

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 ^{quater} du C.i.cr.)	27
4.2.1. Principe (article 47 ^{quater} , alinéa 1 ^{er} , du C.i.cr.)	28
4.2.2. Sanction (article 47 ^{quater} , alinéa 2, du C.i.cr.)	30
4.3. Interdiction de commettre des infractions (article 47 ^{quinquies} du C.i.cr.)	31
4.3.1. Interdiction de principe de commettre des infractions (article 47 ^{quinquies} , paragraphe 1 ^{er} , du C.i.cr.)	32
4.3.2. Exceptions: exemption de peine (article 47 ^{quinquies} , paragraphe 2 à 4, du C.i.cr.)	32
4.3.3. Exception: cause de justification (article 47 ^{quinquies} , 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 ^{quater} du C.i.cr.)	27
4.2.1. Principe (article 47 ^{quater} , alinéa 1 ^{er} , du C.i.cr.)	28
4.2.2. Sanction (article 47 ^{quater} , alinéa 2, du C.i.cr.)	30
4.3. Interdiction de commettre des infractions (article 47 ^{quinquies} du C.i.cr.)	31
4.3.1. Interdiction de principe de commettre des infractions (article 47 ^{quinquies} , paragraphe 1 ^{er} , du C.i.cr.)	32
4.3.2. Exceptions: exemption de peine (article 47 ^{quinquies} , paragraphe 2 à 4, du C.i.cr.)	32
4.3.3. Exception: cause de justification (article 47 ^{quinquies} , 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⁽¹⁾, et cela après que plusieurs

⁽¹⁾ Loi du 11 février 1991, modifiée par la loi du 10 juin 1998, introduisant l'article 88bis et loi du 30 juin 1994, modifiée par la loi du 10 juin 1998 introduisant les articles 90ter à 90decies 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⁽²⁾. 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⁽³⁾. 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⁽⁴⁾.

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⁽⁵⁾. 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^e éd., La Charte, 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 ⁽⁶⁾.

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 ⁽⁷⁾. 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 ⁽⁸⁾, 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.

⁽⁶⁾ 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^e réunion des délégués des ministres.

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

⁽⁸⁾ 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⁽⁹⁾. 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^{ter} 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⁽¹⁰⁾; 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⁽¹¹⁾, 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^{octies}, 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 ^{er}	J.i.	non
	Recherche de renseignements sur comptes et transactions bancaires	46quater	P.R./J.i.	
	Interception du courrier	46ter	P.R./J.i.	
Autres méthodes de recherche	Interception et ouverture du courrier	88sexies	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^{er}, 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»⁽¹²⁾ 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⁽¹³⁾, 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⁽¹⁴⁾.

2) Ce que la loi appelle les «autres méthodes de recherche»⁽¹⁵⁾. 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⁽¹⁶⁾. 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^{ter} du Code d'instruction criminelle qui délimite les possibilités de recours aux écoutes téléphoniques et à l'article 324^{bis} 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^{ter} recouvre de plus en plus d'infractions ne répondant pas nécessairement à l'idée de criminalité grave⁽¹⁷⁾. La critique n'a pas manqué d'être formulée au cours des débats parlementaires⁽¹⁸⁾, en soulignant notamment le risque de banalisation⁽¹⁹⁾ 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⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ 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.

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

⁽¹⁹⁾ 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.

⁽²⁰⁾ *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⁽²¹⁾. L'article 47ter, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle fait en effet référence à l'article 28bis, paragraphe 1^{er} (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^{er} et 2, 55 et 56, paragraphe 1^{er}, 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⁽²²⁾.

(21) *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.

(22) *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⁽²³⁾, en soulignant notamment le risque, avec l'infiltration et l'observation, de faire du renseignement sous le couvert du judiciaire⁽²⁴⁾.

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⁽²⁵⁾, 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⁽²⁶⁾. 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⁽²⁷⁾, 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⁽²⁸⁾. 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 inconsiderée 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⁽²⁹⁾.

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⁽³⁰⁾ et, en conséquence, que la mesure est nulle⁽³¹⁾. En revanche, une simple disqualifi-

(27) On pense par exemple aux violations graves de droit international humanitaire visées par le 1^{er} 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^e 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⁽³²⁾.

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 résultat³³. 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⁽³⁴⁾. On le trouve énoncé pour certaines méthodes particulières de recherche⁽³⁵⁾. Comme dans les autres matières, la subsidiarité doit s'apprécier *a priori* et *in abstracto*⁽³⁶⁾, 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⁽³⁷⁾.

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^e 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^{er}, pour l'observation et l'article 47octies, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, 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^e 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^{quater} du C.i.cr.)⁽³⁸⁾

L'article 47^{quater} 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^{er}, le principe absolu de l'interdiction de la provocation policière, car contraire au principe de loyauté consacré par l'article 28^{bis}, paragraphe 3, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle⁽³⁹⁾.

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⁽⁴⁰⁾.

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

⁽³⁸⁾ *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.

⁽³⁹⁾ 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».

⁽⁴⁰⁾ *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 ⁽⁴¹⁾.

Dans l'alinéa 2 de l'article 47^{quater} du Code d'instruction criminelle, la loi détermine la sanction d'une provocation policière: l'irrecevabilité des poursuites.

Relevons que l'article 47^{quater} 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 ⁽⁴²⁾. 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 ⁽⁴³⁾.

4.2.1. Principe (article 47^{quater}, alinéa 1^{er}, du C.i.cr.)

L'article 47^{quater} 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^{quater}, 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 ⁽⁴⁴⁾; 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 ⁽⁴⁵⁾.

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

⁽⁴²⁾ Ce qui, en pratique, se concevrait difficilement.

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

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

⁽⁴⁵⁾ 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⁽⁴⁶⁾, 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⁽⁴⁷⁾;

– Il faut qu'elle soit directe⁽⁴⁸⁾, 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⁽⁴⁹⁾.

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⁽⁵⁰⁾. 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

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

⁽⁴⁷⁾ 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.

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

⁽⁴⁹⁾ 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».

⁽⁵⁰⁾ 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⁽⁵¹⁾. 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⁽⁵²⁾.

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⁽⁵³⁾.

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»⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵¹⁾ 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.

⁽⁵²⁾ *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.

⁽⁵³⁾ 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.

⁽⁵⁴⁾ *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⁽⁵⁵⁾.

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

⁽⁵⁵⁾ *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^{er}, du C.i.cr.)

L'article 47quinquies, paragraphe 1^{er}, 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⁽⁵⁶⁾. 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⁽⁵⁷⁾. Le ministre de la Justice s'est opposé vigoureusement à

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

⁽⁵⁷⁾ 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⁽⁵⁸⁾.

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)⁽⁵⁹⁾. 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⁽⁶⁰⁾), 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*⁽⁶¹⁾.

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^{quinquies}, paragraphe 2, alinéa 2);
- Elles doivent être proportionnelles à l'objectif visé (article 47^{quinquies}, 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

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

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

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

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

personnellement responsable mais il en encourra aussi la peine. Quant aux conséquences du non-respect de ces conditions⁽⁶²⁾ 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⁽⁶³⁾. 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⁽⁶⁴⁾.

4.3.2.2. MODALITÉS

L'accord exprès et, en principe, préalable du procureur du Roi est exigé par l'article 47quinquies, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, 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^{er}, 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

⁽⁶²⁾ 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.

⁽⁶³⁾ 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.

⁽⁶⁴⁾ *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⁽⁶⁵⁾. 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⁽⁶⁶⁾; 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⁽⁶⁷⁾, 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^{quinquies}, 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⁽⁶⁸⁾.

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⁽⁶⁹⁾. Le fait conserve son caractère délictueux, l'infraction existe⁽⁷⁰⁾, elle est établie dans le chef du prévenu, mais le législateur décide que le juge ne pourra prononcer de peine⁽⁷¹⁾.

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

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

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

⁽⁶⁸⁾ 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).

⁽⁶⁹⁾ *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.

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

⁽⁷¹⁾ 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⁽⁷²⁾.

On rappellera que les causes d'excuses absolutoires ou circonstances absolutoires spéciales sont légales: elles résultent nécessairement d'une loi⁽⁷³⁾. 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⁽⁷⁴⁾ 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⁽⁷⁵⁾.

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

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^{er}. 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^{er}, pour l'infiltration. Cette solution a été vivement critiquée au cours des travaux préparatoires⁽⁷⁷⁾.

(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^e 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^{er}, vol. 1^{er}, n° 3023.

(75) Voy. F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal - Aspects juridiques et criminologiques*, éd. Kluwer, 6^e 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^e 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⁽⁷⁸⁾, celui-ci appréciant après coup s'il y a ou non lieu de poursuivre⁽⁷⁹⁾, 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»⁽⁸⁰⁾.

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⁽⁸¹⁾; en d'autres

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

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

⁽⁸⁰⁾ *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».

⁽⁸¹⁾ *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^{er}, 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⁽⁸²⁾. 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⁽⁸³⁾, dans l'attente de règles plus précises en matière d'entraide judiciaire⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸²⁾ 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.

⁽⁸³⁾ 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.

⁽⁸⁴⁾ *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^{er}, 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^{er}, alinéa 1^{er}, 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⁽⁸⁵⁾.

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^{er}, 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.

⁽⁸⁵⁾ *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^{ter} du Code d'instruction criminelle (article 47^{sexies}, paragraphe 1^{er}, 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⁽⁸⁶⁾. 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⁽⁸⁷⁾, de GPS pour localiser un véhicule⁽⁸⁸⁾. 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^{ter} 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⁽⁸⁹⁾. 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⁽⁹⁰⁾. C'est évidemment *a priori* que l'observation devra être qualifiée de systématique ou non⁽⁹¹⁾.

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.

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

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

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

⁽⁸⁹⁾ *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.

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

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

5.1.2. L'observation avec ou sans moyens techniques sans vue dans une habitation ⁽⁹²⁾

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^{er}, 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^{er}, 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*

⁽⁹²⁾ 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⁽⁹³⁾ 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.

⁽⁹³⁾ 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⁽⁹⁴⁾;

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

⁽⁹⁴⁾ 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 47*septies*, paragraphe 2, alinéa 1^{er}).

À côté de cette autorisation dûment motivée, le procureur du Roi devra confirmer par écrit son existence (article 47*septies*, 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 47*sexies*, 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⁽⁹⁵⁾. 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 47*septies*, paragraphe 2, alinéa 1^{er}).

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 56*bis*, 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-

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

sions du juge d'instruction en la matière⁽⁹⁶⁾; 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⁽⁹⁷⁾.

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⁽⁹⁸⁾.

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⁽⁹⁹⁾, sous réserve de la difficulté tenant au caractère confidentiel des décisions.

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

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

⁽⁹⁸⁾ 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).

⁽⁹⁹⁾ *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⁽¹⁰⁰⁾.

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

⁽¹⁰⁰⁾ 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^o, 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⁽¹⁰¹⁾, 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

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

exigences de protection du secret professionnel étant identiques en pareille hypothèse⁽¹⁰²⁾.

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.)⁽¹⁰³⁾.

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.

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

⁽¹⁰³⁾ 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^e 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^{ter} du Code d'instruction criminelle ou dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324^{bis} 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⁽¹⁰⁴⁾.

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^{sexies}, 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^{bis}».

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^{ter}, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, prévoit que ce

⁽¹⁰⁴⁾ 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⁽¹⁰⁵⁾, officier désigné sous le vocable «officier B.T.S.»⁽¹⁰⁶⁾.

Les travaux préparatoires apportent quelques précisions supplémentaires⁽¹⁰⁷⁾, 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⁽¹⁰⁸⁾.

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.

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

⁽¹⁰⁶⁾ 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.

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

⁽¹⁰⁸⁾ 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^{er}, alinéa 1^{er}, 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^{er}, 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⁽¹⁰⁹⁾. 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

⁽¹⁰⁹⁾ 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⁽¹¹⁰⁾. 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⁽¹¹¹⁾.

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⁽¹¹²⁾, 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⁽¹¹³⁾.

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

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

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

(113) 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^{er} 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^{er}, 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^{er}, 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 ⁽¹¹⁴⁾.

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.

⁽¹¹⁴⁾ *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^{er}, alinéa 1^{er}, du C.i.cr.)⁽¹¹⁵⁾, 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^{er}, 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⁽¹¹⁶⁾; 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⁽¹¹⁷⁾ et le ministère public ne pourra être forcé à produire d'autres pièces que celles dont il souhaite faire état⁽¹¹⁸⁾.

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⁽¹¹⁹⁾ ou, plus exactement, le juge ne pourra faire droit à sa demande.

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

⁽¹¹⁶⁾ *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^e 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.).

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

⁽¹¹⁸⁾ *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.

⁽¹¹⁹⁾ *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⁽¹²⁰⁾.

Ce dossier confidentiel est couvert par le secret professionnel (article 47*septies*, paragraphe 1^{er}, 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^{er}, 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^{er}, 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^{er}, 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

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

entretenu⁽¹²¹⁾. 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⁽¹²²⁾. 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⁽¹²³⁾, 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⁽¹²⁴⁾.

Ces techniques d'enquête policières sont énumérées et définies par l'arrêté royal du 9 avril 2003⁽¹²⁵⁾; 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⁽¹²⁶⁾, 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⁽¹²⁷⁾;

– *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

⁽¹²⁷⁾ 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⁽¹²⁸⁾. 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*⁽¹²⁹⁾, 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^{octies}, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, 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^{octies}, paragraphe 1^{er},

(128) H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 3^e 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*octies*, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, 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*bis* du Code pénal ou des infractions prévues à l'article 90*ter* 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⁽¹³⁰⁾. 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

⁽¹³⁰⁾ 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⁽¹³¹⁾.

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 POLIÉRIÈRES

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⁽¹³²⁾. 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:

⁽¹³¹⁾ 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.

⁽¹³²⁾ 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⁽¹³³⁾.

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.).

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

5.2.5.2. AUTORISATION DE MESURES PARTICULIÈRES DE SÉCURITÉ

L'article 47^{octies}, 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⁽¹³⁴⁾.

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⁽¹³⁵⁾; en effet, on entrera alors dans le champ d'application du nouvel article 90^{ter}, 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⁽¹³⁶⁾.

(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⁽¹³⁷⁾.

5.2.6.1.2. Civils

L'article 47octies, paragraphe 1^{er}, 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⁽¹³⁸⁾;
- 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⁽¹³⁹⁾, 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

⁽¹³⁷⁾ 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).

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

⁽¹³⁹⁾ *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⁽¹⁴⁰⁾.

Il est en outre précisé dans l'exposé des motifs que le «civil» ayant un passé criminel doit nécessairement être exclu⁽¹⁴¹⁾. 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⁽¹⁴²⁾.

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^{er}, alinéa 1^{er}, 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

⁽¹⁴⁰⁾ 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.

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

⁽¹⁴²⁾ 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⁽¹⁴³⁾; 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

⁽¹⁴³⁾ 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⁽¹⁴⁴⁾, 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

⁽¹⁴⁴⁾ 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^{er}, 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^{er}, 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^{er}, du C.i.cr.);

- Les modifications, extensions, prolongations de l'autorisation de recourir à une infiltration (article 47*novies*, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, 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^{er}, 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.).