

Numéro du rôle : 4307
Arrêt n° 98/2008 du 3 juillet 2008

A R R E T

---

*En cause* : la question préjudicielle relative à l'article 189<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle, posée par la Cour d'appel de Gand.

La Cour constitutionnelle,

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

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

\*

\*   \*   \*

## I. *Objet de la question préjudicielle et procédure*

Par arrêt du 18 septembre 2007 en cause du ministère public contre P.S. et autres, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 10 octobre 2007, la Cour d'appel de Gand a posé la question préjudicielle suivante :

« L'article 189<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en ce que les personnes qui ont fait l'objet de la méthode particulière de recherche de l'observation avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003 n'ont pas droit au contrôle par une juridiction impartiale et indépendante du dossier confidentiel, constitué sur la base de la circulaire ministérielle du 24 avril 1990, modifiée par la circulaire du 5 mars 1992, alors que les personnes qui ont fait l'objet de la méthode particulière de recherche de l'observation après l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003 ont effectivement droit, en vertu des articles 189<sup>ter</sup> et 235<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle, au contrôle du dossier confidentiel, visé à l'article 47<sup>septies</sup>, § 1er, par une juridiction impartiale et indépendante, à savoir la chambre des mises en accusation ? ».

P.S. et le Conseil des ministres ont introduit chacun un mémoire; P.S. a également introduit un mémoire en réponse.

A l'audience publique du 28 mai 2008 :

- ont comparu :

. Me S. De Baere, avocat au barreau de Bruxelles, *loco* Me H. Rieder, avocat au barreau de Gand, pour P.S.;

. Me F. Vandevoorde *loco* Me J. Bourtembourg et Me F. Belleflamme, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;

- les juges-rapporteurs E. De Groot et J. Spreutels ont fait rapport;

- les avocats précités ont été entendus;

- l'affaire a été mise en délibéré.

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

## II. *Les faits et la procédure antérieure*

Par jugement du 12 janvier 2004 du Tribunal de première instance de Gand, statuant en matière pénale, P.S. et R.G. ont été condamnés en raison de diverses infractions à la loi du 24 février 1921 « concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, psychotropes, désinfectantes ou antiseptiques et des substances pouvant servir à la fabrication illicite de substances stupéfiantes et psychotropes ».

Les condamnés et le ministère public ont interjeté appel de ce jugement auprès de la Cour d'appel de Gand.

P.S. a demandé à la Cour d'appel de charger la chambre des mises en accusation de contrôler l'application de la méthode particulière de recherche de l'observation, conformément à l'article 235ter du Code d'instruction criminelle. La Cour d'appel a estimé qu'il était incontestable que la méthode particulière de recherche de l'observation avait été utilisée en vue de l'obtention de preuves et qu'un dossier confidentiel avait très vraisemblablement été constitué dans cette affaire. La Cour a toutefois constaté que l'affaire avait été portée devant le juge de première instance avant l'existence et l'entrée en vigueur aussi bien de la loi du 6 janvier 2003 « concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête » que de la loi du 27 décembre 2005 « portant des modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code judiciaire en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée ». Les dispositions de ces lois n'étaient donc pas encore d'application. Au moment du règlement de la procédure, le procureur du Roi n'était, dès lors, pas tenu de saisir la chambre des mises en accusation en vue de contrôler la méthode particulière de recherche, contrôle qui n'était pas légalement prévu à ce moment.

La Cour d'appel a également constaté que dans un arrêt du 31 octobre 2006, la Cour de cassation avait estimé que le contrôle des méthodes particulières de recherche visées aux articles 189ter et 235ter du Code d'instruction criminelle porte uniquement sur les méthodes de l'observation et de l'infiltration qui ont donné lieu, en application des lois des 6 janvier 2003 et 27 décembre 2005, à l'établissement du dossier confidentiel visé aux articles 47septies ou 47novies de ce Code. La Cour de cassation a répondu au moyen du demandeur en cassation, selon lequel l'article 189ter du Code d'instruction criminelle crée une différence de traitement non raisonnablement justifiée sur le plan du contrôle du dossier confidentiel, en fonction de la date à laquelle une affaire est portée devant le juge, que cette différence de traitement découle uniquement de la date à laquelle la méthode particulière de recherche a été utilisée, et non des articles 189ter et 235ter du Code d'instruction criminelle.

La Cour d'appel a jugé nécessaire de poser à la Cour la question préjudicielle suggérée par P.S.

### III. *En droit*

- A -

A.1. Selon le prévenu P.S., il existe une différence de traitement non justifiée entre les catégories d'inculpés totalement égales qui ont fait l'objet de la méthode particulière de recherche de l'observation, selon que celle-ci a été utilisée avant ou après l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003 « concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête » et de la loi du 27 décembre 2005 « portant des modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code judiciaire en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée », en ce que les uns n'ont pas accès, contrairement aux autres, à un juge indépendant et impartial qui peut exercer le contrôle de la légalité du contenu du dossier confidentiel.

Le législateur n'a indiqué aucun objectif légitime pour cette différence de traitement et il n'existe pas davantage de justification objective et raisonnable à cet égard. En effet, le législateur a simplement oublié de prévoir des dispositions transitoires en vue d'exécuter l'arrêt de la Cour n° 202/2004 du 21 décembre 2004. L'absence d'accès à un juge indépendant et impartial est une conséquence disproportionnée de l'absence de réglementation légale.

A.2. P.S. peut admettre l'interprétation de la disposition en cause en tant que règle de procédure, laquelle est donc d'application immédiate à toutes les procédures pendantes, de sorte que la chambre des mises en accusation est également compétente pour contrôler les méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration antérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003.

A.3. Le Conseil des ministres observe qu'une simple différence de traitement dans le temps n'est pas constitutive en soi d'une discrimination, de sorte que la question préjudicielle appelle une réponse négative.

Etant donné qu'elle fixe les modalités et conditions des méthodes de recherche ainsi que le contenu du dossier confidentiel, la loi du 6 janvier 2003 détermine également la manière dont doit être exécuté le contrôle de ce dossier. Les méthodes particulières de recherche antérieures à la loi du 6 janvier 2003 ont été exécutées conformément aux dispositions des circulaires des 24 avril 1990 et 5 mars 1992, qui ne prévoyaient pas la constitution d'un dossier confidentiel. Il est dès lors difficile d'apercevoir comment le législateur aurait pu déclarer le contrôle des méthodes particulières de recherche réglé dans les lois des 6 janvier 2003 et 27 décembre 2005 applicable aux méthodes particulières de recherche mises en œuvre avant l'entrée en vigueur de ces lois.

La circonstance qu'il n'était pas constitué de dossier confidentiel précédemment a pour effet que le contrôle du dossier pénal diffère selon que la méthode de recherche a été appliquée avant ou après la loi du 6 janvier 2003. Non seulement aucune pièce ne pouvait être utilisée à l'encontre de l'accusé, comme c'est en revanche actuellement le cas, mais la chambre des mises en accusation contrôlait aussi la régularité du dossier pénal sur la base de l'article 235*bis* du Code d'instruction criminelle. La chambre des mises en accusation pouvait déclarer les poursuites nulles lorsqu'elle avait l'impression que les enquêteurs dissimulaient des éléments importants concernant la manière dont ils avaient recueilli les éléments de preuve.

A.4. En ordre subsidiaire, le Conseil des ministres plaide pour une interprétation conforme à la Constitution, selon laquelle la chambre des mises en accusation est compétente pour exercer un contrôle de légalité sur la méthode particulière de recherche de l'observation, quel que soit le moment auquel cette méthode a été appliquée et tant que la procédure en cours le permet.

Le Conseil des ministres est conscient du fait que dans son arrêt du 31 octobre 2006, la Cour de cassation a estimé que la disposition en cause ne s'applique pas à la méthode particulière de recherche de l'observation utilisée avant l'entrée en vigueur des lois des 6 janvier 2003 et 27 décembre 2005, mais rien n'empêche la Cour de juger cette interprétation inconstitutionnelle.

- B -

B.1. La question préjudicielle a pour objet de demander à la Cour si l'article 189*ter* du Code d'instruction criminelle viole les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

La Cour doit statuer sur cette disposition en ce que les personnes qui ont fait l'objet de la méthode particulière de recherche de l'observation avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003 « concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête » (*Moniteur belge* du 12 mai 2003) n'auraient pas le droit de demander au tribunal, sur la base dudit article 189*ter* du Code d'instruction criminelle, de charger la chambre des mises en accusation du contrôle de l'application de cette méthode particulière de recherche, conformément à l'article 235*ter* du même Code, alors que les personnes qui ont

fait l'objet de cette méthode particulière de recherche après l'entrée en vigueur de la loi précitée du 6 janvier 2003 auraient effectivement ce droit.

B.2. Les articles 189<sup>ter</sup> et 235<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle ont été insérés par les articles 22 et 23 de la loi du 27 décembre 2005 « portant des modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code judiciaire en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée » (*Moniteur belge* du 30 décembre 2005), afin d'organiser un contrôle judiciaire des méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration.

Il est ainsi donné suite à l'arrêt de la Cour n° 202/2004 du 21 décembre 2004. Dans cet arrêt, la Cour avait en effet constaté que les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le droit à un procès équitable et avec les droits de la défense, garantis par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, étaient violés en ce que « les éventuelles illégalités entachant la mise en œuvre de l'observation ou de l'infiltration qui apparaîtraient uniquement des pièces contenues dans le dossier confidentiel ne peuvent faire l'objet d'un contrôle par un juge indépendant et impartial, et [...] *a fortiori*, ces illégalités ne peuvent être sanctionnées » (B.27.9).

B.3. L'article 235<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle charge la chambre des mises en accusation du contrôle de l'application de la méthode particulière de recherche de l'observation. Le contrôle est obligatoire et a lieu lors de la clôture de l'information, avant que le ministère public ne procède à la citation directe, ou à la fin de l'instruction, lorsque le juge d'instruction transmet son dossier au procureur du Roi en vertu de l'article 127, § 1er, alinéa 1er, du Code d'instruction criminelle. La chambre des mises en accusation peut également procéder à ce contrôle de manière provisoire, au cours de l'instruction, soit d'office, soit à la demande du juge d'instruction, soit sur la réquisition du ministère public (article 235<sup>quater</sup> du même Code). Ce contrôle peut également être ordonné par la juridiction de jugement (article 189<sup>ter</sup> du même Code), lorsqu'après le contrôle exercé par la chambre des mises en accusation, des éléments concrets et nouveaux apparaissent, lesquels pourraient

révéler l'existence d'une irrégularité en ce qui concerne ces méthodes particulières de recherche.

Ce contrôle par la chambre des mises en accusation peut être ordonné, par une juridiction de jugement, soit d'office, soit sur la réquisition du ministère public, soit à la demande du prévenu, de la partie civile ou de leurs avocats. Le tribunal transmet le dossier au ministère public, afin de porter, à cet effet, l'affaire devant la chambre des mises en accusation.

Dans l'arrêt n° 105/2007 du 19 juillet 2007, la Cour a jugé que les articles 189<sup>ter</sup> et 235<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle, à l'exception toutefois du paragraphe 6 de ce dernier article, étaient compatibles avec les dispositions qui sont également mentionnées en l'espèce dans la question préjudicielle.

B.4. La différence de traitement soumise à la Cour se fonde sur une lecture littérale des dispositions précitées, et en particulier de l'article 235<sup>ter</sup>, § 3, qui renvoie au dossier confidentiel visé à l'article 47<sup>septies</sup>, § 1er, alinéa 2, qui porte sur l'information ou sur l'instruction dans lesquelles ou dans le cadre desquelles la méthode particulière de recherche de l'observation a été appliquée. Selon la Cour de cassation, la chambre des mises en accusation ne peut être chargée du contrôle de l'application de la méthode particulière de recherche de l'observation mise en œuvre avant l'entrée en vigueur de la loi précitée du 6 janvier 2003 - qui a fixé la base légale de cette méthode particulière de recherche -, conformément aux circulaires ministérielles des 24 avril 1990 et 5 mars 1992 (Cass., 31 octobre 2006, P.06.1016.N).

B.5. La différence de traitement soumise à la Cour découle de la date à laquelle la méthode particulière de recherche de l'observation a été mise en œuvre.

Les articles 10 et 11 de la Constitution ne requièrent pas qu'une modification législative soit toujours accompagnée d'un régime transitoire particulier. En outre, c'est le propre d'une nouvelle règle d'établir une distinction entre les personnes qui sont concernées par des situations juridiques qui entrent dans le champ d'application de la règle antérieure et les personnes qui sont concernées par des situations juridiques qui entrent dans le champ d'application de la nouvelle règle. Semblable distinction ne viole pas en soi les articles 10 et

11 de la Constitution. A peine de rendre impossible toute modification de la loi, il ne peut être soutenu qu'une disposition nouvelle violerait les articles constitutionnels précités par cela seul qu'elle modifie les conditions d'application de la législation ancienne.

B.6. La Cour doit toutefois examiner si l'absence de contrôle par un juge indépendant et impartial de la méthode particulière de recherche de l'observation mise en œuvre avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003, qui résulte de la lecture littérale précitée de la disposition en cause, est compatible avec les dispositions dont la Cour doit assurer le respect.

B.7. Les droits de la défense et le droit à un procès équitable sont fondamentaux dans un Etat de droit. Le principe de l'égalité des armes entre l'accusation et la défense ainsi que le caractère contradictoire du procès constituent des aspects fondamentaux du droit à un procès équitable. Le droit à un procès pénal contradictoire implique, pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie, ainsi que de les discuter. Il en découle également l'obligation pour l'autorité de poursuite de communiquer en principe à la défense tous les éléments de preuve.

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

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

B.8. De ce qui précède, il découle que les personnes qui ont fait l'objet de l'une de ces méthodes particulières de recherche avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003 seraient discriminées dans l'exercice des droits de la défense et du droit à un procès équitable.

B.9. La Cour a annulé, par son arrêt n° 202/2004 du 21 décembre 2004, les articles 47*sexies*, §§ 4 et 7, alinéa 2, 47*septies*, § 1er, alinéa 2, et § 2, 47*octies*, §§ 4 et 7, alinéa 2, 47*novies*, § 1er, alinéa 2, et § 2, et 47*undecies* du Code d'instruction criminelle, modifié par la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête, mais a maintenu les effets de ces dispositions pendant le temps nécessaire au législateur pour instaurer le contrôle requis, par un juge indépendant et impartial, de la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration, ce délai ayant pris fin au plus tard le 31 décembre 2005 (B.30.3). La Cour a jugé que les articles précités « [étaient] entachés d'inconstitutionnalité uniquement en ce qu'ils ne prévoient pas que la mise en œuvre des méthodes d'observation et d'infiltration est contrôlée par un juge indépendant et impartial » et qu'elle ne pouvait qu'annuler ces articles, « la Cour n'étant pas compétente pour effectuer elle-même la désignation du juge compétent » (B.29).

B.10. A la lumière de cette décision de maintien des effets des dispositions annulées, il peut, en vue de garantir les droits fondamentaux prévus à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, être remédié à l'inconstitutionnalité constatée en B.8 par l'application des articles 189*ter* et 235*ter* du Code d'instruction criminelle, puisque la loi du 27 décembre 2005 a désigné un juge qui est compétent dans des circonstances comparables. Ce juge peut donc, pour tous les litiges qui n'ont pas encore fait l'objet d'une décision définitive, contrôler la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche, que celle-ci ait eu lieu avant ou après l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003 précitée. En effet, en juger autrement créerait, au détriment des personnes qui sont visées par la question préjudicielle, une atteinte discriminatoire aux droits garantis par les dispositions conventionnelles précitées.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

A condition qu'il soit procédé comme il est dit en B.10, l'article 189<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise et en langue française, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, à l'audience publique du 3 juillet 2008.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt