

5.3. Le recours aux indicateurs ⁽¹⁴⁵⁾

5.3.1. Notion

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.3.2. Champ d'application

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

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

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

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

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

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

⁽¹⁵²⁾ *Voy. Cass.*, 26 octobre 2003, *J.T.*, 2003, p. 482.

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

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

5.3.3. Organisation du recours aux indicateurs

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

5.3.3.1. LE GESTIONNAIRE NATIONAL DES INDICATEURS

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

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

5.3.3.1.1. Désignation

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

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

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

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

5.3.3.1.2. Missions

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.3.3.1.3. Rapport général

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

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

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

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

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

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

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

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

5.3.3.2.1. Désignation

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

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

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

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

Il coordonne ses activités avec celles du directeur coordonnateur administratif.

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

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

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

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

et après avis du procureur du Roi (article 3, paragraphe 1^{er}, de l'arrêté royal du 26 mars 2003).

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

5.3.3.2.2. Missions

a) Le gestionnaire local des indicateurs

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.3.3.2.3. Rapports au procureur du Roi

a) Rapport général

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

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

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

⁽¹⁷⁵⁾ On peut faire la même observation qu'à la note précédente.

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

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

b) Rapports particuliers

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

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

c) Dossier «séparé»

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

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

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

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

5.3.3.2.4. Gestion des informations

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

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

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

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

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

5.3.3.3. LES FONCTIONNAIRES DE CONTACT

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

5.3.3.3.1. Désignation

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

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

5.3.3.3.2. Missions

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.3.3.4. RÉTRIBUTION DE L'INDICATEUR

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

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

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

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

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

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

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

6. LES AUTRES MÉTHODES DE RECHERCHE

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

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

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

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

⁽¹⁸⁹⁾ *Idem*, p. 264.

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

6.1. L'interception et l'ouverture du courrier

6.1.1. Nécessité d'une loi

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

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

6.1.2. Courrier concerné

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.1.3. Distinction

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

6.1.3.1. L'INTERCEPTION ET LA SAISIE DU COURRIER

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

6.1.3.1.1. Champ d'application

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

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

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

6.1.3.1.2. Autorité compétente

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

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

6.1.3.1.3. Conditions

a) Proportionnalité

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

b) Subsidiarité

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

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

6.1.3.1.4. Modalités

a) Réquisition de l'opérateur postal

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

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

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

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

b) Durée de la mesure

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

c) Secret

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

d) Levée de la saisie

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

6.1.3.2. L'OUVERTURE DU COURRIER SAISI

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

6.1.3.2.1. Champ d'application

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

6.1.3.2.2. Autorité compétente

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

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

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

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

6.1.3.2.3. Conditions

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

6.1.3.2.4. Modalités

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

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

6.1.3.2.5. Le courrier des avocats et médecins

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

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

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

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

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

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

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

6.1.3.2.6. Levée de la saisie

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

6.2. Les contrôles visuels discrets

6.2.1. Notion

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.2.2. Champ d'application

6.2.2.1. ENQUÊTE PROACTIVE

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

6.2.2.2. NOTION DE LIEU PRIVÉ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.2.3. Finalités

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.2.4. Autorité compétente

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

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

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

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

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

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

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

6.2.5. Conditions

6.2.5.1. CONDITION GÉNÉRALE

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

6.2.5.2. PROPORTIONNALITÉ

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

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

6.2.5.3. SUBSIDIARITÉ

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

6.2.6. Modalités

6.2.6.1. MISE EN ŒUVRE

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

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

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

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

6.2.6.2. AUTORISATION

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

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

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

6.2.6.3. DURÉE

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

6.2.6.4. MOMENT

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

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

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

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

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

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

6.2.6.5. DOSSIER RÉPRESSIF

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

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

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

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

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

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

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

6.2.8. Contrôle visuel discret et méthodes particulières de recherche

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

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

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

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

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

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

6.3. Les écoutes directes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.3.1. Champ d'application

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.3.2. Autorité compétente

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

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

6.3.3. Conditions

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

6.3.4. Modalités

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

6.3.4.1. DURÉE

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

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

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

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

6.3.4.2. ORDONNANCE

L'article 90*quater*, paragraphe 1^{er}, exige une ordonnance motivée et datée portant un certain nombre d'indications:

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

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

6.3.4.3. EXÉCUTION

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

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

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

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

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

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

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

6.3.4.4. TRANSCRIPTION ET TRADUCTION

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

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

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

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

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

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

6.3.5. Dossier répressif

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

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

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

6.3.6. Écoutes directes chez des avocats et médecins

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

6.3.6.1. CONDITIONS

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

6.3.6.2. MODALITÉS

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

6.3.7. Avertissement des personnes concernées

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

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

6.3.8. Sanctions

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

6.4. L'intervention différée

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

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

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

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

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

⁽²⁶⁷⁾ Lorsqu'elle intervient dans le cadre d'une observation.

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

⁽²⁶⁹⁾ *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 63-64.

⁽²⁷⁰⁾ Attitude contraire à l'article 15 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police imposant aux fonctionnaires de police de procéder à la saisie des objets saisissables, et qui appelait donc une disposition dérogoire.

donc aucun fait punissable; d'autre part, avec l'accord du magistrat, leur obligation légale de saisie est reportée ⁽²⁷¹⁾.

La saisie différée d'auteurs présumés d'infractions intervient dans l'intérêt de l'enquête, c'est-à-dire par exemple lorsque cela permet de rassembler des éléments de preuve supplémentaires, soit d'identifier d'autres auteurs, soit de protéger les fonctionnaires de police chargés de l'exécution des méthodes particulières de recherche ou l'indicateur ⁽²⁷²⁾.

6.4.1. Autorité compétente

Le pouvoir d'autoriser une intervention différée est confié au procureur du Roi dans le cadre de l'information; le procureur fédéral et l'auditeur du travail ont évidemment le même pouvoir pour les dossiers de leur compétence. Il faut de toute évidence considérer que le juge d'instruction dispose, *a fortiori*, des mêmes pouvoirs (article 56, paragraphe 1^{er}, alinéa 3, du C.i.cr.) ⁽²⁷³⁾.

6.4.2. Conditions

Aucune condition particulière n'est fixée par la loi, si ce n'est que cette mesure doit être adoptée dans l'intérêt de l'information.

6.4.3. Modalités

L'intervention différée est de la compétence de tout fonctionnaire de police ⁽²⁷⁴⁾.

La loi du 22 avril 2003 octroyant la qualité d'officier de police judiciaire à certains agents de l'administration des douanes et accises a également reconnu aux agents revêtus de la qualité d'officiers de police judiciaire auxiliaires du procureur du Roi et de l'auditeur du travail le pouvoir d'avoir recours à l'intervention différée (article 4.1). Cette disposition pourrait donner lieu à quelques difficultés de coordination entre les services de police et l'administration des douanes.

L'intervention différée doit faire l'objet d'une autorisation écrite et motivée. En cas d'urgence, l'autorisation pourra être donnée verbalement, mais devra faire l'objet d'une confirmation écrite et motivée dans les plus brefs délais.

Il est à noter que si l'intervention différée accompagne une méthode particulière de recherche – ce qui sera le cas le plus fréquent – elle devra faire l'objet d'une décision distincte.

⁽²⁷¹⁾ *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 64.

⁽²⁷²⁾ *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 64.

⁽²⁷³⁾ *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 89-90.

⁽²⁷⁴⁾ *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 73.

6.5. La récolte de données concernant des comptes bancaires et des transactions bancaires

Ici encore, le législateur, avec l'article 46^{quater} du Code d'instruction criminelle, régleme une pratique qui, sans base légale, posait un certain nombre de problèmes, et en particulier le fait que les magistrats et enquêteurs dépendaient entièrement du bon vouloir des institutions bancaires qui, s'estimant tenues par le secret bancaire, n'entendaient communiquer d'informations qu'au juge d'instruction, ce qui rendait toute recherche proactive impossible. La loi ouvre cependant de nouvelles portes qui ne sont pas sans poser questions, comme on va le voir.

Alors que la perquisition permet de prendre connaissance et de saisir les données bancaires à un moment donné, l'on dispose ici d'une mesure dynamique, permettant notamment de suivre l'évolution des comptes d'un suspect ou concernant un suspect.

En pratique, cette mesure sera souvent utilisée dans le cadre des enquêtes relatives au blanchiment⁽²⁷⁵⁾, mais l'on constatera que son champ d'application est loin d'être aussi limité.

Au bénéfice de l'article 46^{quater} du Code d'instruction criminelle, le parquet pourra requérir les renseignements suivants:

1) La liste des comptes bancaires, de quelque nature que ce soit, dont le suspect est le titulaire, le mandataire ou le véritable bénéficiaire et, le cas échéant, toutes les données à ce sujet. Dans ce cas, il s'agit d'un suspect donné et de comptes bancaires déterminés ou non dans une banque donnée⁽²⁷⁶⁾. Se pose évidemment le problème de savoir qui va déterminer les comptes dont le suspect est le véritable bénéficiaire; est-ce la banque?;

2) Les transactions bancaires qui ont été réalisées pendant une période déterminée sur un ou plusieurs de ces comptes bancaires, y inclus les renseignements concernant tout compte émetteur ou récepteur. Il s'agit bien ici d'une demande rétroactive: seules les opérations bancaires qui ont été effectuées au cours d'une période du passé bien définie sont examinées, et les travaux préparatoires de préciser qu'un contrôle financier est ainsi exercé sur les personnes «en contact financier» avec le suspect⁽²⁷⁷⁾, sans pour autant qu'il soit exigé qu'il y ait des indices d'infraction à charge du tiers. La loi ne délimite pas la période pour laquelle les mouvements de comptes doivent être communiqués; on observera cependant, qu'à la différence des opérateurs téléphoniques, les institutions bancaires n'ont pas d'obligation légale de conservation des données pendant un temps défini.

⁽²⁷⁵⁾ Doc. parl., Ch., 50-1688/001, p. 107.

⁽²⁷⁶⁾ Doc. parl., Ch., 50-1688/001, p. 65.

⁽²⁷⁷⁾ Doc. parl., Ch., 50-1688/001, p. 65; les travaux préparatoires rapprochent cette hypothèse de l'article 88^{bis} qui, en organisant le repérage de télécommunications, permet également un certain contrôle à l'égard de tiers avec lesquels le suspect est en contact.

Une troisième possibilité est offerte par l'article 46^{quater} au parquet: «lorsque les nécessités de l'enquête le requièrent, le procureur du Roi peut requérir que pendant une période renouvelable d'au maximum deux mois, les transactions bancaires réalisées sur un ou plusieurs de ces comptes bancaires, seront observées».

Il s'agit donc ici de placer les opérations bancaires d'un compte donné sous surveillance, ce qui signifie que le parquet est tenu au courant «en temps réel» des différentes opérations effectuées⁽²⁷⁸⁾.

De manière générale, ces dispositions ne concernent pas seulement les comptes de particuliers mais aussi ceux des sociétés et des gestionnaires d'entreprises⁽²⁷⁹⁾.

Il est à noter que l'accès au contenu de coffres bancaires continue à requérir un mandat de perquisition, tandis que le blocage de comptes bancaires constitue une forme de saisie régie par l'article 37 du Code d'instruction criminelle.

6.5.1. Champ d'application

Cette mesure peut être ordonnée dans le cadre d'une recherche proactive⁽²⁸⁰⁾, et pas seulement dans l'information suivant la commission d'une infraction dont le parquet a connaissance.

6.5.2. Autorité compétente

L'article 46^{quater}, paragraphe 1^{er}, du Code d'instruction criminelle donne compétence au procureur du Roi. Ce choix a été vivement critiqué au cours des travaux parlementaires, notamment car la prise de connaissance des mouvements de comptes bancaires ou autres transactions bancaires d'une personne constitue évidemment une grave atteinte à sa vie privée dans la mesure où ces mouvements et transactions sont révélateurs des activités, relations et autres aspects de sa vie⁽²⁸¹⁾.

Le juge d'instruction disposera *a fortiori* des mêmes pouvoirs dans le cadre d'une instruction.

6.5.3. Conditions

Pour déterminer les conditions d'application de l'article 46^{quater}, il y a lieu de distinguer, d'une part, la prise de connaissance de la liste des comptes

⁽²⁷⁸⁾ *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 66.

⁽²⁷⁹⁾ *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 109.

⁽²⁸⁰⁾ *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 90.

⁽²⁸¹⁾ Voy. par exemple la critique du Conseil d'État dans *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 150.

bancaires et des transactions bancaires effectuées dans le passé, et d'autre part, l'observation des transactions bancaires en temps réel.

6.5.3.1. EXISTENCE D'INDICES

La prise de connaissance de la liste des comptes bancaires et des transactions qui ont été réalisées par le passé suppose qu'il existe des indices d'infraction. La mesure ne peut avoir pour but de recueillir ces indices.

6.5.3.2. NÉCESSITÉS DE L'INFORMATION

Ce n'est que dans l'hypothèse d'une demande d'accès aux mouvements d'un compte en temps réel telle que prévue par l'article 46*quater*, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle qu'il est exigé, à titre de condition, que les nécessités de l'instruction requièrent la mesure; en pratique, il y a un risque que cette condition devienne de pure forme.

6.5.3.3. PROPORTIONNALITÉ

Seules les infractions d'une certaine gravité peuvent donner lieu à une prise de connaissance de la liste des comptes et des mouvements qu'ils ont connus à une période donnée, à savoir celles qui sont punissables d'une peine d'emprisonnement d'un an ou d'une peine plus lourde. Toutefois, si la mesure intervient dans une recherche proactive, les conditions de l'article 28*bis*, paragraphe 2, du Code d'instruction criminelle devront être remplies⁽²⁸²⁾.

Il convient d'observer que le législateur n'exige pas qu'il y ait un lien entre l'infraction dont est suspectée la personne et les comptes bancaires et autres opérations qui feront l'objet des investigations⁽²⁸³⁾.

6.5.3.4. SUBSIDIARITÉ

Aucune condition n'est prévue à cet égard par la loi.

6.5.4. Modalités

6.5.4.1. MISE EN ŒUVRE

Cette mesure peut être mise en œuvre par tous les services de police⁽²⁸⁴⁾.

⁽²⁸²⁾ *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 90.

⁽²⁸³⁾ En ce sens, C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, éd. Larcier, 2003, p. 399.

⁽²⁸⁴⁾ *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 73.

6.5.4.2. RÉQUISITION DES BANQUES OU ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT

L'institution bancaire ou de crédit⁽²⁸⁵⁾ est requise de collaborer par une décision écrite et motivée. Le procureur du Roi spécifie la forme dans laquelle les données sollicitées doivent lui être communiquées (listes imprimées ou sous forme informatique, par exemple). La banque ou l'établissement de crédit est tenu de prêter son concours sans délai (sans autre précision) (article 46*quater*, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, du C.i.cr.).

Une sanction est prévue par l'article 46*quater*, paragraphe 2, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle à charge de celui qui refuse de prêter son concours aux réquisitions du parquet, la peine étant de huit jours à un an et/ou de 26 à 10 000 EUR. Sont visés non seulement les membres du personnel de l'institution bancaire ou de crédit, mais aussi toutes les personnes qui participent, de quelque manière que ce soit, même par hasard, à l'exécution des missions de l'institution⁽²⁸⁶⁾.

6.5.4.3. DURÉE

La question de la durée de la mesure se pose surtout pour l'observation des mouvements de comptes en temps réel: la mesure peut être ordonnée pour une période de deux mois maximum, renouvelable (article 46*quater*, paragraphe 1^{er}, alinéa 3, du C.i.cr.). Contrairement à ce qui est prévu en matière d'écoutes téléphoniques, par exemple (article 90*quinquies*, alinéa 1^{er}, du C.i.cr.), les renouvellements de la mesure ne semblent pas limités dans le temps. En cas de renouvellement, la décision doit motiver la nécessité de prolonger la mesure.

6.5.4.4. SECRET

L'article 46*quater*, paragraphe 2, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle impose à toute personne qui, du chef de sa fonction, a connaissance de la mesure ou y prête son concours, de garder le secret. Une violation de ce secret est punissable conformément à l'article 458 du Code pénal sanctionnant la violation du secret professionnel.

Ici encore sont visés non seulement les membres du personnel de l'institution bancaire ou de crédit, mais aussi toutes les personnes qui participent, de

⁽²⁸⁵⁾ Pour une interprétation extensive de ces notions, incluant tous les organismes financiers, voy. H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 3^e éd., La Charte, 2003, pp. 421-422; *contra* C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, éd. Larcier, 2003, p. 399.

⁽²⁸⁶⁾ *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 91. La responsabilité pénale de la personne morale pourrait être engagée dans ce contexte.

quelque manière que ce soit, même par hasard, à l'exécution des missions de l'institution ⁽²⁸⁷⁾.

7. MISE EN ŒUVRE ET CONTRÔLE DES MÉTHODES PARTICULIÈRES DE RECHERCHE: UNE NOUVELLE RÉPARTITION DES RÔLES

Le législateur ayant adopté des règles spécifiques à la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche (observation, infiltration et recours aux indicateurs), il n'est pas inutile de s'y arrêter un moment. D'autre part, comme on l'a relevé à plusieurs reprises, les moyens pouvant être utilisés en vue de la recherche des infractions et de leurs auteurs étant susceptibles de porter gravement atteinte aux libertés et droits fondamentaux, des règles de contrôle spécifiques s'imposent.

7.1. Autorité compétente pour ordonner une méthode particulière de recherche

Certaines méthodes de recherche peuvent être ordonnées aussi bien par le ministère public dans le cadre d'une information ou d'une recherche proactive que par le juge d'instruction, tandis que d'autres – celles qui ont été considérées comme davantage attentatoires aux droits et libertés individuels – relèvent de la compétence exclusive du juge d'instruction. Sous réserve des précisions données ci-dessus, on retiendra parmi les premières l'observation, à l'exception de l'observation ayant recours à des moyens techniques avec vue dans une habitation, l'infiltration, le recours aux indicateurs, l'intervention différée, les recherches bancaires et l'interception du courrier; les méthodes de la compétence exclusive du juge d'instruction se résument à l'observation utilisant des moyens techniques avec vue dans une habitation, au contrôle visuel discret, à l'écoute directe dans un domicile ou un lieu privé et à l'ouverture du courrier.

Lorsque le ministère public peut autoriser une méthode de recherche, sont compétents tout autant le procureur du Roi, le procureur fédéral et l'auditeur du travail, chacun pour les affaires qu'il traite.

On peut évidemment s'interroger sur la portion congrue laissée au magistrat instructeur car il faut bien convenir que chacune de ces méthodes porte une atteinte significative aux droits et libertés individuels fondamentaux. Pour ne prendre qu'un exemple, il est évident que l'examen des comptes bancaires constitue une intrusion caractérisée dans la vie privée qui, aux yeux de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, appelle des garanties particulières. En outre, il convient de se rappeler que l'article 56, alinéa 5, du Code d'instruction criminelle réserve expressément au juge d'instruction la décision

⁽²⁸⁷⁾ *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 91.

d'utiliser la contrainte ou de porter atteinte aux libertés et aux droits individuels, alors que l'article 28bis, paragraphe 3, exclut tout aussi expressément le recours à la contrainte ou les atteintes aux libertés et aux droits individuels (sous réserve de la saisie) dans le cadre de l'information, sauf dispositions légales contraires qui doivent rester l'exception.

Il faut, en outre, relever que certaines des compétences habituellement réservées au juge d'instruction échoient également au procureur du Roi en cas de flagrant délit; il en est ainsi particulièrement de l'interception et de l'ouverture du courrier (article 88sexies, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, du C.i.cr.).

7.2. Exécution de la méthode particulière de recherche

Le principe posé par le législateur veut que toute méthode particulière de recherche (à savoir l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs) – à la différence des autres méthodes d'enquête – est exécutée sous la direction du ministère public.

Il est évident que la méthode particulière de recherche ordonnée par le ministère public est mise à exécution sous sa direction, sa responsabilité et son contrôle. Dans la pratique antérieure à la loi du 6 janvier 2003, un magistrat du ministère public, appelé «magistrat de confiance» décidait du recours à une méthode particulière de recherche et était l'interlocuteur des services de police la mettant à exécution; il prenait les décisions qui s'imposaient au fil de l'enquête et en assurait le contrôle. Cette pratique ne sera en rien modifiée avec l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003.

En revanche, la loi bouleverse les rôles lorsqu'une méthode particulière de recherche est ordonnée par le juge d'instruction ou lorsque l'affaire est mise à l'instruction après qu'une telle méthode ait été autorisée par le parquet: l'article 47ter, paragraphe 1^{er}, décrète en effet que «ces méthodes sont mises en œuvre, dans le cadre d'une information ou d'une instruction, par les services de police désignés par le ministre de la Justice, sous le contrôle du ministère public et sans préjudice des articles 28bis, paragraphes 1^{er} et 2, 55 et 56, paragraphe 1^{er}, et 56bis (...)»⁽²⁸⁸⁾. Au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, de la même disposition, on lit: «Le procureur du Roi exerce un contrôle permanent sur la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche par les services de police au sein de son arrondissement». Ce qui est dit ici du contrôle du procureur du Roi vaut évidemment du procureur fédéral dans les dossiers pour lesquels il exerce lui-même l'action publique ainsi que dans les dossiers pour lesquels il veille à la coordination de l'exercice de l'action publique ou facilite la coopération internationale⁽²⁸⁹⁾; cela vaut également pour l'auditeur du travail dans les dossiers de sa compétence. Rien n'empêche évidemment le procureur du Roi et le pro-

⁽²⁸⁸⁾ C'est nous qui soulignons.

⁽²⁸⁹⁾ *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 69.

cureur fédéral de désigner, comme cela s'est fait jusqu'à présent dans les grands arrondissements, un magistrat des méthodes particulières de recherche, qui a une vue d'ensemble sur la problématique et qui acquiert une expérience facilitant les contacts avec les services de police.

En conséquence, dès lors que dans le cadre d'une instruction, le magistrat instructeur ordonne une méthode particulière de recherche, la mise à exécution et le contrôle de la mesure relèveront entièrement du ministère public⁽²⁹⁰⁾, contrairement aux principes de procédure pénale jusqu'ici applicables; le principe est illustré par l'obligation pour les fonctionnaires de police mettant en œuvre l'observation ou l'infiltration – même ordonnée par le juge d'instruction – de faire rapport exclusivement au procureur du Roi (articles 47^{septies}, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 47^{novies}, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, du C.i.cr.). On ne peut se cacher que ce choix pose problème au regard de l'article 28^{quater}, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle qui fait en principe obstacle à ce que le procureur du Roi poursuive une information alors qu'une instruction est ouverte⁽²⁹¹⁾. En effet, si l'on prend l'exemple des écoutes téléphoniques, une fois l'affaire mise à l'instruction et l'écoute ordonnée par le juge d'instruction, celle-ci échappe au parquet, si ce n'est par le biais des recours dont il dispose à l'encontre des ordonnances du juge d'instruction et des possibilités que lui offre la «loi Franchimont» de saisir la chambre des mises en accusation en vue du contrôle de la régularité de l'instruction (articles 135, 136^{bis} et 235^{bis} du C.i.cr.). Il est de principe que le juge d'instruction dirige et contrôle les mesures d'instruction qu'il ordonne; l'article 55, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle rappelle en effet que «l'instruction est conduite sous la direction et l'autorité du juge d'instruction», tandis que l'article 56, paragraphe 1^{er}, prévoit que «le juge d'instruction assume la responsabilité de l'instruction qui est menée à charge et à décharge. Il veille à la légalité des moyens de preuve ainsi qu'à la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés (...)».

En pratique, lorsque le juge d'instruction décide le recours à une méthode particulière de recherche, il prend une ordonnance dans laquelle il détermine la méthode et ses modalités générales, et il désigne le fonctionnaire de police qui la mettra à exécution, dans le respect des dispositions légales⁽²⁹²⁾. Pour le surplus, ce sera le magistrat M.P.R. du parquet qui suivra la mise en œuvre de la méthode particulière; ainsi, ce sera ce magistrat qui autorisera, le cas échéant, le fonctionnaire de police à commettre telle ou telle infraction dans le cadre de l'exécution de l'infiltration, par exemple. On verra que le juge d'instruction a simplement un droit de consultation du dossier confidentiel sans pouvoir en faire état dans son instruction (article 56^{bis}, alinéa 5, du C.i.cr.)

⁽²⁹⁰⁾ Voy. l'exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 105 à 107.

⁽²⁹¹⁾ En ce sens, voy. les remarques du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 147-148.

⁽²⁹²⁾ *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 109.

Précisons que dès que le juge d'instruction est saisi d'un dossier, le ministère public perd évidemment le pouvoir de décider d'avoir recours à une méthode particulière de recherche, conformément à l'article 28^{quater}, alinéa 3, qui met un terme au pouvoir d'informer du parquet dès la saisine du juge d'instruction. À défaut d'accord avec le juge d'instruction, le procureur du Roi devra lui en faire la demande par un réquisitoire qui, s'il donne lieu à un refus, pourra être soumis à la chambre des mises en accusation selon la procédure habituelle (article 135 du C.i.cr.)⁽²⁹³⁾. Celle-ci statuera bien évidemment en l'absence de l'inculpé et de la partie civile.

Si la méthode particulière de recherche est décidée par le procureur du Roi au cours de l'information et poursuivie pendant l'instruction, le juge d'instruction reprend la direction de l'enquête; il peut en conséquence consulter à tout moment le dossier confidentiel et modifier, prolonger ou retirer l'autorisation de recourir à pareille méthode⁽²⁹⁴⁾.

L'on a rappelé que le juge d'instruction avait la direction de l'instruction et la charge de veiller à la légalité de celle-ci et à la loyauté dans la récolte des preuves. Selon les travaux préparatoires, il pourra assumer cette charge par le fait qu'à tout moment, il aura accès au dossier confidentiel contenant l'ensemble des données relatives au déroulement de la méthode particulière. S'il constate des irrégularités ou que la mesure n'est plus nécessaire dans les termes initialement fixés, par exemple, il peut y mettre fin ou la modifier (par exemple ne plus autoriser qu'une observation sans moyens techniques en lieu et place d'une observation avec moyens techniques), ou fixer de nouvelles conditions⁽²⁹⁵⁾. En cas de divergence entre le magistrat M.P.R. et le juge d'instruction sur la manière de mener à bien la mise en œuvre de la méthode particulière, par exemple, et à défaut de solution dégagée d'une concertation, le juge d'instruction n'aura d'autre moyen que d'y mettre fin, son premier devoir étant de garantir la légalité, la régularité et la loyauté dans la récolte des preuves.

Il faut souligner une difficulté majeure à cet égard: on a rappelé l'article 55 qui affirme avec force que l'instruction est menée sous la direction et l'autorité du juge d'instruction, ainsi que l'article 56, paragraphe 1^{er}, qui le rend responsable de l'instruction menée à charge et à décharge, et garant de la légalité des moyens de preuve et de la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés. Il n'est pas dérogé à ces dispositions en cas de recours aux méthodes particulières de recherche. L'on doit toutefois s'interroger sur les moyens dont le juge d'instruction dispose pour exercer effectivement ce pouvoir. L'accès permanent au dossier confidentiel n'est certes pas suffisant, dès lors qu'il ne dispose pas lui-même du pouvoir de diriger et de contrôler la mise en œuvre de la méthode particulière de recherche et qu'il ne peut faire état du contenu de ce dossier

⁽²⁹³⁾ *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 66.

⁽²⁹⁴⁾ *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 99.

⁽²⁹⁵⁾ *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 81.

dans le cadre de son instruction, et en particulier lors des audiences de la chambre du conseil.

La volonté du législateur de mettre le juge d'instruction sur la touche en matière de méthodes particulières de recherche est encore plus manifeste en ce qui concerne les méthodes qui lui sont réservées mais qui peuvent être ordonnées par le biais d'une mini-instruction selon l'article 28^{septies} du Code d'instruction criminelle. En effet, il est expressément prévu que l'observation en ayant recours à des moyens techniques avec vue dans une habitation, l'infiltration, le contrôle visuel discret, la recherche de données bancaires et l'ouverture de courrier peuvent être sollicités par le ministère public au bénéfice de la mini-instruction. En vertu de l'article 28^{septies}, il est de règle que le juge d'instruction a le choix, en pareil cas, soit de renvoyer le dossier au parquet après exécution de la mesure demandée s'il a estimé devoir y faire droit, soit de le conserver par-devers lui et de poursuivre lui-même l'instruction. Si telle reste la règle en cas d'infiltration, de recherche de renseignements bancaires et d'ouverture du courrier, le juge d'instruction est privé de cette possibilité lorsqu'une mesure d'observation ayant recours à des moyens techniques avec vue dans une habitation ou de contrôle visuel discret est requise par le parquet. Le juge d'instruction est, dans ces cas, confiné dans le rôle le plus réducteur du juge de l'instruction, distributeur d'ordonnances autorisant une intrusion dans la vie privée.

On retiendra donc une volonté nette du législateur de donner une place centrale au ministère public dans les enquêtes pénales ayant recours à des méthodes particulières de recherche, et cela au détriment du juge d'instruction. Le Conseil d'État, ainsi que plusieurs experts entendus au cours des travaux préparatoires, se sont montrés extrêmement critiques sur ce point⁽²⁹⁶⁾, qui ne manquera pas, par ailleurs, de faire problème au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

7.3. Contrôle des méthodes particulières de recherche

Il convient de distinguer un contrôle réalisé sous l'angle de la procédure en cours de manière à en vérifier la légalité, d'un contrôle au sens large, qui recouvre à la fois un contrôle et un échange d'informations entre parquets, exercé par les supérieurs hiérarchiques des membres des services de police chargés de mettre les méthodes particulières de recherche en œuvre et qui tend davantage à la coordination des moyens et à l'évaluation de la loi.

Le législateur a consacré une sous-section – comprenant l'article 47^{undecies} du Code d'instruction criminelle – au contrôle de légalité, signe que cette question est fondamentale, comme l'avait déjà montré la jurisprudence anté-

⁽²⁹⁶⁾ Voy. par exemple *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 147; *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-1260/4, pp. 9-10; *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, pp. 125 et s.

rieure à la loi du 6 janvier 2003. On se rappellera en effet qu'il est arrivé que des preuves recueillies au moyen de méthodes particulières de recherche aient été écartées des débats, voire les poursuites déclarées irrecevables, au motif que la juridiction d'instruction ou le juge du fond n'était pas en mesure d'exercer ce contrôle relevant de sa charge⁽²⁹⁷⁾. Il reste donc à vérifier si les dispositions prises par le législateur rencontrent cette difficulté de telle sorte qu'un contrôle de légalité puisse effectivement et efficacement s'exercer.

Soulignons encore que la première autorité chargée de contrôler les méthodes particulières de recherche est le ministère public, que l'affaire soit à l'information ou à l'instruction⁽²⁹⁸⁾, comme l'indique l'article 47^{quater}, paragraphe 2, précité.

7.3.1. En cas de non-poursuite

L'article 47^{undecies}, en son alinéa 2, prévoit que «Au moins tous les trois mois, le procureur du Roi transmet au procureur général tous les dossiers dans lesquels il a fait application de méthodes d'observation ou d'infiltration et dans lesquels il a pris la décision de ne pas engager des poursuites, afin de lui permettre d'exercer son contrôle sur la légalité des méthodes utilisées». Le texte poursuit: «Le procureur général fait rapport de ce contrôle. Le rapport est communiqué au collège des procureurs généraux (...)».

Le procureur du Roi communique donc trimestriellement au procureur général l'ensemble des dossiers dans lesquels il a été décidé de faire usage, non pas de n'importe quelle méthode particulière de recherche, mais bien d'une observation ou d'une infiltration, et pour lesquels, en définitive, il s'est avéré qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre, soit parce que les preuves ainsi recueillies sont insuffisantes, soit pour des raisons d'opportunité, soit pour tout autre motif. Le texte précise qu'il s'agit, pour le procureur général, de contrôler ainsi la légalité des méthodes utilisées.

L'on notera que le recours à des indicateurs – sous réserve des règles qui lui sont propres – de même que les autres méthodes de recherche ne sont soumis à aucun contrôle particulier, pour autant, en ce qui concerne ces dernières, qu'elles n'aient pas été mises en œuvre dans le cadre d'une observation ou d'une infiltration.

À l'origine du projet, le contrôle en cas de recours à une observation ou à une infiltration était confié au président de la chambre des mises en accusation, ce qui ne manquait pas de dénoter dans l'organisation de la procédure pénale belge puisque le contrôle d'une information classée sans suite se trouvait confié à un magistrat du siège. Cette hypothèse a donc été abandonnée au cours

⁽²⁹⁷⁾ 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.

⁽²⁹⁸⁾ Voy. l'exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, pp. 9-10.

des discussions parlementaires. Dès lors, le contrôle a été ramené au sein du parquet.

On peut toutefois s'interroger quant à l'effectivité de pareil contrôle vu le caractère un et indivisible du ministère public, partie poursuivante, de surcroît. En outre, quelle pourra-t-êtré la suite d'un constat d'illégalité ou d'irrégularité de la part du parquet général? Ce sera souvent un classement sans suite, précisément, ce qui laissera généralement sans réparation la violation des droits de la personne ayant été soumise à la méthode particulière de recherche⁽²⁹⁹⁾. Il y a cependant lieu de réserver la question d'éventuelles sanctions disciplinaires.

Il faut observer que même une affaire ayant donné lieu à une mesure d'instruction ordonnée par le biais de la mini-instruction et, néanmoins classée sans suite, fera l'objet de pareil rapport au procureur général, pour autant que le juge d'instruction n'ait pas eu la possibilité de se saisir de la totalité de l'affaire ou ne l'ait pas exercée.

7.3.2. Évaluation globale

Le contrôle interne au parquet est donc bien un contrôle d'un tout autre ordre qu'un véritable contrôle de légalité. On en veut pour preuve que l'article 47*undecies*, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle prévoit que le procureur général «fait rapport de ce contrôle», sans qu'il soit précisé à qui. Le texte poursuit toutefois que ce rapport «est communiqué au collège des procureurs généraux qui intègre l'évaluation globale et les données statistiques relatives à ces rapports dans son rapport visé à l'article 143*bis*, paragraphe 7, du Code judiciaire». On en retient que le procureur général fait un rapport trimestriel à la fois qualitatif et quantitatif sur les dossiers dans lesquels on a eu recours à des méthodes particulières de recherche. C'est notamment à partir des rapports ainsi établis par chacun des procureurs généraux que le collège rédigera le rapport prévu à l'article 143*bis*, paragraphe 7, du Code judiciaire, à savoir son rapport d'activité annuel, comportant une analyse et une évaluation de la politique des recherches et des poursuites pour l'année écoulée et les priorités pour l'année à venir.

Ce rapport du collège des procureurs généraux est ensuite communiqué à la Chambre et au Sénat et rendu public. Il est donc clair qu'à ce stade, on ne se situe plus du tout au niveau du contrôle de dossiers concrets mais bien d'une évaluation de la loi ainsi que de questions de politique criminelle.

L'article 47*undecies*, alinéa 4, prévoit en outre, en ce qui concerne le procureur fédéral⁽³⁰⁰⁾ qu'il publie également dans son rapport annuel prévu par

⁽²⁹⁹⁾ Sous réserve d'une action en responsabilité contre l'État.

⁽³⁰⁰⁾ Le texte français parle du procureur *général*; il s'agit bien du procureur *fédéral*, eu égard au sens du texte et à la version néerlandaise.

l'article 346, paragraphe 2, 2^o, du Code judiciaire «l'évaluation globale et les données statistiques relatives aux affaires pour lesquelles le parquet fédéral a entamé une enquête et qui ont donné lieu à un classement sans suite». Cette disposition ne vise donc que les affaires traitées par le parquet fédéral et il faut évidemment en limiter la portée, en dépit de ses termes, aux affaires ayant donné lieu à application d'une méthode particulière de recherche – et non à toutes les affaires traitées par le parquet fédéral – qui se sont soldées par un classement sans suite.

Observons, pour terminer ce qui concerne le contrôle *a posteriori* de l'utilisation de méthodes particulières de recherche par le parquet général, et indirectement par le ministre de la Justice et le Parlement, qu'il n'est pas limité aux affaires s'étant clôturées par un classement sans suite. En effet, l'article 90*decies*, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle est modifié de sorte que le ministre fait rapport au Parlement non seulement de l'utilisation des écoutes téléphoniques, mais également des méthodes particulières de recherche au sens strict (articles 47*ter* à 47*decies* et 56*bis* du C.i.cr.) et des autres méthodes de recherche à savoir l'interception (articles 46*ter* et 46*quater* du C.i.cr.) et l'ouverture du courrier (article 88*sexies* du C.i.cr.), le contrôle visuel discret (article 89*ter* du C.i.cr.) et l'intervention différée (article 40*bis* du C.i.cr.) ainsi que des mesures de protection prises à l'égard des témoins menacés (articles 86*bis* et 86*ter* du C.i.cr.). Ce rapport du ministre de la Justice impliquera nécessairement que les procureurs généraux soient tenus informés des dossiers dans lesquels une méthode particulière de recherche est utilisée, même si le dossier donne lieu à des poursuites, ce qui va évidemment de soi.

7.3.3. En cas de poursuite

Notons dès l'abord que seules l'observation et l'infiltration font l'objet de règles particulières, à savoir une saisine du juge d'instruction pour rapport et un règlement de la procédure par la chambre du conseil, même s'il n'y a pas eu d'instruction; cela s'explique par l'existence d'un dossier confidentiel auquel ni les parties, ni le juge du fond n'ont accès. Le recours aux indicateurs n'empêche nullement le parquet de saisir le tribunal correctionnel par citation directe sans passer par le juge d'instruction et le règlement de la procédure; il en est de même des autres méthodes de recherche, pour autant qu'elles n'aient pas été couplées avec une observation ou une infiltration; dans ce dernier cas, elles seront soumises au contrôle particulier prévu dans le cadre de la procédure ayant eu recours à l'observation ou à l'infiltration.

Ce que la loi qualifie «d'autres méthodes de recherche» (intervention différée, contrôle visuel discret, écoute directe, recherche de renseignements bancaires et interception et ouverture du courrier) nécessite peut-être de manière moins pressante un contrôle particulier en amont de la procédure au fond, dans la mesure où ces méthodes ne donnent pas lieu à un dossier confidentiel. En

l'audience est contradictoire et que la création d'un dossier confidentiel vise précisément à occulter un certain nombre d'éléments devant rester secrets vis-à-vis des parties, et en particulier des inculpés⁽³⁰²⁾.

En définitive, ce qui a été conçu pour constituer une garantie n'en est rien puisque le juge d'instruction est dépourvu de tout pouvoir d'appréciation. D'autre part, la loi renvoie à la procédure de l'article 127 du Code d'instruction criminelle qui organise le règlement de la procédure. On se souviendra que dans ce cadre, les parties peuvent solliciter des devoirs d'instruction complémentaires. Qu'ils concernent ou non la méthode particulière de recherche, on peut se demander à qui la requête sera adressée, puisqu'il est précisé que le juge d'instruction n'est pas habilité à poser le moindre acte d'instruction. Le texte précisant toutefois que cette interdiction vaut pour les actes posés d'office, on pourrait peut-être le comprendre comme permettant au juge d'instruction de statuer sur la demande et, s'il l'estime opportun, d'y donner suite conformément à l'article 61quinquies du Code d'instruction criminelle.

7.3.3.2. LE RÈGLEMENT DE LA PROCÉDURE PAR LA CHAMBRE DU CONSEIL

La chambre du conseil, lorsqu'elle est saisie en vue du règlement de la procédure a aussi la mission de statuer sur la régularité de la procédure (article 131 du C.i.cr.); il faudra se demander si elle en a les moyens. En effet, si elle pressent une provocation policière, par exemple, le seul moyen d'en vérifier la réalité sera, en général, d'examiner le dossier confidentiel; or, elle n'y a pas accès. Le juge d'instruction a pu, lui, en prendre connaissance, mais il est expressément prévu qu'il ne peut faire mention de son contenu dans le cadre de son instruction (article 56bis, alinéa 5, du C.i.cr.).

On relèvera en outre que, pour autant que l'on puisse parler d'un véritable contrôle, il n'intervient qu'*a posteriori*.

7.3.3.3. LE CONTRÔLE DE LA CHAMBRE DES MISES EN ACCUSATION

Dans sa version finale, le texte de la loi s'en remet au droit commun en ce qui concerne les pouvoirs de la chambre des mises en accusation en matière de

⁽³⁰²⁾ H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH écrivent cependant: «S'il ne peut faire état du dossier confidentiel, le juge d'instruction, chargé de vérifier la légalité et la loyauté de la preuve (article 56, alinéa 2 du Code d'instruction criminelle) sera néanmoins tenu de mentionner dans son instruction l'existence de toute irrégularité entachant l'administration de la preuve, qui résulterait de la consultation du dossier confidentiel» (*Droit de la procédure pénale*, 3^e éd., La Charte, 2003, p. 604). On voit mal comment concilier ces propos avec l'interdiction de faire état du dossier confidentiel, sauf à considérer que le juge d'instruction pourrait décréter, sans autre explication, que, à son estime, l'instruction ou tel acte d'instruction est entaché de nullité ou d'irrégularité, ce qui n'est pas de nature à permettre à la chambre du conseil d'exercer de manière plus adéquate et effective son contrôle sur l'instruction.

conséquence, parties et magistrats ont accès à l'ensemble du dossier et peuvent en contrôler la légalité avec les moyens habituels.

7.3.3.1. LE RAPPORT DU JUGE D'INSTRUCTION

L'article 47*undecies*, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle prévoit que: «Le procureur du Roi qui a fait application dans son enquête de méthodes d'observation ou d'infiltration, et qui souhaite engager les poursuites, requiert dans tous les cas le juge d'instruction. À la suite de cette procédure, le juge d'instruction fait rapport à la chambre du conseil sans être habilité à poser d'office le moindre acte d'instruction. Il est procédé conformément à l'article 127»⁽³⁰¹⁾.

Rappelons que ce moyen de contrôle spécifique qu'est le rapport du juge d'instruction en chambre du conseil ne concerne que l'observation et l'infiltration, à l'exception de toutes les autres méthodes.

Le mécanisme mis en place par l'article 47*undecies*, alinéa 1^{er}, concerne les affaires ayant fait l'objet d'une information – comprenant le cas échéant une mesure ordonnée par le juge d'instruction saisi par la voie de la mini-instruction (mais sans que le juge d'instruction ne se soit saisi de l'ensemble du dossier) – sans avoir été mises à l'instruction. On se trouve devant la particularité qu'une information donnant lieu à des poursuites va se clôturer par une saisine du juge d'instruction *pour rapport* et une ordonnance de règlement de la procédure de la chambre du conseil.

Quel sera l'objet de la saisine du juge d'instruction dans ces cas? Ce sera, en fait, simplement l'obligation de faire rapport en chambre du conseil, spécialement quant aux méthodes utilisées.

Le texte précise que le juge instructeur est dépourvu de tout pouvoir d'instruction. Alors que, habituellement, le juge d'instruction fait rapport en chambre du conseil d'une instruction qu'il a menée lui-même et dont il a eu la direction, il fera ici rapport d'une information diligentée par le ministère public, au cours de laquelle, dans le meilleur des cas, il aura lui-même ordonné une observation, voire une infiltration, par le biais d'une mini-instruction, et sachant que l'exécution et le contrôle de la mesure lui ont constamment échappé. Son rapport se résumera en définitive à exposer à la chambre du conseil que, dans le dossier en question, le parquet a eu recours à une infiltration ou à une observation; il ne pourra pas en dire davantage, sauf à se baser sur le dossier répressif que la chambre du conseil a entre les mains, puisque l'article 56*bis*, alinéa 5, lui interdit de faire mention du contenu du dossier confidentiel dans le cadre de son instruction. Il y a en effet tout lieu de penser que le rapport fait en chambre du conseil n'échappe pas à cette interdiction vu que

⁽³⁰¹⁾ Voy. l'exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 80.

méthodes particulières de recherche. Dès lors, elle peut être saisie sur la base de l'article 135 du Code d'instruction criminelle par l'appel du parquet ou de la partie civile contre l'ordonnance de la chambre du conseil réglant la procédure, quel que soit le motif invoqué. Elle peut aussi être saisie, sur la même base, par l'appel de l'inculpé contre une ordonnance de renvoi en cas d'extinction ou d'irrecevabilité des poursuites (ce qui pourrait être le cas dans l'hypothèse où une méthode particulière de recherche aurait vicié entièrement la procédure); l'inculpé peut aussi soulever des irrégularités, causes de nullité ou omissions dans la récolte des preuves; le moyen doit toutefois avoir été préalablement soulevé par écrit devant la chambre du conseil. Comme celle-ci, la chambre des mises en accusation peut annuler l'acte et tout ce qui en découle, voire déclarer l'irrecevabilité des poursuites.

La chambre des mises en accusation peut également exercer un contrôle d'office ou à la demande d'une des parties sur la base des articles 136*bis*, 235 et 235*bis* du Code d'instruction criminelle, en raison de la longueur de la procédure ou pour tout autre motif. Dans le cadre de ce contrôle, elle statue également sur les causes d'extinction ou d'irrecevabilité des poursuites, ainsi que sur les irrégularités, omissions et nullités dans l'obtention de la preuve.

Si juridiquement parlant, la chambre des mises en accusation dispose d'un large pouvoir de contrôle, encore faut-il qu'il puisse effectivement s'exercer dans les faits. L'on peut en douter dans la mesure où, pas plus que la chambre du conseil, elle n'aura accès au dossier confidentiel comprenant des données importantes relatives à la méthode particulière de recherche. Il était prévu, à l'origine, que, lorsqu'elle statuait dans le cadre de l'article 235*bis*, elle puisse entendre les officiers de police judiciaire ayant exécuté la méthode particulière, ce qui pouvait constituer un moyen de contrôle plus réel; cette possibilité a été supprimée dans le texte final. Il faut sans doute en déduire que pareille audition lui est interdite. Le Conseil d'État, non sans raison, en concluait que la chambre des mises en accusation n'avait pas les moyens d'exercer un véritable contrôle⁽³⁰³⁾.

Que ce soit du côté de la chambre du conseil ou de la chambre des mises en accusation, la possibilité effective de contrôler la légalité d'une méthode particulière de recherche, spécialement lorsqu'il s'agit d'une observation ou d'une infiltration, dépendra en définitive du contenu du dossier confidentiel. Si celui-ci ne comprend que les indications qu'il est réellement indispensable de tenir secrètes (données techniques relatives aux instruments utilisés, données stratégiques, identité des intervenants), tandis que tous les éléments nécessaires au contrôle de légalité se trouvent dans les procès-verbaux, cela ne devrait pas poser de problème majeur, sous la réserve que la défense peut toujours supputer que, précisément, un élément attestant de l'illégalité de la mesure se trouve dans

⁽³⁰³⁾ *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 154.

le dossier confidentiel. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle certains experts entendus au cours des travaux parlementaires prônaient la suppression de ce dossier confidentiel⁽³⁰⁴⁾.

7.3.3.4. LE CONTRÔLE EXERCÉ PAR LE JUGE DU FOND

À défaut d'une réelle possibilité de contrôle par les juridictions d'instruction en ce qui concerne l'observation et l'infiltration – voire le recours aux indicateurs – il reste à se tourner vers les juridictions de fond.

Il nous faut tout d'abord rappeler les aléas des articles 131, paragraphe 2, et 235*bis* qui précisent les conséquences de l'annulation d'un acte d'instruction ou d'une preuve obtenue illégalement. Alors que le législateur avait prévu qu'il serait purement et simplement retiré du dossier, de telle sorte que le juge du fond n'en ait pas connaissance, la Cour d'arbitrage l'a forcé à revoir sa copie dans la mesure où elle a estimé la solution incompatible avec le droit à un procès équitable à l'égard de la défense qui pouvait tirer argument de cet acte nul pour se disculper⁽³⁰⁵⁾. Dès lors, dans sa dernière version, tant l'article 131, paragraphe 2, que l'article 235*bis* permettent à la défense d'invoquer l'acte nul. Tel pourrait être le cas d'une observation ou d'une infiltration, par exemple, qui, par extraordinaire, aurait été annulée sans pour autant vicier l'ensemble de la procédure. Ni la défense ni le tribunal n'auront pour autant accès au dossier confidentiel.

On rappellera également l'article 235*bis*, paragraphe 5, qui prévoit que les omissions, nullités et irrégularités dans l'obtention de la preuve, ainsi que les causes d'extinction et d'irrecevabilité des poursuites qui ont été invoquées dans le cadre du règlement de la procédure tant devant la chambre du conseil que devant la chambre des mises en accusation ne peuvent plus être soulevées devant le juge du fond, sauf si elles concernent l'ordre public⁽³⁰⁶⁾. Tel serait le cas si la défense avait invoqué, par exemple, une provocation policière rendant une infiltration nulle et que la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation avaient toutes deux rejeté le moyen. En revanche, si le moyen n'a été invoqué que devant la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation, il pourra à nouveau être soumis au juge du fond. La règle ne touche évi-

⁽³⁰⁴⁾ *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 130; *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-1260/4, p. 40; un des experts réserve toutefois l'identité de l'indicateur, à laquelle il faudrait sans doute ajouter celle de l'infiltrant.

⁽³⁰⁵⁾ C. arb., 8 mai 2002, *J.T.*, 2002, p. 514. Sur cette problématique, voy. O. KLEES, note sous Cass., 9 janvier 2002, *J.T.*, 2002, p. 368.

⁽³⁰⁶⁾ Voy. toutefois Cass., 9 janvier 2002, *J.T.*, 2002, p. 368 duquel il résulte que les causes d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique débattues devant la chambre des mises en accusation ne pourront en aucun cas être soulevées devant le juge du fond (sauf si elles sont acquises postérieurement aux débats devant la chambre des mises en accusation) (voy. «Chronique semestrielle de jurisprudence», in *Rev. dr. pén.*, 2002, pp. 1119-1120).

demment en rien l'appréciation de la preuve, c'est-à-dire sa force probante, par le juge du fond.

Pour le surplus, en ce qui concerne l'observation, l'infiltration et le recours à des indicateurs, le juge du fond éprouvera exactement les mêmes difficultés que les juridictions d'instruction dans la mesure où, pas plus qu'elles, il n'a accès au dossier confidentiel. On se rappellera en effet que le juge du fond ne peut donner injonction au parquet de produire l'ensemble des données dont il dispose, même si certaines permettaient de disculper le prévenu⁽³⁰⁷⁾; c'est en ce sens que les travaux préparatoires précisent avec force que le dossier confidentiel ne joue aucun rôle dans la procédure⁽³⁰⁸⁾.

En ce qui concerne les indicateurs, on a relevé qu'ils n'intervenaient jamais directement dans la procédure. Si, dans une hypothèse tout à fait exceptionnelle⁽³⁰⁹⁾, leurs dires devaient servir de preuves, l'on tomberait sous le régime des témoignages anonymes organisé par la loi du 8 avril 2002. L'article 155bis prévoit que le tribunal correctionnel peut ordonner au juge d'instruction de procéder à l'audition d'un témoin anonyme qui a déjà été entendu par celui-ci dans le cadre de son instruction ou qui ne l'a pas encore été⁽³¹⁰⁾. C'est au juge d'instruction qu'incombe la charge de vérifier la fiabilité de ce témoin (article 86bis, paragraphe 3), sachant que pareil témoin ne peut être entendu que pour des faits visés par l'article 90ter du Code d'instruction criminelle (faits permettant une écoute téléphonique) ou par l'article 324bis du Code pénal

⁽³⁰⁷⁾ *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/013, p. 68. Voy. par exemple Bruxelles, 18 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1521; Cass., 30 octobre 2001 (n° P.01.1239.N), *Larcier Cass.*, 2002, n° 78: bien que le droit à un procès équitable implique également que, dans le système de poursuite belge, le ministère public communique au juge tous les éléments à décharge du prévenu dont il dispose, le juge ne peut faire, à ce propos, aucune injonction au ministère public et le prévenu n'a aucun droit de regard sur des pièces ou des dossiers dont dispose le ministère public, mais que celui-ci ne communique pas au juge; Cass., 27 avril 1998, *Pas.*, 1999, n° 241; *adde* Corr. Courtrai, 25 mars 1996, *T.W.V.R.*, 1997, 118; note L. ARNOU: «Le détenteur du secret professionnel apprécie personnellement si ce secret l'empêche de parler. Le juge ne peut pas à cet égard se mettre à sa place; il peut seulement vérifier si le secret professionnel n'est pas détourné de son but, ce qui pourrait être le cas si le mutisme n'était inspiré que par l'intention de dissimuler une provocation policière interdite. L'invocation du secret professionnel peut compliquer fortement la tâche du juge consistant à apprécier la régularité d'une infiltration lors d'une discussion relative à une provocation policière; elle n'est par conséquent pas de nature à apporter la preuve, à fournir par le ministère public, de ce caractère régulier»; *contra* Liège, 9 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1354; Mons (ch. m. acc.), 19 novembre 1998, *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 238 et note J. SACE ou *J.T.*, 1999, p. 66 (en matière de provocation policière): «La gendarmerie ne peut dissimuler au juge d'instruction les détails sur les circonstances dans lesquelles avaient été recueillis les indices des preuves des infractions mises à charge de l'inculpé étant donné que ce magistrat, qui est le gardien du respect de la légalité dans la recherche et l'utilisation des preuves, serait dans l'impossibilité d'exercer tout contrôle».

⁽³⁰⁸⁾ *Doc. parl.*, Ch., 50-1688/001, p. 109.

⁽³⁰⁹⁾ Encore faudrait-il que le parquet accepte de communiquer leur identité puisque, comme on l'a vu, le juge d'instruction, et encore moins le juge du fond, n'a d'accès direct à cette donnée.

⁽³¹⁰⁾ Voy. l'article 315bis pour la cour d'assises.

(sanctionnant les organisations criminelles). Si le témoin anonyme qui a déjà été entendu comme tel au cours de l'instruction consent à être entendu à l'audience, il conserve évidemment le bénéfice de son anonymat (article 155*bis* et 315*bis* du C.i.cr.).

7.3.3.5. LE CONTRÔLE PRÉVU PAR LA LOI AU REGARD DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Si les juridictions d'instruction risquent de se trouver en difficulté eu égard à leur mission de contrôle de la régularité de l'instruction, et ici, de l'information, lorsqu'il a été fait usage d'une observation ou d'une infiltration, la défense pourrait l'être tout autant dans la mesure où elle non plus n'a de toute évidence pas accès au dossier confidentiel; or, cet accès pourrait s'avérer indispensable pour vérifier la légalité de la méthode particulière de recherche et de son déroulement. Dans cette mesure, elle pourrait alléguer une violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Comme on l'a rappelé, la Cour de cassation a déjà admis que le ministère public n'est pas tenu de produire tous les éléments dont il dispose, et notamment le dossier confidentiel constitué à l'occasion d'une méthode particulière de recherche.

Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle a été saisie de la problématique dans certaines affaires mettant en cause le Royaume-Uni⁽³¹¹⁾. La Cour vérifie, dans un premier temps, si les mesures restreignant les droits de la défense, telle une interdiction d'accès à une partie du dossier répressif, sont absolument nécessaires, d'une part, et suffisamment compensées par les procédures suivies devant les autorités judiciaires, d'autre part. Dans un deuxième temps, elle va vérifier si la décision d'occulter certains éléments du dossier à l'égard des parties a été constamment sujette à l'appréciation du juge. Une révision automatique en appel n'est pas nécessaire dès lors que la défense ne souleve pas le problème⁽³¹²⁾.

Dans les cas où cette occultation de certains éléments du dossier a été admise par la Cour, celle-ci constate que l'accusation ne s'est pas prévalu des éléments non divulgués et qu'ils n'ont jamais été portés à la connaissance du jury, tandis que le juge avait une parfaite connaissance de l'ensemble des preuves et questions soulevées par le cas d'espèce, tant avant que pendant le procès, et qu'il était en mesure de contrôler la pertinence pour la défense des

⁽³¹¹⁾ Cour eur., aff. *Jasper c. Royaume-Uni*, 16 février 2000; aff. *Fitt c. Royaume-Uni*, 16 avril 2000; aff. *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, 25 septembre 2001; aff. *Rowe et Davis c. Royaume-Uni*, 16 février 2000 (ces arrêts peuvent être consultés sur le site de la Cour à l'adresse <http://www.echr.coe.int>).

⁽³¹²⁾ aff. *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, 25 septembre 2001.

informations qui ne lui avaient pas été communiquées⁽³¹³⁾. En revanche, la Cour retient une violation de l'article 6 dès lors que le juge n'a pas eu la possibilité effective de contrôler lui-même la décision de non-communication de certaines données du dossier aux parties, décision qui a été prise par l'accusation elle-même⁽³¹⁴⁾.

Ce dernier aspect de la jurisprudence strasbourgeoise risque évidemment de faire difficulté au regard de la loi du 6 janvier 2003 dans la mesure où ni le juge d'instruction, ni la juridiction d'instruction, ni surtout le juge du fond, n'a la maîtrise du dossier confidentiel et de son contenu. Quant à la possibilité pour la défense de débattre de l'existence de ce dossier et de son contenu, elle ne pourra jamais le faire que devant les magistrats (juge d'instruction, le cas échéant, juridictions d'instruction et juges du fond) qui n'ont aucune prise sur la question. Il appartiendra certainement au ministère public de démontrer que le dossier confidentiel ne contient aucun élément indispensable à la défense des parties et de nature à préjudicier les intérêts de celles-ci et que cette amputation de leur droit de se défendre a été suffisamment compensée par le déroulement de la procédure (on peut se demander quelles compensations notre procédure pourrait offrir, tant en droit qu'en fait). L'on peut craindre que cela ne rencontre pas les exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans la mesure où l'égalité des armes y figure comme principe fondamental; or, en l'espèce, c'est la partie poursuivante elle-même qui décide, sans contrôle possible et effectif d'un magistrat indépendant et impartial, du contenu du dossier communiqué aux parties. Il y a tout lieu de craindre que pende une épée de Damoclès sur cette loi posant quelques problèmes d'équilibre en termes de respect des exigences fondamentales du procès équitable⁽³¹⁵⁾.

7.3.4. Contrôle interne aux services de police

À un tout autre niveau, le législateur a également prévu un contrôle interne aux services de police: l'article 47^{ter}, paragraphe 2, dernier alinéa

⁽³¹³⁾ Cour eur., aff. *Jasper c. Royaume-Uni*, 16 février 2000; aff. *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, 25 septembre 2001. Dans l'affaire *Jasper*, surabondamment, elle constate en outre que la cour d'appel a également vérifié si les preuves auraient dû ou non être divulguées aux parties, offrant ainsi un degré accru de protection des droits du requérant.

⁽³¹⁴⁾ La Cour retient la violation du droit à un procès équitable en dépit du fait qu'en appel, l'accusation avait averti la défense que certaines pièces lui avaient été cachées et que la cour les avait analysées et avait décidé de ne pas les communiquer; la Cour européenne souligne en effet que la cour d'appel n'avait pas eu d'accès direct à ces éléments de preuve et avait pris sa décision sur la base des comptes rendus de première instance et des explications de l'accusation, ce qui la mettait en réalité dans l'impossibilité de contrôler effectivement tout au long du procès la nécessité de divulguer ou non ces pièces; son contrôle se résumait à un contrôle *a posteriori*.

⁽³¹⁵⁾ Un recours en annulation a déjà été introduit devant la Cour d'arbitrage pour violation des articles 10 et 11 (égalité et non-discrimination), 12 (liberté individuelle), 15 (inviolabilité du domicile), 19 (liberté d'opinion), 22 (respect de la vie privée), 26 (liberté de réunion), 27 (droit d'association) et 29 de la Constitution (secret des lettres) (*M.B.*, 24 décembre 2003).

décide en effet que: «Au sein de chaque service judiciaire déconcentré⁽³¹⁶⁾, visé à l'article 105 de la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré structuré à deux niveaux, un officier est chargé du contrôle permanent des méthodes particulières de recherche dans l'arrondissement. Cet officier est désigné par le directeur général de la police judiciaire de la police fédérale sur proposition du directeur judiciaire et sur avis du procureur du Roi. Il peut se faire assister dans l'exécution de cette tâche par un ou plusieurs officiers désignés selon la même procédure».

7.3.5. Échange d'informations en vue de la coordination des recherches

Prenant la mesure des observations concernant la coordination des enquêtes formulées dans les rapports des commissions d'enquêtes parlementaires, le législateur a prévu l'obligation pour le procureur du Roi d'informer le procureur fédéral des méthodes particulières de recherche mises en œuvre dans son arrondissement (article 47^{ter}, paragraphe 2, alinéa 2, du C.i.cr.). L'alinéa suivant de la même disposition prescrit en outre que «Lorsque la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche s'étend sur plusieurs arrondissements judiciaires ou relève de la compétence du procureur fédéral, les procureurs du Roi compétents et le procureur fédéral s'informent, mutuellement et sans délai, et prennent toutes les mesures nécessaires afin de garantir le bon déroulement des opérations». Ce faisant, le législateur met en œuvre l'article 28^{ter}, paragraphe 2, du Code d'instruction criminelle et, dans une certaine mesure, les articles 144^{ter} et suivants du Code judiciaire relatifs au procureur fédéral.

CONCLUSION

Le législateur a tenté de réglementer les méthodes particulières de recherche, auxquelles il a joint quelques autres méthodes d'enquête, cela tant en vue de baliser le travail, difficile, des services de police, que de garantir le respect des libertés et droits fondamentaux des citoyens. S'il y a un équilibre délicat à atteindre, c'est bien celui devant exister entre efficacité et valeurs démocratiques dans ce domaine. Même si la loi a le mérite de fixer des points de repères importants, on ne peut pas dire que le législateur ait atteint l'objectif en confiant l'essentiel de la tâche et du contrôle au parquet et à défaut de prévoir des moyens de protection efficaces des libertés et droits individuels fondamentaux mis en cause.

La loi du 6 janvier 2003 est le fruit d'une large concertation avec les services de police. On apprécie que le législateur ait tenté de prendre toute la

⁽³¹⁶⁾ Actuellement dénommé «Service judiciaire d'arrondissement».

mesure des réalités de terrain et ait entrepris de cerner au mieux les besoins. Tout aussitôt, l'on est tenté de se demander s'il a pris la distance requise par rapport à une volonté d'efficacité immédiate au détriment de valeurs démocratiques essentielles. Témoins de cette inquiétude, la multiplication des moyens d'enquête, tous plus intrusifs les uns que les autres dans la vie privée ainsi qu'un déplacement certain du pouvoir de décision et de contrôle vers le ministère public, et indirectement, un renforcement des pouvoirs et initiatives des services de police. Du point de vue de ces derniers, le contrôle existe puisque rien ne se fait sans l'aval du parquet... C'est sans doute perdre un peu vite de vue que le ministère public est partie poursuivante, et à ce titre, n'a pas la même impartialité ni la même indépendance qu'un magistrat instructeur ou du siège.

Cette loi marquera donc une évolution significative dans la procédure pénale belge: elle déplace le centre névralgique de la recherche des auteurs et des preuves d'infractions graves du juge d'instruction vers le ministère public et par là même vers les services de police, qui n'ont pas la même obligation fondamentale d'instruire à charge et à décharge que lui. En outre, elle modifie substantiellement la figure du juge d'instruction.

Certains souhaiteraient transformer le juge d'instruction en juge de l'instruction, à savoir celui qui délivre des ordonnances autorisant les actes les plus attentatoires aux libertés et droits individuels et contrôle les recherches, sans plus les mener ou les diriger lui-même⁽³¹⁷⁾; si le processus était amorcé avec l'entrée de la mini-instruction dans le Code d'instruction criminelle, il est maintenant clairement enclenché: le juge d'instruction peut n'être saisi qu'en vue de délivrer des autorisations de recourir à des méthodes particulières de recherche ou à d'autres méthodes d'enquête, tout en étant privé d'un réel pouvoir de diriger lui-même l'enquête et d'en contrôler la légalité et la loyauté. C'est pourtant au niveau du juge d'instruction et des juridictions d'instruction que l'équilibre pouvait peut-être être réalisé entre efficacité et respect des droits et libertés individuels. Toute la loi et les travaux préparatoires trahissent une inquiétante méfiance vis-à-vis de ces magistrats indépendants.

On se serait attendu à ce que, à la mise hors course du juge d'instruction, corresponde un contrôle renforcé des juridictions d'instruction et de fond. On a constaté que tel n'est malheureusement pas le cas, notamment en raison du fait qu'elles n'ont pas accès au dossier confidentiel. Si celui-ci, en dépit de son caractère problématique au regard du principe du contradictoire de la procédure au fond, peut être considéré comme indispensable, il n'en reste pas moins que sa seule existence jettera le doute sur la régularité de certaines procédures, avec pour conséquence que l'avocat, de défenseur et garant de la légalité qu'il était, risque de se transformer en pur technicien à la recherche de la faille.

⁽³¹⁷⁾ Voy. notamment sur cette question «Les désarrois du juge d'instruction», actes du 6^e congrès de l'Association syndicale des magistrats, *Rev. dr. pén.*, 1990, pp. 811 et s.

La loi posera inévitablement de nombreuses difficultés: certaines proviennent du manque de précision des textes, que ce soit dans les concepts utilisés et non définis⁽³¹⁸⁾ ou dans les règles applicables⁽³¹⁹⁾; elles pourront être surmontées par la jurisprudence⁽³²⁰⁾ après un temps de flottement, marqué par des décisions partant en tous sens. D'autres difficultés sont plus fondamentales: ce que le législateur présente comme une liste de méthodes de recherche au sens large constitue en réalité un ensemble de pouvoirs devant s'articuler entre eux et avec les méthodes classiques, telles les perquisitions, saisies, écoutes téléphoniques. Cela risque de déboucher sur un système très complexe, l'observation avec moyens techniques et vue dans une habitation répondant à ses règles propres, tandis que l'écoute directe qui l'accompagne souvent est soumise aux siennes, pour ne prendre qu'un exemple. Ce que l'on gagne en points de repères offerts notamment aux services de police, on le perd en complexité, ce qui risque d'entraver encore le contrôle effectif de l'usage de ces méthodes de recherche. L'on peut se demander si, en voulant donner aux services de police un maximum de possibilités dans la recherche des infractions et de leurs auteurs, le législateur n'a pas péché par excès.

Une autre difficulté pourrait surgir avec une acuité toute particulière, à savoir celle de l'incidence d'un comportement illégal ou déloyal dans la recherche des preuves sur la validité de celles-ci et de la procédure tout entière. L'on sait qu'au-delà des principes clairs, la jurisprudence s'est montrée hésitante; or, les difficultés risquent de se multiplier vu le nombre de prescriptions légales à respecter afin de mettre en œuvre une méthode particulière de recherche ou une autre méthode d'enquête et dont le législateur ne prévoit pas la sanction, d'une part, et, d'autre part, en raison du type d'approche de la criminalité, par définition peu transparente, et cela, en dépit des palliatifs mis en place par le législateur. Qu'il suffise de penser à l'existence d'un dossier confidentiel pour l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs.

Il faut également s'inquiéter du champ d'application généralement très large de ces méthodes particulières de recherche et autres méthodes d'enquête. Lorsque des indices d'infractions punissables d'un an d'emprisonnement ne sont pas suffisants – et l'on sait que les infractions ne rentrant pas dans cette catégorie deviennent denrées rares – il est généralement requis qu'il y ait des indices de faits visés par l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, c'est-à-dire des faits pouvant donner lieu à des écoutes téléphoniques. La référence à l'article 90ter apparaît comme un leitmotiv tout au long de la loi. Voit ainsi de plus en plus clairement le jour une procédure pénale «à deux vitesses», l'une pour les infractions «ordinaires», l'autre pour la criminalité dite grave et organisée, pro-

(318) Par exemple la notion d'habitation privée.

(319) On pense par exemple aux moments de la journée pendant lesquels une écoute directe ou un contrôle visuel discret peut être opéré.

(320) Mais est-ce vraiment le rôle de la jurisprudence de suppléer aux carences du législateur?

cédure caractérisée par des dispositions dérogatoires au droit commun de plus en plus nombreuses⁽³²¹⁾. Si telle est l'option du législateur, il conviendrait qu'il se montre beaucoup plus circonspect sur les modifications apportées à la liste des infractions visées. L'on sait que chaque nouvelle loi pénale importante ajoute l'une ou l'autre infraction à la liste qui comprend déjà une vingtaine de catégories, sans compter les *bis* et les *ter*.

Comme on a eu l'occasion de le relever à plusieurs reprises, la référence générale à l'article 90*ter* du Code d'instruction criminelle s'avère peu judicieuse dans un certain nombre de cas, les méthodes particulières de recherche ou les autres méthodes d'enquête n'étant pas adaptées à tous les types de criminalité visés ou constituant des moyens exagérément invasifs par rapport au type d'infraction; d'autre part, la liste s'avère incomplète au regard de certaines méthodes particulières de recherche ou autres méthodes d'enquête, particulièrement efficaces pour tous les trafics, même s'ils ne se réalisent pas dans le cadre d'une organisation criminelle⁽³²²⁾. Le législateur n'aurait-il pas été mieux inspiré en déterminant le champ d'application spécifique et adéquat à chaque méthode particulière de recherche et à chaque autre méthode de recherche, en dépit du fait qu'il s'agissait là d'un travail considérable? L'on pouvait craindre une certaine complexité du système, mais tel est parfois le prix à payer pour garantir le citoyen contre des intrusions exagérées dans ses libertés et droits individuels, sachant qu'il ne s'agit pas ici de compliquer les règles de mise en œuvre de ces méthodes mais bien de délimiter le plus précisément possible les cas dans lesquels il peut y être recouru.

Il reste à voir quel sera l'avenir de cette loi, dans un premier temps passée au crible de la Cour d'arbitrage, et ensuite, confrontée aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme telles qu'interprétées par la Cour européenne. Cette dernière se montre en effet ouverte à la prise en compte des évolutions de la criminalité et des moyens de lutter contre celle-ci, mais elle reste heureusement préoccupée au plus haut point d'assurer un équilibre le plus strict possible entre l'accusation et la défense.

4 janvier 2004.

(321) Que l'on pense aux interceptions de télécommunications ou aux témoignages anonymes, pour ne prendre que ces exemples.

(322) Ce qui justifie le recours à l'article 90*ter* du Code d'instruction criminelle.