

Numéro du rôle : 4685
Arrêt n° 196/2009 du 3 décembre 2009

A R R E T

En cause : le recours en annulation des articles 2 et 3 de la loi du 16 janvier 2009 modifiant les articles 189*ter*, 235*ter*, 335*bis* et 416 du Code d'instruction criminelle, introduit par M.K. et autres.

La Cour constitutionnelle,

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

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* * *

I. *Objet du recours et procédure*

Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 15 avril 2009 et parvenue au greffe le 16 avril 2009, un recours en annulation des articles 2 et 3 de la loi du 16 janvier 2009 modifiant les articles 189^{ter}, 235^{ter}, 335^{bis} et 416 du Code d'instruction criminelle (publiée au *Moniteur belge* du 16 janvier 2009, deuxième édition) a été introduit par M.K., F.M., J.M., F.S., T.V. H., O.V., B.V., S.V., O.O., C.M., C.V., A.H., A.K. et A.P., qui font tous élection de domicile à 9000 Gand, Recolletenlei 39-40.

La demande de suspension des mêmes dispositions, introduite par les mêmes parties requérantes, a été rejetée par l'arrêt n° 98/2009 du 10 juin 2009, publié au *Moniteur belge* du 7 août 2009.

Le Conseil des ministres a introduit un mémoire, les parties requérantes ont introduit un mémoire en réponse et le Conseil des ministres a également introduit un mémoire en réplique.

A l'audience publique du 12 novembre 2009 :

- ont comparu :
 - . Me H. Rieder, avocat au barreau de Gand, pour les parties requérantes;
 - . Me J. Bourtembourg et Me F. Vandevoorde, *loco* Me F. Belleflamme, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs T. Merckx-Van Goey et M. Melchior ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- l'affaire a été mise en délibéré.

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

II. *En droit*

- A -

En ce qui concerne l'intérêt des parties requérantes

A.1.1. A l'appui de leur intérêt au recours en annulation, les parties requérantes font valoir qu'elles sont impliquées dans des procédures pénales dans lesquelles est soulevée la question de la régularité du contrôle, par la chambre des mises en accusation, de l'utilisation des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, conformément à l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle.

Les parties requérantes s'attendent à ce que les juridictions compétentes constatent que ces contrôles ont été effectués en contradiction avec un arrêt de la Cour de cassation du 28 octobre 2008 (RG P.08.0706.N) et à ce qu'il soit fait application, à leur cause, des dispositions de la loi du 16 janvier 2009 modifiant les articles 189ter, 235ter, 335bis et 416 du Code d'instruction criminelle contre lesquelles elles ont introduit un recours en annulation.

A.1.2. Le Conseil des ministres fait valoir dans son mémoire en réplique que le recours est irrecevable.

Le Conseil des ministres affirme que, par arrêt du 3 mars 2009, la Cour de cassation a confirmé qu'une juridiction de jugement n'est pas compétente pour juger de la régularité des décisions des juridictions d'instruction. Ceci implique que même si la décision de la chambre des mises en accusation est entachée d'irrégularité, la juridiction de jugement ne peut en tenir compte. Les dispositions contestées prévoient un nouveau contrôle, par la chambre des mises en accusation, de l'emploi des méthodes particulières de recherche. Selon le Conseil des ministres, il s'avère à présent que si le nouveau contrôle n'avait pas été prévu, les parties requérantes n'auraient pu bénéficier d'aucun contrôle régulier, sans pouvoir toutefois en tirer une quelconque conséquence devant les juridictions de jugement.

Le Conseil des ministres conclut que les parties requérantes n'ont pas d'intérêt à leur recours.

En ce qui concerne les moyens

A.2. Les parties requérantes invoquent deux moyens.

A.3. Elles exposent d'abord que la chambre des mises en accusation de Gand a toujours interprété les termes de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, concernant le contrôle des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, en ce sens que, lors de ce contrôle, toutes les parties devaient être entendues séparément, de sorte que le procureur général a été entendu dans ses réquisitions et a ensuite quitté l'audience, après quoi la partie civile et l'inculpé ont été entendus séparément.

Cette interprétation a été rejetée par un arrêt de la Cour de cassation du 28 octobre 2008. La Cour a estimé que la présence du ministère public est toujours requise et que lorsque le procureur général n'est pas présent, la procédure de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle est entachée de nullité.

La huitième chambre de la Cour d'appel de Gand a ensuite conclu, dans quatre arrêts du 6 janvier 2009, à l'irrecevabilité de l'action publique, au motif que celle-ci était fondée dans une large mesure sur des éléments de preuve inadmissibles car obtenus par la méthode particulière de recherche d'observation, alors que les arrêts de la chambre des mises en accusation relatifs au contrôle y afférent étaient entachés de nullité, parce que les parties avaient été entendues séparément.

Selon les parties requérantes, la loi du 16 janvier 2009 est une réaction à cette jurisprudence de la huitième chambre de la Cour d'appel de Gand et un instrument pour empêcher, dans un nombre de cas bien précis, que le juge statue librement sur les effets d'une décision éventuellement jugée illégale de la chambre des mises en accusation dans une procédure engagée sur la base de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle.

A.4. Selon les parties requérantes, la loi du 16 janvier 2009 modifiant les articles 189ter, 235ter, 335bis et 416 du Code d'instruction criminelle viole les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme *juncto* l'article 6.1 de cette Convention, ainsi que les principes de bonne législation.

En ce qui concerne le premier moyen

A.5.1. Le moyen est dirigé contre l'article 2 de la loi du 16 janvier 2009 qui dispose que « [...] le juge du fond ou la Cour de cassation peut, en cas d'incidents portant sur la légalité du contrôle des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, transmettre l'affaire au ministère public afin qu'il porte celle-ci devant la chambre des mises en accusation compétente en vue du contrôle prévu à l'article 235^{ter} ».

Les parties requérantes estiment que cette disposition permet au juge du fond de statuer sur la décision de la chambre des mises en accusation.

Elles considèrent que les arrêts prononcés en vertu de l'article 235^{bis} du Code d'instruction criminelle ont autorité et force de chose jugée après l'expiration du délai de quinze jours dans lequel un pourvoi en cassation doit être introduit. La Cour a déjà estimé que les personnes qui relèvent du champ d'application de l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle sont comparables à celles qui relèvent de l'application de l'article 235^{bis} de ce Code.

Selon les parties requérantes, le but que poursuit le législateur en adoptant la disposition attaquée n'est pas légitime parce que cette disposition permet de porter atteinte à l'autorité et à la force de chose jugée d'un arrêt de la chambre des mises en accusation prononcé sur la base de l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle.

Les parties requérantes déclarent que le législateur ne démontre pas que cette mesure est nécessaire et soutiennent que la mesure n'est pas non plus proportionnée au but poursuivi, ce qui ressort, selon elles, de leur critique d'un grand nombre de passages des travaux préparatoires de la loi attaquée.

A.5.2. Les parties requérantes soutiennent que les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme *juncto* l'article 6.1 de cette Convention, sont violés par l'instauration d'une procédure permettant qu'un juge – sur indication d'un autre juge et pas toujours du juge de cassation – réforme simplement sa décision ayant autorité et force de chose jugée. En outre, la disposition litigieuse violerait les principes de bonne législation.

Il est dérogé sans justification au principe selon lequel le juge du fond ne peut porter de jugement sur les décisions des juridictions d'instruction.

L'hypothèse d'un réexamen, par un juge, d'un litige tranché par une décision ayant autorité et force de chose jugée n'existe pas dans l'ordre juridique belge – sauf utilisation de voies de recours particulières. Il en résulte une insécurité juridique totale. Pour les parties requérantes, le principe de légalité et le principe de sécurité juridique sont dès lors violés et l'article 2 de la loi du 16 janvier 2009 doit être annulé.

A.6. Le Conseil des ministres fait valoir que le moyen est peu clair, les parties requérantes n'exposant pas comment les articles 6 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme seraient méconnus. Le moyen est principalement fondé sur la prétendue violation des articles 10 et 11 de la Constitution, sans que les parties requérantes ne précisent quelles catégories de personnes doivent être comparées.

A.7.1. Le Conseil des ministres explique qu'il s'agit d'une loi de circonstance qui a été adoptée dans l'urgence afin de répondre à une situation exceptionnelle dans le ressort de la Cour d'appel de Gand. En raison d'un incident purement procédural, une petite centaine d'inculpés, dont certains étaient suspectés de faits particulièrement graves, n'ont pu être jugés.

A.7.2. Le Conseil des ministres soutient que la loi du 16 janvier 2009 ne viole pas le principe de bonne législation. Les parties requérantes n'exposent pas comment la notion d'« incidents portant sur la légalité du contrôle des méthodes particulières de recherche » pourrait donner lieu à une quelconque spéculation. Elle vise très précisément un problème tel que celui qui s'est présenté à Gand.

A.7.3. Le Conseil des ministres observe que l'article 189^{ter} du Code d'instruction criminelle disposait déjà que le tribunal peut demander à la chambre des mises en accusation un nouveau contrôle de l'application des méthodes particulières de recherche. La nouvelle loi ne fait qu'ajouter une seconde hypothèse dans laquelle le tribunal peut demander un tel contrôle.

Contrairement à ce qu'allèguent les parties requérantes, l'objectif n'est pas de faire statuer les juridictions de fond sur la régularité du recours aux méthodes particulières de recherche. L'objectif n'est pas davantage de faire statuer sur la régularité de l'arrêt de la chambre des mises en accusation ni de mettre en cause la force de chose jugée du premier contrôle de la chambre des mises en accusation. L'objectif recherché est uniquement, lorsqu'il existe un doute quant à la régularité formelle du premier contrôle, de donner au juge du fond la possibilité de demander un nouveau contrôle. Le Conseil des ministres se demande à cet égard si les parties requérantes ont intérêt au présent recours, puisque le contrôle de la chambre des mises en accusation a été instauré en leur faveur.

A.7.4. Le Conseil des ministres affirme par ailleurs que les parties requérantes prétendent que leur droit à la sécurité juridique serait affecté, sans donner la moindre explication sur le contenu de ce droit, alors que le principe de la sécurité juridique est très vague. Les parties requérantes ne peuvent prétendre que leur confiance légitime ait été atteinte par suite de l'entrée en vigueur immédiate des dispositions attaquées. Elles ne pourraient prétendre qu'elles s'attendent à ne pas bénéficier d'un contrôle régulier par la chambre des mises en accusation, alors que ce contrôle est exigé par le Code d'instruction criminelle, et de surcroît en leur faveur.

A.7.5. Le Conseil des ministres conclut que le moyen n'est pas fondé.

A.8.1. Les parties requérantes soulignent que dans l'arrêt n° 98/2009 du 10 juin 2009, la Cour a estimé à juste titre, dans le cadre de la demande de suspension introduite dans cette affaire, que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme était d'application en l'espèce et que les principes généraux du droit à un procès équitable et des droits de la défense devaient également être respectés.

Etant donné que, par l'arrêt du 28 octobre 2008 (AR P.08.0706.N), la Cour de cassation a mis fin aux divergences en matière de jurisprudence, une initiative législative n'était plus nécessaire. Le législateur a simplement et uniquement voulu mettre à néant les effets de l'interprétation qu'avait donnée un juge indépendant et impartial.

Selon les parties requérantes, l'intervention du législateur ne se justifie pas. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le principe de la sécurité juridique sont, de ce fait, violés, ainsi que la force et l'autorité de la chose jugée de décisions judiciaires. La disposition attaquée ne saurait être justifiée par la nécessité de remédier aux conséquences éventuellement négatives sur le plan social d'une décision judiciaire. En effet, un pourvoi en cassation permet de remédier à ces conséquences dites négatives.

A.8.2. Les parties requérantes observent encore que, selon la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 98/2009 du 10 juin 2009 (B.10.2), une « voie de recours spécifique » est instaurée, en plus des voies de recours ordinaires et extraordinaires existantes. Elles estiment qu'on ne voit pas pourquoi cette voie de recours ne peut être utilisée que pour des vices de forme concernant le contrôle des méthodes particulières de recherche et non pour des vices de forme concernant une ordonnance d'écoute téléphonique ou une autorisation de perquisition.

Selon les parties requérantes, cette distinction n'est pas raisonnablement justifiée.

En ce qui concerne le second moyen

A.9. Les parties requérantes font valoir que l'article 3 de la loi du 16 janvier 2009 viole lui aussi les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme *juncto* l'article 6.1 de cette Convention, en ce qu'il dispose que sont entendus « séparément les parties civiles et les inculpés, en présence du procureur général ».

Selon les parties requérantes, l'on ne voit pas comment il pourrait se justifier d'entendre séparément, d'une part, la partie civile (ou les parties civiles ensemble lorsqu'il y en a plus d'une), et, d'autre part, l'inculpé (ou les inculpés ensemble lorsqu'il y en a plus d'un), mais toujours en présence du procureur général. On peut se demander comment il est possible de répliquer à un argument que l'on n'a pas entendu et il n'est pas expliqué pourquoi les parties civiles ne peuvent avoir connaissance des arguments des inculpés, susceptibles d'entraîner l'irrecevabilité de l'action du ministère public.

Pour les parties requérantes, il est évident que la règle de droit instaurée ne poursuit pas de but légitime sur ce point et que la mesure n'est dès lors pas nécessaire. La mesure n'est pas non plus proportionnée au but poursuivi.

A.10.1. Le Conseil des ministres fait valoir à l'égard du second moyen également que celui-ci est irrecevable parce que peu clair, les parties requérantes n'exposant pas quelles catégories de personnes doivent être comparées.

A.10.2. En ordre subsidiaire, le Conseil des ministres affirme qu'on ne voit pas en quoi le moyen se distingue de la critique portant sur l'audition séparée des parties et sur le caractère non contradictoire de la procédure, que la Cour a déjà rejetée en B.14.1 à B.14.5 de son arrêt n° 105/2007 du 19 juillet 2007 et par son arrêt n° 107/2007 du 26 juillet 2007.

A.10.3. Le Conseil des ministres conclut que le second moyen également n'est pas fondé.

A.11. Dans leur mémoire en réponse, les parties requérantes dénoncent le fait qu'il n'est pas expliqué pourquoi, d'une part, la ou les parties civiles et, d'autre part, l'inculpé ou les inculpés sont entendus séparément, mais chacun d'eux toujours en présence du procureur général. Selon elles, il n'y a pas de justification raisonnable expliquant pourquoi le droit au contradictoire est limité de la sorte.

- B -

Quant aux dispositions attaquées

B.1.1. Les parties requérantes demandent l'annulation des articles 2 et 3 de la loi du 16 janvier 2009 modifiant les articles 189^{ter}, 235^{ter}, 335^{bis} et 416 du Code d'instruction criminelle.

B.1.2. L'article 2 de la loi du 16 janvier 2009 dispose :

« L'article 189^{ter} du Code d'instruction criminelle, inséré par la loi du 27 décembre 2005, est complété par un alinéa 4 rédigé comme suit :

‘ Outre le cas visé à l'alinéa 1er, le juge du fond ou la Cour de cassation peut, en cas d'incidents portant sur la légalité du contrôle des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, transmettre l'affaire au ministère public afin qu'il porte celle-ci devant la chambre des mises en accusation compétente en vue du contrôle prévu à l'article 235^{ter}. ’ ».

Les trois premiers alinéas de l'article 189^{ter} du Code d'instruction criminelle, tels qu'ils ont été insérés par la loi du 27 décembre 2005, disposent :

« Sur la base d'éléments concrets qui ne sont apparus que postérieurement au contrôle de la chambre des mises en accusation exercé en vertu de l'article 235^{ter}, le tribunal peut, soit d'office, soit sur réquisition du ministère public, soit à la demande du prévenu, de la partie civile ou de leurs avocats, charger la chambre des mises en accusation de contrôler l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, en application de l'article 235^{ter}.

Cette réquisition ou cette demande doit, sous peine de déchéance, être soulevée avant tout autre moyen de droit, sauf si ce moyen concerne des éléments concrets et nouveaux qui sont apparus lors de l'audience.

Le tribunal transmet le dossier au ministère public, afin de porter l'affaire à cet effet devant la chambre des mises en accusation ».

B.1.3. L'article 3 de la loi du 16 janvier 2009 dispose :

« A l'article 235^{ter}, § 2, alinéa 3, du même Code, inséré par la loi du 27 décembre 2005, les mots ' de la même manière la partie civile et l'inculpé ' sont remplacés par les mots ' séparément les parties civiles et les inculpés, en présence du procureur général ' ».

L'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, inséré par la loi du 27 décembre 2005 disposait, avant l'annulation de son paragraphe 6 par l'arrêt n° 105/2007 du 19 juillet 2007 et avant sa modification par la loi du 16 janvier 2009 :

« § 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.1.4. Le paragraphe 6 de l'article 235*ter* du Code d'instruction criminelle, qui a été annulé par l'arrêt précité n° 105/2007, a été rétabli par l'article 4 de la loi du 16 janvier 2009, qui n'est pas attaqué, et dispose actuellement :

« § 6. Le pourvoi en cassation doit être introduit dans un délai de quinze jours par une déclaration au greffe de la chambre des mises en accusation. Ce délai prend cours à la date du prononcé de l'arrêt.

Toutefois, lorsqu'un des inculpés est privé de liberté, le pourvoi en cassation doit être introduit dans un délai de vingt-quatre heures qui prend cours, à l'égard du ministère public et de chacune des parties, à la date du prononcé de l'arrêt ».

B.2.1. Les dispositions attaquées concernent plus précisément le contrôle du dossier confidentiel qui doit être constitué lorsqu'il est fait usage des méthodes particulières de recherche d'observation ou d'infiltration.

Ce dossier, tenu par le procureur du Roi, contient l'autorisation du procureur du Roi ou du juge d'instruction de recourir à une telle méthode et mentionne les indices qui justifient le recours à la méthode, les motifs pour lesquels elle est indispensable, le nom ou une description des personnes visées, la manière dont la méthode sera exécutée, la période au cours de laquelle elle peut l'être et les nom et qualité de l'officier de police judiciaire qui dirige l'opération (articles 47*sexies*, § 3, et 47*octies*, § 3, du Code d'instruction criminelle). 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 de l'autorisation (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).

Outre ce dossier, qui est confidentiel afin d'assurer la protection de l'intégrité physique des personnes participant aux méthodes particulières de recherche et afin de garantir l'efficacité des méthodes mises en œuvre pour l'avenir en occultant certaines techniques, le dossier pénal ordinaire contient un procès-verbal, rédigé par l'officier de police judiciaire qui dirige l'exécution de l'observation ou de l'infiltration, concernant les différentes phases de l'exécution de celles-ci mais faisant toutefois abstraction des données confidentielles. Ce procès-verbal fait référence à l'autorisation de mise en œuvre de l'observation ou de l'infiltration et contient également 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). 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.2.2. Après que la Cour, dans son arrêt n° 202/2004 du 21 décembre 2004, eut constaté l'inconstitutionnalité de l'absence de contrôle juridictionnel du dossier confidentiel, le législateur a chargé la chambre des mises en accusation du contrôle de l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration (article 235*ter* du Code d'instruction criminelle, inséré par la loi du 27 décembre 2005). 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 aussi 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, qui pourraient révéler l'existence d'une irrégularité en ce qui concerne ces méthodes particulières de recherche.

B.2.3. Dans son arrêt n° 105/2007 du 19 juillet 2007, la Cour s'est déjà prononcée, notamment, sur le grief selon lequel la partie civile et l'inculpé ne peuvent consulter le dossier confidentiel. La Cour a jugé que 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, à l'occasion du contrôle du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation, avoir accès à ce dossier : la Cour a jugé qu'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. Ce faisant, la Cour a notamment pris en compte le fait que les données du dossier confidentiel ne peuvent servir de preuve au détriment de l'inculpé et que 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, alors que toutes les autres informations relatives à la mise en œuvre et à l'exécution de ces méthodes de recherche doivent figurer dans le dossier répressif, qui peut être consulté par la partie civile et l'inculpé dans le cadre de la procédure visée à l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle. Le moyen, qui invoquait la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a dès lors été déclaré non fondé (B.9.4.1 à B.12.5 de l'arrêt n° 105/2007).

B.2.4. Dans l'arrêt n° 105/2007 précité, la Cour s'est également prononcée sur le grief selon lequel les parties devant la chambre des mises en accusation sont entendues séparément et selon lequel cette procédure n'est pas contradictoire. A ce sujet, la Cour a jugé :

« B.14.4. Le législateur a pu estimer qu'un contrôle effectif du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation exige qu'elle puisse procéder aux auditions [organisées conformément à l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle]. Afin d'assurer la confidentialité des données sensibles, il est justifié qu'un tel examen puisse avoir lieu en l'absence des parties.

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

B.14.5. En ce que le contrôle prévu par l'article 235^{ter} 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 ».

Ni à cette occasion, ni dans ses arrêts n^{os} 107/2007 du 26 juillet 2007 et 25/2009 du 18 février 2009, la Cour n'a statué sur la présence permanente ou non du ministère public aux auditions visées à l'article 235^{ter}, § 2, du Code d'instruction criminelle.

Quant à l'intérêt des parties requérantes

B.3. Sans qu'il soit nécessaire d'examiner séparément la situation de chacune des parties requérantes, il suffit de constater qu'elles font valoir qu'elles sont impliquées dans des procédures pénales individuelles dans lesquelles se pose la question de la régularité du contrôle exercé sur l'emploi des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, conformément à l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle. Les parties requérantes justifient d'un intérêt à l'annulation des dispositions attaquées, qui portent précisément sur la procédure devant la chambre des mises en accusation conformément à l'article 235^{ter} précité.

Le fait, invoqué par le Conseil des ministres, que la Cour de cassation a estimé, par arrêt du 3 mars 2009, que les juridictions de jugement seraient liées par la décision de la chambre des mises en accusation ne prive pas les parties requérantes de leur intérêt à attaquer les dispositions qui s'appliquent dans les procédures dans lesquelles elles sont impliquées et qui permettent aux juridictions de jugement de faire exécuter un nouveau contrôle par la chambre des mises en accusation.

L'exception est rejetée.

*Quant au fond**En ce qui concerne le premier moyen*

B.4.1. Dans un premier moyen, dirigé contre l'article 2 de la loi du 16 janvier 2009, les parties requérantes invoquent la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les articles 6.1 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Elles font valoir que, par cet article, le législateur ne poursuit pas de but légitime, que la mesure n'est pas nécessaire et qu'elle n'est pas davantage proportionnée au but poursuivi.

Selon les parties requérantes, l'article 2 de la loi du 16 janvier 2009 viole les normes de référence invoquées au moyen, plus précisément en ce que cette disposition permet qu'un juge – sur indication d'un autre juge et pas toujours le juge de cassation – réforme sa décision, laquelle a autorité de chose jugée.

Les parties requérantes font encore valoir que la disposition attaquée viole également le « principe de bonne législation » et que la possibilité d'une nouvelle appréciation, par un juge, d'un litige qui a été tranché par une décision ayant autorité de chose jugée donne lieu à une insécurité juridique totale, de sorte que le principe de légalité et le principe de sécurité juridique seraient également violés.

B.4.2. La Cour, qui est compétente pour statuer sur la conformité de normes législatives aux normes de référence visées à l'article 142 de la Constitution et à l'article 1er de la loi spéciale du 6 janvier 1989, ne peut exercer un contrôle direct au regard des « principes de bonne législation » et du principe de sécurité juridique.

B.5.1. Le Conseil des ministres fait valoir que le moyen est imprécis et, partant, irrecevable.

B.5.2. Le moyen est suffisamment précis en ce qu'il peut raisonnablement être interprété comme dénonçant la violation du principe d'égalité et de non-discrimination inscrit aux articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec le droit à un procès équitable garanti par

l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la catégorie des personnes dont ce droit fondamental serait violé devant être comparée à la catégorie des personnes auxquelles ce droit fondamental est garanti.

B.6. Même si l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est en principe pas applicable au cours de la phase préalable à la procédure pénale devant les juridictions qui statuent sur le bien-fondé de l'action publique, il convient d'avoir égard au fait que les exigences de l'article 6, et notamment de son paragraphe 3, peuvent jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès (CEDH, 24 novembre 1993, *Imbrioscia c. Suisse*).

Par ailleurs, les méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration portent atteinte au droit à la vie privée ou à l'inviolabilité du domicile, atteinte qui doit rester limitée à ce qui est nécessaire pour lutter contre certaines formes de criminalité grave. Toute personne qui s'estime menacée par une telle ingérence doit, si elle en fait la demande, avoir accès à un juge qui puisse statuer sur le respect des dispositions légales applicables en la matière et sur la question de savoir si de telles mesures sont nécessaires dans une société démocratique et sont raisonnablement proportionnées au but poursuivi. Non seulement l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais également les principes généraux du droit à un procès équitable et des droits de la défense doivent être respectés.

B.7. La loi du 16 janvier 2009 vise, en ordre principal, à remédier aux conséquences d'une divergence jurisprudentielle concernant la présence du ministère public aux auditions de la chambre des mises en accusation lors du contrôle des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration en application de l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle.

Cette divergence portait notamment sur les alinéas 2 et 3, anciens, de l'article 235^{ter}, § 2, qui disposaient : « la chambre des mises en accusation entend, séparément et en l'absence des parties, le procureur général en ses observations » et « elle entend de la même manière la partie civile et l'inculpé ».

Contrairement aux chambres des mises en accusation des autres ressorts, la chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Gand a interprété ces dispositions en ce sens que le procureur général était d'abord entendu en son réquisitoire, en l'absence des autres parties, et qu'ensuite respectivement la partie civile et l'inculpé étaient entendus en l'absence du ministère public.

Dans son arrêt du 28 octobre 2008 (RG P.08.0706.N), la Cour de cassation a jugé :

« L'article 235^{ter}, § 2, alinéas 2 et 3, du Code d'instruction criminelle [...] n'implique pas que le procureur général puisse être absent lors de l'audition de la partie civile ou de l'inculpé mais, au contraire, que l'absence du procureur général entache la procédure de l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle d'une cause de nullité ».

La Cour d'appel de Gand a jugé, dans un arrêt du 6 janvier 2009 (www.juridat.be n° N.20090106), que l'audition séparée du ministère public et des autres parties au cours du contrôle préalable de la méthode particulière de recherche d'observation par la chambre des mises en accusation violait le principe du contradictoire et le droit à un procès équitable, tel qu'il est garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour d'appel, qui se réfère à l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2003 (P.03.0762 N) (*Pas.*, 2003, p. 1607), a estimé que la preuve qui était fondée sur cette méthode de recherche était irrégulière et a déclaré l'action publique irrecevable, dès lors que l'information judiciaire était largement fondée sur ces méthodes particulières de recherche.

D'autres arrêts de la Cour d'appel de Gand datés du même jour ont une portée équivalente.

B.8. La proposition de loi du 8 janvier 2009 complétant les articles 189^{ter} et 235^{ter} du Code d'instruction criminelle avait pour but de remédier à l'incertitude concernant la procédure à suivre devant la chambre des mises en accusation lors du contrôle de l'utilisation des méthodes particulières de recherche et de préciser les termes de la loi pour que

d'éventuelles erreurs de procédure ne puissent entraîner des conséquences disproportionnées pour l'action publique (*Doc. parl.*, Sénat, 2008-2009, n° 4-1091/1).

Afin d'apporter une solution à ce problème considéré comme aigu, le législateur a choisi de permettre un nouveau contrôle des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration par la chambre des mises en accusation en conformité avec l'interprétation faite par la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 28 octobre 2008, outre la possibilité, prévue à l'article 189^{ter} du Code d'instruction criminelle, en vertu duquel les juridictions de jugement peuvent, sur la base d'éléments concrets qui n'apparaissent qu'après le contrôle préalable exercé par la chambre des mises en accusation, ordonner un contrôle supplémentaire.

A cet effet, l'article 2 attaqué de la loi du 16 janvier 2009 permet un contrôle, en cas d'« incidents portant sur la légalité » du contrôle des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, à l'initiative soit du juge du fond, soit de la Cour de cassation dans le cadre d'un pourvoi en cassation immédiat contre les arrêts en question de la chambre des mises en accusation. L'article 3, également attaqué, dispose expressément que l'audition de la partie civile et celle de l'inculpé doivent avoir lieu en présence du ministère public.

Au cours des travaux préparatoires, le ministre de la Justice a déclaré que « la première [phase] consiste à apporter les correctifs nécessaires de manière immédiate et urgente » et que « la deuxième phase consiste en un engagement formel d'examiner la procédure dans sa globalité et d'apporter ultérieurement les autres correctifs nécessaires » (*Doc. parl.*, Sénat, 2008-2009, n° 4-1091/3, p. 5).

B.9. La loi du 16 janvier 2009 a été publiée au *Moniteur belge* du même jour et, en vertu de son article 7, est entrée en vigueur ce même jour.

Par cette entrée en vigueur immédiate, le législateur a voulu clarifier rapidement l'interprétation de l'article 235^{ter}, § 2, du Code d'instruction criminelle, en conformité avec l'arrêt précité de la Cour de cassation du 28 octobre 2008. La mesure contenue dans l'article 2 de la loi du 16 janvier 2009, qui vise la catégorie des personnes qui sont impliquées dans une affaire pénale dans le cadre de laquelle des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration ont été utilisées, a pour objectif légitime d'apporter la sécurité juridique et

d'éviter qu'une interprétation différente puisse à nouveau avoir pour effet que des inculpés de délits graves échappent aux poursuites en raison d'un vice de forme lors du contrôle de la manière dont les preuves sont rassemblées en matière pénale.

Le fait, allégué par les parties requérantes, que cette voie de recours serait utilisée dans d'autres cas que celui qui aurait été visé, en ordre principal, par le législateur ne prive pas la mesure de sa justification. Cette utilisation est d'ailleurs plutôt de nature à augmenter la garantie des droits de la défense.

B.10.1. La Cour doit encore examiner si la disposition attaquée a des effets disproportionnés.

Les parties requérantes font valoir que la force de chose jugée et l'autorité de chose jugée de décisions de justice sont méconnues et qu'il est porté atteinte au droit à un procès équitable, consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

B.10.2. Les articles 2 et 3 de la loi du 16 janvier 2009 n'entendent pas porter atteinte aux arrêts précités de la Cour d'appel de Gand, qui – comme cela a du reste déjà été exposé à l'audience dans le cadre de la demande de suspension – ne sont pas passés en force de chose jugée mais ont fait l'objet de pourvois ayant entraîné la cassation de ces arrêts et le renvoi des affaires à la Cour d'appel d'Anvers, entre autres par arrêt du 3 mars 2009 (P.09.0079.N).

Les dispositions attaquées sont, en tant que règles de procédure, conformément à l'article 3 du Code judiciaire, d'application immédiate aux affaires pendantes. Elles ne visent pas à porter atteinte à des décisions passées en force de chose jugée de la chambre des mises en accusation mais prévoient une voie de recours spécifique qui tient compte de l'objectif d'intérêt général mentionné ci-dessus, le contrôle du dossier confidentiel dans le cadre de l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration étant à nouveau effectué par la même chambre des mises en accusation. Le législateur ne vise pas à influencer le contrôle matériel du dossier confidentiel mais ajoute uniquement une hypothèse dans laquelle ce contrôle, outre les hypothèses de l'article 189^{ter}, alinéa 1er, originaire, et de l'article 235^{quater} du Code d'instruction criminelle, peut encore être effectué par la

juridiction qui est exclusivement compétente à cet effet, en conformité avec l'interprétation de la Cour de cassation selon laquelle le ministère public est présent en permanence aux auditions en question.

B.10.3. Dans leur mémoire en réponse, les parties requérantes dénoncent le fait qu'il est instauré une « voie de recours spécifique », qui ne peut être utilisée que pour des vices de forme concernant le contrôle des méthodes particulières de recherche et non celui des écoutes téléphoniques ou des perquisitions.

La spécificité de la problématique exposée en B.7 et B.8, en ce qui concerne le contrôle par la chambre des mises en accusation des méthodes particulières de recherche, d'observation et d'infiltration conformément à l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, justifie que le législateur ait adopté une solution appropriée, une mesure comparable n'étant pas nécessaire pour ce qui concerne le contrôle des écoutes téléphoniques ou des perquisitions, ces mesures ne comportant pas de dossier confidentiel.

B.10.4. Quant à l'atteinte alléguée à l'autorité de chose jugée des arrêts de la chambre des mises en accusation, il convient de prendre en compte tant la portée spécifique de l'autorité de chose jugée en matière pénale que la nature particulière des décisions en question.

Sans qu'il soit nécessaire, en l'espèce, d'établir si les arrêts préparatoires de la chambre des mises en accusation ont autorité de chose jugée à l'égard des juridictions de jugement en matière pénale, il suffit de constater que la portée de ces décisions n'est pas telle qu'elle ferait obstacle à un nouveau contrôle du dossier confidentiel par la même chambre des mises en accusation. Ces arrêts se limitent à un examen de la légalité des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration utilisées. Par ailleurs, comme la Cour l'a déjà constaté en B.12.3 de l'arrêt n° 105/2007, précité, les données du dossier confidentiel ne peuvent servir de preuve au détriment de l'inculpé.

B.10.5. Enfin, les parties requérantes ne démontrent pas que leur droit de défense serait violé.

Par son arrêt n° 105/2007, la Cour a jugé que les droits de la défense n'étaient pas affectés de manière disproportionnée par l'audition séparée des parties. Le droit des parties requérantes à un procès équitable n'est pas méconnu en ce qu'est prévue actuellement la possibilité d'une phase complémentaire dans la procédure devant la chambre des mises en accusation, dans laquelle le ministère public est présent en permanence lors des auditions des parties, ce qui étend la possibilité d'un débat contradictoire.

En tant qu'inculpés, les parties requérantes ne peuvent par ailleurs que tirer profit de ce qu'à l'occasion d'un nouveau contrôle, des irrégularités seraient constatées, qui impliqueraient le retrait des pièces annulées du dossier, conformément à l'article 235bis, § 6, du Code d'instruction criminelle. Elles ne peuvent raisonnablement prétendre qu'elles auraient le droit d'assister aux auditions en l'absence du ministère public ou qu'elles pouvaient escompter échapper aux poursuites parce que le contrôle qui a été effectué s'est fait en l'absence du ministère public, d'autant plus que les arrêts de la Cour d'appel de Gand du 6 janvier 2009 mentionnés plus haut, qui ont conduit à ce résultat, ont dans l'intervalle été cassés par la Cour de cassation.

B.10.6. Il résulte de ce qui précède qu'en adoptant l'article 2 de la loi du 16 janvier 2009, le législateur a pris une mesure qui ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable.

B.11. Le premier moyen n'est pas fondé.

En ce qui concerne le second moyen

B.12. Dans un second moyen, dirigé contre l'article 3 de la loi du 16 janvier 2009, les parties requérantes dénoncent la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec les articles 6.1 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'il dispose que sont entendus « séparément les parties civiles et les inculpés, en présence du procureur général ».

B.13. Il découle de l'article 3 de la loi du 16 janvier 2009, cité en B.1.3, que les auditions par la chambre des mises en accusation dans le cadre du contrôle du dossier confidentiel, conformément à l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, doivent être organisées de manière à ce que l'inculpé et la partie civile puissent être entendus séparément mais toujours en présence du ministère public.

B.14. Le Conseil des ministres invoque le manque de précision du moyen.

B.15.1. En ce que le moyen dénoncerait une atteinte discriminatoire au droit à un procès équitable, il n'est pas fondé pour les raisons indiquées en B.10.

B.15.2. En ce que le moyen dénoncerait le fait que le ministère public est chaque fois présent lorsque l'inculpé ou la partie civile sont entendus, alors que ces parties sont entendues séparément sans pouvoir répliquer l'une à l'autre, il suffit d'observer, outre ce qui a déjà été dit en B.10.5 en ce qui concerne le caractère non contradictoire de la procédure devant la chambre des mises en accusation conformément à l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, qu'il existe une différence de nature à ce point fondamentale entre les intérêts que défend le ministère public et ceux des parties concernées qu'il n'est pas dépourvu de justification raisonnable que le ministère public, contrairement à ces parties, soit présent en permanence.

B.15.3. Le second moyen n'est pas fondé.

Par ces motifs,

la Cour

rejette le recours.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise, en langue française et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, à l'audience publique du 3 décembre 2009.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt