

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R Ê T

n° 198.039 du 19 novembre 2009

A.138.972/XI-16.923

En cause : **1. l'a.s.b.l. Ligue des Droits de l'Homme,**
2. l'a.s.b.l. Liga voor Mensenrechten,
3. l'a.s.b.l. Syndicat des avocats pour la démocratie,
ayant élu domicile chez
Me V. LETELLIER, avocat,
avenue Emile Verhaeren 15
1030 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par
le ministre de la Justice,
ayant élu domicile chez
Me Ph. LEVERT, avocat,
avenue Louise 149/22
1050 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ÉTAT, XI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 11 juillet 2003 par l'association sans but lucratif Ligue des Droits de l'Homme, l'association sans but lucratif Liga voor Mensenrechten et l'association sans but lucratif Syndicat des avocats pour la démocratie qui demandent l'annulation de "l'arrêté royal du 9 avril 2003 relatif aux techniques d'enquête policières", publié au Moniteur belge du 12 mai 2003;

Vu l'arrêt n/ 129.127 du 11 mars 2004 rejetant la demande de suspension;

Vu le dossier administratif;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. AMELYNCK, premier auditeur au Conseil d'État;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 23 septembre 2009, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 20 octobre 2009;

Entendu, en son rapport, M. VANHAEVERBEEK, conseiller d'État;

Entendu, en leurs observations, Me V. LETELLIER, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, et Me Ph. LEVERT, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. AMELYNCK premier auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que l'article 4 de la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête insère, dans le Livre I^{er} du chapitre IV du Code d'Instruction criminelle, une Section III, comprenant les articles 47^{ter} à 47^{undecies}, intitulée «Des méthodes particulières de recherche»; que l'article 47^{ter} du Code d'instruction criminelle, figurant sous une Sous-Section 1^{ère} «Définition de la notion», définit les méthodes particulières de recherche comme étant l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs; que l'article 47^{decies}, figurant sous une Sous-Section 4 «De l'infiltration», définit en son § 1^{er}, alinéa 1^{er}, l'infiltration comme «le fait, pour un fonctionnaire de police, appelé infiltrant, d'entretenir, sous une identité fictive, des relations durables avec une ou plusieurs personnes concernant lesquelles il existe des indices sérieux qu'elles commettent ou commettraient des infractions dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324^{bis} du Code pénal ou des crimes ou des délits visés à l'article 90^{ter}, §§ 2 à 4»; que l'article 47^{octies}, § 2, dispose comme suit :

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

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

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

que l'exposé des motifs de la loi du 6 janvier 2003 précitée énumère et décrit les techniques d'enquête policières qui peuvent être utilisées dans le cadre d'une infiltration : il s'agit du pseudo-achat, du flash-roll, de l'achat de confiance ou achat-test, de la livraison contrôlée, de la reconnaissance opérationnelle du milieu ou «rom», et du frontstore; que selon l'exposé des motifs, «c'est délibérément que le projet de loi même ne contient pas de liste exhaustive de ces techniques d'enquête policières» et que le choix consistant à habilitier le Roi à «déterminer et à définir ces techniques», «s'explique principalement par le caractère évolutif du contenu de ces techniques d'enquête policières, qui doivent s'adapter aux réactions du milieu criminel»; qu'en exécution de l'habilitation contenue à l'article 47^{octies}, § 2 du Code d'Instruction criminelle, tel que modifié par la loi du 6 janvier 2003 précitée, a été adopté l'arrêté royal du 9 avril 2003 relatif aux techniques d'enquête policières; qu'il s'agit de l'arrêté royal attaqué, qui contient les dispositions suivantes :

« (...) »

Article 1^{er}. Les techniques d'enquête policières, visées à l'article 47^{octies}, § 2, alinéa 2, du Code d'Instruction criminelle, sont le pseudo-achat, l'achat de confiance, l'achat-test, la pseudo-vente, la vente de confiance, la livraison contrôlée, la livraison assistée contrôlée et le frontstore.

Art. 2. Les techniques d'enquête policières ne peuvent être mises en oeuvre que par des membres de la direction des unités spéciales de la police fédérale, et le cas échéant, moyennant l'accord préalable du procureur fédéral, en collaboration avec des fonctionnaires compétents étrangers spécifiquement formés à cet effet.

Le pseudo-achat, l'achat de confiance et l'achat-test.

Art. 3. Le pseudo-achat est la technique mise en oeuvre par un service de police qui consiste à se présenter ou à être présenté à un individu comme acheteur potentiel d'un service ou d'un bien visé à l'article 42, 1/ à 3/ du Code pénal dont cet individu souhaite transférer la propriété pour son propre compte ou pour celui d'autrui.

L'achat de confiance est la technique mise en oeuvre par un service de police qui consiste à se présenter ou à être présenté à un individu comme acheteur potentiel d'un service ou d'un bien visé à l'article 42, 1/ à 3/ du Code pénal et dont cet individu souhaite transférer la propriété pour son propre compte ou celui d'autrui, et où le transfert de propriété a vraiment lieu, afin de gagner la confiance du vendeur ou de recueillir des informations complémentaires.

L'achat-test est la technique mise en oeuvre par un service de police qui consiste à se présenter ou à être présenté à un individu comme acheteur potentiel d'un service ou d'un bien visé à l'article 42, 1/ à 3/ du Code pénal, et dont cet

individu souhaite transférer la propriété pour son propre compte ou celui d'autrui, et où le transfert de propriété a vraiment lieu, afin de contrôler les allégations du vendeur et l'authenticité du bien proposé.

La pseudo-vente et la vente de confiance.

Art. 4. La pseudo-vente est la technique mise en oeuvre par un service de police qui consiste à se présenter ou à être présenté à un individu comme vendeur potentiel d'un service ou d'un bien.

La vente de confiance est la technique mise en oeuvre par un service de police qui consiste à se présenter ou à être présenté à un individu comme un vendeur potentiel d'un service ou d'un bien, et où le transfert de propriété a vraiment lieu, afin de gagner la confiance de l'acheteur ou de recueillir des informations complémentaires.

La livraison contrôlée.

Art. 5. La livraison contrôlée est la technique mise en oeuvre par un service de police qui consiste à laisser se poursuivre, sous un contrôle policier permanent, un transport illégal de marchandises ou de personnes, connu des services de police, que les fonctionnaires de police transportent et livrent eux-mêmes ou auquel ils fournissent un appui, et où l'intervention policière est différée jusqu'au lieu de destination finale en Belgique ou à l'étranger.

La livraison assistée contrôlée.

Art. 6. La livraison assistée contrôlée est la technique mise en oeuvre par un service de police qui consiste à laisser se poursuivre, sous un contrôle policier permanent, un transport illégal de marchandises connu des services de police et que les fonctionnaires de police effectuent et livrent eux-mêmes, ou auquel ils fournissent un appui, sans intervention policière au lieu de destination finale.

La livraison assistée contrôlée de personnes n'est pas autorisée.

Le frontstore.

Art. 7. Le frontstore est la technique qui consiste à permettre aux services de police de créer ou d'exploiter réellement une ou plusieurs entreprises, le cas échéant à l'aide de données fictives, au moyen desquelles un appui est fourni au milieu criminel sous forme de biens ou de services.

Art. 8. Les techniques d'enquête policières de livraison contrôlée de personnes, de livraison assistée contrôlée et de frontstore requièrent l'accord préalable et écrit du procureur fédéral.

En cas de livraison contrôlée de personnes et de livraison assistée contrôlée, l'accord peut être donné verbalement dans des circonstances urgentes. L'accord sera confirmé par écrit le plus rapidement possible.

L'accord est joint au dossier confidentiel, visé à l'article 47^{novies}, § 1^{er}, alinéa 2, du Code d'Instruction criminelle.

Art. 9. Notre Ministre de la justice est chargé de l'exécution du présent arrêté.

(...»;

Considérant que les requérantes prennent un premier moyen de la violation de “l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 22 de la Constitution”; qu'elles font valoir que l'arrêté royal attaqué “prévoit notamment différentes techniques spécifiques qui, s'inscrivant dans le cadre d'une infiltration, en précisent certaines opérations présentées comme annexes, mais [qui] reposent sur des principes se situant au-delà de la simple usurpation d'identité et la fréquentation d'individus”; qu'elles soutiennent que cette ingérence dans la vie privée des citoyens ne répond pas aux conditions prescrites par les dispositions visées au moyen;

qu'à propos de l'article 2 de l'arrêté royal attaqué, qui prévoit que les techniques particulières d'enquête policières peuvent être mises en oeuvre en collaboration avec des fonctionnaires étrangers, les requérantes observent qu'aucune disposition législative ne prévoit l'hypothèse de collaborations avec des fonctionnaires étrangers alors que de telles collaborations entraînent nécessairement des limitations aux droits et libertés des individus;

qu'au sujet des articles 3 à 7 de l'arrêté royal attaqué, les requérantes exposent qu'ils définissent et organisent les techniques d'enquête policières pouvant être mises en oeuvre dans le cadre d'une infiltration alors que la loi ne prévoit aucune de ces techniques, qui sont pourtant particulièrement attentatoires au droit à la vie privée; qu'elles insistent sur le fait que trois des techniques organisées par l'arrêté royal attaqué, la pseudo-vente, la vente de confiance et la livraison contrôlée de personnes, sont les plus attentatoires au droit à la vie privée, parce que, pour les deux premières, elles confinent à la provocation policière, et pour la troisième, elle permet aux services de police de laisser se poursuivre un transport illégal de personnes;

qu'elles soutiennent que les articles 2 à 7 de l'arrêté royal attaqué ne constituent pas une base légale au sens requis par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 22 de la Constitution, tout en précisant que “cette absence de base légale est à tout le moins indiscutable dans le cadre des articles 2, 3 et 4 de l'acte attaqué”;

qu'elles ajoutent que la seule habilitation de l'article 47^{octies} du Code d'instruction criminelle n'est pas suffisante dans la mesure où l'acte attaqué va au delà de ce qu'a prévu la loi du 6 janvier 2003;

qu'elles concluent que l'acte attaqué ne se contente pas d'exécuter techniquement une intrusion spécifique au sein de la sphère privée dont le fondement serait légal, mais qu'il prévoit d'autres méthodes qui amplifient l'intrusion existante et qu'il consacre de nouvelles méthodes intrusives;

Considérant qu'appelée à se prononcer sur la conformité de la délégation accordée au Roi par l'article 47octies, § 2, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, qui constitue le fondement légal de l'arrêté royal attaqué, notamment avec l'article 22 de la Constitution "combiné" avec l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour d'arbitrage, aujourd'hui Cour constitutionnelle, a, par son arrêt n° 202/2004 du 21 décembre 2004, considéré que cette délégation ne saurait être jugée excessive; que le moyen, qui repose sur une critique de l'habilitation consentie au Roi par cette disposition, doit dès lors être rejeté;

Considérant que les requérantes prennent un deuxième moyen de la violation des "articles 37, 105 et 108 de la Constitution et de l'article 47octies du Code d'instruction criminelle";

qu'elles font valoir qu'en ce que l'article 2 de l'arrêté royal attaqué prévoit l'intervention de fonctionnaires étrangers, alors que cette hypothèse n'est pas autorisée par l'article 47octies précité et que l'article 8 prévoit un accord préalable du procureur fédéral pour trois techniques policières - la livraison contrôlée de personnes, la livraison assistée et contrôlée et le frontstore -, alors que l'article 47octies, § 2, prévoit que l'autorisation de recourir aux techniques policières dans le cadre d'une infiltration appartient au procureur du Roi, ces dispositions vont au delà d'une simple détermination de techniques policières et fixent les modalités d'exécution et de contrôle de ces techniques non prévues par la loi, dépassant ainsi l'habilitation conférée au Roi;

Considérant que le moyen tend à vérifier si le Roi a, en prenant l'arrêté attaqué, respecté l'habilitation contenue dans l'article 47octies, § 2, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle; que cette disposition, dans ses deux premiers alinéas, se lit comme suit :

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

Il peut autoriser le service de police à appliquer certaines techniques d'enquête policières dans le cadre légal d'une infiltration et compte tenu de la finalité de celle-ci. Le Roi détermine par arrêté délibéré en Conseil des Ministres

ces techniques d'enquête policière, sur proposition du Ministre de la justice et sur avis du Collège des procureurs généraux.»;

Considérant que l'article 2 de l'arrêté royal attaqué permet que les techniques d'enquête policières soient menées “le cas échéant, moyennant l'accord préalable du procureur fédéral, en collaboration avec des fonctionnaires compétents étrangers spécifiquement formés à cet effet”; que ce faisant, l'arrêté attaqué ne se borne pas à déterminer une technique d'enquête, mais autorise également une modalité spécifique de son exécution; que le pouvoir reconnu au Roi, par le Code d'instruction criminelle, de déterminer les techniques d'enquête policières n'entraîne pas celui d'accorder une telle autorisation; que dans cette mesure le moyen est fondé; qu'il n'en est pas de même en ce qui concerne l'article 8 de l'arrêté royal attaqué; que cette disposition a en effet pour objet d'instaurer, en ce qui concerne les “techniques d'enquête policières de livraison contrôlée de personnes, de livraison assistée contrôlée et de frontstore”, un contrôle supplémentaire, l'accord préalable et écrit du procureur fédéral, qui vient s'ajouter à l'autorisation du procureur du Roi, de sorte que les requérantes n'ont pas d'intérêt à leur critique;

Considérant que les requérantes prennent un troisième moyen de la violation de “l'article 47^{quater} de la loi du 6 janvier 2003 [lire : du Code d'instruction criminelle] et de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales”; qu'elles soutiennent que l'article 4 de l'arrêté royal attaqué ne respecte pas les garanties de l'article 47^{quater} du Code d'instruction criminelle, qui constitue la pierre angulaire de l'interdiction de la provocation policière, interdiction faisant partie intégrante du droit à un procès équitable consacré par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

Considérant que la Cour d'arbitrage, aujourd'hui Cour constitutionnelle, a, par son arrêt n° 202/2004 du 21 décembre 2004, annulé l'article 47^{quater} du Code d'instruction criminelle, de sorte que la violation de cette disposition ne peut plus servir de fondement au moyen;

Considérant toutefois que le droit au procès équitable, consacré par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, également invoqué par les requérantes, s'oppose tout autant à la pratique de la provocation policière; que celle-ci a ainsi été dénoncée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Texeira de Castro contre Portugal* du 9 juin 1998, cité par les requérantes à l'appui de leur argumentation; que la Cour de cassation a, à ce propos, jugé, le 17 décembre 2002, que la provocation policière incitant à commettre

une infraction consiste à faire naître ou à renforcer la volonté criminelle dans le chef de celui qui va commettre l'infraction et qu'il n'y a pas de provocation policière lorsque l'intention de commettre l'infraction est née en dehors de toute intervention d'un agent de l'autorité et que celui-ci s'est donc limité à créer l'occasion de commettre librement un fait punissable dans des circonstances telles qu'il peut en constater l'exécution et que l'auteur a la possibilité de mettre librement un terme à l'exécution de son intention délictueuse; que la mise en oeuvre des techniques d'enquête policières prévues dans l'arrêté attaqué, dont plus particulièrement la pseudo-vente et la vente de confiance, paraît possible sans que celle-ci ne s'assimile à de la provocation policière au sens de cette définition, par ailleurs compatible avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme citée plus haut; qu'en d'autres termes, si ces techniques peuvent présenter un risque accru de provocation, leur mise en oeuvre n'implique pas nécessairement celle-ci; que les Cours et tribunaux restent, en tout état de cause, libres de considérer, au cas par cas et en fonction des circonstances de l'espèce, qu'une infraction a été abusivement provoquée; qu'il en résulte que le moyen n'est pas fondé;

Considérant que la partie adverse fait valoir, dans son dernier mémoire, qu' "une annulation de l'arrêté querellé, sans le maintien des effets de la norme annulée tant pour le passé que durant une période permettant au législateur d'adopter une nouvelle législation qui remédie à l'illégalité constatée, aurait pour conséquence de mettre à mal des enquêtes actuellement en cours, voire de les anéantir" et demande qu'il soit fait application de l'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et que les effets de la norme annulée soient maintenus jusqu'à l'expiration d'un délai de douze mois, à dater du prononcé de l'arrêt à intervenir; qu'elle précise, se référant aux extraits de rapports joints à son dernier mémoire, qu'entre le 1^{er} janvier 2006 et le 15 juillet 2009, 110 infiltrations ont été initiées dans des dossiers belges et que dans 14 de ces infiltrations, un agent infiltré étranger a été déployé; qu'elle ajoute encore que selon les informations qu'elle a recueillies auprès du Parquet fédéral et des procureurs du Roi plusieurs enquêtes actuellement en cours impliquent des fonctionnaires étrangers dans le cadre des techniques d'enquêtes policières visées par l'arrêté attaqué;

Considérant que l'intérêt majeur de la lutte contre la criminalité impose que la disposition annulée voie ses effets maintenus dans la mesure indiquée au dispositif,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

Les mots “et le cas échéant, moyennant l’accord préalable du procureur fédéral, en collaboration avec des fonctionnaires compétents étrangers spécifiquement formés à cet effet”, qui figurent à l’article 2 de l’arrêté royal du 9 avril 2003 relatif aux techniques d’enquête policières, sont annulés.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 2.

Les effets de la disposition partiellement annulée sont maintenus à l’égard des enquêtes clôturées et des enquêtes en cours à la date de la notification du présent arrêt à la partie adverse.

Article 3.

Le présent arrêt sera publié par extrait au Moniteur belge.

Article 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 1050 euros, sont mis à charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le dix-neuf novembre deux mille neuf par :

M. MESSINNE,	président de chambre,
M. VANHAEVERBEEK,	conseiller d’État,
Mme DEBROUX,	conseiller d’État,
M. DUPONT,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

X. DUPONT.

J. MESSINNE.