

**R**EVUE  
DE  
DROIT PENAL  
ET DE  
CRIMINOLOGIE

*Pour obtenir cette revue  
s'adresser à*

**LA CHARTE  
Rue Guimard, 19  
1040 BRUXELLES**

**R.D.P.  
REVUE MENSUELLE  
83<sup>e</sup> ANNEE  
MARS 2003**

**3**

## **Au croisement de la recherche proactive et des écoutes téléphoniques : construction et danger du mutualisme légistique<sup>1</sup>**

### **Introduction**

«Criminalité urbaine grave», «grand banditisme», «crime organisé» et depuis peu «terrorisme» constituent des expressions très «à la mode» auxquelles les médias n'ont cessé de faire référence dès qu'une «affaire» prend quelques dimensions.

Le discours politique intègre largement ce vocabulaire, tantôt pour attirer l'électorat sur le caractère déterminé des promesses en matière de politiques pénales, tantôt pour justifier l'élaboration et l'adoption de législations pénales tant matérielles que procédurales.

Si chacun semble s'entendre sur l'usage de ces notions, bien des questions peuvent cependant être soulevées sur leur sens et les réalités qu'il y a lieu de leur attacher. Mais tel n'est pas notre propos.

La question qui initie notre démarche est le dernier usage que fait le corps politique des notions de criminalité grave et organisée : au nom de la lutte contre la criminalité grave, de nombreuses législations pénales sont élaborées, proposées et adoptées. L'invocation du caractère organisé et grave de la criminalité aboutit tantôt à des dispositifs de droit pénal matériel, tantôt à des dispositifs de procédure pénale. Comme dans de nombreux autres pays, le droit belge regorge d'exemples : ainsi peut-on évoquer l'adoption de nouvelles lois telles que celle relative aux organisations criminelles, celle sur la responsabilité des personnes morales, celle relative à la répression de la corruption ... de même, de nombreuses législations d'exception en matière de procédure pénale sont proposées ou déjà adoptées (certaines tout récemment), toutes au nom de la même nécessité de lutter contre la criminalité grave. Ainsi en est-il des écoutes, prises de connaissance, enregistrements, repérages, identifications de communications et télécommunications, de la recherche proactive, des techniques particulières de recherche, du renversement de la charge de la preuve, des repentis, du témoignage anonyme, de la protection des témoins, de l'utilisation de l'analyse ADN aux fins d'identification...

---

(1) Article rédigé dans le cadre du Diplôme d'Etude Approfondie en Criminologie dispensé par l'Ecole de Criminologie de l'Université Catholique de Louvain. Que Dan KAMINSKI et Christian DE VALKENEER, promoteurs de cette recherche, soient particulièrement remerciés. Merci également à la relecture attentive de Isabelle WATTIER.

Nos précédentes recherches se sont principalement attachées à ces dernières questions de procédures, en particulier à l'étude du processus d'inscription dans le Code d'instruction criminelle belge de la recherche proactive<sup>2</sup>. A cette occasion, notre attention a été attirée par l'adoption d'une formulation légale qui révèle une figure juridique particulière: l'autorisation de la recherche proactive est possible en présence des incriminations énumérées dans une autre disposition du même Code d'instruction criminelle qui permet la mise en œuvre d'écoutes téléphoniques. Nous désignerons volontiers la combinaison de ces deux dispositions sous le vocable de «mutualisme». Ce terme désigne en zoologie une association de deux animaux d'espèces différentes qui retirent des bénéfices réciproques de cette union, sans vivre aux dépens l'un de l'autre. Dans le cas légistique qui nous occupe, chacune de ces deux dispositions peut être mise en œuvre sans nécessairement faire appel à l'autre<sup>3</sup>. Par ailleurs, le fait d'être conditionnées à une même liste d'infractions leur procure un surplus de capacité vitale, qui s'exprime sous la forme d'un élargissement de leurs conditions de mise en œuvre.

Comparaison n'est pas raison: que la définition zoologique présente en termes de bénéfice les effets de l'association n'occulte pas le point de vue résolument critique que nous adoptons à l'égard du «profit» qu'en retirent les deux dispositions de procédure pénale associées. Par ailleurs, si le mutualisme zoologique peut apparaître sans autre intervention que celle de Dame Nature, le mutualisme légistique ne peut exister sans manipulation des textes par le législateur.

Le présent article se centre sur la figure légistique du mutualisme, comme illustration d'un processus législatif particulier.

La partie I expose très brièvement l'actuel dispositif législatif en matière d'écoutes téléphoniques, en mettant l'accent sur l'adoption d'une liste d'incriminations permettant au juge d'instruction d'autoriser une telle mesure (art. 90ter C.I.cr.).

La partie II décrit l'émergence progressive de la recherche proactive, et en particulier l'adoption du cadre qui la légalise (art. 28bis C.I.cr.). Ce

---

(2) B. RENARD et J. VANDERBORGH, *Recherche Proacti(e)ve Recherche, exponent van een vernieuwde aanpak? révélateur d'une approche nouvelle? Onderzoek naar de proactieve recherche in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit. Etude relative à la recherche proactive dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée*. Programme de recherche du Département de Criminologie de l'INCC, Mars 1998 – Décembre 1999, 386 p., non publié; Le Code d'instruction criminelle est désigné par les initiales C.I.cr.

(3) En effet, si l'article 90ter C.I.cr. définit partiellement le champ d'application de l'article 28bis du même code, ce dernier peut être engagé en invoquant l'article 324bis du Code pénal incriminant les organisations criminelles, sans référence à l'article 90ter.

texte de loi vise essentiellement la définition des conditions de mise en œuvre de la recherche proactive en se référant à d'autres dispositions pénales, parmi lesquelles l'article 90<sup>ter</sup> précité. Nous prenons l'espace pour exposer l'émergence de cette référence.

La similitude apparente des deux dispositifs de procédure pénale ainsi présentés ne doit pas faire croire à un choix de textes basé sur leur seule qualité comparative. Leur adoption respective répond, au contraire, à des enjeux distincts: la loi sur les écoutes téléphoniques était revendiquée par les praticiens afin de permettre une pratique qui, à défaut d'un texte légal, ne pouvait répondre aux exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (nécessité d'une loi pour pouvoir déroger au principe du respect de la protection de la vie privée). L'adoption de l'article 28<sup>bis</sup> C.I.cr. par contre répondait à la question de savoir si la recherche proactive fait partie de l'information. Loin d'entériner une revendication des praticiens, elle vise plutôt une reprise en main de pratiques policières considérées comme trop autonomes. Ce n'est donc pas l'enjeu de leur réglementation qui nous entraîne à aborder ces deux dispositifs, mais uniquement la référence à une liste identique d'infractions.

En outre, à ce stade, notre propos n'est pas de nous interroger sur la qualité de la définition de la recherche proactive au sein du C.I.cr., ni sur le caractère exhaustif de la liste des infractions conditionnant la mise en œuvre des deux dispositions relatives aux écoutes téléphoniques et à la recherche proactive. Il s'agit exclusivement de mettre en évidence un mécanisme d'élaboration de normes de procédure pénale, faisant apparaître en particulier la réflexion législative qui a mené à leur combinaison.

La genèse de la figure mutualiste exposée, la troisième partie est le lieu d'une réflexion critique sur les effets de cette figure et sur leur portée. Dans ce but, nous dressons d'abord quelques constats qui nous semblent problématiques. Nous formulons ensuite un certain nombre de réflexions, centrées sur les dangers inhérents à la forme légistique de mutualisme. Quelques suggestions sont enfin formulées en guise de conclusion.

Cherchant les symptômes des évolutions là où ils se manifestent, nous proposons une critique interne du droit fondée sur une analyse juridique approfondie. La perspective adoptée dépasse pourtant une lecture purement positiviste des dispositions légales, pour s'interroger sur le mode de constitution du droit lui-même et les effets (conscients?) des choix législatifs opérés.

## I. Les dispositifs en matière d'écoutes téléphoniques

La Belgique fut le dernier pays du Conseil de l'Europe à adopter une réglementation en matière d'écoutes téléphoniques. Si le repérage et le comptage des communications téléphoniques furent visés par la loi du 11 février 1991<sup>4</sup>, ce n'est qu'en 1995 que les écoutes judiciaires proprement dites furent rendues possibles<sup>5</sup>.

Dans l'état actuel, la législation sur les écoutes judiciaires envisage plusieurs interdictions (art. 259*bis* et 314*bis* C. pén.), plusieurs mesures distinctes que sont l'écoute et l'enregistrement proprement dits (art. 90*ter* à *nonies* C.I.cr.) mais aussi le repérage (art. 88*bis* C.I.cr.) et l'identification (art. 46*bis* C.I.cr.), ainsi qu'une réglementation particulière relative aux appareillages (art. 5 et s. de la loi du 30 juin 1994)<sup>6</sup>.

Pour notre propos, la matière des écoutes téléphoniques ne nous intéresse que dans la mesure où elle constitue la première législation d'exception en matière de procédure pénale<sup>7</sup>. Bon nombre des législations successives qui instaurent également des pouvoirs d'investigation particuliers aux acteurs de répression semblent prendre pour acquis le raisonnement tenu lors de l'élaboration de la «loi sur les écoutes téléphoniques» relatif à la justification des mesures d'investigation d'exception adoptées. L'abondante réflexion qui a précédé l'adoption de la loi du 30 juin 1994 met particulièrement bien en évidence non seulement l'équilibre à trouver entre

---

(4) Loi introduisant l'article 88*bis* C.I.cr.; Voyez F. DERUYCK, «De wet van 11 februari 1991 tot invoering van een artikel 88*bis* in het Wetboek van Strafvordering, betreffende het opsporen van telefonische mededelingen», *R.W.*, 1991-92, pp. 10 et s.

(5) Loi du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées, *M.B.*, 24 janvier 1995, entrée en vigueur le 3 février 1995.

(6) Pour une analyse de cette législation, voyez Th. HENRION, «Les écoutes téléphoniques», *J.T.*, 1995, pp. 205 à 213; H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, «La loi belge du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées», *Rev. dr. pén.*, 1995, pp. 301 à 343. Notez que les deux lois de 1991 et de 1994 furent ensuite modifiées par la loi du 10 juin 1998. Pour un commentaire de ces modifications, voyez D. VANDERMEERSCH, «Les modifications en matière de repérage et d'écoute de (télé)communications introduites par la loi du 10 juin 1998», *Rev. dr. pén.*, 1998, pp. 1061 à 1074. Voyez enfin A. SADZOT, «Les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement des (télé)communications privées après la loi du 10 juin 1998», in s.l.d. M. FRANCHIMONT, *Le point sur les procédures* (1<sup>ère</sup> partie), Formation permanente CUP, Mars 2000, Université de Liège, pp. 223 à 255.

(7) Par caractère exceptionnel, nous entendons le fait que cette disposition porte atteinte à une liberté tout à fait fondamentale, la vie privée, qu'elle ne peut être mise en œuvre que par une autorité spécifique, dans un champ d'application déterminé. Cette atteinte importante était considérée comme particulièrement inacceptable à l'époque de son adoption.

le respect de la sphère privée du particulier à préserver et la nécessité de pouvoir lutter efficacement «*contre le terrorisme, le grand banditisme et le crime organisé*»<sup>8</sup>, mais aussi la question fondamentale du degré de gravité des délits qui justifie l'adoption de législations d'exception.

C'est cette dernière question, développée en matière d'écoutes téléphoniques au sens strict, qui va retenir notre attention.

Par dérogation au principe d'interdiction des écoutes téléphoniques, l'article 90ter C.I.cr., § 1<sup>er</sup>, octroie au juge d'instruction, lorsque les nécessités de l'instruction l'exigent, et à titre exceptionnel, le pouvoir d'écouter, de prendre connaissance et d'enregistrer, pendant leur transmission, des communications et télécommunications privées. Par ailleurs, le législateur subordonne la possibilité d'une telle mesure à l'existence d'indices sérieux que les faits dont le juge d'instruction est saisi constituent une infraction visée par l'une des dispositions énumérées au paragraphe 2.

Le deuxième paragraphe énumère les infractions pouvant justifier la mesure de surveillance<sup>9</sup>.

Le paragraphe 3 de l'article 90ter prévoit que «la tentative de commettre un crime visé au paragraphe précédent peut également justifier une mesure de surveillance».

Le paragraphe 4 ajoute, quant à lui, l'association de malfaiteurs. Une infraction, visée aux articles 322 ou 323 du Code pénal, peut également justifier une mesure de surveillance, pour autant que l'association soit formée dans le but de commettre un attentat contre les personnes ou les propriétés visées au § 2.

Une des grandes difficultés qu'a rencontrées le législateur de 1994 fut de traduire dans la loi le principe de proportionnalité<sup>10</sup>, qui impose que la

---

(8) Projet de loi relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n° 843/1, p. 1.

(9) La liste exhaustive et à jour de ces infractions est reprise en annexe du présent article.

(10) Pour une définition de ce principe, nous renvoyons à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi qu'aux développements de la doctrine. Voyez par exemple F. RIGAUD, *La vie privée, une liberté parmi les autres?*, Chaire Francqui 1992, Travaux de la Faculté de droit de Namur, Vol. 17, Bruxelles, Larcier, 1992, en particulier les contributions de Y. POULLET et Th. LEONARD, pp. 251 et s.; ou encore S. VAN DROGENBROEKE, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, FUSL, 2001, 786 p.; Voyez également les commentaires de la Commission parlementaire chargée d'enquêter sur la criminalité organisée en Belgique, Rapport final, *Doc. parl.*, Sénat, n° 326/9, pp. 407 et 408.

mesure exceptionnelle d'écoutes téléphoniques ne s'applique que dans un champ d'application limité à des situations exceptionnelles.

La détermination de ces situations a suscité un très long débat, dont l'analyse révèle une articulation en trois étapes principales dans le raisonnement du législateur :

1. La réflexion du législateur de réserver l'utilisation des écoutes téléphoniques à des situations extrêmes a posé la question des limites juridiques qu'un Etat se donne dans les moyens de contrôle de ses citoyens. A cet égard, le gouvernement soulignait *«qu'il ne peut être dérogé à l'interdiction de l'écoute que très exceptionnellement : l'écoute est possible à titre d'instruction pour des faits commis dans le contexte de la grande criminalité, moyennant une ordonnance motivée d'une validité limitée dans le temps, qui peut éventuellement être prolongée par la chambre du conseil. Des garanties suffisantes ont été prévues afin de limiter autant que possible le recours à cette mesure exceptionnelle»*<sup>11</sup>.

Et c'est à travers la notion de gravité que le législateur s'est attaché à baliser le pouvoir d'investigation étatique, rappelant régulièrement que *«les infractions pour lesquelles cette mesure d'instruction est possible, sont limitées à des formes de criminalité graves correspondant notamment à ce qu'il est convenu d'appeler terrorisme, grand banditisme ou crime organisé»*<sup>12</sup>.

2. Il s'agissait également pour le législateur de traduire de manière claire le critère de gravité des faits, afin de permettre une application du principe de proportionnalité dans la mise en œuvre de mesures d'investigation lourdes, particulièrement attentatoires aux libertés individuelles, telles que les écoutes téléphoniques. Deux grandes options étaient alors possibles : soit on s'attachait à définir un seuil de condamnation au-delà duquel une telle mesure est possible, soit on établissait une liste limitative de délits considérés comme graves. C'est cette dernière option qui s'est imposée d'emblée au législateur dans la mesure où *«les faits pour lesquels cette mesure d'instruction est possible, doivent être limités à des formes de criminalité graves correspondant à ce qu'il est convenu d'appeler terrorisme, grand banditisme ou crime organisé. Comme ces notions criminologiques n'ont pas de signification définie dans la législation belge, une énumération limitative des faits visés est donnée à l'article 90ter, § 2, 3 et 4. Cette formule*

(11) Projet de loi relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, *op. cit.*, n° 843/1, p. 5.

(12) Projet de loi relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, *op. cit.*, n° 843/2, p. 13. Notez que ces notions de *terrorisme, grand banditisme ou crime organisé* n'étaient pas autrement définies à l'époque.

*présente l'avantage de permettre au législateur de limiter strictement le recours aux mesures d'écoutes aux cas dans lesquels il les estime justifiées*<sup>13</sup>.

3. Il ne restait plus aux parlementaires qu'à déterminer les infractions qui devaient composer la liste. C'est sur ce point que les débats ont été les plus nourris: certains s'inquiétaient «*du caractère éventuellement trop restrictif de la liste des infractions permettant au juge d'instruction de recourir à certaines mesures*»<sup>14</sup>. D'autres, répondant à un amendement visant à élargir la liste, soulignaient au contraire que «*l'extension proposée va à l'encontre de l'objet initial du projet à l'examen. Le but est de permettre l'écoute de communications téléphoniques pour un nombre limité d'infractions, dans lesquelles la vie ou la dignité du citoyen se trouve directement menacée. Il ne lui paraît, dès lors, pas opportun que le cadre dans lequel le recours à la nouvelle technique de surveillance est rendu possible soit défini trop largement dès le départ*»<sup>15</sup>.

## **II. Les dispositifs en matière de recherche proactive**

Dès sa constitution en juin 1995, le gouvernement fédéral inscrit dans son programme que des mesures seront prises dans le domaine de la lutte contre le crime organisé. Notamment, il mentionne que, pour certaines formes de crime organisé, il y a lieu de «*définir dans la loi*» et prévoir l'utilisation de certaines techniques spéciales d'investigation et de recherche<sup>16</sup>.

Le Plan d'Action du Gouvernement du 28 juin 1996 contre le crime organisé, relayant ce programme, consacre un chapitre à la lutte contre les

---

(13) Projet de loi relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, *op. cit.*, n° 843/1, p. 12. Le Conseil d'Etat était plus nuancé à cet égard: «*Si la technique de l'énumération limitative des infractions justifiant la surveillance, offre l'incontestable avantage de cerner avec précision les seuls cas dans lesquels la mesure de surveillance est licite, elle présente le risque, si l'on n'y est attentif, de s'exposer à des oublis ou à des distinctions ne reposant pas sur des critères objectifs et raisonnables*», *ibid.*, p. 58.

(14) Projet de loi relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, *op. cit.*, n° 843/2, p. 38. Dans le même sens, le représentant du ministre répondait à certaines demandes d'extension de la liste: «*quant à faciliter le recours à des mesures d'enquête dans le cadre de la lutte contre certaines fraudes, la discussion est ouverte quant à l'extension éventuelle de la liste d'infractions contenues dans le projet (article 90ter, § 2, du Code d'instruction criminelle proposé)*. Sur ce point également, le ministre est ouvert à toutes suggestions», *ibid.*, pp. 43 et 44.

(15) *Ibid.*, p. 100.

(16) Voyez le chapitre VI.1 «*Une meilleure administration de la justice*», dans les '*Lignes de force du programme du gouvernement fédéral*', juin 1995, p. 45.

organisations criminelles. C'est à ce niveau qu'il est affirmé que, «pour combattre de manière efficace le crime organisé, il faut réaliser des adaptations sur divers terrains». Le plan prévoit d'examiner des mesures en vue, notamment, d'une amélioration des recherches, au premier rang desquelles est abordée la recherche proactive<sup>17</sup>:

*«La recherche proactive vise à détecter toute organisation criminelle par le biais d'un travail de réflexion approfondie pour ensuite la démanteler via une opération de recherche multidisciplinaire planifiée, organisée sous le contrôle de la magistrature. On fixera un cadre qui permettra aux services de police d'effectuer des recherches proactives concernant des éléments qui au départ de cette enquête ne semblent pas directement liés à un délit déjà commis, mais qui après enquête peuvent faire apparaître :*

- des crimes qui ont été commis mais ne sont pas encore élucidés ;*
- des crimes qui probablement seront commis.*

*En outre, il sera examiné dans quelle mesure les techniques (spéciales) de recherche pourront être utilisées dans le cadre de la recherche proactive, sous le contrôle de la magistrature ».*

Un groupe de travail du ministère de la Justice sur le «crime organisé», évoqué dans le Plan d'Action du Gouvernement, fut constitué et s'est penché sur la question de la recherche proactive afin de préparer la circulaire précitée<sup>18</sup>. En particulier, ce groupe a focalisé sa réflexion sur la définition même de la notion de recherche proactive afin d'éviter toute ambiguïté et de cerner clairement le champ d'action des services de police, ainsi que celui des directives en projet. Il s'est également penché sur l'élaboration d'une réglementation afin d'organiser de manière uniforme et stricte la mise en route, la direction et le contrôle d'une telle recherche<sup>19</sup>.

C'est également au cours de cette période que la presse publie des informations relatives à l'existence d'un projet d'enquête de la gendarme-

---

(17) S'inscrivant là dans la droite ligne de l'influence internationale mentionnée au premier chapitre. *Plan d'Action du Gouvernement du 28 juin 1996 contre le crime organisé*, pp. 8 et 9 (point 4.2.1. consacré à la recherche proactive).

(18) Ce groupe était entre autres composé pour l'occasion de représentants du ministre de la Justice, de la Direction générale de la législation pénale et des droits de l'homme, du Service de la politique criminelle, des magistrats nationaux, des services de police ...

(19) Voir Service de la Politique criminelle, *Rapport annuel d'activité*, 1996-1997, p. 95.

rie appelée «l'opération Rebelle»<sup>20</sup>. «Ce projet d'enquête visait à cerner l'implication de membres de la communauté turque dans le trafic d'héroïne. Dans cette affaire, la gendarmerie aurait observé dans plusieurs districts que les principaux fournisseurs de drogues et d'héroïne avaient des liens avec des associations turques en Belgique et à l'étranger. Pour effectuer ses recherches, elle a utilisé les données du registre national des personnes physiques ainsi que certaines données en provenance de l'étranger»<sup>21</sup>.

Outre l'émoi que de telles informations ont suscité, cette affaire a provoqué une réaction vive au sein de la classe politique. Elle soulevait en effet des questions aussi cruciales que la collecte et l'analyse d'informations par les services de police, le contrôle de l'activité d'enquête des services de police par la magistrature, l'autorisation (préalable) d'une enquête par un magistrat, l'autonomie d'action d'un service de police ...<sup>22</sup> Cette affaire a réellement joué un rôle de catalyseur de l'ensemble de ces questions et en matière de recherche proactive plus particulièrement.

La Circulaire confidentielle du 31 décembre 1996 émanant du ministre de la Justice relative à la recherche proactive<sup>23</sup> fut alors adoptée dans la lignée du plan précité du gouvernement contre le crime organisé. Elle donne une définition de la notion de recherche proactive et détermine les conditions de sa mise en œuvre.

Outre qu'elle fait référence à ce plan d'action qui prévoit «l'établissement d'un cadre légal permettant aux services de police de faire de la recherche dite proactive», cette circulaire n'ajoute rien quant aux nécessités

---

(20) Voir les articles successifs de Walter DE BOCK parus dans le quotidien *DE MORGEN*: «Rijkswacht screende half miljoen Turken», 24 juin 1996; «Rijkswacht blundert met 'Operatie Rebel'», 25 juin 1996; «Vande Lanotte wil onderzoek naar Operatie Rebel», 26 juin 1996; «Rijkswacht streeft naar monopoliepositie. Kritiek onder de magistraten op 'operatie Rebel' neemt toe», 27 juin 1996; «Willekeur troef in Operatie Rebel», 1<sup>er</sup> juillet 1996. Voir également «Rijkswacht snuffelt illegaal in bankdossiers», *De Standaard*, 25 juin 1996 ou encore C.D.S., «De vijfde colonne», *Knack*, 13 août 1996.

(21) G.L. BOURDOUX, «Quelques considérations sur le renseignement et la recherche proactive par les services de police en Belgique», *Déviance et Société*, 1997, vol. 21, p. 433.

(22) Voir question parlementaire n° 350 du 1<sup>er</sup> juillet 1996, DE MAN, *Bulletin des question et réponses*, Ch., 1995-1996, n° 45, pp. 6201-6202, qui renvoie à la très longue réponse du ministre de la Justice aux question, de BOUTMANS et ERDMAN, *Ann. parl.*, Sénat, Commission de la Justice, séance publique du mercredi 3 juillet 1996.

(23) Circulaire (confidentielle) du 31 décembre 1996 émanant du ministre de la Justice relative à la recherche proactive, p. 1. Cette circulaire a fait l'objet de certaines additions par la circulaire (confidentielle) du 16 février 1998 n° COL. 1/98 du Collège des Procureurs généraux près les Cours d'appel concernant la recherche proactive et la révision du formulaire de signalement et du *logboek*.

du cadre déjà exprimées. Elle précise uniquement que «*en attendant cette solution légale, la communication (l'annonce), la direction et le contrôle de la recherche proactive doivent dès à présent être réglés de manière uniforme et plus stricte*». De même, elle ajoute que «*les présentes directives ont un caractère provisoire et devront être revues après l'adoption du cadre légal*».

Durant la même période débutent à la Chambre les discussions sur le projet de loi relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction<sup>24</sup>. Ces discussions se basent sur les longs travaux de la Commission pour le droit de la procédure pénale, chargée, entre autres, de «*formuler des propositions permettant de poser les choix fondamentaux en matière d'information et d'instruction judiciaire*»<sup>25</sup>.

Le ministre de la Justice de l'époque présente, parmi les idées directrices de son projet de loi, la «*légalisation partielle de l'information*», l'objectif étant de faire sortir l'information du vide juridique dans lequel elle se trouve depuis près de deux cents ans.

Dans cet objectif, le projet s'attache surtout à définir le cadre général de l'information judiciaire. Il ne fait cependant aucune référence explicite à la notion de recherche proactive. Il est prévu qu'elle soit légalisée lors de réformes plus globales<sup>26</sup>, dans la mesure où *in fine* «*l'objectif est d'élaborer un cadre légal pour la recherche proactive, conformément à ce qui est annoncé dans le plan d'action du gouvernement contre le crime organisé*»<sup>27</sup>.

---

(24) Dit Projet Franchimont.

(25) Dite Commission Franchimont. Voir Projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, *Doc. parl.*, Ch., session 1996-1997, n° 857/1, Exposé des motifs, p. 2. Notez qu'il est prévu que dans une phase ultérieure, cette «*Commission préparerait un projet de réforme de l'ensemble du Code d'instruction criminelle*». Cette Commission, dont l'existence fut consacrée par l'arrêté ministériel du 23 octobre 1991, a régulièrement rendu publique l'évolution de ses travaux. Quatre publications de cette Commission, parfois faisant suite à un colloque organisé à son initiative, sont à mentionner : *Commission pour le droit de la procédure pénale*, 1994, Ed. de la Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, Liège, Ed. Maklu, Antwerpen, 1994, 194 p. ; *Réforme de la procédure pénale*, Avant-projet de loi relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction remanié après consultations (1995), Commission pour le droit de la procédure pénale, Ed. de la Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, Liège, Maklu uitgever, Antwerpen, 1995, 149 p. ; *Le Second Avant-projet de la Commission Droit de la procédure pénale*, Union belgo-luxembourgeoise de Droit pénal, Ed. Mys & Breesch, Gent, 1997, 140 p. ; *Colloque réforme droit pénal*, 8 et 9 octobre 1998, Sénat, Le Ministre de la Justice, Ed. Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 1998, 216 p.

(26) Il est effectivement prévu dans le Projet Franchimont II que la recherche proactive soit réglée en même temps que les techniques particulières de recherche. Projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale, *op. cit.*, n° 857/1, p. 23

(27) Projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale, *op. cit.*, n° 857/17, p. 54.

A ce stade, il faut donc s'attendre à ce qu'aucune disposition ne soit adoptée relativement à la recherche proactive.

Pourtant, la loi qui est issue de ces travaux a finalement explicitement défini la recherche proactive<sup>28</sup>. Cela s'explique par le fait qu'au fil des discussions consacrées à la légalisation de l'information, l'attention des parlementaires s'est focalisée à plusieurs reprises sur cette problématique.

Des documents parlementaires ressortent deux éléments particulièrement favorables à l'insertion explicite de la recherche proactive dans la loi.

#### **A. Lors de l'examen des conclusions et recommandations de la commission d'enquête parlementaire «DUTROUX»**

En février 1997, le gouvernement dressait un plan d'action afin de répondre aux premières recommandations inscrites dans le rapport intermédiaire de la Commission Dutroux<sup>29</sup>. Il soulignait déjà l'urgence de définir de manière précise la recherche proactive et de la couler dans un cadre légal<sup>30</sup>. «*Lors de la réunion du 30 avril 1997, la commission (de la Justice de la Chambre) a examiné quelles étaient les conclusions de la commission d'enquête qui pouvaient être intégrées dans le projet de loi à l'examen, à la suite de quoi une série d'amendements, concernant notamment (...) la recherche proactive ont été présentés*»<sup>31</sup>.

Quelques jours plus tôt – le 14 avril 1997 –, la Commission Dutroux présentait effectivement son rapport final. A plusieurs reprises, ce rapport aborde l'utilisation de la recherche proactive<sup>32</sup>:

Lors de ses recommandations ponctuelles, la Commission Dutroux a mentionné la nécessité de réglementer l'information en ce compris les

---

(28) Pour un premier commentaire de ce nouvel article 28bis, § 2 C.I. cr., voyez notamment H.-D. BOSLY, Chapitre 1, L'information, La loi belge du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, *Les Dossiers de la Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, n° 3, Bruxelles, La Chartre, 1998, pp. 10 et s.; S. BERBUTO et M. NEVE, *Le nouveau droit de la procédure pénale: la loi du 12 mars 1992*, Kluwer Ed., 1998, Coll. Lois actuelles, pp. 15 et s.; ou encore «De proactive recherche – La recherche proactive», *Custodes*, 1999, n° 1, Politeia.

(29) Commission parlementaire d'enquête sur la manière dont l'enquête, dans ses volets policiers et judiciaires a été menée dans «l'affaire Dutroux-Nihoul et consorts», *Doc. parl.*, Ch., session 1996/1997, n° 713/6.

(30) *L'affaire Dutroux & consorts: actions du gouvernement*, ministère de la Justice, février 1997, pp. 23-25.

(31) Projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure, *op. cit.*, n° 857/17, p. 3.

(32) Commission Dutroux, *op. cit.*, n° 713/6, p. 126.

méthodes de recherche proactives<sup>33</sup>. Lors de ses recommandations structurelles concernant les conditions de base dans le chef des autorités de tutelle pour la mise en place d'une meilleure organisation du paysage policier, la Commission Dutroux a mentionné la nécessité pour l'appareil judiciaire d'être en mesure «*de diriger l'information et l'instruction, en ce compris les méthodes de recherche proactives*»<sup>34</sup>. Toujours dans le même sens, cette même Commission recommande enfin, à propos de l'organisation des parquets, que ceux-ci s'organisent «*de manière à être en mesure de diriger l'information dans son ensemble, y compris la phase proactive de l'enquête*»<sup>35</sup>.

## **B. Sur la question de savoir si la recherche proactive fait partie de l'information**

Dès les premières discussions sur la légalisation de la phase d'information s'est posée la question du début de l'enquête<sup>36</sup>. «*Cette question soulève le problème de la recherche proactive et touche à la liberté individuelle de chacun*»<sup>37</sup>. Même s'il est alors affirmé avec force que la recherche proactive relève également de l'information, telle que définie dans le projet, c'est au cours de cette discussion qu'un amendement est introduit afin de faire inscrire explicitement la recherche proactive comme faisant partie intégrante de l'information.

Il s'agit de l'amendement n° 107 de M. VERWILGHEN et consorts<sup>38</sup>, découlant directement d'une recommandation de la Commission Dutroux<sup>39</sup>. Il vise à introduire, dans le futur article 28*bis* C.I.cr. qui définit l'information judiciaire, un alinéa supplémentaire, en affirmant textuelle-

---

(33) Commission Dutroux, *op. cit.*, n° 713/6, p. 165. On peut s'interroger ici sur ce que visait précisément la Commission Dutroux lorsqu'on met en parallèle la terminologie qu'elle utilise ('méthode de recherche proactive') et la confusion souvent effectuée entre d'une part la recherche proactive et d'autre part les techniques particulières de recherche (T.P.R.), parmi lesquelles est souvent intégrée à tort la recherche proactive. La recherche proactive est une méthode, durant laquelle il peut être fait usage de T.P.R.

(34) Commission Dutroux, *op. cit.*, n° 713/6, p. 167, 170, 178 et 179.

(35) *Ibid.*, p. 175.

(36) Sur cette question, voyez les développements apportés par Chr. DE VALKENEER, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, Bruxelles, Larcier, 2000, en particulier aux pp. 429 et s.

(37) Projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure, *op. cit.*, n° 857/17, p. 22.

(38) Voir le projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale, Amendement n° 107 de Verwilghen et consorts, *Doc. parl.*, Ch., Session 1996-1997, n° 857/12, p. 5.

(39) Projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale *op. cit.*, n° 857/17, p. 63. Il faut souligner le fait que l'auteur principal de l'amendement était par ailleurs Président de cette Commission Dutroux.

ment que «*l'information s'étend à l'enquête proactive*» et en précisant ce qu'il faut entendre par recherche proactive<sup>40</sup>.

Selon les auteurs de l'amendement, plusieurs arguments viennent justifier l'introduction du «*principe fondamental qui régit la recherche proactive dans l'article organique de l'information*»:

1. la nécessité de donner suite au plan d'action du gouvernement contre la criminalité organisée. Les auteurs font à cet égard référence à l'existence de la circulaire ministérielle, en soulignant son caractère provisoire et le fait qu'elle sera reconsidérée lors de l'entrée en vigueur de règles légales;

2. la nécessité de l'utilisation des techniques de recherche proactive pour assurer le maintien des règles de droit, surtout face à des formes de criminalité organisée, contre lesquelles cette technique est particulièrement bien adaptée;

3. la deuxième justification dicte la nécessité de déterminer «la sphère dans laquelle ces techniques de recherche proactive peuvent être utilisées»<sup>41</sup> ainsi que «de préciser qui assumera la direction et la responsabilité de l'enquête proactive», afin d'éviter le risque que «des services de police recourent aux techniques de recherche proactive pour s'arroger une large indépendance à l'égard des magistrats qui dirigent l'information»<sup>42</sup>;

4. la nécessité de disposer d'une clarté et d'une sécurité juridique face à une technique d'investigation déjà utilisée;

5. la complémentarité des techniques particulières de recherche par rapport à la recherche proactive pour parvenir à identifier les organisations criminelles semble également être considérée comme un justificatif de cet amendement. Les auteurs semblent vouloir dire que, en inscrivant la recherche proactive dans la loi, cela permet de s'assurer qu'une approbation préalable d'un juge soit donnée avant toute utilisation de ces techniques particulières de recherche dans le cadre de la recherche proactive lorsqu'elles sont de nature à avoir une incidence directe sur les droits et libertés individuels<sup>43</sup>.

---

(40) Projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale, Amendement n° 107, *op. cit.*, n° 857/12, p. 5.

(41) *Ibid.*

(42) *Ibid.*

(43) Projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale, Amendement n° 107, *op. cit.*, n° 857/12, p. 6.

Les justifications du texte insistent sur la nécessité de déterminer la sphère de la recherche proactive. Effectivement, le texte proposé aborde, outre la définition de la recherche proactive, la sphère dans laquelle la recherche proactive peut s'inscrire. Mais il n'aborde que cela! Seules les conditions d'ouverture de la recherche proactive sont donc visées, rien n'étant précisé quant aux conditions d'exercice<sup>44</sup>. A cet égard, il y a lieu d'indiquer que les auteurs de l'amendement prennent la peine de rappeler, en premier point de leurs justifications, l'existence de la circulaire ministérielle concernant la recherche proactive, qui elle détermine l'ensemble de ses conditions d'exercice<sup>45</sup>.

Quelques amendements complémentaires sur le texte adopté de l'amendement 107 ont été soumis, tantôt à la Chambre, tantôt au Sénat. Aucun de ces amendements n'a pourtant modifié de manière fondamentale le texte de la définition, essentiellement repris de la circulaire, si ce n'est avec l'objectif d'atteindre une amélioration de sa formulation<sup>46</sup>. Le projet général fut amendé et adopté le 20 janvier 1998 par la Commission de la Justice du Sénat et le 29 janvier 1998 en séance plénière, puis renvoyé à la Chambre des Représentants<sup>47</sup>. C'est ce même texte qui fut alors réexaminé par la Commission de la Justice de la Chambre au cours de sa réunion du 11 février 1998, et adopté sans nouvelle modification le 2 mars 1998. Il fut également adopté tel quel le 5 mars 1998 en séance plénière, et enfin soumis

---

(44) Dans le même sens, voyez notamment D. VANDERMEERSCH et O. KLEES, «La réforme 'Franchimont'. Commentaire de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction», *J.T.*, 1998, p. 419.

(45) Circulaire (confidentielle) du 31 décembre 1996 émanant du ministre de la Justice relative à la recherche proactive. Cette circulaire a fait l'objet de certaines additions par la circulaire (confidentielle) du 16 février 1998 n° COL. 1/98 du Collège des Procureurs généraux près les Cours d'appel concernant la recherche proactive et la révision du formulaire de signalement et du *logboek*. Notez que cette circulaire a fait l'objet d'une mise à jour début de l'année 2000 afin de s'adapter à la définition légale donnée par l'article 28bis C.I. cr. : Circulaire confidentielle commune du ministre de la Justice et du Collège des procureurs généraux COL. 4/2000 du 2 mai 2000 relative à la recherche proactive.

(46) Voir *Doc. parl.*, Ch., session 1996-1997, n° 857/18, pp. 2 et 3, ainsi que n° 857/21, pp. 2 et 3. Voir également *Doc. parl.*, Sénat, session 1996-1997, n° 704/1. Le Sénat avait jusqu'au 20 octobre 1997 pour évoquer le projet.

(47) Voir *Doc. parl.*, Sénat, session 1996-1997, n° 704/1, pp. 380 à 383, n° 704/5 et n° 704/9. Voir également *Doc. parl.*, Ch., session 1996-1997, n° 857/22, p. 3. Notez qu'après un premier examen par le Sénat en séance plénière le 27 janvier 1998, le texte a été renvoyé devant la Commission de la Justice pour examiner un amendement lors de sa réunion du 28 janvier 1998. Cela a donné lieu à un rapport complémentaire de la Commission, mais qui ne touchait en rien au projet de l'article 28bis du Code d'instruction criminelle. Il n'en est donc pas rendu compte ici. Voir *Doc. parl.*, Sénat, session 1996-1997, n° 704/7 et 704/8.

à la sanction royale<sup>48</sup>. La loi du 12 mars 1998 était née, et la recherche proactive se voyait consacrée au sein même du Code d'instruction criminelle par le biais d'un nouvel article 28bis, dont le paragraphe 2 est rédigé en ces termes<sup>49</sup> :

*«L'information s'étend à l'enquête proactive. Celle-ci, dans le but de permettre la poursuite d'auteurs d'infractions, consiste en la recherche, la collecte, l'enregistrement et le traitement de données et d'informations sur la base d'une suspicion raisonnable que des faits punissables vont être commis ou ont été commis mais ne sont pas encore connus, et qui sont ou seraient commis dans le cadre d'une organisation criminelle, telle que définie par la loi, ou constituent ou constitueraient un crime ou un délit tel que visé à l'article 90ter, §§ 2, 3 et 4. Pour entamer une enquête proactive, l'autorisation écrite et préalable du procureur du Roi, de l'auditeur du travail, ou du magistrat national, dans le cadre de leur compétence respective, est requise, sans préjudice du respect des dispositions légales spécifiques réglant les techniques particulières de recherche».*

Sans rentrer dans l'analyse de l'ensemble de ce texte<sup>50</sup>, certaines formulations des conditions d'ouverture de la recherche proactive méritent que l'on s'y attarde. Relativement à notre propos, il s'agit en particulier de la condition selon laquelle la suspicion doit porter sur des faits qui *constituent ou constitueraient un crime ou un délit tel que visé à l'article 90ter, §§ 2, 3 et 4*.

L'objectif premier de la recherche proactive est de lutter contre la criminalité organisée. Dans la mesure où la recherche proactive porte atteinte au respect des droits fondamentaux du citoyen, il y a lieu de limiter le recours à cette méthode aux seules infractions graves<sup>51</sup>. Cela ressort clairement tant du plan d'action du gouvernement contre le crime organisé que du texte même de la circulaire. Ce dernier précise que la recherche proactive doit être engagée à l'égard des faits *«qui, en raison de*

(48) Voir *Doc. parl.*, Ch., session 1996-1997, n° 857/25, p. 3 et n° 857/28, p. 3. Il est à souligner que, concernant l'article 28bis, certains amendements de la Chambre (après renvoi du texte modifié par le Sénat) ont été retirés au seul motif qu'il fallait éviter que le texte ne soit renvoyé une nouvelle fois au Sénat. Voyez par exemple à propos de l'amendement n° 223 le Rapport de la Commission de la Justice de la Chambre, où il est rendu compte du fait que *«les auteurs doutent que cet amendement puisse être considéré comme un contre-amendement et ne souhaitent pas amender le texte, afin d'éviter qu'il soit renvoyé au Sénat»*, *Doc. parl.*, Ch., n° 857/24, p. 22.

(49) Article 28bis C.I.cr., inséré par l'article 5 de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, *M.B.*, 2 avril 1998, p. 10027. Cette loi est entrée en vigueur le 2 octobre 1998.

(50) Pour une telle analyse, nous renvoyons à des auteurs cités aux notes 28 et 44.

(51) En application du principe de proportionnalité.

*leur nature ou du cadre organisé dans lequel ils sont commis au sein d'une organisation criminelle, constituent une atteinte grave à la loi*<sup>52</sup>.

La première formulation proposée de l'article 28bis C.I.cr. conditionnait la recherche proactive à des faits «*qui, compte tenu du contexte structuré dans le cadre d'une organisation criminelle, dans lequel ils sont commis, constituent une infraction grave à la loi*»<sup>53</sup>.

Par le biais de cet amendement, l'*atteinte grave à la loi* se traduit en une *infraction grave à la loi*. Cette précision terminologique amène le législateur à rattacher nécessairement les représentations qu'il se fait d'actions portant atteinte à l'ordre juridique à des catégories juridiques que la loi définit en termes d'incriminations légales. Se pose alors la question de la définition d'une infraction grave.

Plusieurs amendements viendront confirmer le souci de légalité en excluant la formulation de la circulaire qui se rapporte à la «*nature*» des faits sans les définir, considérant qu'il faut «*soit (on) en donne(r) une énumération, soit, comme le propose l'amendement, (l'on) utilise(r) la hauteur de la peine comme point de repère*»<sup>54</sup>.

La loi hollandaise relative aux techniques particulières de recherche se réfère non seulement au taux de la peine mais également aux conséquences, au caractère organisé des auteurs, à la répétition des faits et à leur relation avec d'autres. Seule une combinaison de ces différents critères, appréciés *in concreto*, permettrait de vérifier que le trouble causé à l'ordre social justifie une limitation des droits fondamentaux. Si cette méthode a l'avantage de toucher avec plus d'exactitude aux situations graves de la grande criminalité, elle présente l'inconvénient de ne pas offrir de sécurité juridique, en soumettant la mise en œuvre de la recherche proactive, méthode particulièrement sensible, à des appréciations éminemment subjectives<sup>55</sup>.

Au cours des débats parlementaires, certains ont considéré que le critère du taux de la peine a le mérite d'être plus praticable de par sa

---

(52) Circulaire (confidentielle) du 31 décembre 1996 émanant du ministre de la Justice relative à la recherche proactive, p. 1.

(53) Projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, Amendement n° 107 de M. VERWILGHEN et consorts, *Doc. parl.*, Ch., session 1996-1997, n° 857/12, p. 5

(54) Projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, Amendement n° 20 de M. ERDMAN, *Doc. parl.*, Sénat, session 1997/98, n° 704/2.

(55) Commission parlementaire chargée d'enquêter sur la criminalité organisée en Belgique, *op. cit.*, n° 326/9, p. 407.

clarté pour le praticien. D'autres n'ont pas manqué de soulever le danger de se baser sur le seuil de la peine. A la proposition de deux sénatrices souhaitant utiliser la hauteur de la peine (en l'occurrence trois ans d'emprisonnement) comme point de repère, il fut répondu que ce critère était peu pertinent dans la mesure où «*l'on pourrait par exemple entamer une recherche proactive en se basant sur une présomption de simple vol à l'étalage (art. 463 C. pén.), qui est effectivement passible d'une peine supérieure à trois ans*»<sup>56</sup>. Cela a suffi pour écarter définitivement cette option.

C'est alors qu'un dernier amendement a été avancé sur cette question, proposant d'insérer la référence à la liste des infractions de l'article 90ter C.I.cr. relatif aux écoutes téléphoniques. L'auteur de cet amendement explique que «*au lieu de se fonder sur la durée de la peine, on peut faire référence aux crimes et délits dont le législateur a reconnu la gravité en permettant les écoutes téléphoniques telles que visées à l'article 90ter*»<sup>57</sup>. Et c'est cette option qui a été finalement retenue par le législateur, sans pour autant que le contenu de la liste elle-même ait été abordé. Le législateur a trouvé là une expression toute faite du critère de gravité qu'il souhaitait retenir. C'est en tout cas de cette manière que le Collège des procureurs généraux a interprété cet élément lorsqu'il affirme que, parmi les conditions pour entamer une recherche proactive, «*les faits en question doivent être particulièrement graves : voir l'énumération donnée par le législateur en renvoyant à la liste contenue aux articles relatifs à l'écoute de communication téléphonique (...)*»<sup>58</sup>. Cette solution répond également aux préoccupations de la Commission pour la protection de la vie privée lorsqu'elle affirme que «*la recherche proactive ne peut être autorisée que si elle vise à poursuivre les auteurs de délits particulièrement graves ou de délits ne pouvant être raisonnablement réprimés que par la recherche proactive. Il conviendrait dès lors que le législateur détermine par la suite quels délits peuvent tomber dans ces catégories*»<sup>59</sup>. C'est ce qu'il a fait.

(56) Voir projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale *op. cit.*, n° 704/4, p. 92 pour la proposition d'amendement n° 20, et p. 97 pour la réponse.

(57) Projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, Amendement n° 45 de M. ERDMAN, *Doc. parl.*, Sénat, session 1997/98, n° 704/2.

(58) Voir la circulaire du 1 octobre 1998 n° COL 12/98 du Collège des Procureurs généraux près les Cours d'appel consacrée à la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, p. 10.

(59) Ce souhait de la Commission vie privée est justifié par le fait que «*la recherche proactive entraîne le traitement de données, dont certaines concernent des personnes qui ne sont soupçonnées d'aucun délit et qui n'y seront même pas mêlées. Les risques pour la vie privée sont dès lors conséquents*». Voir note de discussion du 23 décembre 1997 de la Commission vie privée concernant la recherche proactive, p. 5.

### III. Effets et dangers au croisement des deux dispositifs

Parmi les diverses conditions imposées aux acteurs judiciaires pour entamer une recherche proactive figure la suspicion de faits «*qui constituent ou constitueraient un crime ou un délit tel que visé à l'article 90ter, §§ 2, 3 et 4*» du Code d'instruction criminelle, nous l'avons vu. Écoutes téléphoniques et recherche proactive sont donc partiellement soumises au même champ d'application infractionnel (à la même liste d'infractions).

Si juridiquement, le renvoi d'une disposition de procédure pénale à une autre disposition du même Code pour conditionner sa mise en œuvre ne semble pas critiquable<sup>60</sup>, l'adoption de cette figure législative mérite que l'on s'y attarde. Ce mutualisme implique en effet qu'une seule et même liste soit au service de deux *ratio legis*. Si ces dernières se rapportent à des mesures d'investigation d'exception en procédure pénale, leur association présente des effets et des dangers que le législateur n'a sans doute pas perçus. La réflexion menée dans cette dernière partie s'attache à les identifier, et ceci en deux temps.

Dans un premier temps, nous dressons quelques constats qui nous semblent problématiques :

1. Dans le cadre strict des écoutes téléphoniques, la liste de l'article 90ter C.I.cr. a déjà une tendance à s'allonger<sup>61</sup>. Si notre objet vise bien à traiter du mutualisme, soulever cette tendance constitue un passage obligé qui vise à accentuer encore les conclusions de notre réflexion. En effet, tout ajout d'infractions dans la liste étend désormais les conditions de mise en œuvre non seulement des écoutes téléphoniques, mais aussi de la recherche proactive.

2. L'adoption de l'article 28bis C.I.cr. a influencé l'allongement de la liste des infractions de l'article 90ter C.I.cr. Il faut s'interroger sur la question de savoir si un allongement de la liste au nom de l'une des dispositions qui s'y réfèrent se fait dans le respect de la *ratio legis* de l'autre disposition.

3. L'article 28bis C.I.cr. est la première disposition de procédure pénale dont la mise en œuvre est soumise (en partie) à la liste des infractions visées à l'article 90ter, § 2, 3 et 4, C.I.cr. Ce cas de mutualisme n'est pas resté unique longtemps. Certaines lois et plusieurs projets adoptent la même figure, en se référant tous à la même liste d'infractions. Chaque nouvelle

(60) En ce sens qu'aucune règle de droit n'interdit ce procédé.

(61) Voyez les mentions en caractère gras dans la liste jointe en annexe.

disposition adoptant cette figure provoque une démultiplication des effets dénoncés, qui risquent d'être encore accentués par l'adoption des projets en discussion.

Dans un second temps, prenant davantage de recul dans l'analyse de ce lien mutualiste, nous mettons en exergue des dangers – de type démocratique – dans l'adoption d'une telle figure législative.

Dans le souci de donner un accent plus positif à notre critique, quelques suggestions de solution sont enfin avancées pour échapper à ces dangers.

## **A. Quelques constats: les faits et leurs effets**

### *1. Tendance naturelle à l'allongement de la liste de l'article 90ter C.I.cr.*

Le caractère grave des situations qui autorisent les mesures d'investigation d'exception telles que les écoutes téléphoniques et la recherche proactive a été affirmé à de nombreuses reprises. De telles mesures ne doivent être engagées que face à des situations extrêmes, et le législateur, en reprenant de manière exhaustive les incriminations, a voulu marquer le caractère d'exception du pouvoir qu'il confère aux acteurs judiciaires.

Or, depuis 1994, de nombreuses législations adoptées ou en projet prévoient, envisagent ou ont envisagé d'ajouter une ou plusieurs infractions à la liste figurant à l'article 90ter C.I.cr. qui autorise les écoutes téléphoniques<sup>62</sup>. Cette liste avait comme objectif premier de viser exclusivement les cas graves de criminalité<sup>63</sup>, afin de préserver le caractère exceptionnel des écoutes téléphoniques<sup>64</sup>. La lecture de la liste (voir en annexe) laisse percevoir les très nombreux cas que le législateur a pris la peine

---

(62) Pour un exemple de tentative échouée d'allonger la liste de l'article 90ter C.I.cr., voyez la proposition de loi relative à la répression de la corruption, *Doc. parl.*, Sénat, session 1997-1998, n° 1-107/9, Rapport complémentaire fait au nom de la Commission de la Justice.

(63) Au regard des seuils de peines attachés par le législateur à chacune des incriminations de la liste, on ne peut que souligner la très grande disparité entre les infractions, puisque cela va de la perpétuité à trois mois d'emprisonnement (articles 329 et 330 du Code pénal). Sur ce seul critère, ces dernières infractions très légèrement punies semblent loin d'exprimer l'idée de gravité tant recherchée.

(64) On peut en effet lire dans les débats parlementaires de l'époque que «certains membres de la Commission ont suggéré d'étendre la liste à des infractions comme la fraude fiscale, le détournement de subventions européennes, le trafic des déchets et l'infanticide. Cet élargissement a néanmoins été jugé incompatible avec le caractère exceptionnel du recours aux écoutes». Cité par T. HENRION, «Les écoutes téléphoniques», *J.T.*, 1995, p. 210.

d'ajouter, au risque de faire perdre à l'article 90<sup>ter</sup> son caractère exceptionnel.

Ce fut le cas de la loi sur la répression de la traite des êtres humains et de la pornographie infantine<sup>65</sup>, puis de la loi du 10 janvier 1999 sur les organisations criminelles. En adoptant la loi relative à la criminalité informatique, le législateur multiplie encore les incriminations visées au § 2 de l'article 90<sup>ter</sup> C.I.cr.<sup>66</sup>. Il s'agit d'une part de nouvelles incriminations qui semblent effectivement justifiées dans l'application des écoutes téléphoniques au contexte particulier des développements en matière de télécommunication et d'informatique<sup>67</sup>. Il s'agit également d'autre part d'un élargissement des possibilités d'opérer des écoutes téléphoniques pour des infractions déjà existantes en matière d'écoute de télécommunication<sup>68</sup>.

Alors que le législateur de 1998, au moment d'adopter la loi sur la répression de la corruption, refusait d'insérer ce nouveau délit dans la liste de l'article 90<sup>ter</sup>, l'actuel ministre de la Justice a souhaité voir cet échec remis en question<sup>69</sup>. Cela a abouti à l'adoption de la loi du 29 novembre 2001 qui élargit la liste des délits justifiant une mesure d'interception de télécommunication par le juge d'instruction aux cas de corruption privée et publique<sup>70</sup>. Ce qui était exclu hier pour préserver le caractère exceptionnel des mesures d'investigation est aujourd'hui autorisé.

Et l'allongement ne semble pas vouloir s'arrêter là, puisque deux lois, en décembre 2001 vont encore dans le même sens. La première ajoute l'article 468 du Code pénal incriminant le vol avec violences ou menace<sup>71</sup>. La seconde, profitant du contexte de l'adoption de la loi-programme, provoque également une extension de la liste de l'article 90<sup>ter</sup>, sans pour

---

(65) Notez que, bien que le législateur de 1994 ait considéré que l'ajout de l'infanticide dans la liste a été jugé incompatible avec le caractère exceptionnel du recours aux écoutes, en 1998, l'enlèvement de mineur était introduit dans cette même liste.

(66) Loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique. Voyez projet de loi relatif à la criminalité informatique, *Doc. parl.*, Ch., session 1999-2000, n° 213/1 à 13 et 214/1 à 7.

(67) L'article 11 de cette loi insère en effet à l'article 90<sup>ter</sup>, § 2 un 1°*bis*, un 10°*bis* et un 13°*bis* relatifs aux nouveaux délits de faux en informatique et de fraude en informatique, ainsi qu'à deux nouveaux délits contre la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité du système informatique et de ses données (le hacking, le sabotage informatique et le sabotage de données), toutes des nouvelles infractions prévues par cette loi.

(68) Il s'agit de l'insertion à l'article 90<sup>ter</sup>, § 2 d'un 1°*ter* et *quater* relatifs aux actuels articles 259*bis* et 314*bis* du Code pénal.

(69) Sur la proposition du ministre de la Justice, le gouvernement, au cours du Conseil des Ministres du 22 septembre 2000, a approuvé un avant-projet de loi en ce sens.

(70) Il s'agit des articles 504*bis* et 504*ter* et 246 à 251 du Code pénal, insérés par l'article 2, C, de la loi du 29 novembre 2001 modifiant l'article 90<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle, *M.B.*, 23 février 2002, p. 7117.

(71) Loi du 11 décembre 2001 modifiant les articles 80, 471, et 472 du Code pénal et l'article 90<sup>ter</sup>, § 2, 8° du Code d'instruction criminelle, *M.B.*, 7 février 2002, p. 4178.

autant viser directement cette disposition<sup>72</sup>. Au regard de l'incrimination visée, cette dernière extension est particulièrement exemplative de l'estompe du caractère exceptionnel et de gravité qui doit caractériser la liste. Un parlementaire n'a pas manqué de souligner ce fait en ces termes: «*Le nouvel article 111 de la loi Belgacom inséré par la loi programme du 30 décembre 2001 est rédigé comme suit: «Nul ne peut dans le Royaume, via l'infrastructure des télécommunications, donner ou tenter de donner des communications portant atteinte au respect des lois, à la sécurité de l'Etat, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou constituant une offense à l'égard d'un Etat étranger». (...) La modification apportée par la loi-programme n'a pas seulement pour effet de créer cette nouvelle infraction: elle intègre surtout cette dernière parmi les crimes et délits pour lesquels un juge d'instruction peut ordonner l'interception ou l'enregistrement de communications et télécommunications privées, notamment les écoutes téléphoniques. L'article 90ter du Code d'instruction criminelle, qui contient cette liste d'infractions, fait en effet référence à l'article 114, paragraphe 8 de la Loi Belgacom, lequel renvoie à l'article 111 comprenant l'infraction qui nous occupe. La liste des infractions reprises à l'article 90ter était censée être limitée à la criminalité grave. Seule une certaine gravité justifie en effet qu'on ait, dans certains cas, recours à une mesure aussi « intrusive » que l'écoute téléphonique. Le champ extraordinairement large couvert par la nouvelle infraction, et notamment l'extension à tout non-respect des lois, a pour effet d'annuler la limitation prévue à l'article 90ter, pour tout ce qui est commis « via l'infrastructure des télécommunications »*»<sup>73</sup>.

La liste s'allonge, le caractère exceptionnel s'estompe.

Cet allongement ne semble pas vraiment dû à un souci d'exprimer de la manière la plus cohérente le caractère de gravité qui doit justifier la mobilisation de la mesure d'instruction concernée, mais davantage aux revendications des acteurs répressifs qui cherchent à repousser les limites de la loi afin de se garantir un recours plus large et plus fréquent à ces mesures, et selon eux, atteindre une plus grande efficacité.

---

(72) Articles 151 et 152 de la loi-programme du 30 décembre 2001, *M.B.*, 31 décembre 2001, p. 45741.

(73) Demande d'explications de G. DALLEMAGNE au ministre de la Justice et au ministre des Télécommunications et des Entreprises et Participations publiques, chargé des Classes moyennes, sur «le nouvel article 111 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques» (n° 2-758), *Ann. parl.*, Sénat, Séance plénière, 25 avril 2002, n° 2-201, pp. 50 et 51.

## 2. Quand le souci de l'article 28bis s'impose à la liste de l'article 90ter C.I.cr.

L'établissement initial de la liste s'est opéré lors de l'élaboration de la législation relative aux écoutes téléphoniques. Le législateur de l'époque a mené une réflexion centrée sur l'usage des écoutes téléphoniques comme moyen de détection et de lutte contre la criminalité grave. C'est à l'égard de cette mesure d'investigation spécifique que les incriminations ont été intégrées au sein de cette liste.

L'utilisation de la même liste pour conditionner une autre mesure d'investigation telle que la recherche proactive nous interpelle. Les incriminations qui définissent les conditions d'ouverture d'une mesure d'écoute téléphonique ont été jugées pertinentes par le législateur à l'égard de cette mesure. Le sont-elles aussi pour la recherche proactive?

La similitude de la réflexion qui a été menée pour déterminer les situations dans lesquelles une écoute téléphonique peut être entamée avec celles qui concernent la recherche proactive consiste sans doute dans l'application du même principe, le principe de proportionnalité. Au stade de l'élaboration des normes pénales, celui-ci incite à la préservation d'un équilibre entre d'une part la mesure à mettre en œuvre et d'autre part la gravité des faits incriminés susceptibles de faire l'objet de cette mesure. La liste déterminée en 1994 pour conditionner les écoutes téléphoniques incarnait l'expression recherchée de la gravité, et cette similitude a poussé le législateur à faire l'économie d'une réflexion sur les situations spécifiques qui justifient réellement le recours à la recherche proactive<sup>74</sup>.

Or, il est apparu rapidement que certaines situations qui justifiaient, ou à tout le moins qui donnaient lieu à la mise en œuvre de la recherche proactive n'étaient pas visées dans la liste de l'article 90ter, § 2, C.I.cr. Vu le problème qu'un changement de régime légal posait à des enquêtes entamées sous le 'règne' de la circulaire, il est apparu qu'un complément de la liste s'imposait pour un certain nombre d'acteurs judiciaires afin d'assurer la continuité de ces enquêtes<sup>75</sup>.

---

(74) Le législateur aurait pu utilement se référer à des contributions comme celles de BOURDOUX ou de PRADEL, qui évoquent les types de faits qui devraient adéquatement être visés par les enquêtes de type proactif: G. BOURDOUX, «Quelques considérations sur le renseignement et la recherche proactive par les services de police en Belgique. Faut-il incriminer ceux qui ont agi, ceux qui n'ont montré que peu ou prou d'intérêt ou ceux qui tardent à fixer le cadre légal pour faire face à de nouveaux phénomènes jugés inquiétants par d'aucuns?», *Déviance et Société*, 1997, vol. 21, n° 4, p. 432; J. PRADEL, «De l'enquête pénale proactive. Suggestions pour un statut légal», *Recueil Dalloz*, 1998, n° 6, Chron., p. 57.

(75) Ces affirmations se fondent sur un nombre important d'interviews réalisées et d'autres données, le tout analysé au cours d'une recherche réalisée par B. RENARD et J. VANDERBORGHT, *op. cit.*

Ainsi, ce problème se posait en matière de lutte contre le trafic d'hormones. En 1994, on pouvait lire au sein des travaux parlementaires les considérations suivantes :

*«La question est donc de savoir si un trafic d'hormones peut, en soi, justifier l'application de la nouvelle mesure de surveillance. La réponse à cette question sera négative si l'on se réfère à l'objectif du projet, qui est de combattre la grande criminalité. Si la réponse est positive, alors il n'y a pas de raison de ne pas inclure aussi, par exemple la fraude fiscale à l'article 90ter, § 2, du Code pénal.*

*Mais si on le fait, on risque d'avoir une très longue liste d'infractions pouvant justifier une écoute téléphonique et de s'écarter du principe de base selon lequel la nouvelle technique d'instruction est une mesure d'exception par laquelle on s'ingère dans la vie privée du citoyen»<sup>76</sup>.*

Lors de la révision de la loi sur les écoutes téléphoniques en 1998, le législateur prit pourtant la décision d'insérer trois nouvelles incriminations relatives à l'utilisation, à la fabrication et au trafic d'hormones<sup>77</sup>, et cela au mépris des affirmations du législateur de 1994 quant aux pratiques qui allaient nécessairement découler de l'adoption d'une liste limitative : *«Le représentant du ministre déclare que les incriminations mentionnées dans la proposition du ministre permettent déjà d'écouter les communications téléphoniques de la mafia des hormones. Les faits qui sont reprochés à cette organisation et qui se trouvent actuellement à l'instruction concernent, en effet, des attentats ou des menaces d'attentats contre des personnes (art. 327 et s. C. pén.), des incendies volontaires (art. 510 et s. C. pén.), etc.»<sup>78</sup>. Et plus loin d'ajouter «Le sentiment dominant est que la proposition de mentionner à l'article 90ter, § 2, du Code d'instruction criminelle, certaines formes de criminalité en matière de déchets et d'hormones est principalement inspirée par la constatation que cette criminalité s'accompagne de pratiques mafieuses se traduisant, par exemple, par des menaces de mort, des attentats, des incendies volontaires, etc. Ce sont là des délits qui sont déjà visés par*

(76) Projet de loi relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Sénat, session 1992-1993, n° 843/2, p. 104.

(77) Inséré par l'article 6 de la loi du 10 juin 1998 modifiant la loi du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées, *M.B.*, 22 septembre 1998, p. 30597.

(78) Projet de loi relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *op. cit.*, p. 101.

*l'article 90ter, § 2, proposé du Code pénal [ndla: entendez du Code d'instruction criminelle] et qui permettent au juge d'instruction d'autoriser une écoute téléphonique dans le but, par exemple, de démasquer la mafia des hormones»<sup>79</sup>.*

En 1994 déjà, la gravité des pratiques de la mafia des hormones était reconnue et, selon le législateur de l'époque, pouvait trouver réponse dans les incriminations reprises au sein de la liste du § 2, article 90ter C.I.cr. Sans pour autant minimiser la demande des juges d'instruction évoquée en 1998<sup>80</sup>, ni une possible évolution dans les représentations des parlementaires quant à la gravité des pratiques de la mafia des hormones à cette époque, le discours des acteurs judiciaires coïncide avec l'adoption de ce complément de liste quelques mois après la légalisation de la recherche proactive. On peut donc raisonnablement considérer que l'insertion des incriminations relatives aux hormones a été, au moins en partie, motivée par la nécessité de maintenir la possibilité de réaliser des recherches proactives en cette matière.

Le projet de loi demandant l'insertion de la corruption dans la liste de l'article 90ter C.I.cr. ne laisse aucun doute sur la possibilité d'un tel raisonnement. Le ministre de la Justice affirme explicitement qu'en inscrivant des infractions relevant de la corruption tant privée que publique dans cette liste, «*des méthodes spéciales de recherche ainsi que la recherche pro-active pourront aussitôt être appliquées lors de ces infractions*»<sup>81</sup>.

De ce constat, il faut garder à l'esprit non seulement que tout ajout d'infraction dans la liste opéré au nom des nécessités de lutte contre le crime grave par le biais de la recherche proactive élargit les possibilités d'utilisation des écoutes téléphoniques alors même que de telles possibilités ne seraient peut-être pas pertinentes, mais également qu'une inversion théorique de cette déduction est possible. C'est-à-dire que toute extension de la liste invoquée pour permettre d'entamer une écoute téléphonique dans une situation particulière entraîne nécessairement de nouvelles possibilités en matière de recherche proactive.

Le législateur percevra-t-il toujours cet état des choses lorsqu'il aura à se

---

(79) *Ibid.*, p. 104.

(80) «On peut se demander si cette liste doit être développée. Bon nombre de juges d'instruction déplorent qu'elle ait été rédigée de manière si restrictive. Ils estiment que la plus grande lacune de cette liste est le trafic d'hormones». Projet de loi modifiant la loi du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées, *Doc. parl.*, Sénat, session 1997-1998, n° 828/3, p. 81.

(81) Projet de loi modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, *Doc. parl.*, Ch., session 2000-2001, n° 1271/1, pp. 3 et 5.

prononcer sur une modification des paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 90ter C.I.cr. ?

### 3. La multiplication des mutualismes!

Les effets inhérents aux deux constats dénoncés ci-dessus risquent de prendre davantage de consistance, et même d'être démultipliés, au fur et à mesure que cette même liste de l'article 90ter est utilisée pour d'autres mesures encore. Or, c'est précisément ce qui se passe: la liste de l'article 90ter est considérée régulièrement par le législateur comme pouvant constituer la définition du noyau dur de la criminalité grave, autour duquel pourrait se construire un vaste dispositif pénal.

C'est ce qui a mené à l'adoption du nouvel article 28bis C.I.cr., qui introduit la recherche proactive dans la phase d'information. Une telle solution a parfois été rejetée<sup>82</sup>, par exemple pour déterminer la compétence du futur parquet fédéral<sup>83</sup>, ou bien n'a jamais été concrétisée<sup>84</sup>. A deux reprises déjà, une telle option a été à nouveau coulée en force de loi:

1. La loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins subordonne la tenue secrète de l'identité du témoin à l'existence «*d'indications précises et sérieuses que les faits à propos desquels il sera déposé, constituent une infraction visée à l'article 90ter, § 2, 3 et 4*» C.I.cr. (...), ainsi que la prise en considération de son témoignage comme preuve à l'égard des mêmes infractions<sup>85</sup>.

---

(82) Comme le soulève fréquemment Ph. ROBERT, «ces non-décisions importent autant que les réformes réalisées». Voyez par exemple «Sociologie et création de la loi pénale», in Ph. ROBERT, (s.l.d.), *La création de la Loi et ses Acteurs. L'Exemple du Droit Pénal*, 1991, ONATI, p. 210.

(83) Proposition de loi sur l'intégration verticale du ministère public, le parquet fédéral et le Conseil des procureurs du Roi, *Doc. parl.*, Sénat, session 1998-1999, n° 1066/6 1. Discussion, pp. 40 et s. L'influence de la liste de l'article 90ter a quand même été soulignée sur certaines formulations adoptées dans la détermination des compétences du parquet fédéral. Voyez en effet la note 12 de la circulaire commune du Ministre de la Justice et du Collège des procureurs généraux du 16 mai 2002 relative au parquet fédéral, *M.B.*, 25 mai 2002.

(84) L'avant-projet de loi relatif à la répartition de la charge de la preuve concernant l'origine de choses dont on présume qu'elles proviennent de la criminalité grave ou organisée souhaite insérer un article 43quater dans le C.I.cr. considérant que «*les choses trouvées dans le patrimoine ou en la possession de la personne reconnue coupable d'une infraction visée à l'article 90ter, § 2, 3 et 4 C.I.cr. (ou d'une infraction commise dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324bis) sont déclarées confisquées.*» Cet article ajoute ensuite deux autres conditions supplémentaires; Avant-projet approuvé sous le gouvernement Dehaene par le Conseil des ministres du 30 avril 1999.

(85) Articles 86bis et 86quinquies C.I.cr. insérés par l'article 12 de la loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins, *M.B.*, 31 mai 2002, pp. 23725-23729. Voyez *Doc. parl.*, Ch., session 2000/2001, n° 1185/1 à 17.

2. La loi réglant la protection des témoins menacés subordonne l'octroi, par la Commission de protection des témoins, de mesures de protection spéciales à un témoin menacé (ou aux membres de sa famille) « dont les déclarations concernent une infraction visée à l'article 90ter, § 2, 3 et 4 [C.I.cr.] (...) »<sup>86</sup>.

Au moment de clôturer notre article, le Parlement a adopté le projet de loi concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête<sup>87</sup>. Le texte, promulgué mais non encore publié, prévoit trois situations dans lesquelles des indices sérieux ou une suspicion de commission d'une des infractions de la liste de l'article 90ter C.I.cr. conditionnent, au moins partiellement, une mesure d'enquête spécifique (infiltration, observation effectuée à l'aide de moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation, contrôle visuel discret)<sup>88</sup> ou la compétence exclusive du juge d'instruction pour décider d'une de ces mesures à l'égard de locaux utilisés à des fins professionnelles ou la résidence d'un avocat ou d'un médecin<sup>89</sup>.

L'adoption de la forme mutualiste est encore envisagée dans plusieurs propositions de loi déposées dans l'enceinte parlementaire, en particulier en matière de repentis: la proposition de loi instaurant le régime des repentis subordonne la promesse de l'extinction de l'action publique, la promesse de l'absolution ou l'atténuation de la peine, la promesse dans le cadre de l'exécution de la peine et la prise en considération des témoignages produits dans ce contexte aux infractions visées à l'article 90ter, § 2, 3 et 4 C.I.cr. (ou à une infraction commise dans le cadre d'une organisation

---

(86) Loi du 7 juillet 2002 contenant des règles relatives à la protection des témoins menacés et d'autres dispositions, *M.B.*, 10 août 2002, p. 34665. Voyez *Doc. parl.*, Ch., session 2001/2002, n° 1483/1 à 11.

(87) Voyez *Doc. parl.*, Ch., session 2001/2002, n° 1688/1 à 15, ainsi que *Doc. parl.*, Sénat, session 2001/2002, n° 1260/1 à 6.

(88) Articles 47octies, 56bis, al. 2 et 89ter à insérer dans le C.I. cr. en vertu respectivement des articles 4, 5 et 8 du texte adopté, *Doc. parl.*, Ch., session 2001/2002, n° 1688/15 et *Doc. parl.*, Sénat, session 2001/2002, n° 1260/6.

(89) Article 56bis, al. 3, à insérer dans le C.I. cr. en vertu de l'article 5 du texte adopté, *Doc. parl.*, Ch., session 2001/2002, n° 1688/15 et *Doc. parl.*, Sénat, session 2001/2002, n° 1260/6.

*criminelle visée à l'article 324bis*), soit pas moins de quatre situations<sup>90</sup>. Une proposition de loi prévoyant de nouvelles dispositions en matière de causes d'excuse prévoit l'exemption des peines correctionnelles aux coupables qui, avant toute poursuite, ont révélé à l'autorité l'identité des auteurs des infractions visées à l'article 90ter, §§ 2, 3 et 4, C.I.cr.<sup>91</sup>.

La facilité que constitue le renvoi à l'article 90ter C.I.cr. dans ces différentes dispositions (adoptées ou en projet) pousse à faire entrer dans le champ d'application de ces textes des infractions qui pourtant n'y ont pas nécessairement leur place. Ainsi, dans le cadre de l'avant-projet de loi relatif à la répartition de la charge de la preuve concernant l'origine de choses dont on présume qu'elles proviennent de la criminalité grave ou organisée, on peut s'interroger sur l'adéquation que peut avoir par exemple la première infraction de la liste, à savoir l'attentat contre le Roi, la famille royale ou le gouvernement.

Si ces projets devaient être adoptés tels quels, non seulement tout allongement de la liste des infractions aurait pour effet d'élargir les possibilités de mettre en œuvre chacune de ces mesures procédurales qui s'y réfèrent, mais chacune d'elles risque d'être invoquée pour ajouter à la liste une infraction particulièrement pertinente à son égard, au mépris peut-être d'une réelle impertinence à l'égard des autres mesures.

---

(90) Cette proposition est une reprise du projet adopté, sous le gouvernement Dehaene, par le Conseil des Ministres du 5 février 1999. Voyez *Doc. parl.*, Ch., session 2000/2001, n° 1384/1. Par ailleurs, une proposition de loi accordant aux repentis une immunité pénale dans le cadre de la lutte contre le crime organisé a été déposée à la Chambre le 24 février 2000. Cette dernière proposition n'adopte pas le même critère de gravité que celui évoqué ci-avant. Voyez *Doc. parl.*, Ch., session 1999-2000, n° 463/1. Notez que dans la proposition de loi instaurant un régime pour les collaborateurs de la justice, qui envisage la question des promesses d'extinction de l'action publique et d'exemption ou de réduction de peine, plus aucune référence n'est faite au critère de l'article 90ter C.I. cr. Seuls sont en effet retenus les « indices précis et sérieux indiquant que les faits qui feront l'objet du témoignage constituent une infraction commise dans le cadre d'une organisation criminelle définie à l'article 324bis du Code pénal ou une infraction visée à la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire », *Doc. parl.*, Ch., session 2001/2002, n° 1645/1.

(91) Proposition de loi prévoyant de nouvelles dispositions en matière de causes d'excuse, *Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, n° 1677/1.

## **B. Un mutualisme adopté en état de lucidité?**

### *1. Gravité des dispositions*

Les articles 90<sup>ter</sup> et 28<sup>bis</sup> C.I. cr. ne constituent pas des dispositions de procédure pénale anodines. Il s'agit de règles d'exception, qui sont susceptibles de porter gravement atteinte à un des droits les plus essentiels reconnus tant par notre Constitution que par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à savoir le droit au respect de la vie privée.

Les écoutes téléphoniques et la recherche proactive sont deux mesures d'investigation dont l'insertion dans le Code d'instruction criminelle n'a pas seulement soulevé un débat en termes de protection des droits et libertés du citoyen. Si le législateur s'est effectivement posé la question de savoir quelles garanties adopter pour limiter l'atteinte à la vie privée du particulier, les deux articles associés par la figure mutualiste ont pour premier objet de définir des pouvoirs nouveaux d'investigation à certains acteurs judiciaires<sup>92</sup>.

Par l'article 90<sup>ter</sup> C.I.cr., le juge d'instruction (et dans certains cas, le procureur du Roi) peut procéder à l'écoute de communications, au mépris du secret qui leur est normalement reconnu. En vertu de l'article 28<sup>bis</sup> C.I.cr., le procureur du Roi peut organiser la recherche, la collecte, l'enregistrement et le traitement de données et d'informations, en dépit de la protection qui leur est habituellement garantie.

L'extension des pouvoirs ainsi définis est d'autant plus conséquente pour les droits du citoyen que ces deux procédures peuvent s'imposer à lui sans qu'il ne soit mis en connaissance de ce fait. Si l'information et l'instruction sont marquées par leur caractère secret, les deux mesures d'investigation étudiées sont résolument imperceptibles pour le citoyen qui en est la cible.

### *2. Conditions d'adoption*

La gravité des dispositions associées dans la forme mutualiste est accentuée par les conditions dans lesquelles cette forme a pris corps.

---

(92) Sur le processus d'adoption des pouvoirs des acteurs judiciaires, en particulier policiers, voir les développements de R. LÉVY et R. ZAUBERMAN, « Des normes juridiques aux pratiques professionnelles : ressources et contraintes dans l'activité de police judiciaire », in Ph. ROBERT, Fr. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE KERCHOVE, *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, t. II, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques sociales, Déviance/GERN, 1997, pp. 137 et s.; Voir également « *het schoolvoorbeeld van de 'ijzeren wet van de politie'* » décrit par J. VANDERBORGHT, « Het doel heiligt de middelen? Proactieve recherche in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit », *Custodes*, 1, 1999, pp. 16-18.

L'insertion de la recherche proactive dans l'article 28bis C.I.cr. s'est imposée dans le débat législatif d'une manière on ne peut plus floue. Nous l'avons vu, bien que s'inscrivant dans la loi relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, la forme finale de l'article 28bis C.I.cr. n'est due qu'à l'intervention de deux éléments particulièrement favorables à l'insertion explicite de la recherche proactive dans la loi. Premièrement, la question de savoir si la recherche proactive fait partie de l'information judiciaire s'est imposée dans les discussions portant sur la définition légale de cette phase d'information. En second lieu, il y a eu une coïncidence de date et de personne poussant à ce que l'examen des conclusions et recommandations de la commission d'enquête parlementaire «Dutroux» se concrétise immédiatement<sup>93</sup>, en dépit de toute la cohérence que la Commission pour le droit de la procédure pénale a voulu donner à la réforme du Code d'instruction criminelle. Le projet de loi soumis au Parlement constituait une première phase de réforme du Code de procédure pénale, la Commission préparant un projet de réforme de l'ensemble de ce Code qui prévoyait d'élaborer un cadre légal pour la recherche proactive<sup>94</sup>. Le résultat en est l'adoption précipitée d'une loi qui se limite à définir la recherche proactive.

L'adoption précipitée d'une disposition au contenu pourtant lourd de conséquences en termes de pouvoirs d'investigation judiciaire a par ailleurs provoqué un désordre à peine croyable dans la rigueur que l'on serait en droit d'attendre du pouvoir législatif. L'article 28bis nouveau C.I.cr. prévoit une autre option qu'une des infractions de la liste de l'article 90ter C.I.cr. pour entamer une recherche proactive. Son paragraphe 2 stipule en effet que l'enquête proactive pourra être mise en œuvre sur la base d'une suspicion raisonnable que des faits punissables sont ou seraient commis également «*dans le cadre d'une organisation criminelle, telle que définie par la loi*». Or, la définition de l'organisation criminelle n'a été adoptée que

---

(93) Coïncidence de date dans la mesure où le rapport de la Commission d'enquête parlementaire «Dutroux» est sorti au moment des discussions de la Commission (de la Justice de la Chambre) portant sur la loi relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction. Ce qui a amené cette seconde commission à étudier quelles étaient les conclusions de la commission d'enquête qui pouvaient être intégrées dans le projet de loi à l'examen. Coïncidence de personne dans la mesure où le président de la Commission d'enquête parlementaire «Dutroux» n'est autre que le principal auteur de l'amendement qui proposait l'inscription de la recherche proactive dans la loi.

(94) Il est effectivement prévu dans le Projet Franchimont II que la recherche proactive soit réglée en même temps que les techniques particulières de recherche. Projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale, *o.c.*, n° 857/1, p. 23. Voyez les actes du Colloque «réforme droit pénal», qui s'est déroulé au Sénat les 8 et 9 octobre 1998, Antwerpen, Maklu, 1998.

par une loi du 10 janvier 1999<sup>95</sup>, soit près de 10 mois après l'article 28bis. On ne peut que dénoncer la maladresse du législateur d'avoir voulu se référer au concept légal de l'organisation criminelle, qui à l'époque de l'adoption de ce texte n'existait pas encore<sup>96</sup>. Par ailleurs, le même article prévoit également que «*pour entamer une enquête proactive, l'autorisation écrite et préalable du procureur du Roi, de l'auditeur du travail, ou du magistrat national, dans le cadre de leur compétence respective, est requise, sans préjudice du respect des dispositions légales spécifiques réglant les techniques particulières de recherche*». Même si aujourd'hui le processus législatif semble enfin aboutir concernant les méthodes particulières de recherche, il faut souligner que ces dispositions légales auxquelles se réfère le législateur de 1998 n'existaient toujours pas quatre ans plus tard<sup>97</sup>.

Enfin, nous l'avons vu, depuis l'adoption de l'article 28bis C.I.cr. en 1998, deux dispositions légales (bientôt trois avec les méthodes particulières de recherche adoptées à la Chambre) ont déjà adopté la forme mutualiste, et pas moins de six lois ont ajouté une ou plusieurs incriminations dans la liste de l'article 90ter du même Code. Ce morcellement volontaire des débats politiques sur les questions qui touchent au recours à la liste de

(95) Loi du 10 janvier 1999 relative aux organisations criminelles, *M.B.*, 26 février 1999. Cette loi insère les nouveaux articles 324bis et 324ter dans le Code d'instruction criminelle.

(96) Pour cette raison, certains parlementaires ont d'ailleurs souhaité ne pas faire référence à la notion d'organisation criminelle. Voir Amendement n° 61 de Mesdames MILQUET et DELCOURT-PÊTRE, *op. cit.*, n° 704/4, pp. 90 et 91. Les auteurs de l'amendement 107 qui ont provoqué l'introduction de la recherche proactive dans la loi justifiaient cette référence à la notion d'organisation criminelle notamment en précisant que «*la recherche proactive doit permettre de détecter les organisations criminelles et les démanteler grâce à une approche multidisciplinaire et thématique. Il est prévu d'inscrire prochainement la notion d'organisation criminelle dans la loi*». Voir Amendement n° 107 de M. VERWILGHEN et consorts, *op. cit.*, n° 857/12, pp. 5 et 6.

(97) Cette référence est d'autant plus critiquable qu'au cours des discussions parlementaires, il fut souligné que «*le projet ne règle (...) pas tous les problèmes relatifs à la définition des activités proactives, notamment en ce qui concerne les compétences et les techniques spéciales qui peuvent être utilisées dans la phase proactive*». Voir les propos de BOSLY à la Chambre, *op. cit.*, 857/17, p. 52. Il est à noter que certains parlementaires ont tenté d'insérer (amendement n° 108, *op. cit.*, n° 857/12) dans la loi que le procureur du Roi assume la direction, le contrôle et la responsabilité de l'utilisation, par les services de police, de techniques particulières de recherche, voire d'y insérer une définition de ces techniques basées sur celle (dépassée) de la circulaire qui règle cette matière. Le ministre s'est opposé à une telle initiative, souhaitant «*une législation cohérente et intégrée qui, eu égard à la complexité de la matière, doit être minutieusement préparée*», *op. cit.*, 857/17, pp. 77-78. Cette législation était sur le point d'aboutir au moment de rédiger notre article puisque le Parlement a adopté le texte. Promulgué, il n'était cependant pas encore publié. Projet de loi concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête, *Doc. parl.*, Ch., session 2001/2002, n° 1688/1 à 15 et *Doc. parl.*, Sénat, session 2001/2002, n° 1260/1 à 6.

l'article 90<sup>ter</sup> C.I.cr. et à son allongement diminue toute chance que le législateur dispose d'une vue d'ensemble de la matière et des effets que nous dénonçons, et donne par là une cohérence à l'arsenal répressif qu'il construit. Ainsi, le législateur de 1998 estimait que, en ce qui concerne l'introduction d'autres incriminations dans la liste (en l'occurrence la corruption ou la participation à des organisations criminelles), la question devait être discutée dans le cadre des travaux relatifs aux lois consacrées à ces matières<sup>98</sup>.

### 3. *Réflexions*

Il nous semble que la prise d'une décision sur des questions importantes ne peut se produire à la légère, sans prise de conscience claire des potentialités de cette décision. Gravité de la décision et conscience aiguë doivent s'équilibrer, *a fortiori* lorsque c'est le pouvoir législatif qui engage les citoyens dont il émane dans une limitation de ses droits.

Le mutualisme recèle précisément ce caractère de gravité dans la portée des dispositions qui le composent. Mais il révèle par ailleurs un degré d'inconscience tant dans le flou et le désordre du processus de décision qui a entouré l'adoption de ces dispositions, que dans la faible lucidité, nous le craignons, que le législateur a de l'extension des effets potentiels de la figure mutualiste que nous décrivons.

L'étude du processus d'élaboration des lois ne doit pas seulement s'attacher à mettre en évidence l'impact des éléments substantiels du débat parlementaire, ni des acteurs qui y prennent part, mais aussi la forme dans laquelle est coulée la norme adoptée. Elle peut avoir un impact, nous l'avons démontré.

Notons enfin quelques éléments qui méritent d'être soulevés au terme de cette réflexion.

1. Nous avons noté la volonté pragmatique qui a poussé le législateur à recourir à la forme mutualiste que nous dénonçons. Il faut mettre en évidence à cet égard que cette économie de réflexion risque bien de pousser à l'adoption de dispositions que l'évolution morale de la société n'est pas (encore) en mesure d'assumer. Une incohérence peut ainsi être créée dans le champ moral entre ce que contient la norme et ce qui est réellement plébiscité par la société;

---

(98) Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Sénat, session 1997-1998, n° 828/3, p. 16.

2. la simple inscription d'une incrimination dans la liste de l'article 90ter C.I.cr. identifie pleinement l'acte incriminé à la gravité, et justifie davantage de légitimer l'usage des techniques d'investigation concernées. Cet effet, que nous appellerions déclaratif, de la loi est à prendre particulièrement en considération dans l'actuel développement d'un discours politique qui cultive le thème du danger pour justifier l'adoption de dispositions à caractère sécuritaire.

Nous attirons enfin l'attention du lecteur sur le fait que notre démarche a été menée indépendamment de la démonstration que les procédures étudiées rencontrent bien les objectifs que le législateur leur attribue, à savoir lutter contre la criminalité organisée.

### C. Quelques pistes?

Au départ de cette critique, quelques suggestions, ouvrant des pistes diverses et inégales, peuvent être avancées à l'égard de la liste de l'article 90ter C.I.cr. afin d'éviter les dangers que nous dénonçons:

1. Afin de désamorcer les effets soulignés du mutualisme, la première piste de solution consisterait bien évidemment à dresser une liste spécifique et distincte pour chacune des procédures visées. A ce jour, seule une proposition de loi prévoyant de nouvelles dispositions en matière de causes d'excuse a envisagé cette solution<sup>99</sup>. La complication pratique que poserait la multiplication des listes offrirait au moins la garantie, on peut l'espérer, que chaque procédure conditionnée par une telle liste ne soit mobilisable que pour des incriminations à l'égard desquelles elle entretient un rapport de pertinence (efficacité, effectivité, efficience).

2. Ensuite, il faut s'interroger sur la question de savoir pourquoi les modifications de la liste de l'article 90ter C.I.cr. ne s'opèrent que dans le sens de son extension? Les évaluations annuelles de la loi sur les écoutes téléphoniques mettent en évidence par exemple que certaines incriminations reprises dans la liste de l'article 90ter C.I.cr. ne sont jamais utilisées. Sur base de ces évaluations, jamais n'ont été posées de questions relatives à

---

(99) Dans le commentaire de l'article prévoyant l'exemption des peines correctionnelles aux coupables qui, avant toute poursuite, ont révélé à l'autorité l'identité des auteurs des infractions visées à l'article 90ter, §§ 2, 3 et 4, C.I.cr., l'auteur de la proposition, M. ERDMAN, souligne que *«lors de l'examen du texte, le législateur pourra être amené à exclure certains des crimes et délits énumérés à l'article 90ter, § 2, 3 ou 4 du Code d'instruction criminelle de l'application d'une cause d'excuse ou, au contraire, à rendre quand même cette cause d'excuse applicable à l'ensemble de ces crimes et délits graves afin de faciliter l'élucidation des crimes commis dans le cadre de la grande criminalité»*. Proposition de loi prévoyant de nouvelles dispositions en matière de causes d'excuse, *Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, n° 1677/1.

l'adéquation de cette liste, au maintien des incriminations qui y sont incluses, ...<sup>100</sup>.

3. Enfin, il faut surtout questionner le critère de gravité lui-même que le législateur a souhaité inscrire dans la loi au travers de la liste d'infractions. Si celui-ci ne manque jamais de souligner le caractère grave et organisé des phénomènes qu'il souhaite viser, nous pensons qu'il se trompe en cherchant à le traduire au travers d'une liste de phénomènes. Il nous semble que seule la proportionnalité doit constituer le critère de mise en œuvre de telles procédures, indépendamment du fait pénalisé commis. L'élaboration de la liste tend à détourner l'attention du souci premier de ne voir ces mesures mises en œuvre que lorsque la gravité des faits le justifie. Cette gravité doit découler davantage du contexte de commission de l'infraction (organisé, structuré, dommage très important, ...) que de l'incrimination mobilisable. Nous suggérons donc de combiner l'exigence de légalité et la souplesse d'interprétation en imposant un devoir de motivation aux acteurs judiciaires. A l'instar de la solution hollandaise, ils seraient tenus d'apprécier des éléments indicatifs tels que le seuil de peine des actes posés, les conséquences de ces actes, le caractère organisé dans le mode de commission du délit, la répétition des faits ou encore la relation avec d'autres faits.

Préserver un usage raisonnable de ces mesures d'investigation doit donc passer par un renoncement à cette liste. Son allongement, qui intervient chaque fois que les acteurs répressifs se sentent légitimement limités dans leur marge d'action à l'égard d'un dossier qui justifierait la mobilisation de la mesure, étend les risques d'une application disproportionnée à l'égard d'infractions pourtant incluses dans la liste. Le législateur fait fausse route en s'accrochant à son pouvoir de détermination des cas, en lieu et place d'un contexte, qui justifient la mobilisation des mesures d'exception. Il devrait renoncer à ce pouvoir, en édictant des critères d'appréciation du caractère de gravité recherché. Cette voie offrirait une plus grande souplesse dans son application par le pouvoir judiciaire, tout en lui imposant l'exigence de la légalité par l'obligation de motiver chacun des critères d'application requis dans le texte légal.

Bertrand RENARD,

Assistant de recherche au Département de Criminologie  
de l'Institut National de Criminalistique et de Criminologie

---

(100) L'article 90*decies* C.I.cr., introduit par la loi du 30 juin 1994, prévoit que le ministre de la Justice fasse rapport annuellement au Parlement sur l'application des articles 90*ter* à 90*nonies* C.I.cr. Voyez par exemple les annexes A et B du Rapport fait au nom de la Commission de la Justice du Sénat, *Doc. parl.*, session 1997-1998, n° 828/3.

## Bibliographie

- BERNAT DE CELIS, J., *Fallait-il créer un délit d'usage illicite de stupéfiants ?* (une étude de sociologie législative), Coll. Déviance et contrôle social, CESDIP, 1992, n° 54, 242 p.
- BOSLY, H.-D. et VANDERMEERSCH, D., «La loi belge du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées», *Rev. dr. pén.*, 1995, pp. 301 à 343.
- BOURDOUX, G. L., «Quelques considérations sur le renseignement et la recherche proactive par les services de police en Belgique», *Déviance et Société*, 1997, vol. 21, p. 433.
- BRODEUR, J.-P., «La police, mythes et réalités», *Criminologie*, 1984, XVII, n°1, p. 36.
- BRODEUR, J.-P., «Réforme et difformités pénales», *Déviance et Société*, 1990, vol. 14, n° 2, pp. 133 à 156.
- CARTUYVELS, Y. et OST, Fr., *Crise du lien social et crise du temps juridique*, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin, 1998.
- DE VALKENEER, Chr., *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, Bruxelles, Larcier, 2000.
- GARAPON, A., «Vers une nouvelle économie politique de la Justice? Réactions au rapport remis au garde des Sceaux par Jean-Marie Coulon sur la réforme de la procédure civile», *Recueil Dalloz*, 1997, 11e cahier, Chronique, pp 69-72.
- GENARD, J.-L., «Les dérèglements du droit. Entre attente sociale et impuissance morale», Coll. Quartier Libre, Bruxelles, Ed. Castells Labor, 2000, 93 p.
- GERARD, Ph., OST, Fr. et VAN DE KERCKHOVE, M. (sous la direction de), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, pp. 932.
- HENRION, Th., «Les écoutes téléphoniques», *J.T.*, 1995, pp. 205 à 213.
- JADOT, B. et OST, F. (ss la direction de), *Elaborer la loi aujourd'hui, mission impossible*, Actes du colloque organisé par le CEDRE à la maison des parlementaires le 22 octobre 1998, Bruxelles, FUSL, 1999.
- LASCOUMES, P. et PONCELA, P., *Réformer le Code pénal. Où est passé l'architecte?*, Les voies du droit, Paris, PUF, 1998.
- LASCOUMES, P., PONCELA, P. et LENOEL, P., *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, Paris, Hachette, 1989, 404 p.
- MINISTERE DE LA JUSTICE, *L'affaire Dutroux & consorts: actions du gouvernement*, ministère de la Justice, février 1997.
- OST, Fr., *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacobs, 1999.
- QUIVY, R. et VAN CAMPENHOUDT, L., *Manuel de recherche en sciences sociales*, Paris, Dunod Ed., 1995.

- RENARD, B. et VANDERBORGHT, J., *Recherche Proacti(e)ve Recherche. Exponent van een vernieuwde aanpak? révélateur d'une approche nouvelle?*, Programme de recherche du Département de Criminologie de l'INCC, Bruxelles, Mars 1998 – Décembre 1999, 384 p. (non publié).
- ROBERT, Ph., SOUBIRAN-PAILLET, Fr., VAN DE KERCHOVE, M. (ss la direction de), «*Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*», Coll. Logiques sociales, Déviance/GERN, Paris, L'Harmattan, 1997, t. I et II.
- ROBERT, Ph. (ss la direction de), *La création de la Loi et ses Acteurs. L'Exemple du Droit Pénal*, 1991, ONATI, 240 p.
- ROUSSEAU, X. et LÉVY, R. (ss la direction de), *Le pénal dans tous ses Etats. Justice, Etats et sociétés en Europe (XII<sup>e</sup> – XX<sup>e</sup> siècles*, Bruxelles), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1997, 462 p.
- SBRICCOLI, M., «Collaboration de justice et mafia : Des réformes pour une urgence incessante», *Déviance et Société*, 1998, vol. 22, n<sup>o</sup> 4, pp. 421 à 426.
- TULKENS, Fr., «A propos de la réforme du Code pénal. Analyse de l'avant-projet de Code pénal de M. R. Legros, Commissaire royal à la réforme du Code pénal», *J.T.*, 1986, pp. 557 à 562 et pp. 573 à 577.
- TULKENS, Fr., «Des peines sans droit», *J.T.*, 1988, pp. 577 à 583.
- TULKENS, Fr., «Les transformations du droit pénal aux Etats-Unis. Pour un autre modèle de justice», *Rev. sc. crim.*, 1993, pp. 219 à 237.
- VAN DE KERCHOVE, M., «Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées? Réflexion sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques», *J.T.*, 1985, pp. 330 à 334.
- VAN DE KERCHOVE, M., «Eclatement et recomposition du droit pénal», *Rev. sc. crim.*, 2000, pp. 5 – 15.
- VANDERBORGHT, J., «Het doel heiligt de middelen? Proactieve recherche in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit», *Custodes*, 1, 1999, pp. 13-32.

## ANNEXE

L'article 90<sup>ter</sup>, § 2, du C.I.cr. détermine les infractions pouvant justifier une mesure de surveillance. La liste exhaustive reprise ci-dessous est à jour et mentionne en caractères gras les dispositions adoptées après l'adoption de la loi du 12 mars 1998 qui inscrit la recherche proactive dans le C.I.cr. (nouvel art. 28<sup>bis</sup>):

1<sup>o</sup> les attentats et complots contre le Roi, contre la famille royale et la forme du gouvernement (art. 101 à 110 C. pén.);

**1<sup>o</sup>bis le faux en informatique (art. 210bis C. pén.)<sup>101</sup>;**

**1<sup>o</sup>ter la corruption de fonctionnaire public dans le chef du corrompu (art. 246 à 251 C. pén.)<sup>102</sup>;**

**1<sup>o</sup>quater l'écoute et l'enregistrement de (télé)communication, l'installation d'appareil permettant l'écoute ou l'enregistrement, et la violation du secret qui entoure leur contenu par un fonctionnaire ou officier public (art. 259bis C. pén.)<sup>103</sup>;**

**1<sup>o</sup>quinquies l'écoute et l'enregistrement de (télé)communication, l'installation d'appareil permettant l'écoute ou l'enregistrement, et la violation du secret qui entoure leur contenu (art. 314bis C. pén.)<sup>104</sup>;**

**1<sup>o</sup>sexies l'adhésion, la direction ou la participation à une organisation criminelle (art. 324bis et 324ter C. pén.)<sup>105</sup>;**

2<sup>o</sup> les menaces d'attentat contre les personnes ou contre les propriétés et les fausses informations relatives à des attentats graves, pour autant qu'une plainte ait été déposée (art. 327, 328, 329 ou 330 C. pén.);

3<sup>o</sup> les menaces d'attentat contre les personnes ou contre les propriétés à l'aide de matières nucléaires (art. 331bis C. pén.);

4<sup>o</sup> la prise d'otages (art. 347bis C. pén.);

---

(101) Inséré par l'article 11 de la loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique, *M.B.*, 3 février 2001, p. 2909.

(102) Inséré par l'article 2, A, de la loi du 29 novembre 2001 modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, *M.B.*, 23 février 2002, p. 7117.

(103) Inséré par l'article 11 de la loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique, *M.B.*, 3 février 2001, p. 2909. Numérotation modifiée par l'article 2, A, de la loi du 29 novembre 2001 modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, *M.B.*, 23 février 2002, p. 7117.

(104) *Ibid.*

(105) Inséré par l'article 4 de la loi du 10 janvier 1999 relative aux organisations criminelles, *M.B.*, 26 février 1999, p. 5812. Renuméroté par l'article 11 de la loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique, *M.B.*, 3 février 2001, p. 2909. Numérotation modifiée par l'article 2, A, de la loi du 29 novembre 2001 modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, *M.B.*, 23 février 2002, p. 7117.

**4°bis [abrogé]**<sup>106</sup>;

5° la corruption et la prostitution de mineurs et la traite des êtres humains (art. 379, [...] <sup>107</sup>, [...] **380**<sup>108</sup> [...] <sup>109</sup> C. pén.);

6° le meurtre (art. 393 C. pén.);

7° l'assassinat et l'empoisonnement (art. 394 ou 397 C. pén.);

**7°bis L'enlèvement de mineurs (art. 428 et 429 C. pén.)**<sup>110</sup>;

8° le vol avec violences ou menace ainsi que l'extorsion et le vol avec violences ou menace commis avec une des circonstances aggravantes visées aux articles 471 et 472 (art. **468**<sup>111</sup>, 470, 471 ou 472 C. pén.);

9° le meurtre commis pour faciliter le vol ou l'extorsion (art. 475 C. pén.);

10° les vols et extorsions de matières nucléaires (art. 477, *477bis*, *477ter*, *477quater*, *477quinquies*, *477sexies* ou *488bis* C. pén.);

---

(106) Le 4°bis, visant l'enlèvement de mineur (art. 368 et 369 C. pén.), avait été inséré par l'article 6 de la loi du 10 juin 1998 modifiant la loi du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communication et de télécommunication privées, *M.B.*, 22 septembre 1998, p. 30597. Ce point a été abrogé par l'article 3 de la loi du 7 juillet 2002 contenant des règles relatives à la protection des témoins menacés et d'autres dispositions, *M.B.*, 10 août 2002, p. 34665; sur base de l'abrogation des articles 368 et 369 du Code pénal par l'article 51 de la loi du 28 novembre 2001 relative à la protection pénale des mineurs.

(107) Ainsi modifié par l'article 14 de la loi du 13 avril 1995 contenant des dispositions en vue de la répression de la traite des êtres humains et de la pornographie infantine, *M.B.*, 25 avril 1995, p. 10823 (errata in *M.B.*, 17 juin 1995, p. 17546 et *M.B.*, 6 juillet 1995, p. 18972).

(108) Ainsi modifié par l'article 2, B, de la loi du 29 novembre 2001 modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, *M.B.*, 23 février 2002, p. 7117; sur base de la renumérotation par l'article 14 de la loi relative à la protection pénale des mineurs, *M.B.*, 17 mars 2001, p. 8495.

(109) Ainsi modifié par l'article 14 de la loi du 13 avril 1995 contenant des dispositions en vue de la répression de la traite des êtres humains et de la pornographie infantine, *M.B.*, 25 avril 1995, p. 10823 (errata in *M.B.*, 17 juin 1995, p. 17546 et *M.B.*, 6 juillet 1995, p. 18972).

(110) Inséré par l'article 3 de la loi du 7 juillet 2002 contenant des règles relatives à la protection des témoins menacés et d'autres dispositions, *M.B.*, 10 août 2002, p. 34665; sur base de l'insertion des articles 428 et 429 du Code pénal par l'article 51 de la loi du 28 novembre 2001 relative à la protection pénale des mineurs.

(111) Inséré par la loi du 11 décembre 2001 modifiant les articles 80, 471, et 472 du Code pénal et l'article 90ter, § 2, 8° du Code d'instruction criminelle, *M.B.*, 7 février 2002, p. 4178.

**10<sup>o</sup> bis la corruption privée (art. 504bis et 504ter C. pén.)<sup>112</sup>;**

**10<sup>o</sup> ter la fraude en informatique (art. 504quater C. pén.)<sup>113</sup>;**

11<sup>o</sup> le recel (art. 505, al. premier, 2<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup> C. pén.);

12<sup>o</sup> certains cas d'incendies volontaires (art. 510, 511, al. premier ou 516 C. pén.);

13<sup>o</sup> la destruction ou tentative de destruction par explosion d'un édifice, pont, digues, chaussée, etc. (art. 520 C. pén.) si l'auteur a dû présumer qu'il s'y trouvait une ou plusieurs personnes;

**13<sup>o</sup> bis les infractions contre la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des systèmes informatiques et des données qui sont stockées, traitées ou transmises par ces systèmes (art. 550bis et 550ter C. pén.)<sup>114</sup>;**

14<sup>o</sup> le trafic de stupéfiants (art. 2bis, § 3, b, ou § 4, b, de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques);

15<sup>o</sup> les infractions relatives à l'usage frauduleux ou malveillant de l'infrastructure de télécommunication (art. 114, § 8, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques);

16<sup>o</sup> le trafic illicite d'armes (art. 10 de la loi du 5 août 1991 relative à l'importation, à l'exportation et au transit d'armes, de munitions et de matériel devant servir spécialement à un usage militaire et de la technologie y afférente).

17<sup>o</sup> la traite des êtres humains à l'égard d'étrangers (l'art. 77bis, § 2 et 3 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers)<sup>115</sup>;

**18<sup>o</sup> l'utilisation de substances à effet hormonal chez les animaux (à l'art. 10, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de la loi du 15 juillet 1985 relative à l'utilisation de**

---

(112) Inséré par l'article 2, C, de la loi du 29 novembre 2001 modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, *M.B.*, 23 février 2002, p. 7117.

(113) Inséré par l'article 11 de la loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique, *M.B.*, 3 février 2001, p. 2909; Renuméroté par l'article 2, C, de la loi du 29 novembre 2001 modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, *M.B.*, 23 février 2002, p. 7117.

(114) *Ibid.*

(115) Inséré par l'article 13 de la loi du 13 avril 1995 contenant des dispositions en vue de la répression de la traite des êtres humains et de la pornographie infantine, *M.B.*, 25 avril 1995, p. 10823 (errata in *M.B.*, 17 juin 1995, p. 17546 et *M.B.*, 6 juillet 1995, p. 18972).

substances à effet hormonal, à effet anti-hormonal, à effet beta-adrénergique ou à effet stimulateur de production chez les animaux)<sup>116</sup>;

19° la fabrication et le trafic d'hormones (à l'art. 1<sup>er</sup> A.R. du 12 avril 1974 relatif à certaines opérations concernant les substances à action hormonale, anti-hormonale, anabolisante, anti-infectieuse, antiparasitaire et anti-inflamatoire, l'article précité visant des infractions punies conformément à la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques)<sup>117</sup>;

20° la fabrication et le trafic de substances à effets hormones (aux art. 3 et 5 A.R. du 5 février 1990 concernant certaines substances à effet beta-adrénergique, les articles précités visant des infractions punies conformément à la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments)<sup>118</sup>.

---

(116) Inséré par l'article 6 de la loi du 10 juin 1998 modifiant la loi du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communication et de télécommunication privées, *M.B.*, 22 septembre 1998, p. 30597.

(117) *Ibid.*

(118) *Ibid.*