criminelle, le ministère public soumet le dossier confidentiel aux magistrats de la chambre des mises en accusation. La partie civile et l'inculpé n'ont pas le droit de consulter le dossier confidentiel. Le juge d'instruction a un droit de consultation lorsqu'il a lui-même autorisé une mesure d'observation ou lorsqu'une instruction est ordonnée dans une affaire dans laquelle il a déjà été procédé à une observation ou à une infiltration.

B.11.1. Les droits de la défense et le droit à un procès équitable sont fondamentaux dans un Etat de droit. Le principe de l'égalité des armes entre l'accusation et la défense, ainsi que le caractère contradictoire du procès, y compris en ce qui concerne la procédure, constituent des aspects fondamentaux du droit à un procès équitable. Le droit à un procès pénal contradictoire implique, pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie, ainsi que de les discuter. Il en découle également l'obligation pour l'autorité de poursuite de communiquer en principe à la défense tous les éléments de preuve.

Toutefois, le droit de prendre connaissance de tous les éléments de preuve de la partie poursuivante n'est pas absolu. Dans certains procès pénaux, il peut y avoir des intérêts divergents, tels que la sécurité nationale, la nécessité de protéger les témoins ou de garder le secret sur des méthodes d'enquête, qui doivent être mis en balance avec les droits du prévenu. Dans certains cas, il peut être nécessaire de ne pas divulguer certains éléments de preuve à cette partie en vue de préserver les droits fondamentaux d'une autre personne ou de garantir un intérêt général important.



L'ingérence dans les droits de la défense ne peut toutefois être justifiée que si elle est strictement proportionnée à l'importance des objectifs à atteindre et si elle est compensée par une procédure qui permet à un juge indépendant et impartial de vérifier la légalité de la procédure (voir CEDH, 22 juillet 2003 et 27 octobre 2004, *Edwards et Lewis c. Royaume-Uni*).

B.11.2. L'objectif d'assurer la protection de l'intégrité physique des personnes participant aux méthodes particulières de recherche est légitime et revêt une importance telle qu'il justifie que leur anonymat vis-à-vis des parties au procès et du public soit absolument garanti. La nécessité de garantir l'efficacité des méthodes mises en œuvre pour l'avenir en occultant certaines techniques peut aussi justifier qu'elles aient un caractère confidentiel.

B.12.1. Ainsi qu'il est mentionné en B.9.2, la Cour a toutefois jugé dans l'arrêt n° 202/2004 qu'il est porté atteinte aux exigences d'un procès équitable lorsque le dossier confidentiel ne peut faire l'objet d'un contrôle par un juge indépendant et impartial.

Par l'article 235<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle, le législateur entend garantir un examen complet et effectif de la légalité des méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration, sans toutefois renoncer, ce faisant, au caractère nécessairement secret de certaines informations du dossier confidentiel.

B.12.2. Le législateur a défini de manière stricte et limitative les données que les parties ne peuvent consulter. La loi ne pourrait être contournée en mettant dans le dossier confidentiel des pièces qui doivent figurer dans le dossier répressif (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, DOC 51-2055/005, pp. 32, 36 et 66). Les données du dossier confidentiel ne peuvent servir de preuve au détriment de l'inculpé (*ibid.*, pp. 66-67).

B.12.3. Seuls les renseignements qui sont de nature à compromettre la protection des exécutants et la mise en œuvre même des méthodes de recherche ne peuvent être consultés par la défense. Il s'agit des informations relatives aux infractions que peuvent commettre les services de police et les personnes visées à l'article 47<sup>quinquies</sup>, § 2, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle dans le cadre de l'observation (article 47<sup>sexies</sup>, §§ 4 et 7) ou de l'infiltration (article 47<sup>octies</sup>, §§ 4 et 7), étant donné que ces informations sont de nature à compromettre l'identité et la sécurité des personnes concernées et l'utilisation même de la méthode de recherche.

Toutes les autres informations relatives à la mise en œuvre et à l'exécution de ces méthodes de recherche doivent figurer dans le dossier répressif, qui peut être consulté par la partie civile et l'inculpé dans le cadre de la procédure visée à l'article 235<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle. Ce dossier contient des renseignements concernant la mise en œuvre et la nature des méthodes de recherche utilisées, les motifs justifiant cette utilisation et les phases successives de leur mise en œuvre. Les parties ont connaissance de l'exécution des méthodes particulières de recherche autorisées d'observation et d'infiltration et, contrairement à ce que soutiennent certaines parties requérantes, l'inculpé pourra invoquer l'interdiction d'utiliser la provocation, inscrite à l'article 30 du titre préliminaire du Code de procédure pénale.

Lorsque la chambre des mises en accusation entend le juge d'instruction et que celui-ci peut consulter le dossier confidentiel, les parties ont la garantie que le juge d'instruction, qui instruit à charge et à décharge, veille à la légalité des moyens de preuve et à la loyauté avec laquelle ces preuves sont recueillies.

B.12.4. La volonté manifestée par le législateur de lutter efficacement contre la criminalité grave et la nécessité, pour ce faire, de garder secrètes certaines données sensibles seraient compromises si, dans ce type de criminalité, les inculpés pouvaient, dans le cadre du contrôle du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation, avoir accès à ce dossier. Il n'est pas déraisonnable d'organiser une procédure qui diffère de celles pour lesquelles le secret n'est pas nécessaire et dans lesquelles les parties peuvent consulter toutes les pièces du dossier répressif.

B.12.5. En ce qu'ils critiquent l'impossibilité pour la partie civile et l'inculpé de consulter le dossier confidentiel, dans le cadre du contrôle par la chambre des mises en accusation de l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, les moyens ne sont pas fondés.

[...]

*c) L'audition séparée des parties et le caractère non contradictoire de la procédure*

B.14.1. Selon les parties requérantes, l'article 235<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle porte atteinte aux droits de la défense en ce que, dans le cadre de la procédure devant la chambre des mises en accusation, les parties sont entendues séparément.

B.14.2. En vertu de l'article 235<sup>ter</sup>, § 2, du Code d'instruction criminelle, la chambre des mises en accusation entend, séparément et en l'absence des parties, le procureur général en ses observations. Elle entend de la même manière la partie civile et l'inculpé, après convocation qui leur est notifiée au plus tard quarante-huit heures avant l'audience et par laquelle ils sont informés que le dossier répressif est mis à leur disposition au greffe pendant cette période.

La chambre des mises en accusation peut également entendre le juge d'instruction. Si le juge d'instruction a autorisé l'observation ou si une instruction est menée dans une affaire où il a déjà été procédé à une observation ou à une infiltration, le juge d'instruction peut consulter le dossier confidentiel (article 56<sup>bis</sup> du Code d'instruction criminelle).

Enfin, la chambre des mises en accusation peut entendre l'officier de police judiciaire en charge de la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche, séparément et en l'absence des parties, ou charger le juge d'instruction d'entendre les fonctionnaires de police qui sont chargés de la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche ou l'expert civil, conformément aux articles 86<sup>bis</sup> et 86<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle, et décider d'assister à cette audition ou de déléguer un de ses membres.

B.14.3. L'article 235<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle prévoit que la chambre des mises en accusation doit contrôler la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration lors de la clôture de l'information avant que le ministère public procède à une citation directe ou à la fin de l'instruction lorsque le juge d'instruction communique son dossier au procureur du Roi en vertu de l'article 127, § 1er, alinéa 1er, du Code d'instruction criminelle. Le contrôle se situe donc en règle à la fin de l'information ou de l'instruction, celle-ci étant, au cours de sa phase préparatoire, en principe inquisitoire et secrète.

B.14.4. Le législateur a pu estimer qu'un contrôle effectif du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation exige qu'elle puisse procéder aux auditions mentionnées en B.14.2. Afin d'assurer la confidentialité des données sensibles, il est justifié qu'un tel examen puisse avoir lieu en l'absence des parties.

Bien que le débat devant la chambre des mises en accusation ne soit pas contradictoire, la loi garantit que toutes les parties concernées seront entendues, de sorte que la juridiction d'instruction est informée de la façon la plus complète possible avant de décider. Les parties ayant la faculté de consulter au préalable le dossier répressif, qui contient, sauf les données sensibles, toutes les informations relatives aux méthodes de recherche utilisées, elles peuvent présenter une défense utile (comp. CEDH, 16 février 2000, *Jasper c. Royaume-Uni*, §§ 55 et 56).

B.14.5. En ce que le contrôle prévu par l'article 235<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle porte sur le dossier confidentiel, et compte tenu de ce que les pièces du dossier confidentiel ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve, les droits de la défense ne sont pas affectés de manière disproportionnée par le fait que les parties sont entendues séparément.

[...]

*e) La procédure de contrôle, par la chambre des mises en accusation, du dossier confidentiel et du dossier répressif*

B.15.1. La procédure de l'article 235<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle n'exclut pas que la chambre des mises en accusation procède, postérieurement au contrôle du dossier confidentiel, au contrôle de la régularité de la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration sur la base du dossier répressif. Elle peut en particulier y être amenée lorsque, après le contrôle du dossier confidentiel, il est, en vertu de l'article 235<sup>ter</sup>, § 5, procédé conformément à l'article 235<sup>bis</sup>, §§ 5 et 6.

B.15.2. Selon les parties requérantes, l'article 235<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle viole les articles 10 et 11 de la Constitution ainsi que le droit à un procès équitable si cette disposition est interprétée en ce sens que, dans cette hypothèse, le dossier répressif ne fait pas l'objet d'une procédure contradictoire, alors que, lorsque la chambre des mises en accusation se prononce, en application de l'article 235<sup>bis</sup> du Code d'instruction criminelle, sur la régularité de la mise en œuvre d'autres méthodes de recherche et sur la régularité de

l'ensemble de la procédure, un débat contradictoire qui porte sur les éléments du dossier répressif est organisé.

B.15.3. Une telle interprétation n'est pas compatible avec le texte des articles 235, 235*bis* et 235*ter* du Code d'instruction criminelle. L'article 235*ter* ne permet l'audition séparée des parties que lorsque le contrôle porte sur le contenu du dossier confidentiel.

B.15.4. Si, à l'occasion du contrôle du dossier confidentiel qu'elle effectue en vertu de l'article 235*ter*, la chambre des mises en accusation décide de procéder à un examen de la régularité de la procédure qui lui est soumise, en ce compris de la légalité et de la régularité de l'observation et de l'infiltration sur la base du dossier répressif, elle doit ordonner la réouverture des débats, en application de l'article 235*bis*, § 3, et respecter le caractère contradictoire de la procédure visé au paragraphe 4 du même article, selon lequel elle entend 'en audience publique si elle en décide ainsi à la demande de l'une des parties, le procureur général, la partie civile et l'inculpé en leurs observations' (Cass., 31 octobre 2006, P.06.0841.N et P.06.0898.N, et Cass., 5 décembre 2006, P.06.1232.N).

B.15.5. Les moyens qui critiquent le caractère non contradictoire de la procédure devant la chambre des mises en accusation et le délai dont disposent les parties pour préparer leur défense ne sont pas fondés ».

B.4. Dans ses arrêts n<sup>os</sup> 107/2007, 25/2009 et 101/2009, rendus sur questions préjudicielles, la Cour a statué dans le même sens.

B.5. Il n'y a pas lieu en l'espèce de statuer autrement.

#### *En ce qui concerne la seconde question préjudicielle*

B.6.1. Par la seconde question préjudicielle, le juge *a quo* demande à la Cour si l'article 47*sexies* du Code d'instruction criminelle viole les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que des observations peuvent avoir lieu sans que le justiciable en connaisse l'étendue et les implications possibles et sans que les personnes qui sont chargées de l'exécution de l'observation soient guidées et limitées par quelque cadre légal, contrôlable par des magistrats indépendants et impartiaux, alors que le justiciable, en ce qui concerne l'infiltration, en connaît l'étendue et les implications possibles et a également la garantie que ceux qui sont

chargés de l'exécution de l'infiltration doivent respecter un cadre légal qui est contrôlable par des magistrats indépendants et impartiaux.

B.6.2. Dans cette question préjudicielle, la méthode particulière de recherche d'observation est comparée à la méthode particulière de recherche d'infiltration, en particulier du point de vue du cadre légal dans lequel celle-ci prend place.

B.7. Les articles *47sexies* et *47octies* du Code d'instruction criminelle disposent :

« Art. *47sexies*. § 1er. L'observation au sens du présent code est l'observation systématique, par un fonctionnaire de police, d'une ou de plusieurs personnes, de leur présence ou de leur comportement, ou de choses, de lieux ou d'événements déterminés.

Une observation systématique au sens du présent code est une observation de plus de cinq jours consécutifs ou de plus de cinq jours non consécutifs répartis sur une période d'un mois, une observation dans le cadre de laquelle des moyens techniques sont utilisés, une observation revêtant un caractère international ou une observation exécutée par des unités spécialisées de la police fédérale.

Un moyen technique au sens du présent code est une configuration de composants qui détecte des signaux, les transmet, active leur enregistrement et enregistre les signaux, à l'exception des moyens techniques utilisés en vue de l'exécution d'une mesure visée à l'article *90ter*.

Un appareil utilisé pour la prise de photographies n'est considéré comme moyen technique au sens du présent Code que dans le cas visé à l'article *56bis*, alinéa 2

§ 2. Le procureur du Roi peut, dans le cadre de l'information, autoriser une observation si les nécessités de l'enquête l'exigent et si les autres moyens d'investigation ne semblent pas suffire à la manifestation de la vérité.

Une observation effectuée à l'aide de moyens techniques ne peut être autorisée que lorsqu'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.

§ 3. L'autorisation de procéder à l'observation est écrite et contient les mentions suivantes

1° les indices sérieux de l'infraction qui justifient l'observation et, si l'observation s'inscrit dans le cadre de l'enquête proactive définie à l'article *28bis*, § 2, les indices particuliers relatifs aux éléments décrits dans cette dernière disposition;

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 visés au § 1er;

4° la manière dont l'observation sera exécutée, y compris la permission d'utiliser des moyens techniques dans les cas prévus au § 2, alinéa 2, et à l'article 56*bis*, alinéa 2. Dans ce dernier cas, l'autorisation du juge d'instruction mentionne l'adresse ou une localisation aussi précise que possible de l'habitation qui fait l'objet de l'observation;

5° la période au cours de laquelle l'observation peut être exécutée et laquelle [lire : qui] ne peut excéder un 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'observation.

§ 4. Le procureur du Roi indique à ce moment dans une décision écrite séparée les infractions qui peuvent être commises par les services de police et les personnes visées à l'article 47*quinquies*, § 2, troisième alinéa, dans le cadre de l'observation.

Cette décision est conservée dans le dossier visé à l'article 47*septies*, § 1er, alinéa 2.

§ 5. En cas d'urgence, l'autorisation d'observation peut être accordée verbalement. Cette autorisation doit être confirmée dans les plus brefs délais dans la forme prévue à l'alinéa 1er.

§ 6. Le procureur du Roi peut à tout instant, de manière motivée, modifier, compléter ou prolonger son autorisation d'observation. Il peut à tout moment retirer son autorisation. Il vérifie si les conditions visées aux §§ 1er à 3, sont remplies chaque fois que son autorisation est modifiée, complétée ou prolongée et agit conformément au § 3, 1° à 6°.

§ 7. 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*bis*.

Le procureur du Roi indique à ce moment dans une décision écrite séparée les infractions qui peuvent être commises par les services de police et les personnes visées à l'article 47*quinquies*, § 2, alinéa 3, dans le cadre de l'observation ordonnée par le juge d'instruction. Cette décision est conservée dans le dossier visé à l'article 47*septies*, § 1er, alinéa 2 ».

« Art. 47*octies*. § 1er. L'infiltration au sens du présent code est 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*, §§ 2 à 4.

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.

§ 2. Le procureur du Roi peut, dans le cadre de l'information, autoriser une infiltration si les nécessités de l'enquête l'exigent et si les autres moyens d'investigation ne semblent pas suffire à la manifestation de la vérité.

Il peut autoriser le service de police à appliquer certaines techniques d'enquête policières dans le cadre légal d'une infiltration et compte tenu de la finalité de celle-ci. Le Roi détermine par arrêté délibéré en Conseil des Ministres ces techniques d'enquête policières, sur proposition du ministre de la Justice et sur avis du Collège des procureurs généraux.

Si c'est justifié, il accorde l'autorisation de prendre les mesures nécessaires en vue de garantir la sécurité, ainsi que l'intégrité physique, psychique et morale de l'infiltrant. Cette autorisation est conservée dans le dossier confidentiel visé à l'article 47*novies*, § 1er, alinéa 2.

§ 3. L'autorisation d'infiltration est écrite et contient les mentions suivantes:

1° les indices sérieux de l'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 visées au § 1er;

4° la manière dont l'infiltration sera exécutée, y compris l'autorisation de recourir brièvement à l'expertise d'un civil conformément au § 1er, alinéa 2, ainsi que l'autorisation d'appliquer des techniques d'enquête policières, conformément au § 2, alinéa 2;

5° la période au cours de laquelle l'infiltration peut être exécutée et laquelle [lire : qui] 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.

§ 4. Le procureur du Roi indique à ce moment dans une décision écrite séparée les infractions qui peuvent être commises par les services de police et les personnes visées à l'article 47*quinquies*, § 2, alinéa 3, dans le cadre de l'infiltration. Cette décision est conservée dans le dossier visé à l'article 47*novies*, § 1er, alinéa 2.

§ 5. En cas d'urgence, l'autorisation d'infiltration peut être accordée verbalement. Cette autorisation doit être confirmée dans les plus brefs délais dans la forme prévue à l'alinéa 1er.

§ 6. Le procureur du Roi peut à tout instant, de manière motivée, modifier, compléter ou prolonger son autorisation d'infiltration. Il peut à tout moment retirer son autorisation. Il vérifie si les conditions visées aux §§ 1er à 3 sont remplies chaque fois que son autorisation est modifiée, complétée ou prolongée et agit conformément au § 3, 1° à 6°.

§ 7. Le procureur du Roi est chargé de l'exécution des autorisations d'infiltration accordées par le juge d'instruction dans le cadre d'une instruction, conformément à l'article 56*bis*.

Le procureur du Roi indique à ce moment dans une décision écrite séparée les infractions qui peuvent être commises par les services de police et les personnes visées à l'article 47*quinquies*, § 2, alinéa 3, dans le cadre de l'infiltration ordonnée par le juge d'instruction. Cette décision est conservée dans le dossier visé à l'article 47*novies*, § 1er, alinéa 2 ».

B.8. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

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

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

B.9. La loi du 6 janvier 2003 « s'inscrit dans une politique gouvernementale qui prévoit une approche globale de la criminalité organisée et du grand banditisme. » Le ministre de la Justice a exposé, à ce sujet, que « l'accent y est principalement mis sur l'obtention de preuves en matière pénale en plus grand nombre et de meilleure qualité, dans le respect des droits de la défense » (*Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, DOC 50-1688/013, p. 3).

La lutte contre certaines formes de criminalité particulièrement graves ou qui sont le fait d'organisations criminelles disposant de moyens importants peut contraindre les autorités chargées de la recherche des infractions et de la poursuite de leurs auteurs à mettre en œuvre des méthodes de recherche qui ont pour nécessaire conséquence une ingérence dans la vie privée et une atteinte à l'inviolabilité du domicile des personnes qui font l'objet de ces enquêtes. La lutte contre certaines formes de criminalité constitue un but légitime à la lumière de l'article 8.2 de la Convention européenne des droits de l'homme. La loi a ainsi pour but de



protéger la sécurité publique, l'ordre public et les droits et libertés d'autrui, ainsi que de prévenir des faits punissables. Il revient au législateur, sous le contrôle de la Cour, de formuler les dispositions qui autorisent le recours à ces méthodes de recherche de manière telle que l'atteinte aux droits fondamentaux qu'elles comportent soit limitée à ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif décrit.

B.10.1. Les méthodes particulières de recherche sont définies par la loi comme des méthodes qui sont mises en œuvre « en vue de poursuivre les auteurs d'infractions, 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 » (article 47ter, § 1er, du Code d'instruction criminelle).

B.10.2. La méthode particulière de recherche d'observation, telle qu'elle est prévue aux articles 47sexies et 56bis du Code d'instruction criminelle, est « l'observation systématique, par un fonctionnaire de police, d'une ou de plusieurs personnes, de leur présence ou de leur comportement, ou de choses, de lieux ou d'événements déterminés » (article 47sexies, § 1er).

B.10.3. La méthode particulière de recherche d'infiltration, telle qu'elle est organisée par l'article 47octies du Code d'instruction criminelle, est « le fait, pour un fonctionnaire de police, appelé infiltrant, d'entretenir, sous une identité fictive, des relations durables avec une ou plusieurs personnes » (article 47octies, § 1er).

B.11. Tant l'observation que l'infiltration sont soumises au principe de subsidiarité et au principe de proportionnalité.

Le principe de subsidiarité implique que l'observation ou l'infiltration ne soient autorisées que si les nécessités de l'enquête l'exigent et si les autres moyens d'investigation ne semblent pas suffire à la manifestation de la vérité (article 47sexies, § 2, alinéa 1er, et article 47octies, § 2, alinéa 1er, du Code d'instruction criminelle).

Le principe de proportionnalité signifie que la mesure employée doit être proportionnée à la gravité de l'infraction. La méthode choisie doit donc être en rapport avec l'objectif. Une restriction des libertés et droits individuels ne peut être tolérée qu'en cas d'atteinte grave à l'ordre public (*Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, DOC 50-1688/001, p. 15). L'observation et

l'infiltration sont soumises à des conditions différentes selon le degré d'ingérence dans la vie privée qu'elles comportent.

B.12. Compte tenu des motifs de l'arrêt n° 202/2004 du 21 décembre 2004, le Code d'instruction criminelle offre, aussi bien pour la méthode de l'observation que pour celle de l'infiltration, une protection suffisante contre les abus et l'ingérence arbitraire de l'autorité publique dans les droits fondamentaux de l'individu. Les circonstances et les conditions à remplir pour justifier la mise en œuvre de la méthode particulière de recherche d'observation sont énumérées aux articles *47sexies* à *47nonies* du Code d'instruction criminelle.

De plus, la régularité des méthodes particulières de recherche est contrôlée, depuis la loi du 27 décembre 2005, par un juge indépendant et impartial, à savoir la chambre des mises en accusation, en vertu de l'article *235ter* du Code d'instruction criminelle.

B.13. La seconde question préjudicielle appelle une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

1. L'article 47*sexies*, § 3, 1°, 2°, 3° et 5°, et l'article 47*septies*, § 2, combinés avec l'article 235*ter*, § 2, du Code d'instruction criminelle, ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

2. L'article 47*sexies* du Code d'instruction criminelle ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise et en langue française, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, à l'audience publique du 30 septembre 2009.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt