

Numéros du rôle : 3985 et 3986
Arrêt n° 107/2007 du 26 juillet 2007

A R R E T

En cause : les questions préjudicielles relatives aux articles 47*sexies*, 47*septies*, 235*ter* et 235*quater* du Code d'instruction criminelle, posées par la Cour d'appel de Gand.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents A. Arts et M. Melchior, et des juges P. Martens, R. Henneuse, M. Bossuyt, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke et J. Spreutels, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président A. Arts,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* *

I. *Objet des questions préjudicielles et procédure*

a. Par arrêt du 25 avril 2006 en cause du ministère public contre J.L. et autres, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 11 mai 2006, la chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Gand a posé les questions préjudicielles suivantes :

1. « L'article 235ter du Code d'instruction criminelle viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en ce sens que, lors de la purge du dossier pénal sur la base de l'article 131 du Code d'instruction criminelle, au cours de la phase du règlement de la procédure sur la base des articles 127, 135 et 235bis du Code d'instruction criminelle, les parties peuvent soulever toute contestation et que, en outre, les débats doivent être rouverts en cas d'observations d'office, alors que l'article 235ter, § 5, du Code d'instruction criminelle, faisant référence à l'article 235bis, §§ 5 et 6, du Code d'instruction criminelle, n'offre pas cette possibilité, même en cas de constatation d'office de la part des juges saisis sur la base de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, et ce alors même que l'application de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, combiné avec l'article 189ter ou avec l'article 335bis du Code d'instruction criminelle, ne permet pratiquement pas de mener un débat de fond à ce sujet, ce qui n'est pas le cas lors de l'application de l'article 235bis du Code d'instruction criminelle ? »;

2. « L'article 235ter du Code d'instruction criminelle viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en ce que le contrôle prescrit à l'article 235ter du Code d'instruction criminelle s'opère obligatoirement au cours de la phase d'instruction et juste avant la phase du règlement de la procédure, et qu'au cours de cette phase de l'instruction, des décisions sont prises concernant un dossier qui est confidentiel, qui est porté uniquement à la connaissance des juges à l'appréciation desquels ce dossier confidentiel est soumis afin qu'ils statuent sur la régularité de la technique appliquée, dans un arrêt contre lequel aucune voie de recours n'est ouverte et sans véritable débat contradictoire, et que ces mêmes juges, au cours d'une phase ultérieure, lors du règlement de la procédure, peuvent à nouveau prendre connaissance du dossier pénal, éventuellement en partie purgé par eux, et sont alors appelés, après un examen contradictoire portant peut-être aussi sur l'observation et/ou l'infiltration, à se prononcer à nouveau à ce sujet au cours de la phase du règlement de la procédure, en connaissant toutefois le contenu d'un dossier confidentiel qui est tenu en dehors de la contradiction mais qui peut influencer le prononcé à l'issue des débats contradictoires ? L'article 235ter du Code d'instruction criminelle, combiné avec les articles précités du même Code et les règles conventionnelles, viole-t-il, dans ces conditions, le droit à un juge impartial, en ce que les juges qui, lors de l'éventuelle application des articles 235 et 235bis du Code d'instruction criminelle, ont connaissance du dossier confidentiel visé à l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, sans véritable contradictoire, en vue de prendre une décision sur la régularité du dossier pénal et sur l'effet à y attacher, ont, dans une phase ultérieure, connaissance d'éléments dont les parties ne disposent pas elles-mêmes et au sujet desquels elles ne peuvent pas davantage soulever de contestation ? »;

3. « L'article 235ter du Code d'instruction criminelle viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'au cours de la phase d'instruction – donc avant la phase du règlement de la procédure, sans véritable débat contradictoire – cet article offre la possibilité d'exercer, fût-ce par une autorité judiciaire impartiale, un contrôle de légalité des techniques d'observation et d'infiltration, par

rapport, entre autres, à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et permet qu'ultérieurement, lors de la phase du règlement de la procédure, les mêmes juges connaissent, en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, d'un débat contradictoire portant sur des éléments et moyens qui ont éventuellement déjà été soumis à leur jugement dans les limites du contradictoire unilatéral de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle et au sujet desquels ils se sont prononcés, mais désormais sur la base des articles 135, 235 et 235bis du Code d'instruction criminelle, alors qu'ils sont liés par leur décision dans le cadre de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, en ayant connaissance de l'information pénale dont les parties elles-mêmes ne disposent pas, et tout cela en ce qui concerne des techniques particulières d'information qui ne constituent pas l'objet d'une observation et/ou d'une infiltration mais qui constituent également une atteinte grave à la vie privée visée à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ? ».

b. Par arrêt du 25 avril 2006 en cause du ministère public contre J. V.d.B. et autres, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 11 mai 2006, la chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Gand a posé les questions préjudicielles suivantes :

1. « L'article 235ter du Code d'instruction criminelle viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, dans l'interprétation selon laquelle la chambre des mises en accusation peut également trancher, dans le cadre de la procédure particulière, non contradictoire, instaurée par cet article, des discussions sur la validité ou la régularité d'actes d'observation, qui ne résultent pas du ' dossier confidentiel ' au sens de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle mais du dossier répressif, consultable par toutes les parties et sur lequel se fonde à proprement parler la poursuite, dès lors que dans ce cas :

- les inculpés ne se voient plus offrir un débat contradictoire lors du contrôle de la validité ou de la régularité de cette méthode de recherche d'observation, y compris dans le cas où cet examen porte sur une discussion résultant du ' dossier répressif ', consultable par toutes les parties;

- alors que les inculpés se voient offrir un débat contradictoire pour tout examen d'une discussion portant sur la validité ou la régularité d'autres méthodes et actes de recherche, qui est fondée sur des éléments résultant du même dossier pénal ' ordinaire ';

- et ce alors que la différence de traitement entre l'observation et l'infiltration, d'une part, et les autres méthodes et actes de recherche, d'autre part, ne peut plus se fonder ici sur une quelconque exigence de secret des données mais qu'il s'agit dans les deux cas d'une discussion sur la base d'éléments provenant du dossier pénal ' ordinaire ', consultable par toutes les parties et pour lequel il n'existe donc aussi aucune exigence de secret à l'égard des parties concernées ? »;

2. « Les articles 47sexies, 47septies et 235ter du Code d'instruction criminelle violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'ils ne permettent pas aux personnes qui font l'objet de la méthode particulière de recherche de l'observation d'attaquer la régularité de l'ordre et de l'exécution de cette méthode de recherche devant une quelconque autorité judiciaire 1) dans un débat mené contradictoirement, 2) où une partie au procès peut prendre acte de l'argumentation d'une autre partie au procès et élever une contestation à ce sujet, 3) sur la base de toutes les pièces pertinentes du dossier, 4) la loi lui accordant un délai suffisant pour préparer sa défense, 5) tous les moyens de défense comme, par exemple, la

convocation de témoins ne pouvant être utilisés et sans avoir, de cette manière, la possibilité juridique de présenter tous les arguments par le biais de tous les moyens de preuve et 6) sans pouvoir utiliser une voie de recours contre la décision prise en l'espèce par la chambre des mises en accusation, alors que : les personnes qui font l'objet de méthodes de recherche ordinaires ou ' non particulières ' peuvent, elles, attaquer aussi bien la régularité de l'ordre que son exécution et ce, au choix de la partie au procès, aussi bien devant les juridictions d'instruction que devant les juridictions de jugement (et parfois devant les deux), 1) dans un débat mené contradictoirement, 2) où une partie au procès peut prendre acte de l'argumentation d'une autre partie au procès et élever aussi une contestation à ce sujet, 3) sur la base de toutes les pièces pertinentes du dossier, 4) la loi lui accordant un délai suffisant pour préparer sa défense, 5) en ayant la possibilité juridique de présenter tous les moyens de défense par le biais de tous les moyens de preuve et 6) en pouvant également utiliser une voie de recours contre la décision du juge mis en cause en l'espèce ? »;

3. « L'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'il limite le contrôle des méthodes particulières de recherche définies à l'article 47^{sexies} du même Code à l'observation et à l'infiltration, à l'exclusion du recours aux indicateurs, compte tenu du fait que :

- l'arrêt rendu par la chambre des mises en accusation sur la base de l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle a force obligatoire au moins pour les juridictions d'instruction,

- le débat portant sur la régularité du recours aux indicateurs ne peut être soulevé à ce stade de la procédure et fera éventuellement l'objet du règlement de la procédure à un stade ultérieur sur la base des articles 131 et 235^{bis} du Code d'instruction criminelle,

- ni la chambre du conseil, ni la chambre des mises en accusation ne peuvent alors connaître du dossier confidentiel et du recours aux indicateurs qui y est éventuellement mentionné,

- même si l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne trouve qu'une application restreinte pour les juridictions d'instruction, l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, combiné avec l'article 47^{ter}, § 1er, ainsi que les articles 131, 235 et 235^{bis} du Code d'instruction criminelle, s'oppose au droit à un procès équitable, étant donné que le débat contradictoire concernant le dossier confidentiel est inexistant pour cette technique particulière de recherche ? »;

4. « L'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, combiné avec les articles 235^{bis} et 235^{quater} du Code d'instruction criminelle, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que les articles 127, 131, 135, 136, 136^{ter}, 228, 235 et 235^{bis} du Code d'instruction criminelle, lu et interprété en ce sens que :

- l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle ne permet pas la contradiction au sens d'un débat contradictoire réciproque lorsque la chambre des mises en accusation procède d'office à la purge d'irrégularités, d'omissions ou de causes de nullités qui peuvent être la conséquence du contrôle des techniques d'observation et/ou d'infiltration appliquées, alors que dans tous les autres cas où la chambre des mises en accusation procède à un contrôle du dossier pénal accessible, cette purge n'est possible qu'à condition que les parties aient été préalablement entendues, comme cela découle de l'article 235^{bis}, § 3, du Code d'instruction

criminelle, ce qui peut entraîner un traitement inégal des parties, lesquelles, en fonction de l'objet du contrôle et dans la mesure où ce contrôle leur est appliqué, soit ne bénéficient pas d'un débat contradictoire dans le cas d'une purge d'office sur la base de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, soit doivent pouvoir mener un débat contradictoire précisément en raison du moyen soulevé d'office (article 235bis du Code d'instruction criminelle),

- l'article 235quater du Code d'instruction criminelle, qui permet le même contrôle en cas d'application des techniques d'observation/infiltration n'offre pas à la chambre des mises en accusation, pendant l'exécution de ces techniques, les possibilités de purge de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, de sorte que, le cas échéant, la chambre des mises en accusation doit rouvrir les débats, par le biais de la technique de la purge d'office sur la base de l'article 235bis du Code d'instruction criminelle, afin de permettre aux parties de mener un débat contradictoire, ce qui fait naître une distinction entre les parties qui ont fait l'objet de l'application de l'article 235quater du Code d'instruction criminelle et celles qui ont uniquement fait l'objet de l'application de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle,

- l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, dans la mesure où la chambre des mises en accusation a procédé à la purge d'irrégularités, d'omissions ou de causes de nullités sur la base de l'article 131 du Code d'instruction criminelle, sans débat contradictoire, ne permet pas aux parties qui ont fait l'objet d'une technique d'observation et/ou d'infiltration d'utiliser une voie de recours contre celle-ci, alors que d'autres parties qui ont fait l'objet de mesures tout aussi radicales, tel le recours à des indicateurs, ne se voient pas imposer cette restriction,

- le recours aux indicateurs est soustrait, pour ce qui concerne le caractère confidentiel, au contrôle que la chambre des mises en accusation exerce aussi bien sur le dossier confidentiel que sur le dossier accessible, ce qui peut faire naître une inégalité pour les parties qui ont fait l'objet d'une technique d'observation et/ou d'infiltration et qui peuvent voir faire application de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, alors que celles qui font uniquement l'objet du recours aux indicateurs, qui peut être une technique aussi intrusive dans la vie privée au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, n'ont pas droit à un tel contrôle, ce qui a pour effet que les droits de la défense peuvent, le cas échéant, être violés sans qu'il y ait aucun contrôle possible par un juge à part entière et impartial,

- l'article 235ter du Code d'instruction criminelle désigne la chambre des mises en accusation comme juge à part entière et impartial pour contrôler seule, juste avant le règlement de la procédure, la régularité des techniques particulières de recherche d'observation et/ou d'infiltration éventuellement appliquées, sur la base du dossier confidentiel et du dossier pénal accessible aux parties, où rien ne semble s'opposer, sauf le droit de toute personne à un juge à part entière et impartial, à ce que la chambre des mises en accusation, dans la même composition, statue le cas échéant, lors du règlement de la procédure, sur le dossier pénal contradictoire accessible, et ce, en ayant connaissance du contenu du dossier confidentiel qu'elle était la seule à pouvoir consulter et qui peut éventuellement contenir des informations soustraites aux parties en ce qui concerne, par exemple, le recours aux indicateurs, ce qui a pour effet que les parties qui n'ont pas fait l'objet de la technique d'observation et/ou d'infiltration se trouvent, lors de l'application de l'article 235bis du Code d'instruction criminelle, face à un juge à part entière et impartial qui, par suite de l'application de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, dispose

éventuellement de davantage d'informations que celles qui résultent du dossier pénal accessible, ce qui peut influencer sa décision au préjudice d'une ou de plusieurs parties, et ce de manière irréparable ? ».

Ces affaires, inscrites sous les numéros 3985 et 3986 du rôle de la Cour, ont été jointes.

Le procureur général près la Cour d'appel de Gand a introduit un mémoire.

Des mémoires et mémoires en réponse ont été introduits par :

- J. V.d.B., I.V., W. V.d.B., G.V. et G.V.;
- I. V.D.;
- F. V.d.B. et R. V.d.B.;
- le Conseil des ministres.

A l'audience publique du 10 mai 2007 :

- ont comparu :
 - . Me H. Rieder, avocat au barreau de Gand, pour J. V.d.B., I.V., W. V.d.B., G.V. et G.V.;
 - . Me L. Arnou, avocat au barreau de Bruges, pour I. V.D.;
 - . Me M. Willaert *loco* Me P. Arnou, avocats au barreau de Bruges, pour F. V.d.B. et R. V.d.B.;
 - . Me E. Jacobowitz, qui comparaisait également *loco* P. De Maeyer, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs M. Bossuyt et P. Martens ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- les affaires ont été mises en délibéré.

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

II. *Les faits et les procédures antérieures*

Dans l'affaire n° 3985, J.L. et autres ont été inculpés pour diverses infractions à la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, psychotropes, désinfectantes ou antiseptiques et des substances pouvant servir à la fabrication illicite de substances stupéfiantes et psychotropes, à l'arrêté royal du 12 avril 1974 relatif à certaines opérations concernant les substances à action hormonale, antihormonale, anabolisante, bêta-adrénergique, anti-infectieuse, antiparasitaire et anti-inflammatoire, à la loi du 15 juillet 1985 relative à l'utilisation de substances à effet hormonal, à effet antihormonal, à effet bêta-

adrénergique ou à effet stimulateur de production chez les animaux, à la loi du 28 août 1991 sur l'exercice de la médecine vétérinaire, à l'arrêté royal du 3 juillet 1969 relatif à l'enregistrement des médicaments, à la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments, à l'arrêté royal du 14 février 1995 fixant la liste des produits interdits améliorant les prestations chez les pigeons; à la loi du 14 août 1986 relative à la protection et au bien-être des animaux, à l'arrêté royal du 29 juin 1999 fixant les conditions de la délivrance de médicaments vétérinaires et à l'arrêté royal du 6 juin 1960 relatif à la fabrication, à la préparation et à la distribution en gros des médicaments et à leur dispensation.

Dans l'affaire n° 3986, J. V.d.B. et autres ont été inculpés pour diverses infractions à la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, psychotropes, désinfectantes ou antiseptiques et des substances pouvant servir à la fabrication illicite de substances stupéfiantes et psychotropes, à l'arrêté royal du 12 avril 1974 relatif à certaines opérations concernant les substances à action hormonale, antihormonale, anabolisante, bêta-adrénergique, anti-infectieuse, antiparasitaire et anti-inflammatoire, à la loi du 15 juillet 1985 relative à l'utilisation de substances à effet hormonal, à effet antihormonal, à effet bêta-adrénergique ou à effet stimulateur de production chez les animaux, à l'arrêté royal du 22 janvier 1998 réglementant certaines substances psychotropes, et relatif à la réduction des risques et à l'avis thérapeutique, et aux articles 42, 3°, 66 et 507 du Code d'instruction criminelle.

Dans le cadre de l'instruction judiciaire, il a été fait usage, dans les deux affaires, de la méthode particulière de recherche d'observation. En vertu de l'article 235ter, § 1er, du Code d'instruction criminelle, la chambre des mises en accusation a été invitée, sur la réquisition du ministère public, à se prononcer sur la régularité de la méthode de recherche utilisée. Certains inculpés ont formulé des objections quant à la constitutionnalité de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle. Sur ce, la chambre des mises en accusation a décidé de poser les questions préjudicielles reproduites ci-dessus.

III. *En droit*

- A -

L'impartialité de la chambre des mises en accusation (deuxième et troisième questions dans l'affaire n° 3985; quatrième question dans l'affaire n° 3986)

A.1.1. Il est demandé à la Cour si les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, sont violés en ce que la chambre des mises en accusation, dans le cadre de la procédure prévue à l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, connaît le dossier confidentiel, ce qui pourrait compromettre son impartialité lors du règlement ultérieur de la procédure et la place dans une situation inégale par rapport aux parties au procès, puisqu'elle décide en ayant connaissance du dossier confidentiel, qui est tenu en dehors du débat contradictoire mais qui peut néanmoins influencer sa décision.

A.1.2. Selon le Conseil des ministres, c'est à tort que l'on donne l'impression que la chambre des mises en accusation doit examiner deux fois le même dossier. Au cours de la procédure prévue par l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, la chambre des mises en accusation se penche sur le dossier confidentiel en ce qui concerne la méthode particulière de recherche utilisée, tandis que, dans le cadre du règlement ultérieur de la procédure sur la base des articles 135, 235 et 235bis du Code d'instruction criminelle, cette même juridiction d'instruction se penche sur l'ensemble du dossier répressif.

Le Conseil des ministres renvoie aussi à la jurisprudence de la Cour, dont il apparaît que l'impartialité objective n'est pas compromise lorsque des magistrats doivent statuer dans une affaire dans laquelle ils ont déjà dû prendre une décision auparavant.

Ces dernières années, la chambre des mises en accusation est devenue une juridiction spécialisée dans le contrôle de la régularité de l'instruction et de la procédure. Selon le Conseil des ministres, il serait tout à fait déraisonnable de retirer à cette juridiction d'instruction le contrôle des méthodes particulières de recherche au motif qu'elle peut se prononcer sur l'ensemble du dossier répressif dans le cadre du règlement de la procédure.

A.1.3. Selon le procureur général près la Cour d'appel de Gand, il n'existe aucun obstacle juridique à ce que la chambre des mises en accusation, composée de la même manière, statue dans le cadre de la procédure prévue à l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle et exerce en même temps ses autres tâches dans le cadre de l'instruction judiciaire. Le contrôle du dossier confidentiel est un contrôle de légalité et ne porte pas sur les éléments de fait qui peuvent influencer la conviction du juge du fond concernant les preuves apportées par la méthode particulière de recherche utilisée.

L'arrêt de la chambre des mises en accusation n'est pas définitif et la défense a toujours le droit de contester la légalité de l'utilisation des méthodes particulières de recherche. Le contrôle par la chambre des mises en accusation n'affecte pas davantage la possibilité qu'a le juge du fond d'organiser par exemple l'audition de témoins ou de charger le juge d'instruction de l'audition de témoins anonymes. Le juge du fond n'a pas accès au dossier confidentiel et son droit d'appréciation quant à la valeur probante n'est pas affecté. L'audition de témoins et l'examen à l'audience peuvent apporter de nouveaux éléments qui légitimeraient qu'une demande de contrôle soit adressée à la chambre des mises en accusation. En outre, il se peut aussi qu'apparaissent, à l'audience, des éléments qui permettraient au juge du fond de conclure que la preuve est entachée d'une irrégularité.

Le procureur général estime également que l'enseignement des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 22 juillet 2003 et du 27 octobre 2004 en cause d'Edwards et Lewis contre le Royaume-Uni ne peut être appliqué automatiquement à la procédure devant la chambre des mises en accusation. En vertu de l'article 235^{ter}, § 5, du Code d'instruction criminelle, qui fait référence à l'article 235^{bis}, §§ 5 et 6, les effets de la décision de la chambre des mises en accusation peuvent être doubles : soit elle décide qu'une irrégularité a été commise, de sorte qu'elle peut prononcer la nullité de certains actes et que les pièces déclarées nulles sont écartées du dossier; soit elle considère que la procédure est régulière et les moyens qui ont été examinés par la chambre des mises en accusation ne peuvent alors plus être invoqués devant le juge du fond, sauf s'ils sont relatifs à la valeur probante ou à l'ordre public. Si la chambre des mises en accusation rejette un moyen invoqué par la défense dans le cadre de l'application de la méthode particulière de recherche d'observation ou d'infiltration, la défense peut à nouveau articuler ce moyen devant les juridictions de jugement et celui-ci peut encore être accueilli. Il n'est donc nullement question d'une purge définitive des nullités au niveau des juridictions d'instruction.

Les garanties juridictionnelles quant au contrôle effectué par la chambre des mises en accusation

A.2.1. Le juge *a quo* demande à la Cour si l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle viole les articles 10 et 11 de la Constitution, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en ce que la purge du dossier répressif en vertu de l'article 131 du Code d'instruction criminelle et le règlement de la procédure en vertu des articles 127, 135 et 235^{bis} se font contradictoirement, alors que l'article 235^{ter}, § 5, du Code d'instruction criminelle, par référence à l'article 235^{bis}, §§ 5 et 6, n'offre pas cette possibilité lorsque la chambre des mises en accusation procède d'office à la purge d'irrégularités, d'autant que l'application de l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, combiné avec l'article 189^{ter} ou avec l'article 335^{bis} du Code d'instruction criminelle, rend presque impossible un débat au fond sur ce sujet, ce qui n'est pas le cas lorsque s'applique l'article 235^{bis} du Code d'instruction criminelle (première question dans l'affaire n° 3985 et quatrième question, première branche, dans l'affaire n° 3986).

Le juge *a quo* demande à la Cour si l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle viole les articles 10 et 11 de la Constitution dans l'interprétation selon laquelle le contrôle fondé sur l'article 235^{ter} vaut non seulement pour les actes d'observation provenant du dossier confidentiel, mais également pour la régularité d'actes d'observation provenant du dossier répressif, dès lors que, dans cette hypothèse, un débat contradictoire réciproque n'est pas davantage possible au sujet du dossier répressif, alors qu'il existe une différence fondamentale entre le dossier confidentiel et le dossier répressif et alors qu'un débat contradictoire est effectivement possible au sujet de la régularité d'autres méthodes de recherche (première question dans l'affaire n° 3986).

Le juge *a quo* demande à la Cour si les articles 47^{sexies}, 47^{septies} et 235^{ter} du Code d'instruction criminelle violent les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'ils empêchent les personnes qui font l'objet de la méthode particulière de recherche d'observation de contester la régularité de l'ordre et de l'exécution de cette

méthode de recherche devant quelque juridiction que ce soit, au cours d'un débat contradictoire, sur la base de toutes les pièces pertinentes du dossier, en disposant d'un délai suffisant pour préparer la défense, et les privent en outre de la possibilité de faire usage de tous les moyens de défense et de preuve, comme la convocation de témoins, et d'user d'une voie de recours contre la décision de la chambre des mises en accusation, alors que les personnes qui font l'objet d'autres méthodes de recherche non particulières peuvent contester la régularité de l'ordre et de l'exécution de ces méthodes et disposent pour leur part des garanties en question (deuxième et quatrième questions dans l'affaire n° 3986).

A.2.2. Les inculpés F. V.d.B. et R. V.d.B. font valoir que le caractère contradictoire du débat est un élément fondamental du droit à un procès équitable, comme l'a aussi souligné la Cour dans l'arrêt n° 202/2004 du 21 décembre 2004. Les exceptions doivent être interprétées de manière restrictive et ne peuvent être admises qu'en cas de stricte nécessité. Une exception au caractère contradictoire du débat pourrait éventuellement être admise pour les données relatives à l'observation et à l'infiltration qui se trouvent dans le dossier confidentiel, dont le contenu doit être protégé pour des raisons admissibles et ne peut être communiqué aux parties. Le secret ne vaut toutefois pas pour les données relatives à l'observation et à l'infiltration qui ne se trouvent pas dans un dossier confidentiel, mais bien dans le dossier répressif, que toute partie peut consulter. Dans l'interprétation défendue par la chambre des mises en accusation, à savoir que l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle s'applique aussi au dossier répressif, il n'est pas raisonnablement justifié que le débat ne soit pas contradictoire et il est porté atteinte au droit à un procès équitable. Il y a également discrimination entre les personnes qui sont parties à un procès où un contrôle de légalité est effectué à l'égard des méthodes de recherche d'observation et d'infiltration sur la base d'éléments non confidentiels du dossier répressif, et les cas où un contrôle de légalité d'autres méthodes de recherche est effectué, contrôle qui concerne également des données non confidentielles du dossier répressif. Dans les deux hypothèses, le débat porte, en effet, sur des éléments qui ne doivent pas être tenus secrets et qui ne figurent pas dans un dossier confidentiel.

Dans leur mémoire en réponse, les inculpés font référence à deux arrêts récents de la Cour de cassation.

Dans un premier arrêt du 31 octobre 2006, la Cour de cassation a considéré que le contrôle de l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration sur la base des articles 189^{ter} et 235^{ter} du Code d'instruction criminelle porte uniquement sur les méthodes de recherche qui donnent lieu à la confection d'un dossier confidentiel. Dans un autre arrêt du 31 octobre 2006, la Cour de cassation a considéré que la procédure de l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle ne fait pas obstacle à l'éventuelle application des articles 235 et 235^{bis} du Code d'instruction criminelle. La chambre des mises en accusation doit ouvrir un débat conformément à l'article 235^{bis}, § 3, du Code d'instruction criminelle si elle entend procéder, à l'occasion du contrôle du dossier confidentiel, à un examen de la régularité de la procédure qui lui est soumise, en ce compris l'examen de la légalité et de la régularité de l'observation et de l'infiltration sur la base du dossier répressif.

Il peut être déduit de ces arrêts que la Cour de cassation ne partage pas l'interprétation du juge *a quo* et estime également que la procédure non contradictoire de l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle ne peut s'appliquer au contrôle du dossier répressif, de sorte que la première question préjudicielle dans l'affaire n° 3986 appelle une réponse affirmative.

A.2.3. Selon l'inculpé I. V.D., la chambre des mises en accusation part erronément du principe que le contrôle qui est organisé par l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle est un contrôle de légalité intégral des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration et pas seulement un contrôle des données figurant dans le dossier confidentiel. L'interprétation de la chambre des mises en accusation est par ailleurs contredite par la Cour de cassation dans deux arrêts du 31 octobre 2006. Dans l'interprétation de la chambre des mises en accusation, il est porté atteinte aux exigences d'un procès équitable que garantit l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Bien que la deuxième question préjudicielle dans l'affaire n° 3986 ne le précise pas expressément, les articles 10 et 11 de la Constitution doivent par ailleurs être combinés avec la disposition conventionnelle précitée, qui s'applique également à la procédure menée devant les juridictions de jugement. La Cour est invitée à reformuler la question en ce sens, le cas échéant.

Le justiciable qui fait l'objet des méthodes particulières de recherche d'observation ou d'infiltration est discriminé par rapport à ceux qui font l'objet d'autres méthodes de recherche non particulières, qui peuvent invoquer leurs moyens de défense relatifs à la régularité de l'ordre et de l'exécution de ces méthodes de recherche devant les juridictions d'instruction et/ou, le cas échéant, devant les juridictions de jugement, et ce, au cours d'un débat contradictoire. Ce droit n'est pas garanti par l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, tel qu'il est interprété par le juge *a quo*.

En ce qui concerne les méthodes de recherche ordinaires, l'inculpé peut en outre développer son argumentation devant deux catégories de juridictions, à savoir devant les juridictions d'instruction et devant les juridictions de jugement. Dans le cadre de l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, il n'y a qu'une appréciation unique par la chambre des mises en accusation. Ces restrictions ne sont pas justifiées en tant qu'il s'agit de données rendues publiques et alors que les méthodes de recherche en question peuvent porter atteinte à des droits fondamentaux, d'autant plus que le ministère public peut autoriser que des infractions soient commises dans le cadre de la recherche.

Les personnes qui font l'objet des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration sont également lésées en ce que, lorsqu'elles sont entendues par la chambre des mises en accusation, ces personnes n'en sont informées qu'au plus tard 48 heures avant l'audience, ce qui est un très bref délai, compte tenu de ce qu'il s'agit d'une appréciation unique et définitive. En outre, il n'est pas possible de demander une copie du dossier, ce qui abrège encore le délai pour consulter le dossier. Par ailleurs, seule une partie du dossier peut être consultée, parce que le dossier confidentiel n'est pas consultable, la partie poursuivante décidant elle-même ce qui doit figurer ou non dans le dossier confidentiel et ce qui doit figurer dans le dossier répressif.

Une autre restriction des droits de l'inculpé résulte de ce que la défense n'a pas la possibilité de citer des témoins concernant l'utilisation des méthodes particulières de recherche et de ce que les témoins sont entendus séparément par la chambre des mises en accusation, en l'absence des parties, de sorte qu'aucune défense n'est possible concernant cette audition. Pour ce qui est des actes d'instruction ordinaires, des auditions de témoins peuvent être organisées par la juridiction de jugement, même l'audition de témoins anonymes, d'agents secrets ou d'infiltrants, ceux-ci étant déguisés ou dissimulés, et un débat contradictoire peut être mené au sujet de leurs déclarations.

A.2.4. Les inculpés J. V.d.B. et autres relèvent que, contrairement à la formulation de la question préjudicielle, les articles 10 et 11 de la Constitution doivent être combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. En tant que la violation du droit de défense au cours de la phase d'instruction ne peut plus être réparée au cours de la phase de jugement, la disposition conventionnelle précitée s'applique également aux juridictions d'instruction.

Les inculpés soutiennent que la compétence de la chambre des mises en accusation dans le cadre de l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle doit être interprétée de manière stricte et qu'elle concerne uniquement le contrôle de légalité du dossier confidentiel. Toute autre interprétation serait contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Concernant la première question préjudicielle dans l'affaire n° 3986, les inculpés font valoir que la défense doit avoir le droit de contester, devant les juridictions d'instruction comme devant le juge du fond, la légalité en fait et en droit des indications visées à l'article 47^{sexies}, § 3, 1°, 2°, 3° et 5°, du Code d'instruction criminelle, qui peuvent être connues grâce au procès-verbal établi conformément à l'article 47^{septies}, § 2, alinéa 3. Le caractère contradictoire du procès est un élément fondamental du droit à un procès équitable. Il ne peut y être dérogé qu'autant que l'exigent des intérêts tels que la sécurité nationale, la nécessité de protéger des témoins ou de garder secrètes certaines méthodes de recherche. Ces conditions ne sont pas remplies pour les éléments qui se trouvent dans le dossier répressif et non dans le dossier confidentiel. Un contrôle de légalité intégral par la chambre des mises en accusation, sans débat contradictoire, n'est pas proportionné aux objectifs poursuivis par le législateur et viole le droit à un procès équitable ainsi que les articles 10 et 11 de la Constitution, étant donné qu'un débat contradictoire est par contre garanti aux inculpés qui ont fait l'objet d'autres méthodes de recherche.

Le fait que la chambre des mises en accusation, composée éventuellement de la même manière, statue dans le cadre de la procédure de l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle et sur le règlement de la procédure compromet son impartialité.

En ce qui concerne la deuxième question préjudicielle dans l'affaire n° 3986, les inculpés renvoient à l'argumentation exposée ci-dessus concernant le caractère contradictoire de la procédure devant la chambre des mises en accusation.

Ils estiment ensuite qu'un débat contradictoire doit également pouvoir être mené en ce qui concerne les données qui figurent uniquement dans le dossier confidentiel, puisque tous les rapports utiles à la défense relatifs à l'exécution de l'observation se trouvent dans le dossier confidentiel. Même dans une interprétation stricte de l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, la défense peut seulement contrôler la légalité de l'autorisation de procéder à une observation, mais non la légalité de l'utilisation de celle-ci. Cela pose problème, étant donné que l'exécution de l'observation, conformément à l'article 47^{sexies}, § 4, peut être accompagnée d'infractions commises par les services de police. De même, lorsqu'il est question de provocation, comme il est prévu à l'article 30 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, celle-ci ne pourra sans doute pas être démontrée sur la base des mentions figurant dans l'autorisation d'observation telle que la connaît la défense, mais uniquement par l'exécution de cette autorisation. Les rapports précis, complets et véridiques y relatifs restent secrets pour la défense. Le fait que ces données restent, sans motivation particulière, secrètes pour la défense constitue une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. A l'appui de cette thèse, il est fait référence aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme des 22 juillet 2003 et 27 octobre 2004 en cause d'Edwards et Lewis contre le Royaume-Uni.

Il convient d'établir une distinction nette entre, d'une part, l'identité des exécutants et le mode opératoire dans le cadre de la mise en œuvre de la méthode particulière de recherche et, d'autre part, les techniques à utiliser en soi. Le secret des données citées en premier lieu est justifié, le secret des autres données ne l'est pas. Le citoyen n'a pas seulement droit à la contradiction en ce qui concerne les preuves recueillies. Le citoyen a également droit à la contradiction en ce qui concerne la légalité de l'obtention de la preuve.

Les inculpés dénoncent également le fait que la défense n'a aucune garantie que les éventuelles illégalités constatées par la chambre des mises en accusation seront également sanctionnées. Le système en cause ne prévoit aucune procédure de nullité lorsqu'il est constaté que l'obtention de la preuve ne s'est pas déroulée légalement, ce qui viole les articles 10 et 11 de la Constitution, étant donné qu'une sanction de nullité est prévue pour d'autres actes d'instruction aussi radicaux, voire même moins radicaux. Enfin, ils estiment encore que le droit de défense et l'égalité des armes entre le ministère public et la défense sont méconnus du fait que la loi ne prévoit pas suffisamment de temps pour prendre correctement connaissance du dossier préalablement à l'audition visée à l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle.

A.2.5. Selon le Conseil des ministres, le législateur devait concilier dans une seule procédure deux impératifs contraires, à savoir, d'une part, le caractère contradictoire des débats et, d'autre part, la protection du caractère confidentiel de certaines informations dont la divulgation porterait atteinte à l'ensemble du système des méthodes particulières de recherche. Le législateur a trouvé le juste équilibre dans le débat contradictoire non réciproque, instauré par l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, en prévoyant un contrôle de légalité à part entière par une juridiction indépendante et impartiale ayant accès à toutes les données et devant laquelle toutes les parties peuvent exposer leur point de vue, d'une part, et en élaborant une procédure spécifique permettant de ne pas divulguer certains éléments qui doivent absolument être protégés, d'autre part.

Il convient de souligner qu'aucun élément de preuve n'est soustrait au débat contradictoire. Seuls les renseignements qui sont de nature à compromettre la possibilité d'utiliser des méthodes particulières de recherche bénéficient d'une protection spéciale. En outre, il ne peut être perdu de vue qu'en vertu de l'article 47^{septies}, § 2, alinéa 4, et de l'article 47^{novies}, § 2, alinéa 4, du Code d'instruction criminelle, les procès-verbaux qui ont été rédigés et les décisions confirmant l'autorisation d'observation ou d'infiltration sont joints au dossier répressif après la cessation des méthodes de recherche en question. Ces procès-verbaux contiennent une référence à l'autorisation accordée et plusieurs mentions relatives à la méthode de recherche utilisée.

Les renseignements, énumérés limitativement, qui ne sont pas communiqués aux parties ne sont pas de nature à compromettre de manière disproportionnée le caractère contradictoire des débats. Compte tenu de la possibilité d'effectuer des contrôles facultatifs complémentaires sur la base de l'article 235*quater* du Code d'instruction criminelle, en plus des contrôles obligatoires de l'article 235*ter*, le législateur a élaboré un système de contrôle adéquat, qui respecte, de manière équilibrée, tant le caractère contradictoire des débats que l'efficacité des méthodes particulières de recherche.

Selon le Conseil des ministres, la première question dans l'affaire n° 3986 est fondée sur une lecture erronée de la loi et n'appelle aucune réponse : soit il est question d'une observation au sens de l'article 47*sexies*, § 1er, du Code d'instruction criminelle, et il résulte alors de l'article 47*septies*, § 1er, que le rapport concernant cette observation fait partie du dossier confidentiel; soit, il n'est pas question d'observation au sens de l'article 47*sexies*, § 1er, et l'article 235*ter* n'est alors pas applicable.

Même si, en violation des articles 47*sexies*, 47*septies* et/ou 235*ter* du Code d'instruction criminelle, des actes d'observation sont posés et sont mentionnés dans le dossier répressif et non dans le dossier confidentiel, et si la chambre des mises en accusation doit statuer à ce sujet dans le cadre de la procédure de l'article 235*ter*, il convient néanmoins de constater que tous les éléments du dossier répressif feront encore par la suite l'objet d'un débat contradictoire réciproque, tant dans le cadre du règlement de la procédure que devant le juge du fond.

En tant que les questions préjudicielles mentionnent l'absence d'une possibilité de recours, le Conseil des ministres suppose que les juges *a quo* font allusion à un recours préalable entre la délivrance de l'autorisation et tout début d'exécution de l'observation.

Les procédures visées aux articles 235*ter* et 235*quater* du Code d'instruction criminelle visent à permettre le contrôle de légalité nécessaire concernant la mise en œuvre de l'observation. L'article 235*quater* permet d'exercer ce contrôle à l'insu des parties. L'absence des parties dans cette procédure, ainsi que l'impossibilité pour elles d'introduire un recours distinct contre l'autorisation elle-même avant l'exécution de l'observation, sont, pour des raisons évidentes, indispensables, dès lors que le fait d'informer au préalable les personnes à observer rendrait l'observation impraticable. Le contrôle de légalité ultérieur, qui porte tant sur l'autorisation que sur l'exécution des méthodes particulières de recherche, suffit pour être constitutionnel.

A.2.6. Selon le procureur général près la Cour d'appel de Gand, la procédure particulière de l'article 235*ter* du Code d'instruction criminelle est justifiée par la nécessité légitime de protéger l'intégrité physique de certaines personnes qui participent aux méthodes particulières de recherche ou pour garantir l'efficacité des méthodes appliquées. L'attribution du contrôle de légalité à la chambre des mises en accusation offre suffisamment de garanties d'indépendance et d'impartialité. En outre, la loi prévoit suffisamment de garanties procédurales afin que les exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme soient respectées.

Le contrôle du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation n'est susceptible d'aucune voie de recours. La Cour de cassation peut toutefois examiner les conséquences juridiques du contrôle effectué par la chambre des mises en accusation, étant donné qu'il peut être formé un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation en vertu de l'article 235*bis* du Code d'instruction criminelle.

La limitation du contrôle des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, à l'exclusion du recours aux indicateurs (troisième et quatrième questions dans l'affaire n° 3986)

A.3.1. Le Conseil des ministres émet des doutes quant à l'utilité de la question préjudicielle pour trancher le litige du fond, dès lors qu'il n'y a pas eu de recours aux indicateurs.

Quant au fond, le Conseil des ministres estime qu'il ressort tant de l'arrêt n° 202/2004 que de l'avis du procureur général Schins, émis dans le cadre des discussions préparatoires de l'article 235*ter* du Code d'instruction criminelle, que le traitement distinct du recours aux indicateurs est objectivement et raisonnablement justifié.

A.3.2. Dans son mémoire, le procureur général près la Cour d'appel de Gand considère que la Cour, dans son arrêt n° 202/2004, a établi une distinction nette entre le recours aux indicateurs, d'une part, et l'observation et l'infiltration, d'autre part. Il peut être admis que le recours aux indicateurs, en ce qui concerne le dossier confidentiel, soit soustrait à la chambre des mises en accusation : le dossier confidentiel ne contient en principe aucun élément de preuve et est capital afin de garantir l'anonymat et la sécurité des indicateurs.

La différence au niveau des procédures de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle et de l'article 235quater (quatrième question dans l'affaire n° 3986)

A.4. Le juge *a quo* demande à la Cour si les dispositions en cause établissent une discrimination en ce que l'article 235quater du Code d'instruction criminelle n'offre pas à la chambre des mises en accusation la même possibilité de purge que l'article 235ter, de sorte que, le cas échéant, par le biais de l'application de l'article 235bis, les débats doivent être rouverts et les parties peuvent mener des débats contradictoires à part entière, ce qui crée une distinction entre les parties au procès selon qu'elles font l'objet de l'une ou de l'autre procédure.

Selon le procureur général près la Cour d'appel de Gand, la différence de procédures est admissible, étant donné que l'article 235quater n'organise qu'un contrôle de légalité facultatif et provisoire, sans aucune procédure de purge, celle-ci ne pouvant intervenir qu'à l'issue du contrôle de légalité obligatoire dans le cadre duquel toutes les parties sont obligatoirement entendues.

- B -

Les dispositions en cause

B.1.1. Les questions préjudicielles portent sur les articles 47sexies, 47septies, 235ter et 235quater du Code d'instruction criminelle, insérés ou modifiés par la loi du 27 décembre 2005 portant des modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code judiciaire en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée.

B.1.2. Les articles 47sexies et 47septies du Code d'instruction criminelle règlent la méthode particulière de recherche de l'observation. L'article 235quater concerne le contrôle provisoire exercé par la chambre des mises en accusation pendant l'instruction. L'article 235ter charge la chambre des mises en accusation du contrôle de l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration. L'analyse des questions préjudicielles révèle que la Cour est uniquement interrogée au sujet de la procédure devant la chambre des mises en accusation, et non au sujet de l'observation en tant que telle. La Cour limite par conséquent son examen à l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, tel qu'il

a été inséré par l'article 23 de la loi du 27 décembre 2005 qui, avant son annulation partielle par l'arrêt n° 105/2007 du 19 juillet 2007, disposait :

« § 1er. La chambre des mises en accusation est chargée de contrôler [...] la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration.

Dès la clôture de l'information dans laquelle ces méthodes ont été utilisées et avant que le ministère public ne procède à la citation directe, la chambre des mises en accusation examine, sur la réquisition du ministère public, la régularité des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration.

Dès le moment où le juge d'instruction communique son dossier au procureur du Roi en vertu de l'article 127, § 1er, alinéa 1er, la chambre des mises en accusation examine, sur la réquisition du ministère public, la régularité des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration qui ont été appliquées dans le cadre de l'instruction ou de l'information qui l'a précédée.

§ 2. La chambre des mises en accusation se prononce dans les trente jours de la réception de la réquisition du ministère public. Ce délai est ramené à huit jours si l'un des inculpés se trouve en détention préventive.

La chambre des mises en accusation entend, séparément et en l'absence des parties, le procureur général en ses observations.

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

Pour les méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, elle peut entendre, séparément et en l'absence des parties, le juge d'instruction et l'officier de police judiciaire visé aux articles 47*sexies*, § 3, 6°, et 47*octies*, § 3, 6°.

La chambre des mises en accusation peut charger le juge d'instruction d'entendre les fonctionnaires de police chargés d'exécuter l'observation et l'infiltration et le civil visé à l'article 47*octies*, § 1er, alinéa 2, en application des articles 86*bis* et 86*ter*. Elle peut décider d'être présente à l'audition menée par le juge d'instruction ou de déléguer un de ses membres à cet effet.

§ 3. Le ministère public soumet au président de la chambre des mises en accusation le dossier confidentiel visé aux articles 47*septies*, § 1er, alinéa 2, ou 47*novies*, § 1er, alinéa 2, qui porte sur l'information ou sur l'instruction visée au § 1er. Seuls les magistrats de la chambre des mises en accusation ont le droit de consulter ce dossier confidentiel.

Le président de la chambre des mises en accusation prend les mesures nécessaires en vue d'assurer la protection du dossier confidentiel. Il le restitue immédiatement au ministère public après en avoir pris connaissance.

§ 4. L'arrêt de la chambre des mises en accusation ne peut pas faire mention du contenu du dossier confidentiel, ni du moindre élément susceptible de compromettre les moyens techniques et les techniques d'enquête policière utilisés ou la garantie de la sécurité et de l'anonymat de l'indicateur, des fonctionnaires de police chargés de l'exécution de l'observation ou de l'infiltration et du civil visé à l'article 47*octies*, § 1er, alinéa 2.

§ 5. Il est procédé pour le surplus conformément à l'article 235*bis*, §§ 5 et 6.

§ 6. Le contrôle du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation n'est susceptible d'aucun recours ».

B.1.3. Le paragraphe 6 de cette disposition a été annulé par l'arrêt précité n° 105/2007.

B.2.1. En insérant les articles 235*ter*, 235*quater*, 189*ter* et 335*bis* dans le Code d'instruction criminelle, le législateur a voulu tenir compte de l'arrêt n° 202/2004. Dans cet arrêt, la Cour a constaté, en B.27.9, que « les éventuelles illégalités entachant la mise en œuvre de l'observation ou de l'infiltration qui apparaîtraient uniquement des pièces contenues dans le dossier confidentiel ne peuvent faire l'objet d'un contrôle par un juge indépendant et impartial, et qu'*a fortiori*, ces illégalités ne peuvent être sanctionnées ». La Cour a jugé, en B.28, que « le contrôle de la légalité de la mise en œuvre de certaines méthodes particulières de recherche est insuffisant pour vérifier si l'atteinte aux droits fondamentaux qu'elles occasionnent est justifiée et s'il n'est pas porté une atteinte disproportionnée aux exigences du procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

B.2.2. L'article 235*ter* charge la chambre des mises en accusation du contrôle de l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration. Le contrôle est obligatoire et a lieu lors de la clôture de l'information, avant que le ministère public ne procède à la citation directe, ou à la fin de l'instruction, lorsque le juge d'instruction transmet son dossier au procureur du Roi en vertu de l'article 127, § 1er, alinéa 1er, du Code d'instruction criminelle. La chambre des mises en accusation peut également procéder à ce contrôle de manière provisoire, au cours de l'instruction, soit d'office, soit à la demande du

juge d'instruction, soit à la requête du ministère public (article 235^{quater} du même Code). Ce contrôle peut également être ordonné par la juridiction de jugement (article 189^{ter} du même Code) ou par le président de la cour d'assises (article 335^{bis} du même Code), lorsqu'après le contrôle exercé par la chambre des mises en accusation, des éléments concrets et nouveaux apparaissent, lesquels pourraient révéler l'existence d'une irrégularité en ce qui concerne ces méthodes particulières de recherche.

Quant à l'objet des questions préjudicielles

B.3.1. Certaines questions préjudicielles portent exclusivement sur la méthode particulière de recherche de l'observation, alors que d'autres questions visent l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle dans son ensemble et portent donc aussi sur l'infiltration. Dès lors que la disposition litigieuse règle de manière identique le contrôle des deux méthodes de recherche, la Cour, pour répondre aux questions préjudicielles, ne doit pas établir de distinction selon que seule l'observation, ou l'infiltration aussi, sont visées.

B.3.2. L'objet des questions préjudicielles dans les deux affaires est en partie analogue et en partie différent. En résumé, la Cour doit se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, en ce que :

- dans le cadre du contrôle exercé par la chambre des mises en accusation sur l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, la partie civile et l'inculpé ne peuvent consulter le dossier confidentiel;

- le contrôle est confié à la chambre des mises en accusation, qui devra, au cours d'une phase ultérieure, et éventuellement dans la même composition, se prononcer sur le règlement de la procédure;

- dans le cadre du contrôle exercé par la chambre des mises en accusation, les parties sont entendues séparément et la procédure n'est donc pas contradictoire, ce qui serait surtout contestable si la juridiction d'instruction se prononce non seulement sur la régularité du dossier confidentiel, mais également sur celle du dossier répressif;

- le délai dont disposent les parties pour préparer leur défense serait trop court;

- l'arrêt de la chambre des mises en accusation n'est susceptible d'aucun recours;

- le contrôle de la régularité des méthodes particulières de recherche ne vaut que pour l'observation et l'infiltration, mais non pour le recours aux indicateurs.

Quant au fond

B.4.1. Les dispositions litigieuses s'inscrivent dans une politique qui prévoit une approche globale de la criminalité organisée et du grand banditisme.

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

B.4.2. Les méthodes particulières de recherche et d'enquête qui font l'objet des dispositions en cause ont en commun qu'elles peuvent impliquer une ingérence grave dans divers droits fondamentaux. Il découle tant du caractère intrusif de ces méthodes que du soin avec lequel le législateur a défini le cadre juridique de leur mise en œuvre qu'en cas de non-

respect des conditions essentielles prescrites en vue de l'utilisation de ces méthodes, la preuve obtenue en infraction de celles-ci est viciée.

C'est compte tenu de ce qui précède que la Cour examine les questions préjudicielles.

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

B.5.1. Il est demandé à la Cour si l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que, dans le cadre du contrôle exercé par la chambre des mises en accusation concernant l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, la partie civile et l'inculpé ne peuvent consulter le dossier confidentiel, alors que la régularité d'autres méthodes de recherche non particulières peut être contestée soit devant les juridictions d'instruction, soit devant les juridictions de jugement, sur la base de tous les éléments du dossier répressif.

B.5.2. Les articles 47^{septies} et 47^{novies} du Code d'instruction criminelle imposent la tenue, par le procureur du Roi qui autorise ou qui exécute une observation ou une infiltration, d'un dossier « séparé et confidentiel ».

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

police judiciaire au procureur du Roi sur chaque phase de l'exécution de la méthode (articles 47*septies*, § 1er, et 47*novies*, § 1er).

B.5.3. L'existence d'un dossier confidentiel n'implique pas que le dossier répressif ne contienne aucune donnée relative à la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration.

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

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

B.6. Dans le cadre du contrôle prévu par l'article 235*ter* du Code d'instruction criminelle, le ministère public soumet le dossier confidentiel aux magistrats de la chambre des mises en accusation. La partie civile et l'inculpé n'ont pas le droit de consulter le dossier confidentiel. Le juge d'instruction a un droit de consultation lorsqu'il a lui-même autorisé une mesure d'observation ou lorsqu'une instruction est ordonnée dans une affaire dans laquelle il a déjà été procédé à une observation ou à une infiltration.

B.7.1. Les droits de la défense et le droit à un procès équitable sont fondamentaux dans un Etat de droit. Le principe de l'égalité des armes entre l'accusation et la défense, ainsi que le caractère contradictoire du procès, y compris en ce qui concerne la procédure, constituent des aspects fondamentaux du droit à un procès équitable. Le droit à un procès pénal contradictoire implique, pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie, ainsi que de les discuter. Il en découle également l'obligation pour l'autorité de poursuite de communiquer en principe à la défense tous les éléments de preuve.

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

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

B.7.2. L'objectif d'assurer la protection de l'intégrité physique des personnes participant aux méthodes particulières de recherche est légitime et revêt une importance telle qu'il justifie que leur anonymat vis-à-vis des parties au procès et du public soit absolument garanti. La nécessité de garantir l'efficacité des méthodes mises en œuvre pour l'avenir en occultant certaines techniques peut aussi justifier qu'elles aient un caractère confidentiel.

B.8.1. Ainsi qu'il est mentionné en B.2.1, la Cour a toutefois jugé dans l'arrêt n° 202/2004 qu'il est porté atteinte aux exigences d'un procès équitable lorsque le dossier confidentiel ne peut faire l'objet d'un contrôle par un juge indépendant et impartial.

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

B.8.2. Le législateur a défini de manière stricte et limitative les données que les parties ne peuvent consulter. La loi ne pourrait être contournée en mettant dans le dossier confidentiel des pièces qui doivent figurer dans le dossier répressif (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, DOC 51-2055/005, pp. 32, 36 et 66). Les données du dossier confidentiel ne peuvent servir de preuve au détriment de l'inculpé (*ibid.*, pp. 66-67).

B.8.3. Seuls les renseignements qui sont de nature à compromettre la protection des exécutants et la mise en œuvre même des méthodes de recherche ne peuvent être consultés par la défense. Toutes les autres informations relatives à la mise en œuvre de ces méthodes de recherche doivent figurer dans le dossier répressif, qui peut être consulté par la partie civile et l'inculpé dans le cadre de la procédure visée à l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle. Ce dossier contient des renseignements concernant la mise en œuvre et la nature des méthodes de recherche utilisées, les motifs justifiant cette utilisation et les phases successives de leur mise en œuvre.

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

B.8.4. La volonté manifestée par le législateur de lutter efficacement contre la criminalité grave et la nécessité, pour ce faire, de garder secrètes certaines données sensibles seraient compromises si, dans ce type de criminalité, les inculpés pouvaient, dans le cadre du contrôle du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation, avoir accès à ce dossier. Il n'est pas déraisonnable d'organiser une procédure qui diffère de celles pour lesquelles le secret n'est pas nécessaire et dans lesquelles les parties peuvent consulter toutes les pièces du dossier répressif.

b) *L'impartialité de la chambre des mises en accusation*

B.9.1. Il est également demandé à la Cour si l'attribution du contrôle relatif au dossier confidentiel à la chambre des mises en accusation porte atteinte aux articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en ce que cette juridiction d'instruction devra statuer, au cours d'une phase ultérieure, et éventuellement dans la même composition, sur le règlement de la procédure, en prenant sa décision en connaissant le dossier confidentiel et donc en connaissant des éléments dont les parties ne disposent pas et qui n'ont pas fait l'objet d'un débat contradictoire.

B.9.2. Le choix de confier le contrôle relatif à la régularité des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration à la chambre des mises en accusation a été justifié comme suit par le législateur :

« Comme il a déjà été indiqué, le projet de loi tente de remédier à la situation en désignant la chambre des mises en accusation comme instance judiciaire indépendante et impartiale chargée de contrôler l'application des méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration.

Au travers des articles 136, 136*bis*, 235 et 235*bis* du Code d'Instruction criminelle qui attribuent un rôle crucial à la chambre des mises en accusation dans le cadre du contrôle des instructions, le législateur a déjà jeté les bases de ce nouveau rôle que la chambre des mises en accusation remplira dans l'avenir dans le cadre du contrôle et de la surveillance de l'application des méthodes particulières de recherche. Le choix de la chambre des mises en accusation comme instance de contrôle judiciaire indépendante et impartiale est dès lors logique et évident » (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, DOC 51-2055/001, pp. 54 et 55).

B.9.3. Le législateur a défini de manière stricte et limitative les données que la défense ne peut consulter. L'information relative à la mise en œuvre et à l'exécution de l'observation et de l'infiltration, à l'exception des données sensibles, figure dans le dossier répressif, que les parties peuvent consulter tant dans le cadre de la procédure de l'article 235*ter* du Code d'instruction criminelle que dans le cadre du règlement de la procédure.

Le fait que la défense ne puisse consulter des données du dossier confidentiel dont la chambre des mises en accusation a eu connaissance ne peut faire naître un doute légitime quant à l'impartialité de cette juridiction lors du règlement de la procédure.

B.9.4. Le caractère équitable d'un procès doit être examiné compte tenu de l'ensemble du déroulement de la procédure. Le contrôle du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation est exercé au cours de la phase préparatoire du procès, avant que soient saisies de l'affaire les juridictions de jugement, lesquelles ne peuvent elles-mêmes consulter le dossier confidentiel et ne sont donc pas traitées, sur ce point, autrement que les parties. Ces juridictions ne décideront donc pas sur la base de données qu'elles connaîtraient et qui seraient ignorées des parties, de sorte qu'il n'est pas porté atteinte aux exigences du procès équitable.

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

B.10.1. La Cour doit encore examiner si l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle porte atteinte aux droits de la défense en ce que, dans le cadre de la procédure devant la chambre des mises en accusation, les parties sont entendues séparément et en ce que le délai dont elles disposent pour préparer leur défense serait trop bref. L'absence d'un débat contradictoire serait surtout critiquable lorsque la chambre des mises en accusation se prononce non seulement sur la régularité du dossier confidentiel, mais également sur celle du dossier répressif.

B.10.2. En vertu de l'article 235^{ter}, § 2, du Code d'instruction criminelle, la chambre des mises en accusation entend, séparément et en l'absence des parties, le procureur général en ses observations. Elle entend de la même manière la partie civile et l'inculpé, après convocation qui leur est notifiée au plus tard quarante-huit heures avant l'audience et par laquelle ils sont informés que le dossier répressif est mis à leur disposition au greffe pendant cette période.

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

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

B.10.3. L'article 235*ter* du Code d'instruction criminelle prévoit que la chambre des mises en accusation doit contrôler la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration lors de la clôture de l'information avant que le ministère public procède à une citation directe ou à la fin de l'instruction lorsque le juge d'instruction communique son dossier au procureur du Roi en vertu de l'article 127, § 1er, alinéa 1er, du Code d'instruction criminelle. Le contrôle se situe donc en règle à la fin de l'information ou de l'instruction, celle-ci étant, au cours de sa phase préparatoire, en principe inquisitoire et secrète.

B.10.4. Le législateur a pu estimer qu'un contrôle effectif du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation exige qu'elle puisse procéder aux auditions mentionnées en B.10.2. Afin d'assurer la confidentialité des données sensibles, il est justifié qu'un tel examen puisse avoir lieu en l'absence des parties.

Bien que le débat devant la chambre des mises en accusation ne soit pas contradictoire, la loi garantit que toutes les parties concernées seront entendues, de sorte que la juridiction d'instruction est informée de la façon la plus complète possible avant de décider. Les parties ayant la faculté de consulter au préalable le dossier répressif, qui contient, sauf les données

sensibles, toutes les informations relatives aux méthodes de recherche utilisées, elles peuvent présenter une défense utile (comp. CEDH, 16 février 2000, *Jasper c. Royaume-Uni*, §§ 55 et 56).

B.10.5. En ce que le contrôle prévu par l'article 235ter du Code d'instruction criminelle porte sur le dossier confidentiel, et compte tenu de ce que les pièces du dossier confidentiel ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve, les droits de la défense ne sont pas affectés de manière disproportionnée par le fait que les parties sont entendues séparément.

d) *Le délai de consultation du dossier répressif*

B.10.6. Comparé aux délais applicables lors d'autres comparutions devant les juridictions d'instruction, le délai de 48 heures, prévu à l'article 235ter, § 2, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle pour la consultation du dossier répressif par les parties, ne peut être considéré comme trop bref.

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

B.11.1. La procédure de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle n'exclut pas que la chambre des mises en accusation procède, postérieurement au contrôle du dossier confidentiel, au contrôle de la régularité de la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration sur la base du dossier répressif. Elle peut en particulier y être amenée lorsque, après le contrôle du dossier confidentiel, il est, en vertu de l'article 235ter, § 5, procédé conformément à l'article 235bis, §§ 5 et 6.

B.11.2. Le juge *a quo* demande à la Cour si l'article 235ter du Code d'instruction criminelle viole les articles 10 et 11 de la Constitution ainsi que le droit à un procès équitable si cette disposition est interprétée en ce sens que, dans cette hypothèse, le dossier répressif ne fait pas l'objet d'une procédure contradictoire, alors que, lorsque la chambre des mises en

accusation se prononce, en application de l'article 235bis du Code d'instruction criminelle, sur la régularité de la mise en œuvre d'autres méthodes de recherche et sur la régularité de l'ensemble de la procédure, un débat contradictoire qui porte sur les éléments du dossier répressif est organisé.

B.11.3. En principe, la Cour, pour répondre aux questions préjudicielles, se fonde sur la norme soumise à son contrôle telle qu'elle est interprétée par le juge *a quo*.

En l'espèce toutefois, la Cour a considéré dans l'arrêt n° 105/2007 (arrêt rendu dans les affaires n^{os} 4003 et autres) que l'interprétation proposée par le juge *a quo* est incompatible avec le texte des articles 235, 235bis et 235ter du Code d'instruction criminelle.

B.11.4. Si, à l'occasion du contrôle du dossier confidentiel qu'elle effectue en vertu de l'article 235ter, la chambre des mises en accusation décide de procéder à un examen de la régularité de la procédure qui lui est soumise, en ce compris de la légalité et de la régularité de l'observation et de l'infiltration sur la base du dossier répressif, elle doit ordonner la réouverture des débats, en application de l'article 235bis, § 3, et respecter le caractère contradictoire de la procédure visé au paragraphe 4 du même article, selon lequel elle entend « en audience publique, si elle en décide ainsi à la demande de l'une des parties, le procureur général, la partie civile et l'inculpé en leurs observations » (Cass., 31 octobre 2006, P.06.0841.N et P.06.0898.N, et Cass., 5 décembre 2006, P.06.1232.N).

f) *Quant à la différence entre la procédure prévue par l'article 235ter et la procédure prévue par l'article 235quater*

B.11.5. Le juge *a quo* interroge la Cour au sujet de la différence de traitement entre la procédure de contrôle prévue par l'article 235ter, qui contient une possibilité de purge, et celle qui est prévue par l'article 235quater, qui ne contient pas la même possibilité. Contrairement au contrôle effectué sur la base de l'article 235ter, qui a lieu obligatoirement chaque fois que les méthodes particulières de recherche d'observation ou d'infiltration ont été mises en œuvre dans le cadre d'une information ou d'une instruction, le contrôle effectué sur

la base de l'article 235^{quater} est facultatif, il s'exerce à titre provisoire, et il a lieu au cours de l'instruction.

Ce contrôle est prévu « sans préjudice de l'exercice du contrôle visé à l'article 235^{ter} », ce qui signifie que, lorsqu'une observation ou une infiltration a été effectuée au cours d'une information ou d'une instruction, la chambre des mises en accusation effectue obligatoirement un contrôle sur la base de l'article 235^{ter} à l'issue de celles-ci, même si elle a antérieurement effectué un contrôle de l'exécution des mêmes techniques d'enquête sur la base de l'article 235^{quater}. Dès lors, la même possibilité de purge, sur la base de l'article 235^{ter}, existe, qu'il ait ou non été fait antérieurement usage de la possibilité de contrôle offerte par l'article 235^{quater}.

Il s'ensuit que la différence entre les procédures qui découle des articles 235^{ter} et 235^{quater} n'est pas incompatible avec les dispositions citées par la question préjudicielle.

g) *L'absence d'un recours contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation*

B.12.1. Il est ensuite demandé à la Cour si l'article 235^{ter}, § 6, du Code d'instruction criminelle viole les droits de la défense en ce qu'il dispose que le contrôle du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation n'est susceptible d'aucun recours. Ainsi, il serait établi une différence de traitement injustifiée en comparaison avec d'autres procédures, comme celle de l'article 235^{bis} du Code d'instruction criminelle, dans lesquelles la décision de la chambre des mises en accusation concernant la régularité de la procédure pénale peut, quant à elle, faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

B.12.2. En raison de l'annulation, par l'arrêt n° 105/2007, de l'article 235^{ter}, § 6, du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été inséré par l'article 23 de la loi du 27 décembre 2005, les questions préjudicielles n'ont plus d'objet en ce qu'elles portent sur l'absence d'un recours contre le contrôle du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation.

h) *L'absence de contrôle concernant l'application du recours aux indicateurs*

B.13.1. Enfin, la Cour doit encore examiner si l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'un contrôle relatif à l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration est organisé, mais non un contrôle de l'application du recours aux indicateurs.

B.13.2. En insérant l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, le législateur a voulu remédier à l'une des objections formulées par la Cour dans son arrêt n° 202/2004 à l'encontre de la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête, parce que le dossier confidentiel concernant l'observation et l'infiltration ne pouvait faire l'objet d'un contrôle par un juge indépendant et impartial.

B.13.3. Dans cet arrêt, la Cour dit en ce qui concerne le recours aux indicateurs :

« B.27.2. Le dossier confidentiel concernant les indicateurs n'a pas la même portée ni le même contenu que le dossier confidentiel relatif à la mise en œuvre d'une observation ou d'une infiltration. Il ne contient en principe pas de preuves qui seront utilisées dans un procès ultérieur. Celles-ci doivent en effet faire l'objet du procès-verbal visé à l'article 47^{decies}, § 6, alinéa 4. Par contre, le dossier confidentiel est essentiel en vue de sauvegarder l'anonymat et donc la sécurité des indicateurs. [...] ».

B.13.4. Certes, le régime légal concernant le recours aux indicateurs a été modifié par la loi du 27 décembre 2005, en ce que l'article 47^{decies}, § 7, du Code d'instruction criminelle autorisait les indicateurs à commettre des infractions sous certaines conditions. Dans son arrêt n° 105/2007, la Cour a toutefois annulé cette dernière disposition. La Cour dit à ce propos :

« B.8.20. Enfin, en ce qu'il ne confie pas à un juge indépendant et impartial le contrôle de l'utilisation de l'article 47^{decies}, § 7, cet article viole les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le dossier confidentiel contient désormais, en ce qui concerne les indicateurs, des éléments qui ont une portée analogue à ceux qui concernent l'infiltration, ce qui n'était pas le cas antérieurement, ainsi que la Cour l'avait constaté au B.27.2 de son arrêt n° 202/2004. Ce dossier doit donc faire l'objet, quant à ces éléments, d'un contrôle par un juge indépendant et impartial.

B.8.21. Les moyens sont fondés dans la mesure indiquée ci-avant.

B.8.22. Il y a lieu d'annuler l'article 47*decies*, § 7, du Code d'instruction criminelle ».

B.13.5. En raison de cette annulation par l'arrêt n° 105/2007 du 19 juillet 2007 et sur la base des motifs exposés dans l'arrêt n° 202/2004 du 21 décembre 2004, l'article 235*ter* du Code d'instruction criminelle n'est pas incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne prévoit pas de contrôle concernant le recours aux indicateurs.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

1. Les questions préjudicielles n'ont plus d'objet en ce qu'elles portent sur l'article 235*ter*, § 6, du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été inséré par l'article 23 de la loi du 27 décembre 2005.

2. L'article 235*ter*, §§ 1er à 5, du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été inséré par l'article 23 de la loi du 27 décembre 2005, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec les dispositions de droit international mentionnées dans les questions préjudicielles.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise et en langue française, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, à l'audience publique du 26 juillet 2007.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

A. Arts