



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 62.569/3
van 5 januari 2018

over

een voorontwerp van wet ‘tot
wijziging van het Wetboek van
Strafvordering met het oog op
het invoeren van de bijzondere
opsporingsmethode
burgerinfiltratie’

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 62.569/3
du 5 janvier 2018

sur

un avant-projet de loi
‘modifiant le Code
d’Instruction criminelle en vue
d’introduire la méthode
particulière de recherche
d’infiltration civile’

Op 29 november 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering met het oog op het invoeren van de bijzondere opsporingsmethode burgerinfiltratie’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 18 december 2017. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS, assessor, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Frédéric VANNESTE, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jan SMETS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 5 januari 2018.

*

Le 29 novembre 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi ‘modifiant le Code d'Instruction criminelle en vue d'introduire la méthode particulière de recherche d'infiltration civile’.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 18 décembre 2017. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, Jan VELAERS, assesseur, et Astrid TRUYENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Frédéric VANNESTE, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jan SMETS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 5 janvier 2018.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond,¹ alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.²

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt ertoe de burgerinfiltratie in te voeren als een vierde bijzondere opsporingsmethode.³ Het voorontwerp is in belangrijke mate gebaseerd op de reeds bestaande regeling inzake infiltratie door een politieambtenaar (artikel 47*octies* van het Wetboek van Strafvordering).

In het ontworpen artikel 47*novies*/1, § 1, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering wordt de burgerinfiltratie omschreven als “het door een meerderjarige persoon die geen politieambtenaar is, burgerinfiltrant genoemd, desgevallend onder een fictieve identiteit, duurzaam en gestuurd contact onderhouden met een of meerdere personen waarvan er ernstige aanwijzingen zijn dat zij strafbare feiten in het kader van een criminele organisatie, zoals bedoeld in artikel 324*bis* van het Strafwetboek, of strafbare feiten als bedoeld in Boek 2, titel *Iter* van het Strafwetboek plegen of zouden plegen”. De procureur des Konings of de federale procureur⁴ (in het raam van het opsporingsonderzoek) en de onderzoeksrechter⁵ (in het raam van het gerechtelijk onderzoek) kunnen, wat de procureur des Konings en de onderzoeksrechter betreft mits akkoord van de federale procureur, een machtiging verlenen tot het verrichten van een burgerinfiltratie wanneer het onderzoek zulks vereist en wanneer de overige middelen van onderzoek, waaronder de infiltratie bedoeld in artikel 47*octies* van het Wetboek van Strafvordering (infiltratie door een politieambtenaar),⁶ niet lijken te volstaan om de waarheid aan het licht te brengen (ontworpen artikel 47*novies*/1, § 2, van het Wetboek van Strafvordering).

Blijft vrij van straf de burgerinfiltrant die, in het raam van zijn opdracht en met het oog op het welslagen ervan of ter verzekering van de eigen veiligheid of deze van andere bij de operatie betrokken personen, strikt noodzakelijke strafbare feiten pleegt, mits uitdrukkelijk

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² Gelet op de toegemeten termijn, de complexe rechtsvragen die het voorontwerp doet rijzen, de vele andere aan termijnen gebonden adviesaanvragen en het geringe aantal magistraten die deel uitmaken van de afdeling Wetgeving, heeft de Raad van State niet op alle vlakken een diepgaand onderzoek van het voorontwerp kunnen verrichten. Uit de vaststelling dat over een bepaling in dit advies niets wordt opgemerkt, mag niet zonder meer worden afgeleid dat er niets over kan worden opgemerkt en, indien er iets over wordt opgemerkt, dat er niet méér over op te merken valt. Het advies dient met dit voorbehoud te worden gelezen.

³ De drie reeds bestaande bijzondere opsporingsmethodes zijn de observatie (artikel 47*sexies* van het Wetboek van Strafvordering), de infiltratie (artikel 47*octies* van het Wetboek van Strafvordering) en de informantenwerking (artikel 47*decies* van het Wetboek van Strafvordering).

⁴ Zie artikel 47*duodecies* van het Wetboek van Strafvordering.

⁵ Zie de artikelen 56 en 56*bis* van het Wetboek van Strafvordering.

⁶ Om het onderscheid tussen beide vormen van infiltratie tot uitlating te doen komen, zou het opschrift van onderafdeling 4 van het Eerste Boek, hoofdstuk IV, afdeling III, van het Wetboek van Strafvordering (“Infiltratie”) beter worden vervangen door “Politie-infiltratie”.

voorafgaand akkoord van de procureur des Konings. Die strafbare feiten mogen niet ernstiger zijn dan die waarvoor de burgerinfiltratie wordt aangewend en moeten noodzakelijkerwijze evenredig zijn met het nagestreefde doel (ontworpen artikel 47*novies*/1, § 3, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafvordering).

De procureur des Konings en de onderzoeksrechter houden bij het toekennen van hun machtiging rekening met de risicoanalyse die wordt uitgevoerd door de directie van de gerechtelijke operaties van de federale politie (ontworpen artikel 47*novies*/2, § 1, van het Wetboek van Strafvordering). De burgerinfiltrant ondertekent een schriftelijk memorandum waarin onder meer zijn rechten en plichten worden opgesomd, alsook de wijze wordt vermeld waarop aan de burgerinfiltratie uitvoering zal worden gegeven (ontworpen artikel 47*novies*/2, § 2).

Bewijsmiddelen die ingevolge de toepassing van een burgerinfiltratie werden verkregen, mogen alleen in aanmerking genomen worden op voorwaarde dat zij in belangrijke mate steun vinden in andersoortige bewijsmiddelen (ontworpen artikel 47*novies*/3, § 3, van het Wetboek van Strafvordering).

Het voorontwerp voorziet in diverse controlemaatregelen op zes niveaus. De reeds bestaande verplichte en facultatieve controle door de kamer van inbeschuldigingstelling voor de infiltratie wordt overgenomen en voor de burgerinfiltratie nog aangevuld met een extra verplichte driemaandelijks controle (ontworpen artikel 235*quinquies* van het Wetboek van Strafvordering).

ALGEMENE OPMERKINGEN

De toestemming aan burgerinfiltranten om misdrijven te plegen

3. In het ontworpen artikel 47*novies*/1, § 3, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafvordering (artikel 4 van het voontwerp) wordt bepaald dat de burgerinfiltrant en de begeleidings- en controleambtenaren vrij van straf blijven wanneer zij met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel in het raam van de opdracht van de burgerinfiltrant en met het oog op het welslagen ervan of ter verzekering van de eigen veiligheid of deze van andere bij de operatie betrokken personen, strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen, mits uitdrukkelijk voorafgaand akkoord van de procureur des Konings.

De huidige bijzondere opsporingsmethoden bieden enkel aan een politieambtenaar de mogelijkheid om in het raam van een infiltratie misdrijven te plegen (artikel 47*octies*, § 4, van het Wetboek van Strafvordering). In het verleden had de wetgever ook in een regeling voorzien waarbij de bevoegde magistraten in staat werden gesteld de *informanten* toe te staan misdrijven te plegen om het succes van het onderzoek dat zij voeren, te waarborgen (vroegere artikel 47*decies*, § 7, van het Wetboek van Strafvordering). Deze bepaling werd door het Grondwettelijk Hof vernietigd bij arrest 105/2007.⁷ Hoewel de informantenwerking niet dezelfde draagwijdte heeft als de infiltratie, zijn beide bijzondere opsporingsmethodes toch voldoende

⁷ GwH 19 juli 2007, nr. 105/2007, B.8.1 tot B.8.23.

vergelijkbaar opdat het arrest nuttige elementen zou kunnen opleveren voor de beoordeling van de grondwettigheid van de ontworpen regeling. De belangrijkste onderdelen van dat arrest luiden:

“B.8.4. Volgens de voormelde parlementaire voorbereiding heeft de praktijk aangetoond dat voor sommige types van criminaliteit de noodzaak om de ‘informatiepositie’ van de informant te behouden hem in staat moest stellen bepaalde misdrijven te plegen. In dat verband dient rekening te worden gehouden met het feit dat de beoogde criminaliteit zeer vaak internationale criminaliteit is en dat de gerechtelijke en politieke overheden vaak ertoe zullen worden gebracht samen te werken met de overheden van landen die, op een of andere wijze, de noodzaak voor de informanten om misdrijven te plegen teneinde hun informatiepositie te behouden, in aanmerking hebben genomen. Het staat het Hof te onderzoeken of de aangewende middelen om aan die noodzaak het hoofd te bieden, verband houden met de nagestreefde doelstelling en of ze daarmee evenredig zijn.

De bekommernis om een wettelijk kader te geven aan een praktijk die door de evolutie van de zware misdaad noodzakelijk werd gemaakt, is van dien aard dat zij bijdraagt tot de legaliteitsvereisten van het strafrecht en van de strafprocedure.

B.8.5. Ofschoon bij wijze van uitzondering kan worden aanvaard dat de wetgever magistraten belast met de opsporing en de vervolging van bepaalde categorieën van misdrijven in staat stelt de informanten die een cruciale hulp zouden kunnen zijn bij hun taak, toe te staan misdrijven te plegen om het succes van het onderzoek dat zij voeren, te waarborgen, dient hij evenwel artikel 12 van de Grondwet, dat vereist dat de strafrechtspleging voorspelbaar is, in acht te nemen. De magistraten moeten op zeer precieze wijze weten welke de misdrijven zijn waarvoor zij een informant toestemming kunnen geven ze te plegen. Die vereiste is hier des te dwingender daar het voor een gerechtelijke overheid erop neerkomt een persoon die niet is beëdigd, noch door de openbare overheid met een opdracht is belast, toe te laten een misdrijf te plegen dat tot gevolg kan hebben dat inbreuk wordt gemaakt op de grondrechten van derden.

B.8.6. Wat betreft de misdrijven die de informant zelf zou mogen plegen, zou de wetgever, in beginsel, daarvan een limitatieve opsomming moeten geven. Er kan echter worden aangenomen dat “er [...] duidelijk niet gewerkt [kan] worden met een limitatieve lijst van misdrijven die de informant, mits toelating van de procureur des Konings, zou mogen plegen, omdat de terroristische of criminele organisatie dan zeer snel de proef op de som zou nemen door, bij het minste vermoeden, de informant bepaalde misdrijven die niet op de lijst staan, te laten plegen” (ibid., p. 36).

De wetgever kan dus enkel optreden door criteria te bepalen, maar die moeten zeer precies zijn teneinde te vermijden dat de toestemming verder gaat dan datgene wat strikt noodzakelijk is om de nagestreefde doelstelling te bereiken.

B.8.7. Allereerst is vereist dat de toestemming om misdrijven te plegen enkel wordt gegeven met het oog op het behoud van de informatiepositie van de informant, en de strafbare feiten die de informant pleegt, moeten absoluut noodzakelijk zijn voor het behoud van die positie (artikel 47*decies*, § 7, eerste lid, in fine).

B.8.8. Bovendien moeten die misdrijven “noodzakelijkerwijze evenredig zijn met het belang om de informatiepositie te behouden”.

B.8.9. Daarnaast moet een schriftelijke procedure worden nageleefd: de strafbare feiten die de informant toegelaten wordt te plegen, moeten schriftelijk en voorafgaandelijk aan de procureur des Konings ter kennis worden gebracht door de lokale informantenbeheerder, bedoeld in artikel 47*decies*, § 3, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering. De procureur des Konings vermeldt de misdrijven die door de informant kunnen worden gepleegd in een afzonderlijke en schriftelijke beslissing. Hij mag daarbij

geen misdrijven vermelden die zwaarder zijn dan diegene die hem voorafgaandelijk ter kennis zijn gebracht door de lokale informantenbeheerder.

De beslissing van de procureur des Konings wordt in het vertrouwelijk dossier bedoeld in artikel 47*decies*, § 6, derde lid, van het Wetboek van strafvordering bewaard.

B.8.10. Dergelijke criteria en een dergelijke procedure zijn van dien aard dat ze vermijden dat het gebruik dat van de bestreden bepaling zal worden gemaakt, de grenzen overschrijdt van wat noodzakelijk is om de nagestreefde doelstelling te bereiken.

B.8.11. Die grenzen worden daarentegen overschreden in zoverre enkel misdrijven verboden zijn die een 'rechtstreekse en ernstige' schending van de fysieke integriteit van personen zouden inhouden.

Hoewel kan worden aangenomen dat de informant, als hoofddader, misdrijven pleegt of dat hij, op de wijzen bepaald in de artikelen 66 en 67 van het Strafwetboek, deelneemt aan misdrijven die zouden kunnen worden gepleegd door personen met wie hij in verbinding staat, kan, om de in B.8.1 uiteengezette redenen, niet worden aangenomen dat personen die noch politieambtenaren, noch burgerlijke deskundigen zijn en die nauwe banden onderhouden met het criminele milieu, de voorafgaande toestemming zouden kunnen krijgen om zelf afbreuk te doen aan de fysieke integriteit van personen.

B.8.12. Bijgevolg schendt artikel 47*decies*, § 7, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering de artikelen 10, 11 en 12 van de Grondwet.

B.8.13. Tot slot is vereist dat de informant 'nauwe banden heeft met één of meerdere personen, waarvan er ernstige aanwijzingen zijn dat ze strafbare feiten plegen of zouden plegen die een misdrijf uitmaken of zouden uitmaken zoals bedoeld in de artikelen 137 tot 141, zoals bedoeld in de artikelen 324*bis* en 324*ter* of zoals bedoeld in artikelen 136*bis*, 136*ter*, 136*quater*, 136*sexies*, 136*septies* van het Strafwetboek of zoals bedoeld in artikel 90*ter*, § 2, 4°, 7°, 7°*bis*, 7°*ter*, 8°, 11°, 14°, 16° en 17°, op voorwaarde dat deze laatste misdrijven bedoeld in artikel 90*ter*, § 2, gepleegd zijn of zouden gepleegd worden in het kader van een criminele organisatie zoals bedoeld in artikel 324*bis* van het Strafwetboek' (artikel 47*decies*, § 7, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering).

B.8.14. Die bepaling geeft op voldoende precieze wijze aan in welke omstandigheden de bestreden maatregel kan worden aangewend doordat zij verwijst naar bepalingen die betrekking hebben op terroristische misdrijven, ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht alsmede ernstige misdrijven 'gepleegd [...] in het kader van een criminele organisatie zoals bedoeld in artikel 324*bis* van het Strafwetboek'. De wetgever is binnen de grenzen gebleven van zijn doelstelling die erin bestaat met uitzonderlijke maatregelen het terrorisme en de georganiseerde criminaliteit te bestrijden. Door de strafbare feiten die zouden kunnen worden gepleegd door personen met wie de informant nauwe banden heeft, beperkend op te sommen, voldoet de bestreden bepaling overigens aan de vereiste van voorzienbaarheid die in B.8.5 in herinnering is gebracht.

B.8.15. Hetzelfde geldt voor de verwijzing naar artikel 324*ter* van het Strafwetboek. Die bepaling vermeldt de strafbare handelingen of wijzen die een criminele organisatie aanwendt alsmede de voorwaarden van strafbare betrokkenheid bij een dergelijke organisatie (§ 1); zij preciseert onder welke voorwaarden de persoon strafbaar is die deelneemt aan de voorbereiding of de uitvoering van enige geoorloofde activiteit ervan (§ 2), alsmede de persoon die deelneemt 'aan het nemen van welke beslissing dan ook in het raam van de activiteiten van de criminele organisatie' (§ 3). In elk geval preciseert de bepaling de straf die op het erin beschreven misdrijf van toepassing is.

B.8.16. Door op een algemene manier te verwijzen naar de strafbare feiten die een misdrijf zouden vormen ‘in de zin van artikel 324*bis*’ van het Strafwetboek, eigent de bestreden bepaling zich daarentegen een onvoldoende afgebakend toepassingsgebied toe.

Artikel 324*bis* bepaalt :

‘Met criminele organisatie wordt bedoeld iedere gestructureerde vereniging van meer dan twee personen die duurt in de tijd, met als oogmerk het in onderling overleg plegen van misdaden en wanbedrijven die strafbaar zijn met gevangenisstraf van drie jaar of een zwaardere straf, om direct of indirect vermogensvoordelen te verkrijgen.

(...).

B.8.17. De verwijzing naar een bepaling waarvan het toepassingsgebied zo ruim is, voldoet niet aan de vereisten die in B.8.5 in herinnering zijn gebracht. Bovendien ontnemt zij aan de bestreden maatregel het uitzonderlijk karakter ervan. Tot slot maakt zij de opsomming nutteloos, die is vervat in artikel 47*decies*, § 7, eerste lid, van sommige van de misdrijven bedoeld in artikel 90*ter*, § 2, van het Wetboek van strafvordering waarvan wordt gepreciseerd dat zij ‘in het kader van een criminele organisatie zoals bedoeld in artikel 324*bis*’ zijn gepleegd of zullen worden gepleegd.

B.8.18. Artikel 47*decies*, § 7, eerste lid, schendt de artikelen 10, 11 en 12 van de Grondwet in zoverre het op een algemene manier verwijst naar strafbare feiten die een misdrijf zouden uitmaken in de zin van artikel 324*bis* van het Strafwetboek.

B.8.19. Wat de ontstentenis van een strafuitsluitende verschoningsgrond betreft, kan worden aangenomen dat de wetgever een grotere voorzichtigheid aan de dag legt ten aanzien van de informant, die wordt verondersteld nauwe relaties te hebben met het criminele milieu, dan ten aanzien van politieambtenaren en burgerinfiltranten zonder banden met dat milieu. De kans kan immers groter worden geacht dat hij de grenzen van de toelating overschrijdt, door de misdrijven ook te plegen met een ander doel dan het behoud van zijn informatiepositie of door de vereiste van evenredigheid niet na te leven.

Evenwel, doordat de maatregel niet aangeeft welk gevolg de toestemming kan hebben voor de strafrechtelijke situatie van de informant, terwijl wordt bepaald dat de magistraat die toestemming verleent vrij blijft van straf (artikel 47*decies*, § 7, vierde lid) en dat de politieambtenaren die misdrijven plegen met de toestemming van de procureur des Konings vrij blijven van straf (artikel 47*quinqies*, § 2), voldoet hij niet aan de eisen van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

B.8.20. In zoverre dat artikel ten slotte de toetsing van de aanwending van artikel 47*decies*, § 7, niet toevertrouwt aan een onafhankelijke en onpartijdige rechter, schendt het de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Het vertrouwelijk dossier bevat voortaan, wat de informanten betreft, elementen die een draagwijdte hebben die analoog is met die in verband met de infiltratie, wat voordien niet het geval was, zoals het Hof had opgemerkt in B.27.2 van zijn arrest nr. 202/2004. Dat dossier moet dus, wat die elementen betreft, het voorwerp uitmaken van een toetsing door een onafhankelijke en onpartijdige rechter.

B.8.21. De middelen zijn gegrond in de hiervoor aangegeven mate.

B.8.22. Artikel 47*decies*, § 7, van het Wetboek van strafvordering moet worden vernietigd.

B.8.23. Het staat aan de wetgever, indien hij van mening is dat hij een bepaling moet overnemen met hetzelfde onderwerp als de vernietigde bepaling:

- de informant niet toe te staan zelf de fysieke integriteit van personen te schenden (B.8.11);
- niet op algemene wijze te verwijzen naar de strafbare feiten die een misdrijf uitmaken of zouden uitmaken zoals bedoeld in artikel 324bis van het Strafwetboek (B.8.18);
- het gevolg te preciseren dat de aan de informant verleende toestemming voor de strafrechtelijke situatie van laatstgenoemde kan hebben (B.8.19);
- ervoor te zorgen dat de elementen die, in verband met de aan de informant verleende toestemming, bij het afzonderlijke dossier zijn gevoegd, bedoeld in artikel 47decies, § 6, derde lid, van het Wetboek van strafvordering, het voorwerp uitmaken van een toetsing door een onafhankelijke en onpartijdige rechter (B.8.20)."

Er dient te worden vastgesteld dat in de ontworpen regeling betreffende de burgerinfiltranten enkel is voldaan aan de twee laatste door het Grondwettelijk Hof opgesomde aandachtspunten. Daarentegen is het nog steeds mogelijk dat aan de burgerinfiltranten wordt toegestaan misdrijven te plegen die de fysieke integriteit van personen schenden en wordt, bij de afbakening van het toepassingsgebied van de maatregel, nog steeds op een algemene wijze verwezen naar strafbare feiten gepleegd in het raam van een criminele organisatie.

In de memorie van toelichting wordt uitvoerig ingegaan op arrest 105/2007 van het Grondwettelijk Hof. Er wordt op gewezen dat er een verschil bestaat tussen de informantenwerking en de burgerinfiltratie. De informantenwerking kan worden toegepast ten aanzien van elk misdrijf, zonder de proportionaliteits- en subsidiariteitsvoorwaarde, zonder machtiging van het openbaar ministerie en zonder controle door een rechter. De in te voeren burgerinfiltratie kan slechts worden toegepast wanneer ernstige aanwijzingen bestaan van een beperkt aantal limitatief opgesomde misdrijven, wanneer andere middelen niet volstaan, na machtiging door het openbaar ministerie of de onderzoeksrechter en onder rechterlijke controle. Uit dit verschil leiden de stellers van het voorontwerp af dat "de bijzondere opsporingsmethode burgerinfiltratie dan ook *in globo* geëvalueerd [moet] worden, wat haar grondwettelijkheid en invloed op het recht op een eerlijk proces betreft, rekening houdend met de strikte voorwaarden en waarborgen en het uitgebreide systeem van controle. Hierdoor is het niet nodig dat elk van de opmerkingen die het Grondwettelijk Hof uitte bij het vernietigen van de mogelijkheid tot het plegen van misdrijven door informanten individueel moet nagekomen worden."

Het is correct dat elke bijzondere opsporingsmethode globaal beoordeeld moet worden, zodat het niet uit te sluiten valt dat het Grondwettelijk Hof omwille van het meer beperkte toepassingsgebied van de burgerinfiltratie tot een andere afweging zou kunnen komen dan dewelke het Hof heeft gemaakt in arrest 105/2007 met betrekking tot de informanten. De stellers van het voorontwerp tonen evenwel niet aan waarom deze globale beoordeling ertoe leidt dat aan de aandachtspunten van het Grondwettelijk Hof die op het eerste gezicht ook relevant lijken te zijn met betrekking tot de burgerinfiltratie, niet langer gevolg zou moeten worden gegeven en evenmin dat de maatschappelijke omstandigheden dermate zijn gewijzigd dat ze een andere beoordeling zouden kunnen wettigen.

Wat betreft het vereiste dat het de betrokkene niet mag worden toegestaan de fysieke integriteit van personen te schenden, moet in het bijzonder erop worden gewezen dat het Grondwettelijk Hof in zijn redenering het gegeven betreft dat de informanten "geen daartoe

opgeleide en speciaal getrainde politieambtenaren” zijn, wat evenzeer geldt voor burgerinfiltranten.

Daarnaast moet erop worden gewezen dat het argument dat het onmogelijk is om de term ‘schenden van de fysieke integriteit van personen’ correct en volledig te omschrijven, niet overtuigt. Daargelaten het gegeven dat dit begrip ook elders nog wordt gehanteerd, volstaat het om vast te stellen dat eventuele moeilijkheden tot definitie het Grondwettelijk Hof er niet van hebben weerhouden het begrip bij zijn grondwettigheidskritiek te betrekken.

De vooraf te verrichten risicoanalyse biedt evenmin de garantie dat er geen aantasting van de fysieke integriteit van personen zal zijn. In de memorie van toelichting wordt er weliswaar op gewezen dat de burgerinfiltrant niet zal worden ingezet indien op voorhand blijkt dat hij de fysieke integriteit van personen zal moeten schenden, maar die regel is niet vertaald in de ontworpen tekst, zodat het niet is uitgesloten dat ondanks de risicoanalyse toch machtiging zal worden gegeven tot het plegen van misdrijven die een aantasting van de fysieke integriteit van personen uitmaken.

Burgerinfiltranten met een strafrechtelijk verleden

4. De definitie van een burgerinfiltrant in het ontworpen artikel 47^{novies}/1, § 1, van het Wetboek van Strafvordering sluit niet uit dat een beroep wordt gedaan op een persoon die voorheen strafrechtelijk veroordeeld is. Volgens de memorie van toelichting zou de risicoanalyse onder meer moeten toelaten om te beoordelen of een beroep kan worden gedaan op zulke personen.⁸ De risicoanalyse, zoals geregeld in het ontworpen artikel 47^{novies}/2, § 1, van het Wetboek van Strafvordering, wordt evenwel niet grondig uitgewerkt in het voorontwerp. Er wordt enkel verduidelijkt dat die “minstens handelt over de betrouwbaarheid, de vaardigheden en kennis, de antecedenten en de motivatie van de burgerinfiltrant en diens banden met de betrokkenen in het onderzoek en het risico op het plegen van misdrijven die de fysieke integriteit van personen schenden”. In de memorie van toelichting wordt uiteengezet dat de inhoud en de totstandkoming van de risicoanalyse grondig uitgewerkt dient te worden in een richtlijn van het College van procureurs-generaal.

De gemachtigde verklaarde dienaangaande wat volgt:

“De eigenlijke inhoud (welke aspecten moeten nagezien worden, hoe verloopt de informatiedoorstroming, welke vragen worden gesteld aan de burgerinfiltrant en aan externe diensten,...) zijn dermate operationeel en veranderlijk dat dit beter in een omzendbrief wordt opgenomen.

Het belangrijkste argument is echter de vertrouwelijkheid (omzendbrieven inzake de BOM zijn steeds vertrouwelijk), omdat het publiceren van de inhoud van de vragenlijsten en de criteria de criminele wereld uiteraard mogelijkheden biedt om zich daarop aan te passen. Door een dergelijke publicatie zou het criminele milieu eenvoudig kunnen nagaan wie mogelijk een BI is (door de criteria met hoog risico te testen), enkel

⁸ Zie de memorie van toelichting: “Dit houdt in dat een persoon met een crimineel verleden dus niet per definitie wordt uitgesloten als burgerinfiltrant. De risicoanalyse dient deze elementen volledig te vermelden, zodat de magistraat (van het openbaar ministerie of de onderzoeksrechter) met kennis van zaken kan beslissen om de betrokkene in te zetten.”

contacten onderhouden met personen die een hoog risico uitmaken of zelfs in het kader van contramaatregelen leden kunnen uitsluiten die als burgerinfiltrant door de politiediensten zouden ingezet worden (met als enige bedoeling, het verstrekken van valse informatie en saboteren van het onderzoek).

Ook inzake de BOM informantenwerking wordt een risicoanalyse uitgevoerd. De basis daarvan is het artikel 11 van het KB van 6 januari 2011 tot bepaling van de werkingsregels van de nationale en lokale informantenbeheerders en van de contactambtenaren. Ook hier is de omschrijving beperkt. De verdere uitwerking gebeurt in de vertrouwelijke omzendbrief.

Art. 11. § 1. De informant wordt jaarlijks globaal geëvalueerd teneinde zijn betrouwbaarheid te bepalen en het risico verbonden aan zijn hoedanigheid als informatiebron te evalueren. Een informant die gedurende meer dan een jaar geen informatie aanbrengt, dient niet langer te worden geëvalueerd.

§ 2. Bij het aanbrengen van elke nieuwe informatie wordt de motivatie van de informant, het door hem gelopen risico evenals de correctheid van de informatie geëvalueerd. Deze evaluatie wordt overgemaakt aan de magistraat bijzondere opsporingsmethoden ter ondersteuning van zijn besluitvorming bedoeld in artikel 47^{decies} § 6 Wetboek van strafvordering.

§ 3. Indien de evaluatie bedoeld in § 2 van belang kan zijn voor een ander gerechtelijk arrondissement deelt de magistraat bijzondere opsporingsmethoden deze mee aan de magistraat bijzondere opsporingsmethoden van dit gerechtelijk arrondissement.”

Mede gelet op het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel dat voortvloeit uit de artikelen 12 en 14 van de Grondwet, moeten in de wet zelf richtinggevende criteria worden opgenomen op grond waarvan de risicoanalyse gebeurt (wat reeds deels het geval is in het ontworpen artikel 47^{novies}/2, § 1, van het Wetboek van Strafvordering) en op welke wijze eraan gevolg dient te worden gegeven. Dit sluit evenwel niet uit dat de concrete invulling van de regels betreffende risicoanalyse verder wordt uitgewerkt in een richtlijn van het College van procureurs-generaal.

Provocatie

5. De ontworpen regeling doet geen afbreuk aan artikel 30 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, dat luidt:

“Provocatie van misdrijven is verboden.

Er is provocatie wanneer in hoofde van de dader het voornemen om een misdrijf te plegen rechtstreeks is ontstaan of versterkt, of is bevestigd terwijl hij dit wilde beëindigen, door de tussenkomst van een politieambtenaar of van een derde handelend op het uitdrukkelijke verzoek van deze ambtenaar.

In geval van provocatie is de strafvordering onontvankelijk wat deze feiten betreft.”

In de memorie van toelichting wordt ervan uitgegaan dat de burgerinfiltrant “een derde handelend op het uitdrukkelijk verzoek van deze ambtenaar” is. Dit is evenwel niet evident omdat niet elke handeling in het raam van de burgerinfiltratie op uitdrukkelijk verzoek van een politieambtenaar gebeurt. De stellers van het voorontwerp dienen gelet op wat voorafgaat na te

gaan of artikel 30 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering toch geen aanpassing behoeft. Het wegwerken van elke onduidelijkheid hierover is des te belangrijker gelet op het grote belang dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hecht aan het verbod van provocatie bij infiltratie.⁹

De controle uitgeoefend door de kamer van inbeschuldigingstelling

6. In de artikelen 235^{ter} en 235^{quater} van het Wetboek van Strafvordering wordt voorzien in een controle door de kamer van inbeschuldigingstelling op de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie. Die controle wordt thans uitgebreid tot de burgerinfiltratie (artikelen 8 en 9 van het voorontwerp). Voorts strekt artikel 10 van het voorontwerp ertoe een nieuwe, verplicht uit te oefenen driemaandelijkse controle door de kamer van inbeschuldigingstelling in te voeren (ontworpen artikel 235^{quinquies} van het Wetboek van Strafvordering).

In arrest 105/2007 heeft het Grondwettelijk Hof met een zeer uitgebreide motivering geoordeeld dat het bij de artikelen 235^{ter} en 235^{quater} van het Wetboek van Strafvordering ingestelde controlesysteem geen schending inhoudt van de grondwettelijke regels, gelezen in samenhang met internationaalrechtelijke bepalingen, waarin waarborgen zijn opgenomen inzake het recht van verdediging en op tegenspraak en het recht op een eerlijk proces.¹⁰ Het voorontwerp bevat geen elementen die laten vermoeden dat het Hof thans tot een andere conclusie zou komen. Integendeel, door het voorzien in een verplichte driemaandelijkse controle op de burgerinfiltratie, wordt de rechterlijke controle op die bijzondere opsporingsmethode versterkt.

Wat betreft de toetsing aan artikel 6 van het Europees verdrag over de rechten van de mens, moet erop worden gewezen dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens weliswaar het fundamentele karakter benadrukt van de rechten van de verdediging en het recht op een eerlijk proces, maar ook heeft aanvaard dat “le droit à une divulgation des preuves pertinentes n’est pas absolu. Dans une procédure pénale donnée, il peut y avoir des intérêts concurrents tels que la sécurité nationale ou la nécessité de protéger des témoins risquant des représailles ou de garder secrètes des méthodes policières de recherche des infractions - qui doivent être mis en balance avec les droits de l’accusé. Dans certains cas, il peut être nécessaire de dissimuler certaines preuves à la défense de façon à préserver les droits fondamentaux d’un autre individu ou à sauvegarder un intérêt public important. Toutefois, seules sont légitimes au regard de l’article 6 § 1 les mesures restreignant les droits de la défense qui sont absolument nécessaires. De surcroît, si l’on veut garantir un procès équitable à l’accusé, toutes difficultés causées à la

⁹ Zie bijvoorbeeld: EHRM 9 juni 1998, *Teixeira de Castro v. Portugal*, §§ 38 en 39; EHRM (Gr. K.) 5 februari 2008, *Ramanauskas v. Litouwen*, §§ 54 tot 61; zie ook EHRM (Gr. K.) 27 oktober 2004, *Edwards en Lewis v. Verenigd Koninkrijk*, §§ 46 en 48.

¹⁰ GwH, 19 juli 2007, nr. 105/2007, B. 9.1- B.17.8. Zie ook GwH 3 december 2009, nr. 196/2009, wat betreft de wijzigingen aangebracht bij de wet van 16 januari 2009 ‘tot wijziging van de artikelen 189^{ter}, 235^{ter}, 335^{bis} en 416 van het Wetboek van Strafvordering’.

défense par une limitation de ses droits doivent être suffisamment compensés par la procédure suivie devant les autorités judiciaires (...)”.¹¹

Binnen de hem toegemeten korte termijn heeft de Raad van State geen nader onderzoek naar de concrete toepassing van deze rechtspraak kunnen verrichten, maar op het eerste gezicht lijkt de ontworpen regeling niet in strijd met de hoger uiteengezette beginselen.¹²

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 4

7. Het verdient aanbeveling om in het ontworpen artikel 47*novies*/1, § 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering (evenals in artikel 47*octies*, § 1, tweede lid, van dat wetboek) enige indicatie te geven over de “uitzonderlijke omstandigheden” die, bovenop het vereiste van de strikte noodzakelijkheid voor het welslagen van de opdracht, voorhanden dienen te zijn opdat tijdens een infiltratieoperatie een beroep zou kunnen worden gedaan op de deskundigheid van een persoon die niet tot de politiediensten behoort.

8. Luidens het ontworpen artikel 47*novies*/1, § 2, derde lid, van het Wetboek van Strafvordering kan de procureur des Konings, binnen het wettelijke kader van een burgerinfiltratie en met inachtneming van de finaliteit ervan, een machtiging verlenen om politionele onderzoekstechnieken als bedoeld bij artikel 47*octies*, § 2, tweede lid, van dat wetboek aan te wenden. Het is evenwel niet duidelijk aan wie deze machtiging kan worden gegeven. De vraag rijst of het de bedoeling is dat de burgerinfiltrant zelf de politionele onderzoekstechnieken mag toepassen en zo ja, of dit strookt met de algemene filosofie van artikel 47*octies*, § 2, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering, dat bepaalt dat enkel de speciale eenheden van de federale politie, en niet andere politieambtenaren, deze onderzoekstechnieken mogen toepassen. Hierover om toelichting gevraagd, bevestigde de gemachtigde dat wel degelijk de burgerinfiltrant wordt bedoeld en verklaarde hij voorts wat volgt:

“Vooreerst, de burgerinfiltrant wordt steeds en exclusief begeleid en gestuurd door politieambtenaren van de directie van de speciale eenheden van de federale politie (de begeleidingsambtenaren).

De procureur des Konings kan, binnen het wettelijk kader van een burgerinfiltratie en met inachtneming van de finaliteit ervan, machtigen om de politionele onderzoekstechnieken aan te wenden. Zo kan de burgerinfiltrant, onder begeleiding en sturing van de speciale eenheden, gemachtigd worden om, bijvoorbeeld in het kader van een vertrouwenskoop (artikel 3 van het K.B. POT van 9.04.2003) een wapen van een

¹¹ EHRM 22 juli 2003, *Edwards en Lewis*, §53, bevestigd door EHRM(Gr. K.) 27 oktober 2004, § 48; EHRM (Gr. K.) 5 februari 2008, *Ramasauskas v. Litouwen*, § 53; GwH 21 december 2004, nr. 202/2004, B.27.6; GwH 26 juli 2007, nr. 105/2007, B.11.1; GwH 26 juli 2007, nr. 105/2007, B.7.1.

¹² De vraag zou kunnen rijzen of de permanente aanwezigheid van het openbaar ministerie tijdens de zittingen van de kamer van inbeschuldigingstelling te verenigen valt met het beginsel van de wapengelijkheid. Het Grondwettelijk Hof heeft hierin echter geen schending gezien van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet gelezen in samenhang met de artikelen 6, lid 1, en 14 van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens (GwH 3 december 2009, nr. 196/2009, B.15.2).

criminele organisatie te kopen, teneinde het vertrouwen van die organisatie te winnen en bijkomende informatie te verzamelen. Zo ook kan de burgerinfiltrant in het kader van bijvoorbeeld een pseudo-verkoop van een dienstverlening (artikel 4 van het K.B. POT van 9.04.2003) zijn diensten als chauffeur aanbieden, met de bedoeling inzicht te verkrijgen in de criminele organisatie die hold-ups pleegt en de overvallen zo mogelijk te vermijden, steeds onder instructie, sturing en begeleiding van de begeleidingsambtenaren van de speciale eenheden.”

De uitleg van de gemachtigde komt erop neer dat de begeleiding en de sturing van de burgerinfiltrant door politieambtenaren van de directie van de speciale eenheden van de federale politie verantwoordt dat een burgerinfiltrant wel, en een gewone politieambtenaar niet, politionele onderzoekstechnieken mag toepassen. Het is evenwel onduidelijk waarom de infiltrant in de zin van artikel 47*octies*, § 1, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering, die per definitie een politieambtenaar is, niet evenzeer door de directie van de speciale eenheden begeleid en aangestuurd zou kunnen worden. De stellers van het voorontwerp dienen na te gaan of beide regelingen niet beter op elkaar dienen te worden afgestemd.

9. Luidens het ontworpen artikel 47*novies*/1, § 2, vierde lid, van het Wetboek van Strafvordering kan de procureur des Konings, indien daartoe grond bestaat, toelating verlenen om de noodzakelijke maatregelen te nemen ter vrijwaring van de openbare veiligheid, van de veiligheid, van de fysieke, psychische en morele integriteit van de burgerinfiltrant en ter controle van de burgerinfiltrant. In het gelijkaardige artikel 47*octies*, § 2, derde lid, van dat wetboek wordt evenwel geen gewag gemaakt van de “vrijwaring van de openbare veiligheid” en van de “controle van de burgerinfiltrant”. Hierover om uitleg gevraagd, verklaarde de gemachtigde wat volgt:

“Het inzetten van een burgerinfiltrant is risicovoller dan het inzetten van een politionele infiltrant: het risico op dubbel spel, de aantrekking van het criminele milieu, infiltratie door een zogezegde burgerinfiltrant in het politionele milieu teneinde politionele informatie te bekomen en een onderzoek te saboteren.

Daarom moeten de controlemaatregelen op de burgerinfiltrant ook uitgebreid worden, in vergelijking met de politionele infiltrant.

De basis betreft inderdaad het artikel 47*octies* § 2 (maatregelen die ook bestaan ten aanzien van de politionele infiltrant: maatregelen ter vrijwaring van de veiligheid en de fysieke, psychische en morele integriteit).

Het is echter de politieke wens om deze maatregelen bij een burgerinfiltratie in de wet, uit te breiden en te verbijzonderen (waardoor een bijkomende plicht voor het OM en de politiediensten wordt gecreëerd). Wat de politionele infiltrant betreft, zijn de maatregelen immers beperkt tot (1) de veiligheid en de fysieke, psychische en morele integriteit (2) van de infiltrant.

De vrijwaring van de openbare veiligheid en de plicht tot controle wordt daaraan toegevoegd.

- Met de vrijwaring van de openbare veiligheid wordt de bescherming van de maatschappij tegen een wederrechtelijk optreden van de burgerinfiltrant bedoeld (voorkomen dat de burger in het uitvoeren van zijn opdracht misdrijven zou plegen, zijn opdracht zou afwenden om misdrijven te plegen of de rechtstatelijke principes in het gedrang zou brengen). Dit risico bestaat bij een politionele infiltratie haast niet.
- Omdat de generieke definitie louter spreekt over ‘maatregelen’, werd het wenselijk

geacht om ‘de controle van de burgerinfiltrant’ als een specifieke taak, ter verbijzondering van de ‘maatregelen’ in te schrijven (dit naar analogie met de taken van de controleambtenaren, die de burgerinfiltrant ‘controleren’).”

Al kan men het ermee eens zijn dat het gevaar op wederrechtelijk optreden bij een burgerinfiltrant groter is, toch blijft de vraag of artikel 47^{octies}, § 2, derde lid, van het Wetboek van Strafvordering niet het best wordt afgestemd op het ontworpen artikel 47^{novies}/1, § 2, vierde lid, van dat wetboek, nu de procureur des Konings de genoemde maatregelen slechts dient te nemen “indien daartoe grond bestaat” en het niet is uitgesloten dat de genoemde doelstellingen in bepaalde omstandigheden ook relevant kunnen zijn ten aanzien van politie-infiltranten.

10. Overeenkomstig het ontworpen artikel 47^{novies}/1, § 3, derde lid, van het Wetboek van Strafvordering mogen de strafbare feiten waarvoor de strafuitsluitingsgrond geldt, niet ernstiger zijn dan die waarvoor de burgerinfiltratie wordt aangewend en moeten zij noodzakelijkerwijze evenredig zijn met het nagestreefde doel. Gevraagd om te verduidelijken hoe men zal inschatten of een strafbaar feit “ernstiger is” dan dat waarvoor de burgerinfiltratie wordt aangewend, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

“Het criterium ‘ernst’ moet in concreto worden beoordeeld. De ernst wijst zowel op de bestraffing als op de maatschappelijke en persoonlijke gevolgen van het misdrijf. De strafmaat is slechts één element dat in overweging wordt genomen.”

In het licht van deze uitleg rijst de vraag of het voor de betrokkenen voldoende duidelijk is om welke misdrijven het kan gaan, wat een vereiste is die voortvloeit uit het in artikel 12 van de Grondwet vervatte legaliteitsbeginsel.¹³ Ook kan men zich afvragen of kan worden verantwoord dat de infiltrant een even ernstig misdrijf kan plegen als datgene wat men wil voorkomen.

11. In het ontworpen artikel 47^{novies}/1, § 3, tweede en vierde lid, van het Wetboek van Strafvordering wordt bepaald dat de burgerinfiltrant, de begeleidings- en controleambtenaren en de magistraat die de machtiging verleent “vrij van straf” blijven wanneer de burgerinfiltrant de erin bedoelde misdrijven pleegt. Op de vraag of er ook niet moet worden voorzien in een regeling betreffende de burgerlijke aansprakelijkheid, verklaarde de gemachtigde wat volgt:

“Dat zou onwenselijk zijn ten aanzien van de benadeelde. Deze moet immers vergoed kunnen worden. Dat is ook de reden waarom een strafuitsluitende verschoningsgrond wordt ingevoerd, en geen rechtvaardigingsgrond.

De Staat is aansprakelijk voor de schade die, tijdens de burgerinfiltratie, optreedt als gevolg van het plegen van een misdrijf waarvoor een strafuitsluitende verschoningsgrond geldt, conform de algemeen geldende regels (o.a. art. 47 WPA^(...), art. 1382 en 1384 BW). De burgerinfiltrant, magistraat en politieambtenaren zullen in dat geval gevrijwaard blijven van burgerrechtelijke aansprakelijkheid.”

Binnen de hem toegemeten tijd kan de Raad van State deze kwestie niet verder uitdiepen, maar het verdient aanbeveling er in de memorie van toelichting nader op in te gaan,

¹³ Die vraag rijst ook met betrekking tot het bestaande artikel 47^{quinquies}, § 2, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering.

ermee rekening houdend dat de rechtspositie van een burgerinfiltrant in dit opzicht verschilt van de rechtspositie van een politie-infiltrant.

12. In het ontworpen artikel 47*novies*/1, § 3, vierde lid, van het Wetboek van Strafvordering wordt onder meer gewag gemaakt van “de personen bedoeld in het vorige lid”. In dat vorige lid worden evenwel geen personen vermeld. Wellicht worden de burgerdeskundigen vermeld in het ontworpen artikel 47*novies*/1, § 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering bedoeld, wat dan zo dient te worden vermeld.¹⁴

13. In het ontworpen artikel 47*novies*/1, § 3, vijfde en zesde lid, van het Wetboek van Strafvordering schrijve men telkens “in § 4, 6°” in plaats van “in artikel 47*novies*/1, § 4, 6°”. Het gaat immers om een verwijzing binnen het ontworpen artikel 47*novies*/1 zelf.

14. Luidens het ontworpen artikel 47*novies*/1, § 3, zesde lid, van het Wetboek van Strafvordering dient de burgerinfiltrant de misdrijven die hij pleegt ter kennis te brengen van de in die bepaling vermelde personen “ongeacht het bestaan van een voorafgaandelijk akkoord van de procureur des Konings”, wat betekent dat hij ook kennis moet geven van door hem gepleegde misdrijven tot het plegen waarvan de procureur des Konings geen voorafgaand akkoord als bedoeld in het ontworpen artikel 47*novies*/1, § 3, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering heeft gegeven. In zoverre die bepaling ook betrekking heeft op die laatste misdrijven, is ze niet te verenigen met het recht om zichzelf niet te beschuldigen van een misdrijf.¹⁵ Ze dient dan ook te worden herbekeken.

15. Op het einde van de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 47*novies*/1, § 3, zevende lid, van het Wetboek van Strafvordering schrijve men “in § 1, tweede lid” in plaats van “in het tweede lid van paragraaf 1”.

16. Het ontworpen artikel 47*novies*/1, § 3, achtste lid, van het Wetboek van Strafvordering, dat gelijkaardig is aan artikel 47*quinqies*, § 4, van het Wetboek van Strafvordering, voorziet in de mogelijkheid voor de “Minister van Justitie” en de “Minister van Binnenlandse Zaken” (lees: de ministers bevoegd voor justitie en binnenlandse zaken) om, op gezamenlijk voorstel van de federale procureur en de procureur-generaal belast met de bijzondere opsporingsmethoden, de “bijzondere maatregelen” te nemen die strikt noodzakelijk zijn om de afscherming van de identiteit en de veiligheid van de burgerinfiltranten en de controle- en veiligheidsambtenaren te vrijwaren. Er zou beter moeten worden afgebakend wat deze maatregelen kunnen inhouden, temeer nu in de laatste zin van de ontworpen bepaling (zoals in de laatste zin van artikel 47*quinqies*, § 4, van het Wetboek van Strafvordering) wordt bepaald dat er geen misdrijf kan zijn “wanneer feiten in dat verband zijn gepleegd”.

¹⁴ Ook in het ontworpen artikel 47*novies*, § 3, vijfde lid, van het Wetboek van Strafvordering dient naar die personen te worden verwezen in plaats van naar “de personen bedoeld in het vierde lid”

¹⁵ Dit recht is volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een onderdeel van het recht op een eerlijk proces, vervat in lid 1 van artikel 6 van het Europees verdrag over de rechten van de mens, nauw verbonden met het vermoeden van onschuld, vervat in lid 2 van hetzelfde artikel (EHRM 17 december 1996, *Saunders v. Verenigd Koninkrijk*).

17. Luidens het ontworpen artikel 47*novies*/1 § 4, 3°, van het Wetboek van Strafvordering wordt in de machtiging tot burgerinfiltratie “indien bekend, de naam of anders een zo nauwkeurig mogelijke beschrijving van de persoon of personen bedoeld in § 1” vermeld. In de paragraaf 1 waarnaar wordt verwezen, wordt evenwel zowel gewag gemaakt van de burgerinfiltrant zelf (waarvan de naam overigens steeds bekend zal zijn) en van één of meerdere personen ten aanzien¹⁶ waarvan er ernstige aanwijzingen zijn dat zij de in die paragraaf bedoelde misdrijven plegen. Het zijn, zoals ook uit de memorie van toelichting blijkt, enkel die laatste personen die in de eerstgenoemde bepaling zijn bedoeld,¹⁷ wat erin beter tot uiting zou moeten komen.¹⁸

18. In het ontworpen artikel 47*novies*/1, § 4, 6°, van het Wetboek van Strafvordering wordt vereist dat in de machtiging tot burgerinfiltratie de naam en de hoedanigheid worden vermeld van “de officier van gerechtelijke politie bedoeld in artikel 47*ter*, § 2, vierde lid, [van het Wetboek van Strafvordering] die de leiding heeft over de uitvoering van de burgerinfiltratie”.¹⁹ In die laatste bepaling wordt evenwel verwezen naar de officier die wordt belast met *de permanente controle* over de bijzondere opsporingsmethoden in het arrondissement. Vraag is of het wel deze persoon is die wordt bedoeld, dan wel de begeleidingambtenaar bedoeld in het ontworpen artikel 47*novies*/1, § 2, vijfde lid, van het Wetboek van Strafvordering. In het ontworpen artikel 47*novies*/1, § 4, 6°, van het Wetboek van Strafvordering dient hierover duidelijkheid te worden verschaft.

Eenzelfde vraag rijst met betrekking tot de verwijzingen voorkomend in het ontworpen artikel 47*novies*, § 1, eerste lid, en § 2, tweede lid.

19. Luidens het ontworpen artikel 47*novies*/1, § 4, 7°, van het Wetboek van Strafvordering wordt de identiteit van de burgerinfiltrant in de machtiging tot burgerinfiltratie opgenomen onder de vorm van een code waarvan “de modaliteiten (lees: nadere regels) en toepassingsvoorwaarden worden uitgewerkt bij politionele onderrichting die wordt goedgekeurd door het College van procureurs-generaal”. Die onderrichtingen kunnen, gelet op de beginselen die de uitoefening van de normatieve functie beheersen, enkel betrekking hebben op louter praktische aangelegenheden en derhalve geen eigenlijke regels bevatten. Wanneer dergelijke regels dienen te worden uitgevaardigd, moet dat in het voorontwerp zelf gebeuren of dient daartoe, binnen de grenzen waarbinnen delegaties mogelijk zijn, een delegatie aan de Koning te worden gegeven.

20. Luidens het ontworpen artikel 47*novies*/1, § 5, van het Wetboek van Strafvordering vermeldt de procureur des Konings “op dat ogenblik” in een afzonderlijke

¹⁶ De woorden “ten aanzien” dienen nog te worden toegevoegd in de Nederlandse tekst van die paragraaf tussen het woord “personen” en het woord “waarvan”..

¹⁷ De burgerinfiltrant zelf wordt vermeld in het ontworpen artikel 47*novies*/1, § 4, 7°, van het Wetboek van Strafvordering.

¹⁸ Ook de redactie van artikel 47*octies*, § 3, van het Wetboek van Strafvordering wordt overigens het best verbeterd.

¹⁹ Vergelijk met artikel 47*octies*, § 3, 6°, van het wetboek van Strafvordering, waar met betrekking tot de politie-infiltratie gewag wordt gemaakt van “de naam en de hoedanigheid van de officier van gerechtelijke politie die de leiding heeft over de uitvoering van de infiltratie”

beslissing de misdrijven die door de burgerinfiltrant, de begeleidings- en controleambtenaren en “de personen bedoeld in § 3, vierde lid”²⁰ kunnen worden gepleegd. Gevraagd naar welk ogenblik wordt verwezen, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

“Op het ogenblik dat de schriftelijke machtiging tot het inzetten van een burgerinfiltrant wordt opgesteld zoals voorzien in paragraaf 4, kan de procureur des Konings de schriftelijke toestemming tot het plegen van misdrijven opstellen. Dat kan uiteraard ook achteraf (indien het nog niet nodig is om misdrijven te machtigen).

We volgen hier woordelijk dezelfde systematiek als voorzien in de andere bijzondere opsporingsmethoden.”

Het is effectief zo dat dezelfde bewoordingen reeds in een aantal bestaande artikelen voorkomen, maar dat neemt niet weg dat het niet duidelijk is waaraan ze juist refereren en dat ze in ieder geval niet adequaat zijn wanneer de machtiging tot het plegen van misdrijven ook nog na de machtiging tot burgerinfiltratie zelf kan worden verleend. De betrokken bepalingen worden dan ook het best herbekeken.

21. In het ontworpen artikel 47*novies*/1, § 7, van het Wetboek van Strafvordering wordt bepaald dat de procureur des Konings bij wijziging, aanvulling of verlenging van de machtiging tot burgerinfiltratie nagaat of “de voorwaarden bepaald in §§ 1, 2 en 4, zijn vervuld”. In het ontworpen artikel 47*novies*/1, § 4, worden geen inhoudelijke voorwaarden bepaald waaraan de burgerinfiltratie dient te voldoen, maar wel formele vereisten waaraan de (aanvankelijke) machtiging tot die infiltratie moet voldoen (en waarin hoogstens wordt herinnerd aan bepaalde inhoudelijke vereisten). Gelet hierop dient allicht enkel te worden verwezen naar de paragrafen 1 en 2 van het ontworpen artikel 47*novies*/1.

22. Luidens het ontworpen artikel 47*novies*/1, § 8, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering staat de procureur des Konings in voor de tenuitvoerlegging van de machtigingen tot burgerinfiltratie verleend in het raam van een gerechtelijk onderzoek overeenkomstig artikel 56*bis* van het Wetboek van Strafvordering. Die regel is evenwel ook reeds opgenomen in artikel 56*bis* van het Wetboek van Strafvordering, zodat het overbodig is hem nogmaals te herhalen bij elk van de bijzondere opsporingsmethoden.²¹

23. Voorts kan worden herinnerd aan de volgende in advies 32.673/2²² opgenomen vaststellingen:

“Volgens het ontworpen artikel 56*bis* van het Wetboek van Strafvordering is de onderzoeksrechter ook bevoegd om machtigingen te verlenen waarin hij beslist bijzondere opsporingsmethoden te gebruiken. In afwijking van artikel 56, § 1, derde lid, van het Wetboek van Strafvordering worden die bijzondere opsporingsmethoden evenwel

²⁰ Dat zijn evenwel enerzijds de magistraat die de machtiging verleent en de reeds vermelde personen (wat doelloos is), anderzijds de “personen bedoeld in het vorige lid”, waarvan niet duidelijk is om wie het gaat (zie opmerking 12).

²¹ Dit geldt ook met betrekking tot de reeds bestaande artikelen 47*sexies*, § 7, eerste lid, en 47*octies*, § 7, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering.

²² Adv.Rvs 32.673/2 van 7 december 2001 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 6 januari 2003 ‘betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden’ *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1688/1, 146.

uitgevoerd door de procureur des Konings. Voorts is het ook de procureur des Konings die in een beschikking bepaalt welke strafbare feiten de politiediensten mogen plegen in het kader van de machtiging die door de onderzoeksrechter is verleend.

Daaruit volgt dat de onderzoeksrechter niet langer volledig meester is over zijn onderzoek, terwijl hij krachtens artikel 56 van het Wetboek van Strafvordering verantwoordelijk is voor het gerechtelijk onderzoek, dat hij zowel à charge als à décharge dient te voeren. Krachtens diezelfde bepaling moet hij ook zorg dragen voor de wettigheid van de bewijsmiddelen en de loyaliteit waarmee ze worden verzameld en mag hij zelf de handelingen verrichten die behoren tot de gerechtelijke politie, het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek.

Overigens worden de verslagen van de officieren van gerechtelijke politie die belast zijn met het uitvoeren van de operaties van observatie en infiltratie en de verslagen met de inlichtingen die van informanten zijn verkregen, rechtstreeks bezorgd aan de procureur des Konings, die ze bij het vertrouwelijk dossier voegt, terwijl de onderzoeksrechter het dossier mag inzien maar in geen enkel geval in het kader van zijn gerechtelijk onderzoek gewag mag maken van de inhoud van dat dossier (ontworpen artikel 56*bis*, derde lid, van het Wetboek van Strafvordering).”

24. Wat betreft de verwijzing naar artikel 47*novies*/1, § 4, 6°, in het ontworpen artikel 47*novies*/2, § 3, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering wordt verwezen naar opmerking 18.

25. De vraag rijst of in het ontworpen artikel 47*novies*/2, § 1, eerste lid, 1°, en derde lid, van het Wetboek van Strafvordering ook niet dient te worden verwezen naar de federale procureur.²³

26. In het eerste lid van het ontworpen artikel 47*novies*/2, § 3, van het Wetboek van Strafvordering wordt bepaald dat enkel de procureur des Konings en de federale procureur inzage hebben in het erin bedoelde schriftelijke memorandum. Vraag is of dit recht ook niet moet worden toegekend aan de onderzoeksrechter wanneer hij een machtiging verleent tot burgerinfiltratie en mocht dit niet het geval zijn, hoe dit kan worden verantwoord.

Tevens rijst de vraag waarom in het tweede lid van de genoemde bepaling enkel gewag wordt gemaakt van de procureur des Konings.

27. Ook met betrekking tot het ontworpen artikel 47*novies*/3, §§ 1 en 4, van het Wetboek van Strafvordering rijst de vraag of erin geen gewag moet worden gemaakt van de federale procureur wanneer hij de machtiging tot burgerinfiltratie heeft verleend.

28. In de laatste zin van het ontworpen artikel 47*novies*/3, § 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering wordt bepaald dat de inhoud van het erin bedoelde vertrouwelijke dossier onder het beroepsgeheim valt. Al komt eenzelfde zin reeds voor in de artikelen 47*septies*, § 1, tweede lid, en 47*novies* § 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering, toch moet worden opgemerkt dat die regel reeds voortvloeit uit artikel 458 van het Strafwetboek en het

²³ Zoals in het ontworpen artikel 47*novies*/2, § 3, eerste lid.

derhalve overbodig (en tevens misleidend)²⁴ is hem uitdrukkelijk te herhalen. De genoemde zinnen dienen derhalve te worden weggelaten.

Artikel 7

29. In de aan artikel 102, 1°, van het Wetboek van Strafvordering toe te voegen zin schrijve men “wordt (...) gelijkgesteld” in plaats van “kan (...) worden gelijk gesteld”.

Artikelen 8 en 9

30. In de artikelen 8, 3° en 5°, en 9, 5°, van het voorontwerp wordt telkens verwezen naar “artikel 47novies/1, § 1, derde lid”. De gemachtigde bevestigde dat “artikel 47novies/1, § 1, tweede lid” wordt bedoeld. Men passe de zo-even vermelde bepalingen in die zin aan.

In de Franse tekst van de inleidende zin van artikel 8 van het voorontwerp schrijve men bovendien “artikel 235ter” in plaats van “artikel 56bis”.

Artikel 10

31. Het is onduidelijk wie in het ontworpen artikel 235quinquies, § 2, eerste en tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering wordt bedoeld met “de partijen”. Hierover ondervraagd, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

“Dat is inderdaad correct: bij de verplichte tussentijdse wettigheidscontrole overeenkomstig artikel 235quinquies Sv. zijn er geen partijen betrokken. Het is dan ook logisch dat de procureur-generaal gehoord wordt buiten hun aanwezigheid.”

Het zinsdeel “[,] afzonderlijk en buiten de aanwezigheid van de partijen[.]” kan derhalve telkens vervallen.

32. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 235quinquies, § 3, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering schrijve men “de zaak bij de kamer van inbeschuldigingstelling wordt aanhangig gemaakt” in plaats van “de kamer van inbeschuldigingstelling wordt gevat”.

*

²⁴ Er zou immers ten onrechte uit kunnen worden afgeleid dat het beroepsgeheim niet geldt wanneer dit niet (specifiek) is bepaald.

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique¹ et l'accomplissement des formalités prescrites².

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet d'instaurer une quatrième méthode particulière de recherche³, l'infiltration civile. L'avant-projet s'appuie dans une large mesure sur le régime de l'infiltration par un fonctionnaire de police, déjà en vigueur (article 47octies du Code d'instruction criminelle).

L'article 47novies/1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle définit l'infiltration civile comme « le fait, pour une personne majeure qui n'est pas un fonctionnaire de police, appelée infiltrant civil, d'entretenir, le cas échéant sous une identité fictive, des relations durables et dirigées 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 324bis du Code pénal ou des infractions visées au livre 2, titre I^{er}ter du Code pénal ». Le procureur du Roi ou le procureur fédéral⁴ (dans le cadre de l'information) et le juge d'instruction⁵ (dans le cadre de l'instruction) peuvent, avec l'accord du procureur fédéral en ce qui concerne le procureur du Roi et le juge d'instruction, autoriser qu'il soit procédé à une infiltration civile si les nécessités de l'enquête l'exigent et si les autres moyens d'investigation, dont l'infiltration visée à l'article 47octies du Code d'instruction criminelle (infiltration par un fonctionnaire de police)⁶ ne semblent pas suffire à la manifestation de la vérité (article 47novies/1, § 2, en projet, du Code d'instruction criminelle).

Est exempté de peine, l'infiltrant civil qui, dans le cadre de sa mission et en vue de la réussite de celle-ci ou afin de garantir sa propre sécurité ou celle d'autres personnes impliquées dans l'opération, commet des infractions strictement nécessaires, avec l'accord exprès du procureur du Roi. Ces infractions ne peuvent être plus graves que celles pour lesquelles

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

² Eu égard au délai imparti, aux questions juridiques complexes que l'avant-projet soulève, au grand nombre d'autres demandes d'avis soumises à un délai et au nombre restreint de magistrats affectés à la section de législation, le Conseil d'État n'a pas pu examiner tous les aspects de l'avant-projet d'une manière approfondie. La circonstance qu'une disposition du projet ne fasse l'objet d'aucune observation dans le présent avis ne peut nullement signifier qu'il n'y a rien à observer à ce sujet, et si une observation est formulée, cela n'implique pas qu'elle est exhaustive. Il convient de lire l'avis sous cette réserve.

³ Les trois méthodes particulières de recherche existantes sont l'observation (article 47sexies du Code d'instruction criminelle), l'infiltration (article 47octies du Code d'instruction criminelle) et le recours aux indicateurs (article 47decies du Code d'instruction criminelle).

⁴ Voir l'article 47duodecies du Code d'instruction criminelle.

⁵ Voir les articles 56 et 56bis du Code d'instruction criminelle.

⁶ Pour faire apparaître la distinction entre les deux formes d'infiltration, mieux vaudrait remplacer l'intitulé de la sous-section 4 du livre premier, chapitre IV, section III, du Code d'instruction criminelle (« De l'infiltration ») par « De l'infiltration policière ».

l'infiltration civile est utilisée et doivent nécessairement être proportionnelles à l'objectif visé (article 47*novies*/1, § 3, alinéas 2 et 3, en projet, du Code d'instruction criminelle).

Pour délivrer l'autorisation d'infiltration civile, le procureur du Roi et le juge d'instruction prennent en considération l'analyse des risques réalisée par la direction des opérations de police judiciaire de la police fédérale (article 47*novies*/2, § 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle). L'infiltrant civil signe un memorandum écrit énumérant notamment ses droits et obligations, et indiquant la manière dont l'infiltration civile sera mise en œuvre (article 47*novies*/2, § 2, en projet).

Les moyens de preuve obtenus en vertu de l'application d'une infiltration civile ne peuvent être pris en considération à titre de preuve que s'ils sont corroborés dans une large mesure par d'autres moyens de preuve (article 47*novies*/3, § 3, en projet, du Code d'instruction criminelle).

L'avant-projet prévoit diverses mesures de contrôle sur six niveaux. Le contrôle obligatoire et facultatif de l'infiltration par la chambre des mises en accusation existant est repris et, en ce qui concerne l'infiltration civile, il est complété par un contrôle trimestriel obligatoire supplémentaire (article 235*quinquies*, en projet, du Code d'instruction criminelle).

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

L'autorisation de commettre des infractions délivrée aux infiltrants civils

3. L'article 47*novies*/1, § 3, alinéas 2 et 3, en projet, du Code d'instruction criminelle (article 4 de l'avant-projet) dispose que l'infiltrant civil, les agents d'accompagnement et les agents de contrôle sont exemptés de peine lorsque, en ayant égard au principe de proportionnalité, dans le cadre de la mission de l'infiltrant civil et en vue de la réussite de celle-ci ou afin de garantir leur propre sécurité ou celle d'autres personnes impliquées dans l'opération, ils commettent des infractions strictement nécessaires avec l'accord exprès du procureur du Roi.

Les méthodes particulières de recherche actuelles ne permettent qu'à un fonctionnaire de police agissant dans le cadre d'une infiltration de commettre des infractions (article 47*octies*, § 4, du Code d'instruction criminelle). Dans le passé, le législateur avait également prévu une disposition permettant aux magistrats compétents d'autoriser les *indicateurs* à commettre des infractions afin de garantir le succès de l'enquête menée (ancien article 47*decies*, § 7, du Code d'instruction criminelle). Cette disposition a été annulée par l'arrêt 105/2007 de la Cour constitutionnelle⁷. Bien que le recours aux indicateurs n'ait pas la même portée que l'infiltration, il y a cependant suffisamment de points communs entre les deux méthodes particulières de recherche pour que l'arrêt puisse livrer des éléments utiles à l'appréciation de la constitutionnalité du dispositif en projet. Les points principaux de cet arrêt sont les suivants :

« B.8.4. Selon les travaux préparatoires précités, la pratique a révélé que, pour certains types de criminalité, la nécessité de maintenir la 'position d'information' de

⁷ C.C., 19 juillet 2007, n° 105/2007, B.8.1 à B.8.23.

l'indicateur devait lui permettre de commettre certaines infractions. À cet égard, il convient de tenir compte de ce que la criminalité visée est le plus souvent une criminalité internationale et que les autorités judiciaires et policières seront souvent amenées à collaborer avec des autorités de pays qui, d'une manière ou d'une autre, ont pris en compte la nécessité pour les indicateurs de commettre des infractions pour maintenir leur position d'informateur. Il appartient à la Cour d'examiner si les moyens utilisés pour faire face à cette nécessité sont en rapport avec l'objectif poursuivi et s'ils sont proportionnés à celui-ci.

Le souci de donner un cadre légal à une pratique que l'évolution de la grande criminalité a rendue nécessaire est de nature à renforcer le respect des exigences de légalité du droit pénal et de la procédure pénale.

B.8.5. S'il peut être admis, à titre exceptionnel, que le législateur permette à des magistrats chargés de rechercher et de poursuivre certaines catégories d'infractions d'autoriser les indicateurs qui pourraient être d'une aide cruciale dans leur tâche à commettre des infractions pour garantir le succès de l'enquête qu'ils mènent, encore faut-il qu'il respecte l'article 12 de la Constitution, qui exige que la procédure pénale soit prévisible. Les magistrats doivent connaître avec toute la précision voulue quelles sont les infractions qu'ils peuvent autoriser les indicateurs à commettre. Cette exigence s'impose d'autant plus ici qu'il s'agit, pour une autorité judiciaire, d'autoriser une personne qui n'est ni assermentée ni chargée d'aucune mission par les autorités publiques à commettre une infraction qui peut avoir pour conséquence de porter atteinte aux droits fondamentaux de tiers.

B.8.6. En ce qui concerne les infractions que l'indicateur serait autorisé à commettre lui-même, le législateur devrait, en principe, les énumérer limitativement. Toutefois, il peut être admis qu'on ne peut 'manifestement pas utiliser une liste limitative d'infractions que l'indicateur pourrait commettre, moyennant autorisation du procureur du Roi, parce qu'à la moindre suspicion, l'organisation terroriste ou criminelle testerait très vite l'indicateur en lui faisant commettre certaines infractions qui ne figurent pas sur la liste' (*ibid.*, p. 36).

Le législateur ne peut donc procéder qu'en déterminant des critères mais ceux-ci doivent être très précis afin d'éviter que l'autorisation n'aille au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi.

B.8.7. Il est tout d'abord requis que l'autorisation de commettre des infractions ne soit donnée que dans le but de conserver la position d'information de l'indicateur et les infractions commises par l'indicateur doivent être absolument nécessaires au maintien de cette position (article 47*decies*, § 7, alinéa 1^{er}, *in fine*).

B.8.8. En outre, ces infractions doivent 'nécessairement être proportionnelles à l'intérêt de maintenir la position d'information'.

B.8.9. Par ailleurs, il faut respecter une procédure écrite : les faits punissables que l'indicateur peut commettre doivent être portés par écrit et préalablement à la connaissance du procureur du Roi par le gestionnaire local des indicateurs, visé à l'article 47*decies*, § 3, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle. Le procureur du Roi indique les infractions que l'indicateur peut commettre dans une décision écrite séparée. Ce faisant, il ne peut indiquer des infractions plus graves que celles que le gestionnaire local des indicateurs lui a communiquées au préalable.

La décision du procureur du Roi est conservée dans le dossier confidentiel visé à l'article 47*decies*, § 6, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle.

B.8.10. De tels critères et une telle procédure sont de nature à éviter que l'usage qui sera fait de la disposition attaquée n'excède les limites de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi.

B.8.11. En revanche, ces limites sont dépassées en ce que ne sont interdites que les infractions qui porteraient atteinte 'directement et gravement' à l'intégrité physique des personnes.

S'il peut être admis que l'indicateur commette, en tant qu'auteur principal, des infractions ou qu'il participe, par les modes prévus aux articles 66 et 67 du Code pénal, aux infractions que pourraient commettre les personnes auxquelles il est lié, il ne peut être admis, pour les raisons exposées en B.8.1, que des personnes qui ne sont ni fonctionnaires de police ni experts civils et qui entretiennent des liens étroits avec le milieu criminel puissent recevoir l'autorisation préalable de porter elles-mêmes atteinte à l'intégrité physique des personnes.

B.8.12. En conséquence, l'article 47*decies*, § 7, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle viole les articles 10, 11 et 12 de la Constitution.

B.8.13. Enfin, il est requis que l'indicateur entretienne 'des relations étroites avec une ou plusieurs personnes à propos desquelles il existe des indices sérieux qu'elles commettent ou commettraient des faits punissables qui constituent ou constitueraient une infraction au sens des articles 137 à 141, au sens des articles 324*bis* et 324*ter* ou au sens des articles 136*bis*, 136*ter*, 136*quater*, 136*sexies*, 136*septies* du Code pénal ou une infraction visée à l'article 90*ter*, § 2, 4°, 7°, 7°*bis*, 7°*ter*, 8°, 11°, 14°, 16° et 17°, à la condition que ces dernières infractions visées à l'article 90*ter*, § 2, soient ou seraient commises dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324*bis* du Code pénal' (article 47*decies*, § 7, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle).

B.8.14. Cette disposition détermine de façon suffisamment précise dans quelles circonstances la mesure critiquée peut être utilisée en ce qu'elle renvoie à des dispositions qui concernent les infractions terroristes, les violations graves du droit international humanitaire, ainsi que des infractions graves 'commises dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324*bis* du Code pénal'. Le législateur est resté dans les limites de son objectif qui est de lutter, en prenant des mesures exceptionnelles, contre le terrorisme et la criminalité organisée. Par ailleurs, en énumérant limitativement les faits punissables que pourraient commettre les personnes avec lesquelles l'indicateur entretient des relations étroites, la disposition attaquée satisfait à l'exigence de prévisibilité rappelée en B.8.5.

B.8.15. Il en est de même du renvoi qui est fait à l'article 324*ter* du Code pénal. Cette disposition détermine les actes ou les procédés punissables qu'utilise une organisation criminelle ainsi que les conditions de l'appartenance punissable à une telle organisation (§ 1^{er}); elle précise à quelles conditions est punissable la personne qui participe à la préparation ou à la réalisation de toute activité licite de celle-ci (§ 2), ainsi que la personne qui participe 'à toute prise de décision dans le cadre des activités de l'organisation criminelle' (§ 3). Dans chaque cas, elle précise la peine applicable à l'infraction qu'elle décrit.

B.8.16. En revanche, en renvoyant de manière générale aux faits punissables qui constitueraient une infraction 'au sens de l'article 324*bis*' du Code pénal, la disposition attaquée se donne un champ d'application insuffisamment déterminé.

L'article 324*bis* dispose :

'Constitue une organisation criminelle l'association structurée de plus de deux personnes, établie dans le temps, en vue de commettre de façon concertée, des crimes et

délits punissables d'un emprisonnement de trois ans ou d'une peine plus grave, pour obtenir, directement ou indirectement, des avantages patrimoniaux.

[...]'.

B.8.17. Le renvoi à une disposition dont le champ d'application est aussi large ne satisfait pas aux exigences rappelées en B.8.5. Il enlève en outre à la mesure critiquée son caractère exceptionnel. Il rend enfin inutile l'énumération, contenue dans l'article 47*decies*, § 7, alinéa 1^{er}, de certaines des infractions visées à l'article 90*ter*, § 2, du Code d'instruction criminelle dont il est précisé qu'elles sont ou seront 'commises dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324*bis*'.

B.8.18. L'article 47*decies*, § 7, alinéa 1^{er}, viole les articles 10, 11 et 12 de la Constitution en ce qu'il renvoie, de manière générale, à des faits punissables qui constitueraient une infraction au sens de l'article 324*bis* du Code pénal.

B.8.19. En ce qui concerne l'absence d'une cause d'excuse exclusive de peine, il peut être admis que le législateur fasse preuve d'une plus grande prudence à l'égard de l'indicateur supposé entretenir des relations étroites avec le milieu criminel qu'à l'égard des fonctionnaires de police et des infiltrants civils sans liens avec ce milieu. En effet, l'on peut estimer qu'il y a davantage de possibilités qu'il dépasse les limites de l'autorisation en commettant également les infractions dans un autre but que le maintien de sa position d'information ou en ne respectant pas l'exigence de proportionnalité.

Toutefois, en ce qu'elle n'indique pas l'effet que peut avoir l'autorisation sur la situation pénale de l'indicateur, alors qu'il est prévu que le magistrat qui donne cette autorisation n'encourt aucune peine (article 47*decies*, § 7, alinéa 4) et que les fonctionnaires de police qui commettent des infractions avec l'accord du procureur du Roi bénéficient d'une exemption de peine (article 47*quinquies*, § 2), la mesure ne satisfait pas aux exigences des articles 10 et 11 de la Constitution.

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.8.23. Il appartient au législateur, s'il estime devoir reprendre une disposition ayant le même objet que la disposition annulée:

- de ne pas autoriser l'indicateur à porter lui-même atteinte à l'intégrité physique des personnes (B.8.11);
- de ne pas opérer un renvoi général aux faits punissables qui constituent ou constitueraient une infraction au sens de l'article 324*bis* du Code pénal (B.8.18);
- de préciser l'effet que peut avoir l'autorisation donnée à l'indicateur sur la situation pénale de celui-ci (B.8.19);
- de prévoir que les éléments versés, au sujet de l'autorisation donnée à l'indicateur, au dossier séparé visé à l'article 47*decies*, § 6, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle, font l'objet d'un contrôle par un juge indépendant et impartial (B.8.20) ».

Force est de constater que le dispositif en projet relatif aux infiltrants civils ne satisfait qu'aux deux derniers points cruciaux énumérés par la Cour constitutionnelle. Par contre, rien ne s'oppose à ce que les infiltrants civils soient autorisés à commettre des infractions qui portent atteinte à l'intégrité physique des personnes, et pour délimiter le champ d'application de la mesure, on opère encore toujours un renvoi général aux faits punissables commis dans le cadre d'une organisation criminelle.

L'exposé des motifs consacre un long développement à l'arrêt 105/2007 de la Cour constitutionnelle. L'attention est attirée sur le fait qu'il y a une différence entre l'infiltration civile et le recours aux indicateurs. Il peut être recouru aux indicateurs dans le cadre de toute infraction, sans condition de proportionnalité ni de subsidiarité, sans autorisation du ministère public et sans contrôle par un juge. Il ne peut être recouru à l'infiltration civile dont l'instauration est envisagée qu'en présence d'indications sérieuses d'un nombre restreint d'infractions limitativement énumérées, si les autres moyens ne suffisent pas, après autorisation du ministère public et sous contrôle judiciaire. De cette différence, les auteurs de l'avant-projet déduisent que « [la] méthode particulière de recherche d'infiltration civile doit donc être évaluée dans sa globalité, en ce qui concerne sa constitutionnalité et son influence sur le droit à un procès équitable, compte tenu des strictes conditions et garanties et [du] système étendu de contrôle. Ainsi, il n'est pas nécessaire de respecter individuellement chacune des remarques émises par la Cour constitutionnelle lors de l'annulation de la possibilité pour les indicateurs de commettre des infractions ».

Il est exact que chaque méthode particulière de recherche doit être appréciée globalement, de sorte qu'il n'est pas exclu qu'en raison du champ d'application plus restreint de l'infiltration civile la Cour constitutionnelle pourrait conclure autrement que dans l'arrêt 105/2007 relatif aux indicateurs. Les auteurs de l'avant-projet n'établissent toutefois pas pourquoi il résulterait de cette appréciation globale que les points cruciaux énumérés par la Cour constitutionnelle qui, à première vue, paraissent également pertinents en ce qui concerne l'infiltration civile, ne devraient plus être pris en considération, et pas d'avantage que les circonstances sociales ont à ce point changé qu'elles pourraient justifier une appréciation différente.

En ce qui concerne la condition selon laquelle l'intéressé ne peut pas être autorisé à porter atteinte à l'intégrité physique des personnes, il faut en particulier souligner que, dans son raisonnement, la Cour constitutionnelle a égard au fait que les indicateurs « ne sont pas des fonctionnaires de police formés et spécialement entraînés à cette fin », ce qui vaut tout autant pour les infiltrants civils.

Il faut par ailleurs observer que l'argument selon lequel il est impossible de définir de manière exhaustive et correcte le terme « violation de l'intégrité physique de personnes » ne convainc pas. Outre que cette notion est également utilisée ailleurs, il suffit de constater que d'éventuelles difficultés de définition n'ont pas empêché la Cour constitutionnelle d'inclure la notion dans sa critique de constitutionnalité.

L'analyse préalable des risques ne garantit pas davantage qu'il n'y aura pas d'atteinte portée à l'intégrité physique des personnes. Il est vrai que l'exposé des motifs précise que l'infiltrant civil ne sera pas engagé s'il apparaît d'avance que celui-ci devra mettre en péril

l'intégrité physique de personnes, mais cette règle ne figure pas dans le texte en projet, de sorte que rien n'exclut qu'en dépit de l'analyse des risques l'autorisation de commettre des infractions avec atteinte à l'intégrité physique des personnes soit néanmoins accordée.

Infiltrants civils ayant des antécédents judiciaires

4. La définition d'infiltrant civil inscrite à l'article 47^{novies}/1, § 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle n'exclut pas qu'il soit fait appel à une personne qui a encouru une condamnation pénale. Selon l'exposé des motifs, l'analyse des risques devrait notamment permettre d'apprécier si on peut faire appel à de telles personnes⁸. L'analyse des risques, qui est réglée à l'article 47^{novies}/2, § 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle, est cependant peu détaillée dans l'avant-projet. Il est seulement précisé que celle-ci « port[e] au moins sur la fiabilité, les compétences et la connaissance, les antécédents et la motivation de l'infiltrant civil et ses liens avec les personnes impliquées dans l'enquête et le risque de commettre des délits qui mettent en péril l'intégrité physique de personnes ». L'exposé des motifs mentionne que le contenu et la réalisation de l'analyse des risques doivent être élaborés de manière approfondie dans une directive du Collège des procureurs généraux.

À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De eigenlijke inhoud (welke aspecten moeten nagezien worden, hoe verloopt de informatiedoorstroming, welke vragen worden gesteld aan de burgerinfiltrant en aan externe diensten,...) zijn dermate operationeel en veranderlijk dat dit beter in een omzendbrief wordt opgenomen.

Het belangrijkste argument is echter de vertrouwelijkheid (omzendbrieven inzake de BOM zijn steeds vertrouwelijk), omdat het publiceren van de inhoud van de vragenlijsten en de criteria de criminele wereld uiteraard mogelijkheden biedt om zich daarop aan te passen. Door een dergelijke publicatie zou het criminele milieu eenvoudig kunnen nagaan wie mogelijk een BI is (door de criteria met hoog risico te testen), enkel contacten onderhouden met personen die een hoog risico uitmaken of zelfs in het kader van contramaatregelen leden kunnen uitsluiten die als burgerinfiltrant door de politiediensten zouden ingezet worden (met als enige bedoeling, het verstrekken van valse informatie en saboteren du onderzoek).

Ook inzake de BOM informantenwerking wordt een risicoanalyse uitgevoerd. De basis daarvan is het artikel 11 du KB van 6 januari 2011 tot bepaling van de werkingsregels van de nationale en lokale informantenbeheerders en van de contactambtenaren. Ook hier is de omschrijving beperkt. De verdere uitwerking gebeurt in de vertrouwelijke omzendbrief.

Art. 11. § 1. De informant wordt jaarlijks globaal geëvalueerd teneinde zijn betrouwbaarheid te bepalen en het risico verbonden aan zijn hoedanigheid als informatiebron te evalueren. Een informant die gedurende meer dan een jaar geen informatie aanbrengt, dient niet langer te worden geëvalueerd.

⁸ Voir l'exposé des motifs : « Cela implique qu'une personne ayant un passé criminel ne sera pas exclue par définition du rôle d'infiltrant civil. L'analyse des risques doit mentionner ces éléments de manière complète afin que le magistrat (du ministère public ou le juge d'instruction) puisse décider de recourir à l'intéressé en connaissance de cause ».

§ 2. Bij het aanbrengen van elke nieuwe informatie wordt de motivatie van de informant, het door hem gelopen risico evenals de correctheid van de informatie geëvalueerd. Deze evaluatie wordt overgemaakt aan de magistraat bijzondere opsporingsmethoden ter ondersteuning van zijn besluitvorming bedoeld in article 47^{decies} § 6 Code d'instruction criminelle.

§ 3. Indien de evaluatie bedoeld in § 2 van belang kan zijn voor een ander gerechtelijk arrondissement deelt de magistraat bijzondere opsporingsmethoden deze mee aan de magistraat bijzondere opsporingsmethoden van dit gerechtelijk arrondissement ».

Eu égard notamment au principe de légalité en matière pénale, qui découle des articles 12 et 14 de la Constitution, c'est dans la loi elle-même qu'il faut prévoir les critères indicatifs sur la base desquels l'analyse des risques est effectuée (ce qui est déjà partiellement le cas à l'article 47^{novies}/2, § 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle) et quelle suite il convient de lui donner. Cela n'exclut toutefois pas que les règles relatives à l'analyse des risques soient précisées concrètement dans une directive du Collège des procureurs généraux.

Provocation

5. Le dispositif en projet ne déroge pas à l'article 30 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, qui énonce :

« Il est interdit de provoquer des infractions.

Il y a provocation lorsque, dans le chef de l'auteur, l'intention délictueuse est directement née ou est renforcée, ou est confirmée alors que l'auteur voulait y mettre fin, par l'intervention d'un fonctionnaire de police ou d'un tiers agissant à la demande expresse de ce fonctionnaire.

En cas de provocation, l'action publique est irrecevable en ce qui concerne ces faits ».

L'exposé des motifs considère que l'infiltrant civil est « un tiers agissant à la demande expresse de ce fonctionnaire ». Ceci n'est toutefois pas évident, dès lors que tout acte accompli dans le cadre de l'infiltration civile ne l'est pas à la demande expresse d'un fonctionnaire de police. Il s'ensuit que les auteurs de l'avant-projet doivent vérifier s'il ne s'impose pas de quand même adapter l'article 30 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle. Il importe d'autant plus d'écarter toute ambiguïté sur ce point que la Cour européenne des droits de l'homme attache une grande importance à l'interdiction de la provocation lors de l'infiltration⁹.

⁹ Voir par exemple : Cour eur. D H, 9 juin 1998, *Texeira de Castro c. Portugal*, §§ 38 et 39; Cour eur. D H (GC) 5 février 2008, *Ramanauskas c. Lituanie*, §§ 54 à 61; voir également Cour eur. D H (GC) 27 octobre 2004. *Edwards et Lewis c. Royaume-Uni*, §§ 46 et 48.

Le contrôle exercé par la chambre des mises en accusation

6. Les articles 235^{ter} et 235^{quater} du Code d'instruction criminelle prévoient que la chambre des mises en accusation contrôle la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration. Ce contrôle est maintenant étendu à l'infiltration civile (articles 8 et 9 de l'avant-projet). En outre, l'article 10 de l'avant-projet vise à instaurer un nouveau contrôle trimestriel obligatoire par la chambre des mises en accusation (article 235^{quinquies}, en projet, du Code d'instruction criminelle).

Dans l'arrêt 105/2007, la Cour constitutionnelle a jugé, en s'appuyant sur une motivation circonstanciée, que le système de contrôle prévu par les articles 235^{ter} et 235^{quater} du Code d'instruction criminelle n'emporte pas de violation des règles constitutionnelles, combinées avec les dispositions du droit international, qui prévoient des garanties en matière de droit de la défense et de débat contradictoire, et de droit à un procès équitable¹⁰. L'avant-projet ne comporte pas d'élément permettant de penser que la Cour conclurait maintenant dans un sens différent. Au contraire, en prévoyant un contrôle trimestriel obligatoire de l'infiltration civile, le contrôle judiciaire de cette méthode particulière de recherche se trouve renforcé.

En ce qui concerne le contrôle au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, il convient d'observer que la Cour européenne des droits de l'homme a certes souligné le caractère fondamental des droits de la défense et du droit à un procès équitable, mais aussi qu'elle a admis que « le droit à une divulgation des preuves pertinentes n'est pas absolu. Dans une procédure pénale donnée, il peut y avoir des intérêts concurrents tels que la sécurité nationale ou la nécessité de protéger des témoins risquant des représailles ou de garder secrètes des méthodes policières de recherche des infractions - qui doivent être mis en balance avec les droits de l'accusé. Dans certains cas, il peut être nécessaire de dissimuler certaines preuves à la défense de façon à préserver les droits fondamentaux d'un autre individu ou à sauvegarder un intérêt public important. Toutefois, seules sont légitimes au regard de l'article 6, paragraphe 1, les mesures restreignant les droits de la défense qui sont absolument nécessaires. De surcroît, si l'on veut garantir un procès équitable à l'accusé, toutes difficultés causées à la défense par une limitation de ses droits doivent être suffisamment compensés par la procédure suivie devant les autorités judiciaires (...) »¹¹.

Dans le bref délai qui lui est imparti, le Conseil d'État n'a pas pu examiner d'une manière approfondie l'application concrète de cette jurisprudence, mais à première vue, il ne semble pas que le dispositif en projet méconnaisse les principes exposés ci-dessus¹².

¹⁰ CC, 19 juillet 2007, n° 105/2007, B. 9.1- B.17.8. Voir également C.C., 3 décembre 2009, n° 196/2009, en ce qui concerne les modifications apportées par la loi du 16 janvier 2009 'modifiant les articles 189^{ter}, 235^{ter}, 335^{bis} et 416 du Code d'instruction criminelle'.

¹¹ Cour eur. D H, 22 juillet 2003, *Edwards et Lewis*, §53, confirmé par Cour eur. D H (GC) 27 octobre 2004, § 48; Cour eur. D H (GC), 5 février 2008, *Ramasauskas c. Lituanie*, § 53; C.C., 21 décembre 2004, n° 202/2004, B.27.6; C.C., 26 juillet 2007, n° 105/2007, B.11.1; C.C., 26 juillet 2007, n° 105/2007, B.7.1.

¹² La question pourrait se poser de savoir si la présence permanente du ministère public lors des audiences de la chambre des mises en accusation peut se concilier avec le principe de l'égalité des armes. La Cour constitutionnelle n'y a cependant pas vu de violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec les articles 6, paragraphe 1, et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (C.C., 3 décembre 2009, n° 196/2009, B.15.2).

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 4

7. Il est recommandé que l'article 47*novies*/1, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, du Code d'instruction criminelle (ainsi que l'article 47*octies*, § 1^{er}, alinéa 2, de ce code) donne quelques précisions sur les « circonstances exceptionnelles » qui, outre l'exigence de la stricte nécessité pour la réussite de la mission, doivent exister pour que l'on puisse recourir à l'expertise d'une personne externe aux services de police lors d'une opération d'infiltration.

8. Selon l'article 47*novies*/1, § 2, alinéa 3, en projet, du Code d'instruction criminelle, le procureur du Roi peut, dans le cadre légal d'une infiltration civile et compte tenu de la finalité de celle-ci, autoriser le recours aux techniques d'enquête policières, visées à l'article 47*octies*, § 2, alinéa 2, de ce code. Toutefois, on n'aperçoit pas clairement à qui cette autorisation peut être donnée. La question se pose de savoir si l'intention est que l'infiltrant civil puisse appliquer lui-même les techniques d'enquête policières et dans l'affirmative, si cela est compatible avec la philosophie générale de l'article 47*octies*, § 2, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, qui énonce que seules les unités spéciales de la police fédérale, et non d'autres fonctionnaires de police, peuvent appliquer ces techniques d'enquête. Invité à apporter des précisions à ce sujet, le délégué a confirmé que c'est bel et bien l'infiltrant civil qui est visé et il a encore déclaré ce qui suit :

« Vooreerst, de burgerinfiltrant wordt steeds en exclusief begeleid en gestuurd door politieambtenaren van de directie van de speciale eenheden van de federale politie (de begeleidingsambtenaren).

De procureur des Konings kan, binnen het wettelijk kader van een burgerinfiltratie en met inachtneming van de finaliteit ervan, machtigen om de politionele onderzoekstechnieken aan te wenden. Zo kan de burgerinfiltrant, onder begeleiding en sturing van de speciale eenheden, gemachtigd worden om, bijvoorbeeld in het kader van een vertrouwenskoop (artikel 3 van het K.B. POT van 9.04.2003) een wapen van een criminele organisatie te kopen, teneinde het vertrouwen van die organisatie te winnen en bijkomende informatie te verzamelen. Zo ook kan de burgerinfiltrant in het kader van bijvoorbeeld een pseudo-verkoop van een dienstverlening (artikel 4 van het K.B. POT van 9.04.2003) zijn diensten als chauffeur aanbieden, met de bedoeling inzicht te verkrijgen in de criminele organisatie die hold-ups pleegt en de overvallen zo mogelijk te vermijden, steeds onder instructie, sturing en begeleiding van de begeleidingsambtenaren van de speciale eenheden ».

Les explications du délégué reviennent à ce que l'accompagnement et la direction de l'infiltrant civil par des fonctionnaires de police de la direction des unités spéciales de la police fédérale justifient qu'un infiltrant civil puisse effectivement appliquer des techniques d'enquête policières, mais pas un fonctionnaire de police ordinaire. Toutefois, on n'aperçoit pas clairement pourquoi l'infiltrant, au sens de l'article 47*octies*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, qui est par définition un fonctionnaire de police, ne pourrait pas tout autant être accompagné et dirigé par la direction des unités spéciales. Les auteurs de l'avant-projet vérifieront s'il ne serait pas préférable de mieux harmoniser les deux réglementations.

9. Selon l'article 47*novies*/1, § 2, alinéa 4, en projet, du Code d'instruction criminelle, le procureur du Roi peut, si c'est justifié, accorder l'autorisation de prendre les mesures nécessaires en vue de garantir la sécurité publique, la sécurité, l'intégrité physique, psychique et morale de l'infiltrant civil et le contrôle de l'infiltrant civil. Or, à l'article 47*octies*, § 2, alinéa 3, analogue, de ce code, il n'est pas question de « garantir la sécurité publique » et de « contrôle de l'infiltrant civil ». Invité à fournir des explications à cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Het inzetten van een burgerinfiltrant is risicovoller dan het inzetten van een politionele infiltrant: het risico op dubbel spel, de aantrekking van het criminele milieu, infiltratie door een zogezegde burgerinfiltrant in het politionele milieu teneinde politionele informatie te bekomen en een onderzoek te saboteren.

Daarom moeten de controlemaatregelen op de burgerinfiltrant ook uitgebreid worden, in vergelijking met de politionele infiltrant.

De basis betreft inderdaad het artikel 47*octies* § 2 (maatregelen die ook bestaan ten aanzien van de politionele infiltrant: maatregelen ter vrijwaring van de veiligheid en de fysieke, psychische en morele integriteit).

Het is echter de politieke wens om deze maatregelen bij een burgerinfiltratie in de wet, uit te breiden en te verbijzonderen (waardoor een bijkomende plicht voor het OM en de politiediensten wordt gecreëerd). Wat de politionele infiltrant betreft, zijn de maatregelen immers beperkt tot (1) de veiligheid en de fysieke, psychische en morele integriteit (2) van de infiltrant.

De vrijwaring van de openbare veiligheid en de plicht tot controle wordt daaraan toegevoegd.

- Met de vrijwaring van de openbare veiligheid wordt de bescherming van de maatschappij tegen een wederrechtelijk optreden van de burgerinfiltrant bedoeld (voorkomen dat de burger in het uitvoeren van zijn opdracht misdrijven zou plegen, zijn opdracht zou afwenden om misdrijven te plegen of de rechtstatelijke principes in het gedrang zou brengen). Dit risico bestaat bij een politionele infiltratie haast niet.

- Omdat de generieke definitie louter spreekt over 'maatregelen', werd het wenselijk geacht om 'de controle van de burgerinfiltrant' als een specifieke taak, ter verbijzondering van de 'maatregelen' in te schrijven (dit naar analogie met de taken van de controleambtenaren, die de burgerinfiltrant 'controleren') ».

Même si l'on peut souscrire au fait que le risque d'intervention illicite soit plus élevé dans le cas d'un infiltrant civil, la question reste néanmoins de savoir s'il ne vaudrait pas mieux aligner l'article 47*octies*, § 2, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle sur l'article 47*novies*/1, § 2, alinéa 4, en projet, de ce code, dès lors que le procureur du Roi n'est tenu de prendre les mesures précitées que « si c'est justifié » et qu'il n'est pas exclu que les objectifs précités puissent également être pertinents dans certaines circonstances à l'égard d'infiltrants policiers.

10. Conformément à l'article 47*novies*/1, § 3, alinéa 3, en projet, du Code d'instruction criminelle, les infractions auxquelles s'applique la cause d'exonération de peine ne peuvent être plus graves que celles pour lesquelles l'infiltration civile est utilisée et doivent nécessairement être proportionnelles à l'objectif visé. Invité à fournir des précisions sur la

manière dont on appréciera si une infraction « est plus grave » que celle pour laquelle l'infiltration civile est utilisée, le délégué a répondu ce qui suit :

« Het criterium 'ernst' moet in concreto worden beoordeeld. De ernst wijst zowel op de bestraffing als op de maatschappelijke en persoonlijke gevolgen van het misdrijf. De strafmaat is slechts één element dat in overweging wordt genomen ».

À la lumière de cette explication, la question se pose de savoir si, pour les personnes concernées, il apparaît de manière suffisamment claire de quelles infractions il peut s'agir, cette exigence découlant du principe de légalité inscrit à l'article 12 de la Constitution¹³. On peut également se demander s'il peut se justifier que l'infiltrant commette une infraction aussi grave que celle que l'on veut prévenir.

11. L'article 47*novies*/1, § 3, alinéas 2 et 4, en projet, du Code d'instruction criminelle dispose que l'infiltrant civil, les agents d'accompagnement et les agents de contrôle et le magistrat qui accorde l'autorisation sont « exemptés de peine » lorsque l'infiltrant civil commet les infractions qui y sont visées. À la question de savoir s'il ne faudrait pas également prévoir des règles relatives à la responsabilité civile, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Dat zou onwenselijk zijn ten aanzien van de benadeelde. Deze moet immers vergoed kunnen worden. Dat is ook de reden waarom een strafuitsluitende verschoningsgrond wordt ingevoerd, en geen rechtvaardigingsgrond.

De Staat is aansprakelijk voor de schade die, tijdens de burgerinfiltratie, optreedt als gevolg van het plegen van een misdrijf waarvoor een strafuitsluitende verschoningsgrond geldt, conform de algemeen geldende regels (o.a. art. 47 WPA^(...), art. 1382 en 1384 BW). De burgerinfiltrant, magistraat en politieambtenaren zullen in dat geval gevrijwaard blijven van burgerrechtelijke aansprakelijkheid ».

Dans le délai qui lui est imparti, le Conseil d'État ne peut pas approfondir cette question, mais il est recommandé de l'examiner plus en détail dans l'exposé des motifs, compte tenu du fait que le statut juridique d'un infiltrant civil diffère à cet égard de celui d'un infiltrant policier.

12. L'article 47*novies*/1, § 3, alinéa 4, en projet, du Code d'instruction criminelle mentionne notamment « les personnes visées à l'alinéa précédent ». Or, cet alinéa précédent ne mentionne pas des personnes. Il s'agit probablement des experts civils mentionnés à l'article 47*novies*/1, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, du Code d'instruction criminelle, ce qui devrait alors être énoncé explicitement¹⁴.

13. À l'article 47*novies*/1, § 3, alinéas 5 et 6, en projet, du Code d'instruction criminelle, on écrira, chaque fois, « au § 4, 6° » au lieu de « à l'article 47*novies*/1, § 4, 6° ». En effet, il s'agit d'une référence interne à l'article 47*novies*/1 en projet même.

¹³ Cette question se pose également en ce qui concerne l'article 47*quinquies*, § 2, alinéa 2, actuel, du Code d'instruction criminelle.

¹⁴ L'article 47*novies*, § 3, alinéa 5, en projet, du Code d'instruction criminelle doit également viser ces personnes au lieu des « personnes visées à l'alinéa 4 ».

14. Selon l'article 47*novies*/1, § 3, alinéa 6, en projet, du Code d'instruction criminelle, l'infiltrant civil doit informer les personnes mentionnées dans cette disposition des infractions qu'il commet, « indépendamment de l'existence d'une autorisation préalable du procureur du Roi », ce qui signifie qu'il doit également les informer des infractions qu'il a commises et pour lesquelles le procureur du Roi n'a pas donné l'autorisation préalable visée à l'article 47*novies*/1, § 3, alinéa 2, en projet, du Code d'instruction criminelle. Dans la mesure où cette disposition concerne également ces dernières infractions, elle n'est pas compatible avec le droit de ne pas s'incriminer soi-même d'une infraction¹⁵. Elle sera dès lors réexaminée.

15. À la fin du texte néerlandais de l'article 47*novies*/1, § 3, alinéa 7, en projet, du Code d'instruction criminelle, on écrira « in § 1, tweede lid » au lieu de « in het tweede lid van paragraaf 1 ».

16. L'article 47*novies*/1, § 3, alinéa 8, en projet, du Code d'instruction criminelle, qui est analogue à l'article 47*quinquies*, § 4, de ce même code, permet au « ministre de la Justice » et au « ministre de l'Intérieur » (lire : les ministres qui ont la Justice et l'Intérieur dans leurs attributions) de prendre, sur la proposition commune du procureur fédéral et du procureur général chargé des méthodes particulières de recherche, les « mesures spécifiques » absolument nécessaires en vue de garantir la protection de l'identité et la sécurité des infiltrants civils, des agents d'accompagnement et des agents de contrôle. Il serait préférable de mieux délimiter la portée de ces mesures, d'autant que la dernière phrase de la disposition en projet (comme la dernière phrase de l'article 47*quinquies*, § 4, du Code d'instruction criminelle) énonce qu'il ne peut y avoir d'infraction « quand des faits sont commis dans ce cadre ».

17. Selon l'article 47*novies*/1, § 4, 3°, en projet, du Code d'instruction criminelle, l'autorisation d'infiltration civile mentionne « le nom, s'il est connu, ou, s'il ne l'est pas, une description aussi précise que possible de la ou des personnes visées au § 1^{er} ». Toutefois, le paragraphe 1^{er} auquel il est fait référence mentionne tant l'infiltrant civil lui-même (dont le nom sera d'ailleurs toujours connu) qu'une ou plusieurs personnes concernant¹⁶ lesquelles il existe des indices sérieux qu'elles commettent les infractions visées dans ce paragraphe. Ainsi qu'il ressort également de l'exposé des motifs, seules ces dernières personnes sont visées dans la disposition citée en premier¹⁷, ce qui devrait y être exprimé plus clairement¹⁸.

18. L'article 47*novies*/1, § 4, 6°, en projet, du Code d'instruction criminelle requiert que l'autorisation d'infiltration civile mentionne le nom et la qualité de « l'officier de police judiciaire visées (lire : visé) à l'article 47*ter*, § 2, alinéa quatre (lire : 4), [du Code d'instruction

¹⁵ Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ce droit est une composante du droit à un procès équitable, inscrit au paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, étroitement lié à la présomption d'innocence, prévue au paragraphe 2 du même article (Cour eur. D H, 17 décembre 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*).

¹⁶ Dans le texte néerlandais de ce paragraphe, on ajoutera encore les mots « ten aanzien » entre le mot « personen » et le mot « waarvan ».

¹⁷ L'infiltrant civil même est mentionné à l'article 47*novies*/1, § 4, 7°, en projet, du Code d'instruction criminelle.

¹⁸ Mieux vaudrait du reste améliorer également la rédaction de l'article 47*octies*, § 3, du Code d'instruction criminelle.

criminelle] qui dirige l'exécution de l'infiltration civile »¹⁹. Or, cette dernière disposition vise l'officier chargé du *contrôle permanent* des méthodes particulières de recherche dans l'arrondissement. La question se pose de savoir si c'est effectivement cette personne qui est visée, ou l'agent d'accompagnement visé à l'article 47*novies*/1, § 2, alinéa 5, en projet, du Code d'instruction criminelle. Il convient de le préciser à l'article 47*novies*/1, § 4, 6°, en projet, du Code d'instruction criminelle.

Une question identique se pose à propos des références figurant à l'article 47*novies*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et § 2, alinéa 2, en projet.

19. Selon l'article 47*novies*/1, § 4, 7°, en projet, du Code d'instruction criminelle, l'identité de l'infiltrant civil est mentionnée dans l'autorisation d'infiltration civile sous la forme d'un code « dont les modalités et les conditions d'application sont rédigées dans une directive policière qui est approuvée par le Collège des Procureurs généraux ». Eu égard aux principes régissant l'exercice de la fonction normative, ces instructions ne peuvent concerner que des questions d'ordre purement pratique et ne peuvent dès lors pas contenir de règles proprement dites. Lorsque pareilles règles doivent être édictées, elles doivent l'être dans l'avant-projet même ou une délégation à cet effet doit être conférée au Roi, dans les limites qui la permettent.

20. Selon l'article 47*novies*/1, § 5, en projet, du Code d'instruction criminelle, le procureur du Roi indique « à ce moment » dans une décision séparée les infractions qui peuvent être commises par l'infiltrant civil, les agents d'accompagnement, les agents de contrôle et « les personnes visées au § 3, alinéa 4 »²⁰. À la question de savoir à quel moment il est fait référence, le délégué a répondu ce qui suit :

« Op het ogenblik dat de schriftelijke machtiging tot het inzetten van een burgerinfiltrant wordt opgesteld zoals voorzien in paragraaf 4, kan de procureur des Konings de schriftelijke toestemming tot het plegen van misdrijven opstellen. Dat kan uiteraard ook achteraf (indien het nog niet nodig is om misdrijven te machtigen).

We volgen hier woordelijk dezelfde systematiek als voorzien in de andere bijzondere opsporingsmethoden ».

Si les mêmes termes apparaissent déjà effectivement dans une série d'articles existants, il n'en reste pas moins qu'on n'aperçoit pas clairement à quoi ils se réfèrent exactement et qu'en tout état de cause, ils ne sont pas adéquats lorsque l'autorisation de commettre des infractions peut encore être accordée après l'autorisation d'infiltration civile même. Mieux vaudrait dès lors réexaminer les dispositions concernées.

21. L'article 47*novies*/1, § 7, en projet, du Code d'instruction criminelle dispose que le procureur du Roi vérifie si « les conditions visées aux §§ 1^{er}, 2 et 4, sont remplies » lorsque l'autorisation d'infiltration civile est modifiée, complétée ou prolongée. L'article 47*novies*/1, § 4,

¹⁹ Comparer avec l'article 47*octies*, § 3, 6°, du Code d'instruction criminelle qui mentionne, en ce qui concerne l'infiltration policière, « le nom et la qualité de l'officier de police judiciaire qui dirige l'exécution de l'infiltration ».

²⁰ Il s'agit toutefois, d'une part, du magistrat qui accorde l'autorisation et des personnes déjà mentionnées (ce qui est sans intérêt), d'autre part, des « personnes visées à l'alinéa précédent », dont on n'aperçoit pas clairement de qui il s'agit (voir l'observation 12).

en projet, ne prévoit pas de conditions de fond auxquelles l'infiltration civile doit satisfaire, mais bien des exigences formelles auxquelles l'autorisation (initiale) d'infiltration doit répondre (et dans laquelle sont rappelées tout au plus certaines exigences de fond). Compte tenu de ce qui précède, on visera sans doute uniquement les paragraphes 1^{er} et 2 de l'article 47*novies*/1 en projet.

22. Selon l'article 47*novies*/1, § 8, alinéa 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle, le procureur du Roi est chargé de l'exécution des autorisations d'infiltration civile accordées dans le cadre d'une instruction, conformément à l'article 56*bis* du Code d'instruction criminelle. Or, cette règle figure déjà également à l'article 56*bis* du Code d'instruction criminelle, de sorte qu'il est superflu de la réitérer pour chacune des méthodes particulières de recherche²¹.

23. Par ailleurs, on peut rappeler les constatations suivantes formulées dans l'avis 32.673/2²².

« Quant à l'article 56*bis*, en projet, du Code d'instruction criminelle, il précise que le juge d'instruction est également habilité à délivrer des autorisations par lesquelles il décide de recourir aux méthodes particulières de recherche. Par dérogation à l'article 56, § 1^{er}, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle, ces méthodes seront cependant exécutées par le procureur du Roi. C'est aussi le procureur du Roi qui déterminera, dans une ordonnance, les infractions qui pourront être commises par les services de police dans le cadre de l'autorisation délivrée par le juge d'instruction.

Il en découle que le juge d'instruction n'a plus totalement la maîtrise de son instruction alors que l'article 56 du Code d'instruction criminelle précise qu'il est responsable de l'instruction qu'il doit mener à charge et à décharge, qu'il doit également veiller à la légalité des moyens de preuve ainsi qu'à la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés et qu'il peut poser lui-même les actes qui relèvent de la police judiciaire, de l'information et de l'instruction.

Par ailleurs, les rapports des officiers de police judiciaire chargés de la réalisation des opérations d'observation et d'infiltration ainsi que les rapports reprenant les informations obtenues d'indicateurs sont directement communiqués au procureur du Roi qui les joint au dossier confidentiel, le juge d'instruction ayant accès audit dossier mais ne pouvant en aucun cas faire mention du contenu de ce dossier dans le cadre de son instruction (article 56*bis*, alinéa 3, en projet, du Code d'instruction criminelle) ».

24. En ce qui concerne la référence à l'article 47*novies*/1, § 4, 6°, figurant à l'article 47*novies*/2, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle, il est renvoyé à l'observation 18.

25. La question se pose de savoir si l'article 47*novies*/2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, et alinéa 3, en projet, du Code d'instruction criminelle ne doit pas également viser le procureur fédéral²³.

²¹ Il en va de même pour les articles 47*sexies*, § 7, alinéa 1^{er}, et 47*octies*, § 7, alinéa 1^{er}, existants du Code d'instruction criminelle.

²² Avis C.E. 32.673/2 du 7 décembre 2001 sur un avant-projet devenu la loi du 6 janvier 2003 'concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête', *Doc. parl.*, Chambre, 2001-02, n° 50-1688/1, p. 146.

26. L'alinéa 1^{er} de l'article 47*novies*/2, § 3, en projet, du Code d'instruction criminelle énonce que seuls le procureur du Roi et le procureur fédéral peuvent consulter le mémorandum écrit qui y est visé. On peut se demander si ce droit ne doit pas également être accordé au juge d'instruction lorsqu'il autorise une infiltration civile et, si tel ne devait pas être le cas, comment le justifier.

En outre, on peut se demander pourquoi l'alinéa 2 de la disposition précitée ne mentionne que le procureur du Roi.

27. En ce qui concerne l'article 47*novies*/3, §§ 1^{er} et 4, en projet, du Code d'instruction criminelle, la question se pose également de savoir s'il ne doit pas faire mention du procureur fédéral lorsqu'il a accordé l'autorisation d'infiltration civile.

28. La dernière phrase de l'article 47*novies*/3, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, du Code d'instruction criminelle dispose que le contenu du dossier confidentiel qui y est visé, est couvert par le secret professionnel. Même si une phrase analogue figure déjà aux articles 47*septies*, § 1^{er}, alinéa 2, et 47*novies*, § 1^{er}, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, il faut néanmoins observer que cette règle résulte déjà de l'article 458 du Code pénal et qu'il est dès lors superflu (et par ailleurs ambigu)²⁴ de la répéter expressément. Les phrases précitées doivent dès lors être omises.

Article 7

29. Dans la phrase à ajouter à l'article 102, 1^o, du Code d'instruction criminelle, on écrira, « est assimilée » au lieu de « peut être assimilée ».

Articles 8 et 9

30. Les articles 8, 3^o et 5^o, et 9, 5^o, de l'avant-projet visent chaque fois « l'article 47*novies*/1, § 1^{er}, alinéa 3 ». Le délégué a confirmé qu'il s'agit de « l'article 47*novies*/1, § 1^{er}, alinéa 2 ». On adaptera les dispositions susmentionnées en ce sens.

En outre, dans le texte français de la phrase liminaire de l'article 8 de l'avant-projet, on écrira « article 235*ter* » au lieu de « article 56*bis* ».

Article 10

31. On n'aperçoit pas ce que l'article 235*quinquies*, § 2, alinéas 1^{er} et 2, en projet, du Code d'instruction criminelle entend par « des parties ». Interrogé à ce sujet, le délégué a répondu ce qui suit :

²³ À l'instar de l'article 47*novies*/2, § 3, alinéa 1^{er}, en projet.

²⁴ En effet, il pourrait s'en déduire à tort que le secret professionnel ne s'applique pas lorsque la disposition ne le prévoit pas (spécifiquement).

« Dat is inderdaad correct: bij de verplichte tussentijdse wettigheidscontrole overeenkomstig artikel 235^{quinquies} Sv. zijn er geen partijen betrokken. Het is dan ook logisch dat de procureur-generaal gehoord wordt buiten hun aanwezigheid ».

Le membre de phrase « , séparément et en l'absence des parties, » peut dès lors chaque fois être supprimé.

32. Dans le texte néerlandais de l'article 235^{quinquies}, § 3, alinéa 2, en projet, du Code d'instruction criminelle, on écrira « de zaak bij de kamer van inbeschuldigingstelling wordt aanhangig gemaakt » au lieu de « de kamer van inbeschuldigingstelling wordt gevat ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Astrid TRUYENS

Jo BAERT