

CHAPITRE 2

BELGIQUE

YVES CARTUYVELS, CHRISTINE GUILLAIN, THIBAUT SLINGENEYER

RÉSUMÉ: 1. Historique: l'émergence d'un droit des collaborateurs de justice ou «repentis» en Belgique. – 1.1. L'évolution législative et son contexte historique. – 1.1.1. Des pratiques informelles aux premières consécration formelles partielles. – 1.1.1.1. Le pouvoir informel de négociation du ministère public avec l'auteur d'une infraction. – 1.1.1.2. La cause d'excuse, première forme de récompense en droit pénal belge. – 1.1.2. L'émergence d'un véritable «droit des repentis»: les «tueries du Brabant wallon», facteur d'accélération. – 1.1.3. L'avant-projet de loi «instaurant un régime pour les collaborateurs de justice» (2001) ou les fondements du régime à venir. – 1.1.3.1. Les principes de base: légalité, subsidiarité, proportionnalité et contrôle. – 1.1.3.2. Les aspects pratiques et «dispositions diverses». – 1.1.3.3. Les avis du comité d'experts du Conseil de l'Europe et du Conseil des procureurs du Roi. – 1.1.4. De 2001 à 2014: variations sur un même thème... – 1.1.4.1. Le bal des propositions de loi continue. – 1.1.4.2. Un coup de pouce des autorités judiciaires. – 1.2. L'évolution de la jurisprudence avant la loi de 2018. – 1.2.1. La jurisprudence sur la dénonciation comme cause d'excuse en matière de stupéfiants. – 1.2.2. L'affaire «Habran», ou la validité des preuves recueillies de manière anonyme ou non soumises au principe du contradictoire. – 1.2.2.1. Quelques principes du droit de la preuve en droit de la procédure pénale belge. – 1.2.2.2. L'affaire «Habran». – 1.3. Conclusion. – 2. Législation actuelle. – 2.1. Les conditions d'ouverture du dispositif. – 2.1.1. La commission d'une infraction visée à l'article 90 *ter*, § 2 à 4 du Code d'instruction criminelle. – 2.1.2. Les principes d'adéquation et de pertinence. – 2.1.3. Les principes de nécessité et de subsidiarité. – 2.1.4. Le principe de proportionnalité. – 2.1.5. Le principe de l'absence de dangerosité. – 2.2. Les types de promesses. – 2.2.1. Les promesses relatives à l'exercice de l'action publique. – 2.2.1.1. La promesse d'un classement sans suite?. – 2.2.1.2. La promesse d'une réduction de peine: le cas des infractions terroristes. – 2.2.1.3. La prise en compte du principe de pondération dans la réduction de la peine. – 2.2.2. Les promesses relatives à l'exécution de la peine. – 2.2.3. Les promesses relatives au lieu de détention. – 2.2.4. Un cumul des promesses est-il possible?. – 2.3. La contrepartie de la promesse de récompense: les obligations du collaborateur. – 2.3.1. Faire une déclaration. – 2.3.2. Avoir la volonté d'indemniser le dommage. – 2.3.3. Ne pas commettre une infraction (d'une certaine gravité). – 2.3.4. Respecter les conditions prévues dans le mémorandum. – 2.3.5. Ne pas entraver la justice pénale. – 2.4. Les conditions d'exercice de la collaboration procédurale et ses aspects procéduraux. – 2.4.1. Un accord entre le ministère public et le candidat collaborateur. – 2.4.2. La formalisation de l'accord: rédaction et validation du mémorandum. – 2.4.2.1. Le contenu et les exigences formelles du mémorandum. – 2.4.2.2. La validation du mémorandum. – 2.4.3. L'homologation de l'accord. – 2.4.3.1. Le champ d'application. – 2.4.3.2. Les juridictions compétentes. – 2.4.3.3. Les objets de l'évaluation. – 2.4.3.4. La procédure. – 2.4.3.5. La décision. – 2.5. La révocation de la promesse. – 2.5.1. Les causes de la révocation. – 2.5.2. Les autorités compétentes pour la révoquer. – 2.5.3. Les conséquences de la révocation. – 2.6. Les conditions d'utilisation des déclarations. – 2.7. Les mesures de protection du collaborateur. – 2.7.1. L'accessibilité aux mesures de protection. – 2.7.2. Les types de mesures de protection. – 2.7.3. Le retrait des mesures de protection. – 2.8. Le contrôle et l'évaluation du dispositif de collabora-

tion. – 2.9. La loi du 22 juillet 2018 sous le regard de la Cour constitutionnelle. – 2.10. Conclusion. – 3. Jurisprudence actuelle. – 4. Conformité du droit belge au regard de l'article 16 de la directive 541/2017/UE. – 4.1. Quant à la promesse relative à l'action publique. – 4.2. Quant aux promesses relatives à l'exécution de la peine et au lieu de détention. – Conclusion générale.

Introduction générale

Lorsqu'on évoque la figure du «repenti» en Belgique, on vise en général l'auteur d'une infraction pénale qui, en échange d'une collaboration avec les autorités judiciaires, bénéficie d'une récompense de nature pénale, notamment sous la forme d'une réduction ou d'une exemption de peine. Le «deal» conclu dans le souci d'améliorer l'efficacité de la justice pénale dans la découverte, la poursuite et la punition des infractions et de leurs auteurs, fait du suspect, du prévenu ou du condamné concerné un «collaborateur de justice».

Ce dernier terme peut toutefois prêter à confusion. Si le repentis est bien un «collaborateur de justice», il n'épuise pas la notion. Au niveau policier, on trouve ainsi d'autres «collaborateurs de justice», comme les «indicateurs» ou «informateurs» qui peuvent également bénéficier de certains avantages personnels en échange de services rendus à la police. Mais même si des recoupements peuvent exister entre ces deux modes de collaboration parfois assez proches, des différences importantes les séparent: le statut pénal de la personne concernée n'est pas nécessairement le même, la négociation ne se déroule pas entre les mêmes acteurs, elle n'a pas toujours le même objectif et le jeu des récompenses ne se déploie pas de la même manière.

L'objet de la présente contribution porte donc bien sur ce type particulier de collaborateur de justice qu'est le repentis. Si cette figure particulière fait l'objet depuis longtemps d'un intérêt certain aux États-Unis, pays marqué par une conception traditionnellement utilitariste de la justice pénale et dès lors plus ouverte à des formes de marchandage, elle n'a fait que plus tardivement l'objet d'une régulation juridique en Europe.

En Belgique, un «droit des repentis» n'est réellement envisagé qu'à la fin des années 1990, sous l'effet d'une prise de conscience de son utilité dans la lutte contre le grand banditisme et le terrorisme. Il faudra néanmoins attendre une loi du 22 juillet 2018 sur les collaborateurs de justice ou «repentis» pour qu'émerge un dispositif légal consacrant et entourant des pratiques de négociation, dont il reste difficile de savoir si elles existaient de manière informelle derrière d'autres dispositifs (classement sans suite, transaction pénale, suspension du prononcé de la peine...) avant la loi.

Nous proposons de revenir ici sur les différentes étapes sociohistoriques ayant conduit à l'élaboration de ce «droit des repentis» (1), avant d'analyser la loi du 22 juillet 2018 qui le consacre (2), d'envisager les quelques cas d'application jurisprudentielle auxquelles la loi a pu donner lieu (3) et d'examiner la conformité de la loi belge à l'article 16 de la Directive 541/2017/EU (4).

1. *Historique: l'émergence d'un droit des collaborateurs de justice ou «repentis» en Belgique*

1.1. *L'évolution législative et son contexte historique*

1.1.1. *Des pratiques informelles aux premières consécérations formelles partielles*

1.1.1.1. *Le pouvoir informel de négociation du ministère public avec l'auteur d'une infraction*

En droit pénal belge, le ministère public bénéficie «compte tenu des directives de politique criminelle», du pouvoir d'opportunité des poursuites (C. pén., art. 28-*quater*, al. 1^{er}). En vertu de ce pouvoir, le ministère public peut décider de classer sans suite un dossier pénal pour des motifs techniques ou d'opportunité, en motivant ce choix. Rien n'empêche ici *a priori* de penser que le ministère public ne procède à un classement sans suite d'opportunité en «récompense» d'informations données par l'auteur présumé d'une infraction¹. Néanmoins, aucune directive de politique criminelle publiée n'a consacré une telle pratique prétorienne, laquelle resterait hasardeuse pour le «collaborateur», soumis tant au caractère provisoire du classement sans suite qu'à la possibilité de voir l'action publique mise en mouvement par d'autres acteurs que le ministère public².

Par ailleurs, le ministère public a également la possibilité d'éteindre l'action publique en recourant à la procédure de transaction pénale ou de médiation. Dans le cas de la transaction (C.i.cr., art. 216-*bis*), le ministère public propose, dans certains cas et à certaines conditions, à l'auteur présumé d'une infraction d'éteindre l'action publique moyennant le paiement d'une somme d'argent. Rien n'empêche d'envisager que la proposition de transaction ne soit accompagnée d'une demande informelle d'informations et d'une négociation avec l'auteur. La procédure de médiation permet quant à elle au ministère public, de proposer, dans certains cas et à certaines conditions³, à l'auteur présumé d'une infraction de ne pas le poursuivre ou d'arrêter les poursuites entamées moyennant l'accomplissement par ce dernier de certaines mesures, alternatives à une peine (C.i.cr., art. 216-*ter*). Même si rien de tel n'est prévu par le texte légal, rien n'empêche le ministère public de conditionner de manière informelle la proposition de médiation à l'octroi d'informations, faisant alors de la médiation une «récompense» pour collaboration avec la justice. Rien dans la pratique ne permet cependant de soutenir que le parquet recourt à ce type de marchandage dans le cadre d'une proposition de transaction ou de médiation⁴. Dans son rapport final

¹ Doc., Ch., 2001-2002, n° 1645/1, p. 17.

² M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal: analyse comparée et critique*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 61.

³ C. GUILLAIN, «Les mesures 'alternatives' au stade présentenciel: un quasi monopole du ministère public», in Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN et T. SLINGENEYER, *Les alternatives à la détention en Belgique: un état des lieux, à l'aune du Conseil de l'Europe*, Bruxelles, la Charte, 2017, p. 59 à 77; Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN et T. SLINGENEYER, «Belgium», in A. BERNARDI, *Prison Overcrowding and alternatives to detention. European sources and national legal systems*, Napoli, Jovene, 2016, p. 125 à 142.

⁴ On peut encore imaginer que le parquet négocie avec l'auteur d'une infraction au stade de son réquisitoire sur la peine ou à l'occasion de l'avis qu'il donne dans divers cas en

déposé en décembre 1998, la Commission parlementaire chargée d'enquêter sur la criminalité organisée en Belgique souligne en tous cas que les parquets nient recourir à de telles pratiques, à l'exception du parquet de Liège reconnaissant «avoir parfois fait l'impasse sur certaines petites infractions»⁵.

1.1.1.2. *La cause d'excuse, première forme de récompense en droit pénal belge*

La première consécration formelle d'une récompense pénale pour collaboration avec la justice est introduite en droit pénal belge par le mécanisme de la cause d'excuse. Une cause d'excuse est une circonstance qui, tout en laissant subsister l'infraction, permet au juge de diminuer la peine (cause d'excuse atténuante) ou de la supprimer (cause d'excuse absolutoire). En droit pénal belge, les causes d'excuses sont légales (c'est-à-dire, prévues par la loi). Certaines d'entre elles accordent à l'auteur d'une infraction une exemption ou une réduction de peine en échange d'informations destinées tantôt à mieux punir l'ensemble des auteurs et complices d'une infraction commise, tantôt à mieux prévenir la commission d'infractions futures. Appliquée à des infractions impliquant potentiellement une pluralité d'auteurs, la cause d'excuse comme récompense de la collaboration avec la justice est envisagée aux articles 136 du C. pén. (infractions contre la sûreté de l'État), 192 du C. pén. (infractions contre la foi publique), 300 du C. pén. (publication et distribution d'écrits sans indication du nom et du domicile de l'auteur ou de l'imprimeur), 304 du C. pén. (infractions aux lois et règlements sur les loteries, les maisons de jeux et les maisons de prêt sur gage) et 326 du C. pén. (infractions liées à une organisation criminelle ou à des associations de malfaiteurs formées dans le but d'attenter aux personnes et aux propriétés). Par ailleurs, l'article 6 de la loi du 24 février 1921 relative au trafic des stupéfiants, tel que modifié par la loi du 9 juillet 1975, fait de la dénonciation (avant ou après l'entame des poursuites) une cause d'excuse absolutoire ou atténuante selon la gravité de l'infraction commise par le dénonciateur (crime ou délit)⁶. En outre, la loi du 11 juillet 1994 modifiant la loi du 15 juillet 1985 relative à l'utilisation de substances à effet hormonal ou à effet antihormonal chez les animaux a également introduit un régime de cause d'excuse, absolutoire ou atténuante, de même que l'article 5 de la loi du 12 mars 1858 relative aux crimes et délits qui portent préjudice aux institutions internationales. Dans ces divers cas, la transmission d'informations à la justice ou «dénonciation» est susceptible, pour autant que certaines conditions soient rencontrées, d'être récompensée par une exemption de peine⁷.

matière d'exécution de la peine, même si l'hypothèse semble très théorique (M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, op. cit., p. 63 à 65).

⁵ Doc., Sén., 1998-1999, n° 1-326/9, p. 427.

⁶ Sur cette cause d'excuse spécifique, voy. M. PREUMONT, «Un exemple de politique criminelle: la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques», in *Mélanges offerts à Robert Legros*, Bruxelles, ULB, 1985, p. 499 à 516; Ch. GUILLAIN, «La cause d'excuse en matière de drogues: symptôme de l'ambivalence du système pénal», in Fr. KUTY et A. WEYENBERGH (dir.), *La science pénale dans tous ses états. Liber amicorum Patrick Mandoux et Marc Preumont*, Larcier, Bruxelles, 2019, p. 271 à 290.

⁷ Voy. M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, op. cit., p. 41 à 50.

C'est donc à travers ces différentes causes d'excuse que se sont introduites en droit pénal belge les premières manifestations, encore partielles et limitées, d'un «droit des repentis»⁸. Si le mécanisme est discutable d'un point de vue moral, la «délation»⁹ ou «prime à l'impunité»¹⁰ est dans ces divers cas encouragée par un impératif d'efficacité dans la répression d'infractions considérées comme particulièrement graves pour l'ordre social, la découverte de tous leurs auteurs et complices, la prévention de ces infractions pour le futur.

1.1.2. *L'émergence d'un véritable "droit des repentis": les "tueries du Brabant wallon", facteur d'accélération*

De 1982 à 1985, la Belgique est secouée par une vague de crimes ou d'attentats aveugles et meurtriers, dont on ignore toujours aujourd'hui s'il s'agit de criminalité organisée ou de terrorisme¹¹. À la même période, divers attentats sont attribués à un mouvement d'extrême-gauche, les CCC (Cellules Communistes Combattantes). Le climat est lourd et la lutte contre la grande criminalité et le terrorisme s'impose à l'agenda politique. Dans ce cadre, la question d'un «droit des repentis» émerge progressivement à partir des années 1990.

En juin 1995, le programme politique du gouvernement Dehaene II propose d'élaborer une législation «en vue de prévoir la faculté de réduction de peine ou de négociation en échange d'informations valables» dans le cadre de la lutte contre le crime organisé¹². Dans un «plan d'action contre le crime organisé» déposé quelques mois plus tard, le gouvernement précise sa volonté d'envisager un régime d'exemption de poursuites» ou de «motifs d'excuse devant un tribunal» pour des criminels repentis. Le plan d'action prévoit aussi «des programmes de protection des témoins» à l'intention des repentis, ainsi que «des mesures qui ont pour effet de rendre leur identification plus difficile»¹³. Enfin, dans le cadre de ce «plan d'action», le ministre de la Justice confie en septembre 1996 à l'Université de Gand une recherche portant notamment sur la problématique des repentis (cf. *infra*).

De son côté, le Parlement se mobilise également. Après qu'une première Commission d'enquête parlementaire sur «la manière dont la lutte contre le banditisme et le terrorisme est organisée», en lien avec les «tueries du Brabant Wallon», ait rendu son rapport en avril 1990¹⁴, une nouvelle Commission d'enquête parlementaire est créée en juin 1996, pour enquêter «sur les adaptations nécessaires en matière d'organisation et de fonctionnement de

⁸ Fr. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Diegem, Kluwer, 2014, p. 644.

⁹ G.-H. BEAUTHIER, «La délation: l'impunité dénoncée», *Déviance & Société*, 1998, n° 4, p. 427 à 433.

¹⁰ Fr. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, Ch. GUILLAIN, *op. cit.*, p. 644.

¹¹ Les deux pistes ont été successivement suivies, sans succès jusqu'à présent. Sur les tueurs du Brabant Wallon, voy., e.a., P. PONSAERS, *Loden jaren. De Bende van Nijvel gekaderd*, Gompel & Svacina, 2019.

¹² *Doc.*, Ch., 1995, n° 23/1, p. 45.

¹³ *Doc.*, Sén., 1995-1996, n° 1-326/5, p. 30.

¹⁴ *Doc.*, Ch., 1989-1990, n° 59/8.

l'appareil policier et judiciaire, en fonction des difficultés surgies lors de l'enquête sur les «tueurs du Brabant». Le rapport de cette Commission propose de légaliser le recours aux repentis (cf. *infra*). En juillet 1996, une autre Commission parlementaire chargée d'enquêter sur la criminalité organisée est créée au Sénat. Au cours de ces travaux, la Commission se penche également sur la question des repentis pour aboutir à la conclusion que l'instauration d'un régime de réduction de peines pour les repentis peut s'avérer utile dans la lutte contre le crime organisé¹⁵.

À partir de ce moment, rapports scientifiques ou officiels et propositions législatives vont se croiser dans un processus cumulatif jusqu'au début des années 2000. Le 5 août 1996, une première proposition de loi est déposée par le sénateur E. Boutmans, laquelle vise à «accorder aux repentis une exemption temporaire et exceptionnelle de peine»¹⁶. Cette proposition de loi vise à insérer dans le Code pénal une cause d'excuse atténuante pour l'auteur d'un fait pénal qui «aurait révélé à l'autorité l'identité des auteurs, coauteurs, complices et receleurs» ou qui, à défaut, aurait fourni aux autorités «les renseignements dont ils disposaient, pour permettre l'identification et la recherche desdites personnes» (art. 2). La cause d'excuse devient absolutoire lorsque la révélation concerne «les commanditaires des crimes ou ceux qui avaient la direction de l'association de malfaiteurs ayant commandité les crimes» et qu'elle émane d'auteurs qui ne sont «pas eux-mêmes les commanditaires ou directeurs» (art. 3). Les conditions d'application prévues font que ces deux causes d'excuse sont en fait réservées aux «repentis» potentiels auteurs de crimes commis dix ans plus tôt dans le cadre des «tueries du Brabant Wallon»¹⁷. Comme en Italie ou en Allemagne, ce sont donc des actes associés à la criminalité organisée ou au terrorisme qui ont mis le droit des repentis ou collaborateurs de justice à l'agenda politique.

Quelques mois plus tard, en janvier 1997 une proposition de loi «visant à améliorer la lutte contre le crime organisé, le grand banditisme et le terrorisme»¹⁸ est déposée à la Chambre. Selon l'auteur de la proposition, le député J.-P. Moerman, l'actualité judiciaire (dont les tueries du Brabant Wallon) souligne la menace croissante que représente la criminalité organisée, au même titre que l'émergence de groupements terroristes. Le député estime dès lors qu'un «état de nécessité» justifie l'adoption d'une «loi d'exception» dans la lutte contre le crime organisé, le grand banditisme et le terrorisme. Cette loi doit encourager la collaboration avec la justice dans les domaines visés, accordant aux collaborateurs, repentis ou non, un système de protection mais aussi l'impunité «quelle que soit leur participation aux faits infractionnels qu'ils dénoncent» (art. 3), pour autant qu'ils apportent des informations déterminantes sans lesquelles des affaires criminelles liées à la grande criminalité, au crime organisé ou au terrorisme n'auraient pu être élucidées (art. 2 et 3) ou susceptibles d'épargner des vies humaines (art. 10).

¹⁵ *Doc.*, Sén., 1998-1999, n° 1-326/9, p. 525.

¹⁶ *Doc.*, Sén., 1995-1996, n° 1-403/1.

¹⁷ En effet, le dispositif visait la dénonciation de crimes qui, par eux-mêmes ou conjointement avec d'autres crimes connexes, avaient entraîné la mort d'au moins cinq personnes et dont l'élucidation s'est avérée impossible après dix ans ou plus.

¹⁸ *Doc.*, Ch., 1996-1997, n° 880/1.

En octobre 1997, une Commission d'«enquête parlementaire sur les adaptations nécessaires en matière d'organisation et de fonctionnement de l'appareil policier et judiciaire, en fonction des difficultés surgies lors de l'enquête sur les 'tueurs du Brabant'» dépose son rapport. La Commission propose «qu'une loi définitive de portée générale règle la réduction de peine» qui serait accordée aux repentis en échange d'«informations complètes et utiles»¹⁹. Le rapport pose les premières balises d'un droit des repentis autour des principes suivants: un principe de *subsidiarité*, le recours au repentis ne se justifiant qu'à défaut d'obtenir des résultats par d'autres moyens; un rapport de *proportionnalité* entre la gravité l'infraction commise par le repentis et la gravité de celle qu'il dénonce, d'une part, et entre les avantages octroyés au repentis et les informations qu'il fournit, d'autre part. Le rapport met également l'accent sur l'importance d'envisager un volet *protection du repentis et de sa famille* ainsi que d'assurer les *droits de la défense* des personnes mises en cause par le dénonciateur repentis, ce qui suppose d'accorder une importance particulière à la question de la crédibilité de ce dernier et de ses déclarations. Enfin, la Commission estime que la négociation avec le repentis doit pouvoir s'envisager au niveau de l'action criminelle, de la fixation de la peine et de l'exécution de la peine²⁰.

À la même période, fin 1997, le rapport de la recherche sur les repentis confiée à l'Université de Gand un an plus tôt est transmis au ministre de la Justice²¹. Présenté et débattu lors d'un colloque au Sénat les 8 et 9 octobre 1998, le rapport propose d'adopter un régime légal pour les repentis, en prévoyant un régime exceptionnel articulé autour de principes très proches de ceux envisagés par la Commission parlementaire évoquée ci-dessus: un principe de *subsidiarité*, impliquant que le recours aux repentis ne devrait s'envisager que lorsque les méthodes de recherche et de poursuites classiques sont insuffisantes; un principe de *proportionnalité* entre la gravité de l'infraction commise par le repentis et l'infraction qu'il dénonce²² et entre l'infraction commise par le repentis et les avantages qu'il obtient²³; un *contrôle*, autant que possible exercé par les autorités judiciaires, tant sur le respect des conditions légales prévues pour octroyer la récompense au repentis que sur la fiabilité des déclarations de ce dernier²⁴; et enfin, une loi sur les repentis suf-

¹⁹ Doc., Ch., 1997-1998, n° 573/7, p. 67.

²⁰ *Ibidem*, p. 67 et 68.

²¹ T. DE MEESTER, Ph. TRAEST, *Rapport de recherche concernant les repentis, l'encouragement et la facilitation du témoignage dans le cadre de la procédure pénale et le renversement de la charge de la preuve concernant l'origine de biens dont on soupçonne qu'ils sont le produit d'une activité liée au crime organisé*, réalisé à la demande du Ministère de la Justice, 1996-1997; non publié.

²² Ce rapport de proportion suppose que l'on réserve l'octroi d'une prime au repentis lorsqu'il dénonce ou permet de découvrir des infractions graves et/ou des infractions au moins aussi graves que celles qu'il a commises (*Colloque réforme droit pénal, Sénat, 8-9 octobre 1998*, Antwerpen, Maklu, 1998, p. 130 et 131).

²³ *Colloque réforme droit pénal, Sénat, 8-9 octobre 1998, op. cit.*, p. 131. M.-A. BEERNAERT souligne qu'à son sens, les auteurs visent en fait plutôt un rapport de proportion entre l'importance des informations fournies par le repentis et les avantages qui lui sont accordés en échange (M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, *op. cit.*, p. 87).

²⁴ *Colloque réforme droit pénal, Sénat, 8-9 octobre 1998, op. cit.*, p. 132.

fisamment claire et précise que pour respecter les exigences du *principe de légalité au sens substantiel*²⁵.

Sur un plan plus concret, le rapport propose, comme la Commission parlementaire, d'introduire un mécanisme de négociation avec le futur repent. Celui-ci pouvant bénéficier d'un classement sans suite²⁶, d'une réduction de peine via une nouvelle cause d'excuse de dénonciation²⁷ ou d'un régime de faveur dans l'exécution de la peine (allant éventuellement jusqu'à la non-exécution de celle-ci) en échange de révélations complètes et sincères²⁸. Le rapport insiste, sans plus de détails, sur l'importance de mesures de protection des repentis et de leurs proches pour assurer l'efficacité du système²⁹ et sur les droits de la défense en évitant que le juge pénal ne puisse condamner un accusé sur la seule base du témoignage du repent³⁰.

En novembre 1998, c'est au tour des députés A. Dusquennes et J.-P. Moerman de déposer une proposition de loi visant à «accorder aux repentis une immunité pénale dans le cadre de la lutte contre le crime organisé»³¹. Actant l'échec des méthodes traditionnelles de recherche dans la lutte contre la criminalité organisée, le grand banditisme et le terrorisme³², la proposition de loi propose d'introduire un régime de repentis dans la lutte contre le crime organisé, en accordant une immunité pénale aux auteurs d'infractions graves en échange d'informations utiles et en fonction de leur importance. La proposition envisage un double dispositif: si les révélations du repent interviennent avant son renvoi devant la juridiction de jugement, celui-ci pourrait bénéficier d'une extinction de l'action publique portant, selon l'importance des révélations faites, sur tout ou partie des infractions qu'il a commises. Si le transfert des informations a lieu après le renvoi du repent devant le juge fond, ce dernier pourrait bénéficier d'avantages au stade de l'exécution de la peine³³. Le texte prévoit également comme condition le respect du principe de proportionnalité entre les infractions commises et dénoncées par le repent³⁴, tout comme il prévoit diverses mesures destinées à garantir les droits de la défense des prévenus mis en cause (notamment le refus de tout anonymat dans le chef du repent ou le fait qu'une condamnation ne pourrait être prononcée sur la base de la seule déclaration du repent). Si la proposition reste classique sur ces points, en revanche elle prévoit un volet plus novateur en matière de protection des témoins repentis, prévoyant une liste non limitative de mesures non pénales de protection (nouvelle identité, aide financière, etc.) et suggérant de créer «un mécanisme de protection

²⁵ *Ibidem*, p. 132.

²⁶ *Ibidem*, p. 133 à 138.

²⁷ *Ibidem*, p. 140 et 141.

²⁸ *Ibidem*, p. 140 et 141.

²⁹ *Ibidem*, p. 140 et 141.

³⁰ *Ibidem*, p. 137 et 138.

³¹ *Doc.*, Ch., 1998-1999, n° 1813/1.

³² *Ibidem*, p. 1.

³³ *Ibidem*, p. 3, 4 et 8.

³⁴ La gravité de l'infraction commise par le repent doit être moindre que celle de l'infraction susceptible d'être poursuivie suite aux révélations dénoncée (art. 4,3°) et certaines infractions particulièrement graves commises par le repent seraient exclues du marchandage.

des repentis au niveau européen, l'exiguïté de notre territoire rendant difficile le reclassement (des repentis)»³⁵.

Le 8 décembre 1998, c'est au tour de la Commission parlementaire «chargée d'enquêter sur la criminalité organisée» de remettre son rapport³⁶. Examinant la question des repentis, la Commission constate qu'en l'état actuel des choses, rien n'empêche le procureur du Roi de procéder à des accords avec un repentis en échange de divers types d'avantages, allant du classement sans suite à un réquisitoire plus soft devant le juge de fond³⁷. Critique à l'égard de l'utilisation de techniques spéciales d'enquête en dehors de tout cadre légal spécifique³⁸, la Commission estime que de tels accords conclus de manière prétorienne dans le cadre de l'exercice de l'action publique nuisent à la transparence de la politique (pénale)³⁹ et, invoquant les précédents en matière de trafic de drogues et d'hormones, considère préférable de privilégier pour lutter contre la criminalité organisée le recours à un régime légal de cause d'excuse appliqué «ouvertement, sous le contrôle du pouvoir judiciaire»⁴⁰.

1.1.3. *L'avant-projet de loi "instaurant un régime pour les collaborateurs de justice" (2001) ou les fondements du régime à venir*

1.1.3.1. *Les principes de base: légalité, subsidiarité, proportionnalité et contrôle*

En 1999, sous la houlette du ministre libéral de la Justice M. Verwilghen, un «Plan fédéral de sécurité et de politique pénitentiaire (31 mai 1999) contient un projet 34 «Etude de l'instauration d'un régime des repentis – la protection des témoins – le témoin anonyme», établi dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée. Largement inspiré de la recherche menée à l'Université de Gand, mais aussi des travaux d'un Groupe de travail sur la criminalité organisée constitué au sein du ministère de la Justice, un avant-projet de loi «instaurant un régime pour les collaborateurs de justice» est alors rédigé. Ce texte ne fait toutefois pas consensus au sein de la majorité gouvernementale et soulève une salve d'interpellations sur les bancs de l'opposition⁴¹. Parmi les craintes que soulève le projet, on trouve les risques d'abus (faux témoignages), la crainte que la promesse d'un avantage ne favorise la récidive, les coûts potentiels d'un régime pour les collaborateurs de justice et le caractère immoral d'un système de récompense reposant sur la dénonciation⁴². Le gouvernement demande alors une recherche complémentaire à l'Université de Gand⁴³, suite à laquelle le texte de l'avant-projet est fi-

³⁵ *Doc.*, Ch., 1998-1999, n° 1813/1, p. 13.

³⁶ *Doc.*, Sén., 1998-1999, n° 1-326/9.

³⁷ *Ibidem*, p. 427.

³⁸ *Doc.*, Sén., n° 1-326/8, p. 129.

³⁹ *Ibidem*, p. 73.

⁴⁰ *Doc.*, Sén., 1998-1999, n° 1-326/9, p. 428, 429 et 525.

⁴¹ Voy. M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, *op. cit.*, p. 102, notes 65 et 66.

⁴² *Doc.*, Ch., 2001-2002, n° 1645/1, p. 7.

⁴³ Cette recherche a en outre été suivie d'une étude complémentaire également confiée à l'Université de Gand (N. SIRON, G. VERMEULEN, B. DE RUYVER, P. TRAEST, A. VAN CAUWENBERGHE, *Bescherming van en samenwerking met getuigen*, Antwerpen, Maklu, 2000).

nalement repris et déposé le 21 février 2002 sous forme d'une proposition de loi par les députés de la majorité, H. Coveliers et J. Herzet⁴⁴.

Les lignes de force de cette proposition de loi traduisent une avancée conséquente dans l'élaboration d'un droit des repentis. Ces lignes de force sont les suivantes. Prenant acte des objections d'ordre éthique à la création d'un régime des repentis, les auteurs de la proposition estiment «possible d'instaurer, dans certaines circonstances et sous certaines conditions strictes, un régime en faveur des personnes qui collaborent avec la justice» et ceci «à titre exceptionnel»⁴⁵. Ce caractère exceptionnel se traduit par la limitation du recours aux collaborateurs de justice aux seules infractions commises dans le cadre d'une organisation criminelle, sur base de l'article 324-bis du Code pénal, ou à des infractions de droit international humanitaire⁴⁶. On retrouve ensuite quatre principes devenus classiques autour desquels organiser le régime des collaborateurs de justice:

Le *principe de légalité* suppose de renoncer à des formes d'accord préto-riennes «qui dérogent aux règles généralement applicables à la procédure pénale» et de régler de manière claire, précise et accessible, dans une loi *senso strictu*, le régime des repentis. Le recours à la loi doit permettre de garantir «les droits de la défense, les droits fondamentaux de toutes les parties concernées, la dignité de la justice», tout en assurant «la crédibilité des dépositions des collaborateurs» et en se prémunissant contre les risques d'erreur judiciaire⁴⁷.

Le *principe de subsidiarité* suppose que, dans les seuls domaines où elle est envisagée, la collaboration entre les criminels et la justice ne soit possible qu'«en dernier recours, lorsque le même but ne peut être atteint d'une autre façon raisonnable», c'est-à-dire lorsque les techniques traditionnelles de recherche sont insuffisantes, ce qui sera apprécié dans chaque cas par le magistrat du parquet. Le principe de subsidiarité suppose encore que, lorsque plusieurs faveurs peuvent être octroyées, le magistrat du parquet fasse un choix proportionné, en évitant de promettre d'entrée de jeu la mesure la plus favorable si celle-ci ne s'avère pas nécessaire⁴⁸.

Le principe de *proportionnalité* traduit une triple facette. En premier lieu, il faut une proportionnalité entre l'infraction commise par le collaborateur et l'infraction qu'il permettrait de découvrir. Il s'agit d'exclure le recours à une récompense lorsque l'infraction commise par le collaborateur est d'une gravité égale ou supérieure à celle de l'infraction à découvrir ou lorsque l'auteur serait coupable de «certaines infractions très graves», ce par quoi seraient visés les crimes non correctionnalisables (sur la base de l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes)⁴⁹. Ensuite, il faut une proportionnalité entre l'avantage concédé au collaborateur et la gravité de l'infraction à propos de laquelle il donne des informations (il s'agit ici d'éviter de récompenser grassement l'auteur d'une infraction grave

⁴⁴ Doc., Ch., 2001-2002, n° 1645/1.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 8.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 13.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 10.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 14.

pour des informations portant sur des faits mineurs). Enfin, il faut une proportionnalité entre l'infraction commise par le collaborateur et les avantages qui lui sont concédés⁵⁰.

Enfin, un principe de *contrôle* suppose que, pour éviter «le risque d'abus et d'erreurs judiciaires», un contrôle de légitimité soit confié au pouvoir judiciaire, afin de vérifier que l'on est bien face à un crime envisagé par la loi et que les déclarations du collaborateur de justice sont assez «fiabiles» pour justifier l'octroi d'une récompense⁵¹.

1.1.3.2. *Les aspects pratiques et "dispositions diverses"*

Sur un plan pratique, la proposition envisage sans surprise trois bénéfices différents pour les collaborateurs. L'accord passé dans les règles avec le procureur du Roi ou le procureur fédéral doit permettre d'*éteindre l'action publique*, pour autant que le repentant respecte ses engagements, ce qui sera contrôlé par les juridictions d'instruction ou de jugement. Le procureur du Roi doit par ailleurs demander l'avis du procureur fédéral avant de s'engager vis-à-vis du repentant, l'accord devant d'ailleurs être signé par ce dernier (art. 5, § 2). Le procureur fédéral se voit confier un rôle de coordination: il tient un registre des divers mémorandums d'accords conclus (art. 17, § 3), pour éviter la concurrence de décisions divergentes ou l'octroi de plusieurs promesses dans des arrondissements judiciaires distincts pour une même affaire et assurer une certaine uniformité quant aux critères et conditions d'octroi d'une promesse⁵². Les juridictions de fond, saisies d'une affaire dans laquelle un accord a été conclu, se livrent à un contrôle de légalité mais non d'opportunité: si le juge de fond constate que les conditions requises pour une promesse d'extinction de l'action publique sont réunies, que le mémorandum a été établi valablement et que l'accord qui y figure a été respecté, il doit éteindre l'action publique (art. 9). La collaboration avec la justice devient une *cause d'excuse légale absolutoire ou atténuante*, compte tenu du principe de proportionnalité et de ses diverses implications. Dès lors, pour autant que les dépositions soient «révélatrices, «sincères et complètes», peu importe qu'elles aient lieu avant ou après l'entame des poursuites, qu'elles débouchent ou non sur des résultats positifs, le procureur s'engagera par un mémorandum écrit à requérir l'application de la cause d'excuse⁵³. Ici encore, le rôle du ministère public est particulièrement important: s'il ne peut pas garantir que la cause d'excuse qu'il s'engage à requérir sera accordée, l'accord qu'il signe avec le collaborateur lie néanmoins les juridictions de jugement qui ne peuvent exercer qu'un contrôle de légalité, soit vérifier «s'il est répondu aux conditions légales d'exemption ou de réduction de peine»⁵⁴. Enfin, la proposition prévoit que le procureur du Roi ou le procureur fédéral pourra également promettre une *faveur dans le cadre de l'exécution de la peine*⁵⁵.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 11 à 13.

⁵¹ *Ibidem*, p. 14 et 15.

⁵² *Ibidem*, p. 20.

⁵³ *Ibidem*, p. 27 à 29.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 37.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 29 et 30.

Enfin, dans les «dispositions diverses» qui clôturent le texte sont abordées trois questions importantes qui concernent, de manière directe ou indirecte, les droits de la défense. L'article 20 prévoit d'abord que le témoignage d'un collaborateur de justice, s'il peut servir à déclencher des poursuites du chef d'autres infractions que celles qui sont visées par le projet de loi, ne peut servir de preuve dans le cadre des poursuites éventuelles menées à l'égard de ces autres infractions. L'article 21 établit quant à lui un système de «preuve minimale légale» qui exclut que les témoignages livrés par le collaborateur de justice valent comme preuve d'une des infractions visées s'ils ne sont pas «corroborés dans une mesure importante par d'autres moyens de preuve»⁵⁶. Le témoignage d'un repenté étant jugé fragile, on veut éviter que son seul témoignage ne puisse suffire à faire la preuve d'une infraction. En outre, l'article 22 précise que l'anonymat du témoignage, partiel ou total, ne pourra être accordé au collaborateur de justice. La volonté est ici de «garantir au maximum la possibilité de contredire cette déposition (du collaborateur)», ce qui interdit «le cumul du statut de collaborateur de la justice et du statut de témoin anonyme, (...) cumul considéré comme une limitation trop drastique des droits de la défense»⁵⁷. En revanche, le collaborateur de justice pourra bénéficier des mesures de protection prévues pour les témoins avec des antécédents criminels.

1.1.3.3. *Les avis du comité d'experts du Conseil de l'Europe et du Conseil des procureurs du Roi*

On signalera encore que le texte de l'avant-projet de loi du gouvernement de 2001, identique à celui que l'on vient de commenter, avait été soumis par le ministre de la Justice, M. Verwilghen, à l'avis d'un comité d'experts indépendants du Conseil de l'Europe. Dans leur rapport rendu en janvier 2002⁵⁸, les experts approuvent globalement les orientations du projet. Ils se demandent toutefois, au lendemain des événements du 11 septembre 2001, si les crimes liés au terrorisme entrent bien dans le champ des infractions visées par le projet. Ils recommandent que le collaborateur puisse se faire assister d'un avocat lors de la discussion du mémorandum. Pour le reste, les experts approuvent fortement la «transparence» de l'accord intervenu, au nom des droits de la défense et du principe du contradictoire. En revanche, ces experts questionnent l'exclusion du recours à la collaboration en cas d'infractions graves commises par le collaborateur si ses révélations, sincères et complètes permettent de mettre à jour des infractions graves elles aussi⁵⁹.

À la même période, en janvier 2002, le Conseil des procureurs du Roi remet également un avis à la demande du ministre de la Justice. On en retiendra que le Conseil insiste sur la nécessaire protection du collaborateur et, qu'à la différence des experts du Conseil de l'Europe, il plaide pour la possibilité de témoigner à titre anonyme, l'anonymat étant «la protection la plus efficace pour le collaborateur»⁶⁰.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 50.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 41.

⁵⁸ M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, op. cit., p. 100 et 101.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 100 et 101.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 101.

1.1.4. *De 2001 à 2014: variations sur un même thème...*

1.1.4.1. *Le bal des propositions de loi continue*

Le 10 août 2001, devant l'enlisement du projet de loi du gouvernement, une proposition de loi «instaurant le régime des repentis» est déposée par T. Van Parys, J. Vanderzeuren, S. Verherstraeten et G. Bourgeois⁶¹. Le texte ne diffère substantiellement du texte de l'avant-projet (reproduit par la proposition Coveliers-Herzet) que sur deux points: d'une part, le champ d'application matériel de la loi est réservé aux infractions visées à l'article 90-ter, § 2 à 4 du Code d'instruction criminelle et à celles commises dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324-bis du Code pénal; d'autre part, l'article 22 de l'avant-projet/proposition initial excluant le témoignage anonyme du repentis est supprimé. Sur ce dernier point, les auteurs de la proposition sont donc plus proches de la position du Conseil des procureurs du Roi.

Par la suite, un certain nombre de propositions seront déposées jusqu'en 2014. Souvent introduites par les mêmes députés, elles constituent très régulièrement un «copier-coller» littéral ou légèrement amendé de l'avant-projet. Le 29 octobre 2003, une nouvelle proposition de loi instaurant le régime des repentis est introduite par T. Van Parys et J. Vanderzeuren, copie conforme de celle déposée le 10 août 2001⁶². En regard du texte de l'avant-projet du gouvernement de 2001, on y retrouve les deux modifications évoquées ci-dessus. Quelques jours plus tard, le 6 novembre 2003, une proposition de loi «instaurant un régime pour les collaborateurs de justice» est introduite par M. Taelman, F. Borginon et C. Marinowé⁶³. À la différence des deux propositions précédentes, le texte ramène le champ d'application matériel du régime des collaborateurs aux infractions prévues à l'article 324-bis du Code pénal et aux infractions prévues aux articles 136-bis, 136-ter et 136-quater du Code pénal (crimes de droit international humanitaire). En outre, l'article 22 de l'avant-projet initial (refus d'accorder l'anonymat aux collaborateurs de justice) est ici réintroduit.

Le 16 janvier 2008, une nouvelle proposition de loi instaurant le régime des repentis est déposée par S. Verherstraeten et consorts. On y retrouve le souci de réserver le champ d'application du régime aux infractions visées à l'article 90-ter, § 2 à 4 du Code d'instruction criminelle et à l'article 324-bis du Code pénal. L'article 22 relatif au refus d'accorder l'anonymat aux collaborateurs de justice est également maintenu. Cette proposition de loi est redéposée le 27 juin 2011⁶⁴. Enfin, le 17 novembre 2014, une nouvelle proposition de loi est déposée par S. Becq, S. Verherstraeten et R. Terwingen⁶⁵, avec un texte semblable à la proposition précédente.

Signalons enfin, lors de la transposition de la décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002 par la loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes⁶⁶, la proposition – non concrétisée – de certains parle-

⁶¹ *Doc.*, Ch., 2000-2001, n° 1384/1.

⁶² *Doc.*, Ch., 2003-2004, n° 358/1.

⁶³ *Doc.*, Ch., 2003-2004, n° 399/1.

⁶⁴ *Doc.*, Ch., 2010-2011, n° 1631/1.

⁶⁵ *Doc.*, Ch., 2014-2015, n° 629/1.

⁶⁶ *M.B.*, 29 décembre 2003.

mentaires de prévoir une circonstance atténuante de dénonciation spécifique pour les infractions terroristes⁶⁷.

1.1.4.2. *Un coup de pouce des autorités judiciaires*

La même année, dans une mercuriale prononcée à l'occasion de la rentrée solennelle de la Cour d'Appel de Liège le 1^{er} septembre 2014, le procureur général Ch. De Valkeneer lance, comme son collègue de Bruxelles, J. Delmulle, un plaidoyer pour l'adoption d'une loi régissant le régime des repentis ou collaborateurs de justice. Le procureur général marque sa préférence pour le terme de «collaborateur de justice» plutôt que pour celui de «repenti», en raison de la dimension de «regret» ou de «rachat» qu'évoque le deuxième terme alors qu'il s'agit ici plus d'un échange d'avantages réciproques au terme d'une forme de transaction⁶⁸.

Il souligne que la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas opposée à l'adoption d'un tel système dans la lutte contre la criminalité grave, même si la Cour souligne le risque d'une atteinte au caractère équitable de la procédure, dès lors qu'existe une possibilité de manipulation du témoignage dans le chef d'un «repenti» intéressé surtout par les avantages qu'il peut retirer du dispositif ou motivé par un esprit de revanche⁶⁹. Mais, dès lors qu'une garantie de transparence est assurée et que le témoignage du collaborateur de justice est corroboré par d'autres éléments de preuve, la jurisprudence de la Cour semble accepter le système dans son principe⁷⁰. S'il reconnaît que le recours au procédé peut poser des questions éthiques, le procureur général estime toutefois que «la défense des fondements sociétaux» mis en danger par l'infraction justifie ici le recours à une forme «d'état de nécessité *a posteriori*», pour autant que soient respectés un principe de transparence et un minimum légal de preuves empêchant de fonder une décision judiciaire sur le seul témoignage du repentini⁷¹.

1.2. *L'évolution de la jurisprudence avant la loi de 2018*

1.2.1. *La jurisprudence sur la dénonciation comme cause d'excuse en matière de stupéfiants*

C'est essentiellement en matière de lutte contre le trafic de drogues qu'une forme de collaboration avec la justice a fait l'objet de décisions de jurisprudence. La loi du 9 juillet 1975 modifiant la loi du 24 février 1921 sur les drogues⁷² instaure en effet, une cause d'excuse, inspirée des articles 300

⁶⁷ *Doc.*, Ch., 2003-2004, n° 258/3, p. 1; *Doc.*, Sén., 2003-2004, n° 3-332/2, p. 1.

⁶⁸ Ch. DE VALKENEER, «Quelques réflexions à propos de la prescription de l'action publique et des 'repentis' ou collaborateurs de justice», *Rev. dr. pén. crim.*, 2014, p. 1083 à 1102.

⁶⁹ C.E.D.H., *Cornelis c. Pays-Bas*, 25 mai 2004, p. 15.

⁷⁰ Pour une analyse de la jurisprudence de la Cour, citée par l'auteur, voy. M.-A. BEERNAERT, «La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, p. 88 et 89.

⁷¹ Ch. DE VALKENEER, «Quelques réflexions...», *op. cit.*, p. 1101.

⁷² Loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, psychotropes, désinfectantes ou antiseptiques et des substances pouvant servir à la fabrication illicite de substances stupéfiantes et psychotropes.

et 304 du Code pénal, visant non pas à empêcher la réalisation d'infractions futures mais bien à arrêter les auteurs et participants coupables d'infractions déjà consommées. En introduisant une cause d'excuse de dénonciation, l'objectif des autorités est clair: «en ce domaine où, l'expérience le prouve, les infractions les plus graves sont commises par des participants à des associations bien organisées (...), il fallait trouver un moyen efficace pour faciliter la découverte de tous les coupables»⁷³.

Pour valoir comme cause d'excuse absolutoire ou atténuante, la dénonciation est soumise à plusieurs conditions⁷⁴:

1°) la révélation faite aux autorités judiciaires doit porter sur *l'identité des auteurs* des infractions excusables, soit, si ceux-ci ne sont pas connus, sur *l'existence de ces infractions* (loi du 24 février 1921, art. 6, al. 2 et 3);

2°) la révélation doit porter sur des *éléments non connus des autorités*. La jurisprudence précise ici que «l'intention du législateur est que l'accusé 'révèle' à la justice, c'est-à-dire qu'il fasse connaître, qu'il fasse apparaître ce que la justice ignorait jusqu'alors»⁷⁵. Aussi considère-t-on qu'il n'y a pas «révélation» lorsque les renseignements fournis étaient déjà connus des autorités, notamment à la suite d'enquêtes effectuées par celles-ci ou de dénonciations faites par d'autres personnes⁷⁶ et que le prévenu ne peut alors invoquer le bénéfice de la cause d'excuse⁷⁷. Soulignons qu'il est particulièrement hasardeux pour le prévenu, qui s'expose à des éventuelles représailles de la part des personnes qu'ils dénoncent, de vérifier si la teneur de sa révélation était déjà connue des autorités;

3°) même si ce n'est pas prévu par la loi, la jurisprudence considère que la révélation doit enfin être *sincère et complète*, c'est-à-dire à la mesure des connaissances qu'en a l'auteur de la révélation⁷⁸. La jurisprudence est sévère quant à l'appréciation de ces critères, les juges exigeant que «le dénonciateur révèle non seulement sa propre participation, mais également l'intégralité des informations qu'il détient sur les circonstances et les auteurs de l'infraction»⁷⁹. Ainsi, la révélation ne sera pas considérée comme sincère et complète lorsque les déclarations sont vagues et générales, qu'elles ne permettent pas l'identification ou la poursuite des auteurs⁸⁰, qu'elles sont peu fiables⁸¹ ou encore, sélectives de sorte qu'elles induisent la police en erreur⁸². Il en ira

⁷³ Doc., Sén., 1970-1971, n° 290, p. 5.

⁷⁴ Ch. GUILLAIN, *op. cit.*, p. 285 à 288.

⁷⁵ Gand, 31 janvier 1994, cité par Cass., 26 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 408.

⁷⁶ Cass., 20 juin 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 1070; Anvers, 2 décembre 1977, *Pas.*, 1978, II, p. 46, Cass., 26 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 408.

⁷⁷ Cass., 7 mars 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 765.

⁷⁸ Anvers, 2 décembre 1977, *Pas.*, 1978, II, p. 46.

⁷⁹ Cass., 18 janvier 2017, n°P.16.1128., concl. av. gén. N. de Brauwere (disponible sur Juridat).

⁸⁰ Bruxelles, 14 octobre 2008, *T. Strafr.*, 2009, p. 318 et note; Cass., 8 septembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 25; Cass., 8 décembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1354.

⁸¹ Cass., 8 février 1984, *Rev. dr. pén.*, 1984, p. 598.

⁸² Anvers, 7 février 2001, *Vigiles*, 2001, p. 190 et note F. Verspeelt, «Les exploitants de dancing et les stupéfiants».

de même lorsque le prévenu n'a pas fourni l'identité de toutes les personnes avec qui il est entré en contact⁸³, lorsqu'il tait son propre rôle dans les infractions relatives à la drogue⁸⁴ ou lorsqu'il s'est gardé de dire où il avait caché la drogue qui lui avait été confiée⁸⁵. Si l'exigence d'une déclaration sincère et complète peut se comprendre dans la perspective d'une «récompense» octroyée au dénonciateur, elle peut cependant parfois paraître démesurée. Ainsi, le tribunal correctionnel n'a pas hésité à accorder la réduction de peine à un prévenu qui n'a reconnu qu'à l'audience qu'il faisait de la contrebande de drogues, alors qu'il affirmait le contraire jusque là⁸⁶. De même, des avocats de la défense ont-ils fait valoir tantôt que «l'article 6 précité ne dispose pas que le coupable qui révèle les faits ne peut à ce moment oublier rien ni personne, ce qui, comme en l'espèce, peut se produire facilement lorsque les faits révélés ont une certaine étendue dans le temps et dans l'espace»⁸⁷, tantôt que «l'on ne peut jamais vérifier si quelqu'un a révélé l'identité de tous les auteurs restés inconnus»⁸⁸.

En doctrine, plusieurs auteurs mettent en doute la pertinence et l'efficacité du dispositif. Trois éléments de critique sont mis en avant: 1°) le dispositif manquerait sa cible: la dénonciation porterait généralement sur de simples consommateurs et jamais sur des trafiquants importants⁸⁹. Dans les faits, l'article 6 n'aurait dès lors «pas permis d'endiguer, si peu que ce soit, le développement du trafic et de la consommation de drogues»⁹⁰; 2°) l'application de l'article 6 de la loi, disposition spécifique parmi un éventail de dispositions prévoyant des peines fort sévères pour un vaste ensemble de comportements, a sans doute induit des comportements policiers toujours plus arbitraires⁹¹; 3°) en pratique, le recours à la dénonciation semble extrêmement rare, «soit que les juges répugnent à récompenser la délation ou à excuser des infractions qu'ils estiment trop graves soit que les délinquants eux-mêmes répugnent à recourir au système de la délation pour améliorer leur sort»⁹².

⁸³ Cass., 7 mars 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 766.

⁸⁴ Cass., 24 février 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 106.

⁸⁵ Corr. Liège, 13 novembre 1981, *J.L.*, 1982, p. 317.

⁸⁶ Bruxelles, 16 avril 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 1506 et note W. Mahieu.

⁸⁷ Cass., 14 septembre 1982, *Rev. dr. pén.*, 1983, p. 385.

⁸⁸ Cass., 7 mars 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 766.

⁸⁹ R. Lallemand, «Les aspects légaux et idéologiques de la problématique des drogues. 'La drogue contre le droit moderne?'», in *Drogues et Prisons, Les Dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie*, La Chartre, 1995, p. 10; Ch. GUILLAIN, *op. cit.*, p. 288 à 290.

⁹⁰ M. PREUMONT, *op. cit.*, p. 514.

⁹¹ M. Nève, note sous Corr. Liège, 13 décembre 1989, *J.L.M.B.*, 1991, p. 247. Voy., dans le même sens, E. BOUTMANS, «The situation in Belgium», in *e.a.* ALBRECHT, H.-J. (ed.), *Drugs Policies in Western Europe*, Freiburg, Max Planck Institut, 1989, p. 96: «The latter clause has contributed very little to the dismantlement of major narcotic gangs, but it certainly has allowed the police to arrest lots of drug users and street pushers».

⁹² M. PREUMONT, *op. cit.*, p. 514. Les travaux préparatoires de la loi du 22 juillet 2018 expliquent ce faible recours des causes d'excuse d'une manière partiellement différente: l'absence de négociation préalable entre le ministère public et le repent; des garanties insuffisantes pour le repent qu'il bénéficiera du privilège accordé; des conditions parfois trop strictes en matière de dénonciation; l'absence de mesures de protection suffisantes pour assurer la sécurité du repent et de ses proches (*Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 12).

1.2.2. *L'affaire "Habran", ou la validité des preuves recueillies de manière anonyme ou non soumises au principe du contradictoire*

1.2.2.1. *Quelques principes du droit de la preuve en droit de la procédure pénale belge*

Une autre question importante que suscite la négociation en justice avec un collaborateur ou «repenti» est la recevabilité et l'admissibilité comme preuve des éléments qu'il peut révéler. Pour examiner cette question, qui a sans doute pesé sur la réglementation du «témoignage» prévue par la loi du 22 juillet 2018, il faut revenir sur quelques principes qui régissent le droit de la preuve en droit de la procédure pénale belge.

En droit belge, la charge de la preuve incombe à la partie poursuivante (soit le plus souvent le ministère public), sous le contrôle du juge. Le prévenu n'a pas l'obligation de collaborer à l'administration de la preuve; il bénéficie du droit au silence et peut adopter une attitude strictement passive s'il le souhaite⁹³. Le droit belge consacre également le principe de la liberté de la preuve et l'absence de hiérarchie entre les différents modes de preuve⁹⁴, ce qui implique que tout élément de preuve est, en principe, admissible⁹⁵. Toutefois, ce dernier principe n'est pas absolu et deux tempéraments doivent être soulignés.

Premièrement, le témoignage recueilli par le juge d'instruction sous couvert d'*anonymat complet* ne peut être pris en considération que comme preuve des infractions pour lesquelles il a été autorisé (à savoir les infractions reprises à l'article 90-ter du C.i.cr. ou celles commises dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324-bis du C. pén.)⁹⁶. Par ailleurs, en vertu de l'article 189-bis, al. 3 du C.i.cr., la condamnation d'une personne ne peut jamais être fondée de manière exclusive, ni dans une mesure déterminante, sur des témoignages recueillis sous couvert d'anonymat complet. Ces témoignages doivent nécessairement être *corroborés dans une mesure déterminante* par des éléments recueillis par d'autres modes de preuve.

Deuxièmement, les juges ne peuvent fonder leur conviction que sur des éléments qui ont pu faire l'objet d'un *débat contradictoire* entre les parties. Cette règle a pour conséquence que les éléments de preuve que les parties au procès n'ont pas la possibilité de contredire librement doivent être exclus⁹⁷.

1.2.2.2. *L'affaire "Habran"*

Ces différents principes ont connu une consécration importante dans la jurisprudence belge et européenne à propos de l'affaire «Habran», du nom

⁹³ Cass., 9 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 139.

⁹⁴ Par opposition au système de la preuve légale dans lequel la force probante des preuves est fixée par la loi.

⁹⁵ Cass., 30 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2011, n° 31, p. 1508 et s. et note A. MASSET.

⁹⁶ Voy. l'article 86-quinquies du C.i.cr.: «les témoignages qui ont été obtenus en application des articles 86-bis et 86-ter, ne peuvent être pris en considération que comme preuves d'une infraction visée à l'article 90-ter, §§ 2 à 4, ou d'une infraction commise dans le cadre d'une organisation criminelle, visée à l'article 324-bis du Code pénal».

⁹⁷ Cass., 25 septembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 1740; Cass., 6 novembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2120.

d'un des prévenus impliqués dans des affaires de grand banditisme (braquage mortel d'un fourgon blindé). Cette affaire a fait l'objet de plusieurs procès d'assises et de plusieurs arrêts de la Cour de cassation⁹⁸.

Au cours d'un des procès d'assises, les jurés avaient condamné Mr. Habran et d'autres accusés, sur la base d'accusations portées contre lui par un témoin, membre de l'organisation criminelle que Mr. Habran avait dirigée. Ce témoin avait d'abord revêtu la qualité d'indicateur – pour laquelle il s'était vu octroyer des primes – avant d'endosser celle de témoin – pour laquelle il avait reçu une aide financière dans le cadre des mesures de protection des témoins menacés (C.i.cr., art. 102 à 111).

Devant la Cour de cassation, Mr. Habran et d'autres prévenus ont mis en cause la validité du témoignage sous l'angle du droit à un procès équitable⁹⁹. La Cour de cassation a examiné le recours sous l'angle de trois moyens¹⁰⁰.

Sous l'angle du procès équitable, la Cour estime qu'«il appartient au juge du fond de mesurer l'incidence, sur la valeur probante d'un témoignage, de la vénalité prêtée au mobile qui l'inspire [car] les motifs qui poussent un témoin à déposer peuvent faire douter de sa crédibilité sans, pour autant, rendre impossible la tenue d'un procès équitable»¹⁰¹. Elle ajoute que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme «n'interdit pas (...) au juge de puiser des preuves dans la déclaration d'un témoin protégé (...), et ce même si ce témoin est un indicateur ayant décidé, après avoir fourni des renseignements sous ce statut, de déposer ensuite officiellement en justice»¹⁰².

Sous l'angle des droits de la défense, la Cour considère que «la déposition officielle d'une personne ayant précédemment fourni des renseignements sous le statut d'indicateur ne viole pas le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense, dès lors qu'elle a pour effet de soumettre le témoignage à la contradiction des parties et à la publicité des débats»¹⁰³.

Enfin, concernant la loyauté dans l'administration de la preuve, la Cour précise que «la prise en considération du témoignage d'un ancien indicateur ne porte pas atteinte, en soi, au principe général du droit relatif à la loyauté de la preuve en matière répressive», ceci même si «cette personne, mise en danger à la suite des déclarations faites ou à faire, a bénéficié pour ce motif des mesures de protection et d'aide financière prévues par la loi»¹⁰⁴.

L'affaire a été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰⁵. Mr. Habran, entre autres, soutenait que les témoignages litigieux, n'avaient aucune valeur probante, parce qu'obtenus en dehors de tout

⁹⁸ C. Assises de Bruxelles, 28 septembre 2010 et 30 septembre 2010; Cass., 19 mars 2008, 30 septembre 2009, et 30 mars 2011.

⁹⁹ Les prévenus ont fait valoir «qu'une déposition ne peut être prise en considération, dans le cadre du droit à un procès équitable, que si elle émane d'un citoyen soucieux de participer à l'œuvre de justice et non d'une personne qui témoigne par intérêt personnel» (Cass., 30 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2011, n° 31, p. 1508 et 1509).

¹⁰⁰ Cass., 30 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2011, n° 31, p. 1508, note A. MASSET.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 1509.

¹⁰² *Ibidem*, p. 1509.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 1509.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 1510.

¹⁰⁵ C.E.D.H., 17 janvier 2017, *Habran et Dalem c. Belgique*.

cadre légal, émanant d'indicateurs «repentis» dont la collaboration avec la justice avait été négociée confidentiellement en échange d'avantages par les autorités de poursuite. Pour les requérants, la non-divulgaration des échanges entre les autorités de poursuite et d'enquête et les témoins litigieux avant qu'ils ne témoignent officiellement a empêché la Cour d'assises de vérifier la crédibilité et la fiabilité des éléments de preuve retenus contre eux. Elle a en outre empêché de constater que ces éléments avaient été négociés par lesdites autorités en échange d'avantages pécuniaires¹⁰⁶. Les demandeurs estimaient donc qu'il y avait eu violation de l'article 6 de la Convention (droit à un procès équitable).

La Cour européenne des droits de l'homme commence par rappeler que «l'utilisation de déclarations faites par des témoins en échange d'une immunité ou d'autres avantages peut compromettre l'équité de la procédure», en raison des risques de manipulation que soulèvent des déclarations susceptibles d'être faites «uniquement en vue d'obtenir des avantages en échange ou à titre de vengeance personnelle»¹⁰⁷. Et la Cour de poursuivre en estimant que «les requérants ont pu légitimement se demander si leur accusation et leur condamnation ne reposaient pas sur des allégations qui n'avaient pas été pleinement vérifiées»¹⁰⁸.

Toutefois, la Cour rappelle aussi que «la Convention n'empêche pas de s'appuyer au stade de l'enquête préliminaire, et lorsque la nature de l'infraction peut le justifier, sur des sources telles que des indicateurs anonymes», mais que l'emploi ultérieur de telles sources par le juge du fond pour fonder une condamnation «n'est acceptable que s'il est entouré de garanties adéquates et suffisantes contre les abus et notamment d'une procédure claire et prévisible pour autoriser, exécuter et contrôler les mesures d'investigation dont il s'agit»¹⁰⁹. En l'espèce, la Cour relève que les témoins en cause n'ont pas bénéficié de l'anonymat, que leur identité était connue des requérants et que leurs dépositions officielles figuraient parmi les pièces du dossier répressif, accessible à la défense (§ 104); qu'au cours des débats devant la Cour d'assises, un des témoins, était présent, a fait l'objet d'une audition et a pu faire l'objet d'un contre-interrogatoire par la défense (§ 107); que si l'autre témoin, étant décédé, n'a pas pu être interrogé, ses dépositions ont été lues aux jurés par le président (§ 108); que les déclarations de ces deux témoins étaient concordantes, alors que leurs sources étaient différentes (§ 110) et que les requérants n'ont pas été empêchés de contester la fiabilité des témoins ni le contenu et la crédibilité de leurs dépositions, et ce tout au long de la procédure (§ 113). Elle note enfin que d'autres éléments, tels la balistique ou d'autres témoignages «non-suspects», concordants avec ceux des témoins ont été pris en considération pour condamner les requérants (§ 105).

La Cour en conclut que la procédure dans son ensemble a été entourée de garanties suffisamment solides et n'a pas porté atteinte au droit à un procès équitable.

¹⁰⁶ *Ibidem*, § 105.

¹⁰⁷ *Ibidem*, § 100.

¹⁰⁸ *Ibidem*, § 103.

¹⁰⁹ *Ibidem*, § 101.

1.3. Conclusion

Depuis 1995 et devant les impasses qu'affronte la justice pénale belge dans sa tentative d'élucidation des tueries du Brabant wallon qui ont eu lieu une dizaine d'années plus tôt, on assiste à une lente mais néanmoins «irrésistible ascension des repentis et/ou collaborateurs de justice dans le système pénal»¹¹⁰. Sur le plan légistique, le tournant est amorcé par l'avant-projet de loi du gouvernement, finalement présenté sous forme de proposition de loi présentée le 21 février 2002 par H. Coveliers et J. Herzet. Les grands principes du système sont ici posés et l'ensemble des propositions de loi ultérieures seront autant de (très légères) variations sur un même thème. D'un texte à l'autre, les divergences portent pour l'essentiel sur une question de terminologie («repentis» ou «collaborateurs de justice»), le champ d'application matériel de la loi et la question du témoignage anonyme du repent.

Sur un plan politique, il est frappant de constater que l'essentiel des propositions de loi émanent de députés néerlandophones, dépassant au Nord du pays les clivages des partis politiques. De même, si chaque proposition fait état des objections éthiques que soulève l'adoption en justice pénale d'un dispositif reposant sur la délation, l'argument est aussitôt mis de côté face aux impératifs d'une répression efficace de la criminalité organisée. Les députés francophones sont, semble-t-il, nettement moins enthousiastes et peut-être plus sensibles aux éléments éthiques. Ce dissensus culturel explique sans doute que, malgré les propositions récurrentes, il faudra attendre 2018 pour qu'une loi en la matière soit finalement votée. Ce vote fut certainement facilité par le coup de pouce des autorités judiciaires et l'aval de la jurisprudence européenne.

Dans sa rédaction, cette loi sera partiellement influencée par la jurisprudence relative à la dénonciation comme cause d'excuse en matière de stupéfiants et la jurisprudence «Habran» relative à la recevabilité des preuves issues de déclarations obtenues en échange d'avantages octroyés au témoin.

2. Législation actuelle

La Belgique a récemment introduit dans son arsenal législatif, par une loi du 22 juillet 2018, la possibilité pour un infracteur de collaborer avec la justice en échange d'une récompense de nature pénale¹¹¹. Avant de présenter cette législation, quelques précisions terminologiques s'imposent.

¹¹⁰ Nous empruntons cette formule au titre d'une contribution déjà ancienne de M.-A. BEERNAERT («De l'irrésistible ascension des 'repentis' et 'collaborateurs de justice' dans le système pénal», *Déviance & Société*, 2003, n° 1, p. 77 à 91).

¹¹¹ La loi du 22 juillet 2018 modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les promesses relatives à l'action publique, à l'exécution de la peine ou à la détention consenties à la suite d'une déclaration dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme (*M.B.*, 7 août 2018) a introduit dans le Code d'instruction criminelle (C.i.cr.) les articles 216/1 à 216/8.

Nous privilégierons le terme de «collaborateur de justice» à celui de «repenti», même si, le premier terme peut induire une forme de confusion dans la mesure où il couvre potentiellement un éventail plus large de situations de collaborations que celui envisagé par la loi du 22 juillet 2018. Mais le terme de «repenti» induit «une forme de regret» dans le chef du collaborateur, un postulat qui, dans de nombreuses situations, semble fort contestable.

Par ailleurs, pour préciser le type d'aide apportée par le collaborateur, nous qualifierons la collaboration de «procédurale»¹¹². L'adjectif «procédural» fait référence au contenu de la collaboration: ce que l'on attend en effet du collaborateur de justice, c'est qu'il contribue «à l'administration de la justice pénale en aidant les autorités dans leur travail d'enquête et de recueil des preuves»¹¹³. Une collaboration procédurale peut être réglée par une loi ou non, ouvrir un véritable droit à récompense ou une simple faveur (soumise au pouvoir discrétionnaire du ministère public) et la récompense en question peut être octroyée de manière irrévocable ou à titre précaire¹¹⁴.

Ensuite, une collaboration procédurale peut être «répressive», «préservative» ou «limitative»¹¹⁵. Une collaboration est de nature «répressive» lorsque la contribution porte sur une infraction appartenant définitivement au passé. Elle a des aspects «préservatifs» lorsqu'elle permet de supprimer un danger lié à des actes qui «constituent l'une des premières manifestations d'un projet criminel plus étendu»¹¹⁶. Sont visés en tant qu'infraction, «soit de simples résolutions criminelles extériorisées, soit des actes préparatoires à une autre infraction»¹¹⁷. Une collaboration a une portée «limitative» enfin, lorsqu'elle permet d'empêcher qu'une infraction commise puisse continuer à produire de nouveaux dommages. Il s'agit alors, par la collaboration, d'empêcher les suites dommageables d'une activité infractionnelle¹¹⁸.

Enfin, une collaboration procédurale peut être «interne» ou «externe». Elle est «interne» lorsque les faits à propos desquels le collaborateur apporte des informations font partie du même ensemble de faits pour lesquels il est poursuivi ou a été condamné. Elle est «externe» lorsqu'il n'y a pas une telle identité d'appartenance: le collaborateur fait ici des déclarations relatives à une autre affaire que celle pour laquelle il est poursuivi ou a déjà été condamné.

¹¹² M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs dans le système pénal: analyse comparée et critique*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 22 et 23.

¹¹³ *Ibidem*, p. 23.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 398 et 399.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 395 à 397.

¹¹⁶ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, 7^{éd.}, Paris, Cujas, 1997, p. 606, cité par M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, *op. cit.*, p. 10.

¹¹⁷ M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, *op. cit.*, p. 396. Certaines dispositions pénales en droit belge incriminent ce type d'actes en matière de terrorisme (association structurée en vue de commettre des infractions terroristes, financement d'un groupe terroriste, diffusion de messages incitant à la commission d'infractions terroristes, recrutement...). Dans une telle collaboration préservative, «le collaborateur fait plus que simplement coopérer à l'administration de la preuve, puisqu'il empêche la réalisation de tout dommage» (M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, *op. cit.*, p. 537).

¹¹⁸ Certaines infractions terroristes en droit belge entrent dans cette catégorie d'infractions (prise d'otage, enlèvement de mineurs...).

2.1. *Les conditions d'ouverture du dispositif*

Pour pouvoir recourir à une collaboration procédurale, il faut qu'ait été commise une infraction visée à l'article 90-ter, § 2 à 4 du C.i.cr. (2.1.1). Il faut également le respect d'une série de principes: les principes d'adéquation et de pertinence (2.1.2), de nécessité et de subsidiarité (2.1.3), de proportionnalité (2.1.4) et, dans certains cas, d'absence de dangerosité (2.1.5).

2.1.1. *La commission d'une infraction visée à l'article 90 ter, § 2 à 4 du Code d'instruction criminelle*

La loi belge exige que le tiers dénoncé ait commis ou tenté de commettre une infraction reprise dans la liste d'infractions de l'article 90-ter, § 2 à 4 du C.i.cr. (C.i.cr., art. 216/1). Cette liste d'infractions répond au départ à une logique très différente de celle poursuivie par la loi du 22 juillet 2018, puisque cet article 90-ter, § 2 à 4 sert originellement à déterminer les infractions pour lesquelles des «écoutes téléphoniques» sont autorisées. La reprise de cette liste pour baliser le champ d'application de la collaboration est justifiée, dans les travaux préparatoires, par la gravité des infractions «les plus déstabilisantes pour la société» qui s'y retrouvent¹¹⁹. Cette liste n'ayant cessé de s'allonger au fil des ans, ce critère de la gravité est à relativiser¹²⁰. Nous verrons que l'emprunt de cette liste peut poser certaines difficultés (cf. *infra*, 2.1.2 à 2.1.4). On notera que les infractions terroristes font partie de cette liste (C. pén., art. 137 à 141-ter).

Le champ d'application du dispositif était encore plus large dans l'avant-projet de loi, puisqu'une collaboration était possible également pour les infractions commises dans le cadre d'une organisation criminelle¹²¹. Le titre officiel de la loi du 22 juillet 2018 («lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme») pourrait tromper le lecteur peu attentif quant au réel champ d'application de la collaboration en Belgique.

2.1.2. *Les principes d'adéquation et de pertinence*

Le principe d'adéquation suppose que la collaboration soit appropriée pour atteindre la «manifestation de la vérité» (C.i.cr., art. 216/1). La loi pénale ne devrait dès lors autoriser la collaboration que pour les formes de criminalité dans lesquelles cette collaboration est efficace. La collaboration étant possible pour tous les actes infractionnels repris à l'article 90-ter, § 2 à 4 du C.i.cr., en ce compris leur tentative, la loi ne semble pas répondre à ce principe. Une collaboration est ainsi possible dans le cas du harcèlement téléphonique: si on comprend en quoi cette infraction est sur la liste des in-

¹¹⁹ Doc., Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 24.

¹²⁰ Doc., Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 10. Lors du Focus group organisé le 23 octobre 2019 à l'USL-B, certains acteurs (des avocats, des magistrats et des professeurs) ont critiqué le champ d'application trop large de la loi. Lors de cette même rencontre d'autres acteurs (un policier et un magistrat) ont défendu l'utilisation de l'article 90-ter du C.i.cr. Ce Focus group a été réalisé dans le cadre de la présente recherche et a permis de récolter les avis et commentaires de magistrats, de policiers et d'académiques.

¹²¹ Doc., Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 62.

fractions permettant des écoutes téléphoniques, on saisit moins en quoi elle respecte ici le principe d'adéquation¹²².

Le principe d'adéquation est souvent difficile à démontrer¹²³. Cependant, en matière de terrorisme, la collaboration est présentée comme plus efficace (et répondant donc davantage au principe d'adéquation) que dans d'autres contentieux¹²⁴.

Le principe de pertinence renvoie à cette même idée d'efficacité de la collaboration, mais cette fois, non plus au niveau du champ d'application prévu par la loi, mais bien au niveau de son utilisation par les autorités policières et judiciaires dans un cas d'espèce particulier.

2.1.3. *Les principes de nécessité et de subsidiarité*

Le principe de nécessité exige que la collaboration soit indispensable, à savoir que sans le recours à la collaboration, la justice pénale serait impuissante. Ce principe de nécessité est encore une fois difficilement démontrable¹²⁵. Il suppose de vérifier périodiquement si, pour les faits concernés, la justice pénale reste bien impuissante sans une collaboration. Il découle de ce principe que le législateur devrait périodiquement modifier le champ d'application de la loi: rien ne dit que, démunie aujourd'hui face à un phénomène criminel, la justice pénale le soit encore demain, en raison de nouvelles méthodes d'enquête qui ne rendraient donc plus la collaboration «indispensable»¹²⁶.

Ce principe de nécessité, qui se situe au niveau de la définition législative du champ d'application, se prolonge au niveau du cas d'espèce par le principe de subsidiarité. Les autorités policières et judiciaires ne devraient utiliser la collaboration que si, dans le cas d'espèce, la poursuite de l'infraction «ne peut être atteint[e] d'aucune autre manière raisonnable»¹²⁷ car les méthodes de recherche et de poursuite traditionnelles s'avèrent insuffisantes¹²⁸. Ce principe de subsidiarité doit être apprécié *in abstracto*¹²⁹ (sans qu'il soit nécessaire d'avoir essayé d'autres techniques qui se seraient révélées inefficaces) et au moment d'autoriser le recours à la collaboration¹³⁰.

Ces principes de nécessité et de subsidiarité sont formellement repris dans la loi belge puisque la collaboration n'est possible que: «si les nécessi-

¹²² Il nous semble qu'une collaboration ne serait pas particulièrement «efficace» pour démontrer la culpabilité d'un «harceleur» (Voy. également, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 10 et 80).

¹²³ M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, *op. cit.*, p. 442.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 564.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 442.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 444.

¹²⁷ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 26.

¹²⁸ M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, *op. cit.*, p. 86 et 263; *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 59.

¹²⁹ Ch. DE VALKENEER, «Une nouvelle figure dans le paysage pénal belge: le repentir. Analyse de la loi du 22 juillet 2018 concernant les promesses relatives à l'action publique, à l'exécution de la peine ou à la détention consenties à la suite d'une déclaration et considérations critiques concernant le régime des repentis», *La Science pénale dans tous ses États. Liber amicorum Patrick Mandoux et Marc Preumont*, p. 380; *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 58.

¹³⁰ M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, *op. cit.*, p. 283.

tés de l'enquête l'exigent et si les autres moyens d'investigation ne semblent pas suffire (...)» (C.i.cr., art. 216/1). Cependant, comme on vient de le voir, le renvoi à une liste d'infractions (C.i.cr., art. 90-ter, § 2 à 4) prévue à l'origine pour un autre dispositif (les «écoutes téléphoniques»), de même que leur appréciation *in abstracto*, montre une prise en compte fort théorique de ces principes¹³¹. Malgré tout, il ne semble pas que cela soit en matière de terrorisme que les principes de nécessité et de subsidiarité posent le plus de difficultés¹³².

2.1.4. *Le principe de proportionnalité*

Le critère de proportionnalité est parfois compris comme exigeant un équilibre «entre le principe même du recours aux collaborateurs de justice et le type de criminalité que l'on veut combattre (l'idée étant que ce type de mesure devrait être réservée à des infractions de gravité particulière)»¹³³. Selon cette acception, il s'agit de limiter le recours de la collaboration à certains contentieux (cf. *supra*, 2.1.1).

Le critère de proportionnalité¹³⁴ sera ici compris d'une autre manière: il vise le «rapport de proportionnalité qui devrait exister entre l'infraction commise par le collaborateur de justice et celle dont il permet l'élucidation (l'idée étant ...) que l'on ne saurait récompenser un collaborateur qui a commis des infractions plus graves que celles qu'il contribue à élucider)»¹³⁵. Ce critère s'impose à la fois au législateur (lorsqu'il s'agit de déterminer le champ d'application du dispositif) et aux autorités policières et judiciaires (lorsqu'il s'agit de vérifier si cette proportion est présente dans le cas d'espèce).

Le législateur belge n'a pas exclu la collaboration lorsque le collaborateur a commis un certain type d'infractions (particulièrement graves). Il s'est limité à poser l'exigence d'une proportionnalité entre «l'infraction commise [par le collaborateur] et «l'infraction à propos de laquelle les déclarations sont effectuées» (C.i.cr., art. 216/5 à 216/7)¹³⁶. Pour trancher cette question de la proportionnalité, Ch. De Valkeneer propose d'utiliser le critère du taux de la peine¹³⁷.

Les travaux préparatoires se montrent très stricts quant à l'interprétation à donner à ce principe de proportionnalité: la collaboration ne serait pas possible si l'infraction commise par le collaborateur était «de gravité *identique* ou supérieure à l'infraction pour la découverte/l'élucidation de laquelle des informations sont fournies»¹³⁸. Il nous semble que cette interdic-

¹³¹ Position tenue par un magistrat et des avocats lors du Focus group du 23 octobre 2019.

¹³² M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, *op. cit.*, p. 443 et 444.

¹³³ *Ibidem*, p. 24.

¹³⁴ Parfois, on précise proportionnalité «externe», ce qui permet de ne pas le confondre avec le principe de proportionnalité «interne», cf. *infra*, 2.2.1.

¹³⁵ M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, *op. cit.*, p. 24.

¹³⁶ Lors de son audition à la Chambre, Ch. De Valkeneer illustre ce principe de proportionnalité en indiquant qu'il ne doit pas être possible à un candidat collaborateur qui a commis un viol de faire une déclaration concernant un blanchiment d'argent (*Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 59).

¹³⁷ Ch. DE VALKENEER, «Une nouvelle figure...», *op. cit.*, p. 380.

¹³⁸ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 28, nous soulignons.

tion de la collaboration pour des faits identiques risque d'empêcher régulièrement la mobilisation du dispositif de la collaboration¹³⁹ et ne se retrouve pas clairement exprimée dans le texte légal lui-même.

Le législateur indique que pour respecter ce principe de proportionnalité, il convient également de prendre «particulièrement en compte la gravité des conséquences possibles» de l'infraction dénoncée (C.i.cr., art. 216/5 et 216/6)¹⁴⁰. Les travaux préparatoires indiquent l'importance de prendre en compte à la fois l'actualité et la nature des conséquences de la déclaration sur l'infraction dénoncée: «Les déclarations qui mènent à ce que des infractions puissent *prendre fin*, (...) à ce que *des vies* puissent être *sauvées* et que *des blessures graves* puissent être *évitées*, sont particulièrement importantes»¹⁴¹. Le législateur invite donc à faire en sorte que le principe de proportionnalité s'actualise non seulement au niveau des gravités des *faits commis*, mais aussi au niveau des *intérêts et valeurs* à la fois sauvegardés et sacrifiés par la collaboration¹⁴².

Dans l'évaluation de la proportionnalité, le législateur belge semble inviter les autorités policières et judiciaires à se limiter aux «valeurs dont il paraît suffisamment vraisemblable qu'elles pourraient être compromises en l'espèce»¹⁴³. Pour évaluer le degré de vraisemblance de la menace, la distinction entre les collaborations «répressive», «préservative» et «limitative» semble très utile (cf. *supra*, Introduction). Dans les cas de collaborations à portée «préservative» et «limitative», la menace des valeurs paraît «nettement plus actuelle et concrète» que dans le cas de collaborations purement «répressives»¹⁴⁴. Dès lors, ce type de menaces devrait peser davantage dans l'opérationnalisation du principe de proportionnalité: «Les déclarations qui concernent une *infraction persistante* ou qui (...) *peut causer* des blessures physiques graves, des décès ou des dommages importants, ou qui *prévenir* (sic) des infractions plus graves, peuvent en particulier justifier une promesse»¹⁴⁵.

2.1.5. Le principe de l'absence de dangerosité

Lorsque la promesse de récompense concerne l'exécution de la peine (cf. *infra*, 2.2.2), il existe une condition supplémentaire pour recourir à une

¹³⁹ Ch. DE VALKENEER, «Une nouvelle figure...», *op. cit.*, p. 380.

¹⁴⁰ Ainsi, un collaborateur récidiviste poursuivi pour faux en écriture (peine maximale de 15 ans) pourrait faire des déclarations à propos d'un vol avec violence (peine maximale de 10 ans) et ce en raison de «la gravité des conséquences de l'infraction» (*Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 46 et 47).

¹⁴¹ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 27, nous soulignons. Une «attention particulière doit être accordée à la gravité des conséquences de l'infraction révélée par le repent, *plutôt qu'à la peine intrinsèque*» (*Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 46, nous soulignons).

¹⁴² En termes de valeurs, la collaboration remet en cause l'interdit moral de la délation (et les valeurs de loyauté et de solidarité; cf. *infra*, 2.8.2.1). Elle peut représenter une pression importante pour renoncer au droit au silence. Elle peut également conduire à la condamnation d'innocents (si la non-fiabilité des informations n'a pas été repérée; cf. *infra*, 2.8.2.3). Quant aux valeurs sauvegardées grâce à la collaboration procédurale, il semble que celles relatives à la dignité de l'homme et à son intégrité physique et morale sont centrales.

¹⁴³ M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, *op. cit.*, p. 441.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 565.

¹⁴⁵ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 46.

collaboration: il faut que le collaborateur «ne constitue pas de danger pour la sécurité publique» (C.i.cr., 216/6). Cette condition supplémentaire est justifiée par le fait que la «promesse a pour conséquence que le condamné peut être remis en liberté»¹⁴⁶. L'ouverture du dispositif n'est donc ici pas fonction de la seule gravité objective de l'acte (cf. *supra*, 2.1.1 et 2.1.4), mais également fonction de la personnalité du «repenti» et de sa «dangerosité» supposée.

Comment faut-il opérationnaliser ce critère d'absence de dangerosité? Est-ce le critère de la récidive qui sera retenu? Les travaux préparatoires n'évoquent pas ces questions. On notera que le statut de récidiviste n'empêche pas le recours à une collaboration.

2.2. *Les types de promesses*

Trois types de promesses de récompenses sont prévues dans le système belge. Le «deal» peut concerner l'exercice de l'action publique (2.2.1), l'exécution de la peine (2.2.2) et le lieu de détention (2.2.3). Nous envisagerons enfin si un cumul des promesses de récompense est possible (2.2.4.).

2.2.1. *Les promesses relatives à l'exercice de l'action publique*

2.2.1.1. *La promesse d'un classement sans suite?*

La loi du 22 juillet 2018 laisse intactes les prérogatives du ministère public en matière de classement sans suite¹⁴⁷. Rien n'empêche qu'un classement sans suite soit décidé, au terme d'une négociation informelle entre le parquet et l'infracteur présumé, en contrepartie d'une dénonciation¹⁴⁸. Certes, un tel classement n'offre aucune sécurité juridique au collaborateur et la promesse est donc «fragile»¹⁴⁹. De plus, la situation du tiers dénoncé est également problématique: «les personnes mises en cause par le repent [pourraient] être condamnées sur la base (le cas échéant exclusive) de déclarations dont le caractère intéressé serait dissimulé au juge et à la défense»¹⁵⁰.

2.2.1.2. *La promesse d'une réduction de peine: le cas des infractions terroristes*

Si le collaborateur, personne physique ou personne morale, fait l'objet de poursuites pénales par le ministère public, ce dernier peut promettre une récompense qui consiste en une réduction de la peine¹⁵¹. Un système de réduction de peines spécifique – et moins avantageux – est mis en place pour les infractions terroristes. Nous nous concentrerons sur ce système spécifique.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 36.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 32, 33 et 39.

¹⁴⁸ Cette possibilité a été régulièrement évoquée par les auteurs des différentes propositions de loi antérieures (cf. *supra*, 1).

¹⁴⁹ M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, *op. cit.*, p. 60.

¹⁵⁰ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 16.

¹⁵¹ Les travaux préparatoires précisent que le dispositif de la collaboration est accessible aux personnes morales (*Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 37) mais ces travaux comme la loi sont muets quant aux réductions de peine qui concerneraient les peines spécifiques de ces personnes morales.

Pour les crimes¹⁵² terroristes (comme pour les crimes commis avec violence ou menace), la récompense consiste en la promesse d'une «peine d'un niveau inférieur avec application de la réduction de peine conformément aux articles 80 et 81¹⁵³ du Code pénal» (C.i.cr., art. 216/5, § 1^{er}, 1^o). Par exemple, dans le cas d'un meurtre, le raisonnement est le suivant: 1) l'article 393 du C. pén. punit le meurtre (hors d'un contexte terroriste) de la réclusion de 20 à 30 ans; 2) vu l'article 138 du C. pén., si le meurtre est une infraction terroriste, la peine devient la réclusion à perpétuité; enfin 3) si le collaborateur terroriste bénéficie de l'article 80 du C. pén., la fourchette de la peine se situe entre un emprisonnement de trois ans et une réclusion de trente ans.

Pour les délits¹⁵⁴ terroristes (comme pour les délits avec violence ou menace), la récompense consiste en la promesse d'une «peine d'un niveau inférieur avec application de la réduction de peine conformément à l'article 85¹⁵⁵ du Code pénal» (C.i.cr., art. 216/5, § 1^{er}, 2^o). Ainsi, le délit terroriste sera puni d'une peine d'emprisonnement entre un jour et cinq ans.

Pour toutes les infractions terroristes (crimes et délits), une réduction de l'amende et de la confiscation pénales est possible. En ce qui concerne l'amende, la réduction peut conduire à un montant «en deçà du minimum légal» (C.i.cr., art. 216/5, § 1^{er}, 4^o). En ce qui concerne la confiscation pénale, la réduction peut concerner tant les confiscations facultatives que les confiscations obligatoires, mais elle ne peut pas s'appliquer aux confiscations qui portent sur les «substances et objets qui mettent en danger la sécurité publique ou la sécurité des personnes» (C.i.cr., art. 216/5, § 1^{er}, 4^o). En effet, dans cette dernière hypothèse, la confiscation n'est pas une peine, mais une mesure de sûreté (par exemple, la confiscation des armes, des explosifs, des produits stupéfiants...)¹⁵⁶.

Pour les crimes et délits commis «sans violence ou menace», le ministère public peut promettre une récompense encore plus avantageuse, telle qu'une reconnaissance simple de culpabilité, une peine¹⁵⁷ inférieure à la peine légale minimale prévue, ou encore une peine sous surveillance électronique, une peine de travail ou une peine de probation autonome (C.i.cr., art. 216/5, § 1^{er}, 3^o). Toutefois, ces possibilités sont formellement exclues pour les infractions terroristes. Le législateur n'a pas estimé qu'une infraction terroriste «sans violence ou menace» (par exemple, on peut financer une activité

¹⁵² En droit belge, les peines privatives de liberté pour les «crimes» sont punies d'une réclusion allant de cinq ans à la perpétuité (C. pén., art. 8 à 11).

¹⁵³ Ces sont les articles relatifs à l'admission des circonstances atténuantes en matière criminelle.

¹⁵⁴ En droit belge, les peines privatives de liberté pour les «délits» sont de huit jours au moins et de cinq ans au plus, sauf pour les crimes «correctionnalisés» qui peuvent emporter une peine allant jusqu'à vingt ans d'emprisonnement (C. pén., art. 25).

¹⁵⁵ C'est l'article relatif à l'admission des circonstances atténuantes en matière correctionnelle.

¹⁵⁶ F. LUGENTZ et D. VANDERMEERSCH, *Saisie et confiscation en matière pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 17. M. TÖLLER, «Un régime des repentis, enfin?», *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, V. FRANSSSEN et A. MASSET (dir.), Liège, Anthemis, 2019, p. 222.

¹⁵⁷ La loi ne le précise pas mais nous pensons que le législateur fait référence à la peine privative de liberté.

terroriste «sans violence ou menace») puisse bénéficier de ces récompenses plus avantageuses.

Comme nous l'avons vu (cf. *supra*, 1) il existait en Belgique, avant la loi du 22 juillet 2018, certaines causes d'excuse de dénonciation pour certains contentieux spécifiques. La loi du 22 juillet 2018 n'a pas abrogé ces causes d'excuse. Se pose donc la question du concours entre ces causes d'excuse et le dispositif mis en place par la loi du 22 juillet 2018. Ch. De Valkeneer propose de recourir au dispositif «le plus favorable pour le bénéficiaire»¹⁵⁸.

2.2.1.3. La prise en compte du principe de pondération dans la réduction de la peine

Dans la négociation des réductions de peine promises, le législateur impose au ministère public le respect d'un principe de pondération (appelé également principe de proportionnalité «interne»)¹⁵⁹. Ce principe justifie une individualisation de la peine du collaborateur pour deux raisons: d'une part, le comportement de collaboration diminue en lui-même la gravité de l'infraction commise ou la «dangerosité» de son auteur, et d'autre part, la collaboration permet de sanctionner des comportements qui n'auraient pu l'être autrement¹⁶⁰. Pour déterminer le degré de la réduction de peine promise, le ministère public doit tenir compte de trois critères.

Premièrement, il doit tenir compte de la *gravité des faits commis par le collaborateur*: plus ces faits sont graves, plus le degré de la réduction de la peine doit être limité. Ce critère, qui semble *a priori* évident, mérite néanmoins d'être questionné. Pour les faits graves, il est en principe prévu des peines plus importantes dans la loi. Le critère de gravité intervient donc une première fois pour déterminer le taux *in abstracto* de la peine (ce qui semble une évidence dans la rationalité pénale moderne). Est-il légitime qu'il intervienne une seconde fois pour limiter la réduction de la peine en cas de collaboration? Deuxièmement, le ministère public doit tenir compte de la *gravité des faits dénoncés*: plus ces faits sont graves, plus le degré de la réduction de la peine peut être élevé. Enfin, troisièmement, le ministère public doit tenir compte de la *gravité des conséquences possibles des faits dénoncés*: plus ces faits ont des conséquences graves, plus le degré de la réduction de la peine peut être élevé. Le concept de «conséquences possibles» (C.i.cr., art. 216/6, nous soulignons) signifie-t-il qu'on se limite aux conséquences non encore réalisées? Si c'est le cas, ce dernier critère ne devrait en principe jouer que pour les collaborations limitatives et préservatives¹⁶¹.

¹⁵⁸ Ch. DE VALKENEER, «Une nouvelle figure...», *op. cit.*, p. 384; *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 32 et 33.

¹⁵⁹ Nous empruntons le concept de «principe de pondération» à M.-A. BEERNAERT. Cette auteure justifie son choix terminologique de la manière suivante: il ne s'agit «pas à proprement parler de proportionnalité (...) dans la mesure où l'on n'est pas amené à effectuer une mise en balance entre différentes valeurs en présence» (M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, *op. cit.*, p. 26).

¹⁶⁰ M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, *op. cit.*, p. 514 et 515.

¹⁶¹ Il y a quelque chose de paradoxal dans ce raisonnement, puisque dénoncer des faits dont l'incrimination est critiquable voire contestée (en effet, ne sont alors présents que des «actes préparatoires» ou de «simples résolutions criminelles extériorisées»; cf. *supra*, 2.1.4) permet une plus grande réduction de peine. Il nous semble que ce paradoxe se dissipe lors-

On peut se demander si d'autres critères ne pourraient pas être pris en compte dans l'opérationnalisation du principe de pondération. On pourrait ainsi concevoir, comme le font les travaux préparatoires, que le statut de récidiviste du collaborateur limite la réduction de peine octroyée¹⁶². On pourrait également estimer que l'importance du risque de représailles influence le degré de réduction de la peine. En effet, ce risque de représailles (et le courage nécessaire pour y faire face) n'est sans doute pas le même lorsqu'une personne dénonce un homicide dans le cadre d'une organisation terroriste que lorsqu'elle dénonce un homicide passionnel. On pourrait encore concevoir une réduction de peine plus importante lorsque, sans l'auto-incrimination du collaborateur, celui-ci n'aurait probablement pas été poursuivi et condamné (faute de preuves)¹⁶³. On pourrait enfin (même si cette liste n'est pas exhaustive) concevoir que les circonstances de fait qui font que le collaborateur dispose d'informations utiles influencent le degré de réduction de la peine: a-t-il réalisé des démarches proactives (et risquées) pour obtenir les informations qu'il va transmettre à la justice ou en est-il le témoin passif?

2.2.2. *Les promesses relatives à l'exécution de la peine*

Concernant l'exécution de la peine, le ministère public peut promettre deux choses. Il peut promettre d'émettre un *avis favorable* à une modalité d'exécution de la peine prévue par la loi du 17 mai 2006 (C.i.cr, art. 216/6, 1°). Cet avis favorable peut concerner par exemple l'octroi d'une détention limitée¹⁶⁴, d'une surveillance électronique, ou d'une libération conditionnelle.

Beaucoup de questions concernant cet avis du ministère public ne semblent pas avoir été tranchées par le législateur. Ainsi, la loi prévoit la promesse «d'émettre un avis favorable» (C.i.cr, art. 216/6, 1°), mais évoque une série de modalités. Faut-il comprendre que la promesse d'avis favorable ne peut concerner qu'une seule modalité et n'est valable qu'une seule fois? Prenons le cas d'un collaborateur qui demande l'octroi d'une mesure de surveillance électronique en cours d'exécution de sa peine. Le ministère public rend un avis favorable, mais le Tribunal de l'application des peines refuse l'octroi de la mesure. Ce condamné pourra réintroduire sa demande dans le délai fixé par la loi (loi du 17 mai 2006, art. 57). La promesse antérieure d'avis du ministère public reste-t-elle valable? Par ailleurs, un interné peut-il prétendre à ce type de promesse? La réponse semble négative car l'article 216/6 du C.i.cr. évoque uniquement la loi du 17 mai 2006 (sans faire référé-

qu'on prend conscience du glissement d'une logique pénale vers des logiques de prévention et de renseignement (et ce même si les travaux préparatoires affirment que «la finalité est (...) strictement judiciaire»; *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 38).

¹⁶² *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 49. Cette affirmation, non justifiée dans les travaux préparatoires, est-elle liée à la plus grande facilité d'accès aux informations (si c'est plus facile, on gagne moins !) ou plus classiquement liée à la volonté d'aggraver la situation pénale du récidiviste (car il est moralement plus coupable)?

¹⁶³ M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, *op. cit.*, p. 266.

¹⁶⁴ Il s'agit d'un mode d'exécution de la peine privative de liberté qui permet au condamné de quitter, de manière régulière, l'établissement pénitentiaire pour une durée de maximum seize heures par jour» (loi du 17 mai 2006, art. 21).

rence à celle du 5 mai 2014) relative à l'internement. Cette exclusion systématique des internés se justifie-t-elle?

Le ministère public peut également promettre, dans le cadre de ses compétences, de «prendre une *décision favorable* dans le cadre de l'exécution de la peine» (C.i.cr, art. 216/6, 2°). Les travaux préparatoires illustrent cette possibilité de la manière suivante: prendre une «décision de ne pas procéder à l'exécution d'une peine ou surseoir à l'exécution de la peine moyennant le respect de conditions»¹⁶⁵, «ne pas procéder immédiatement à l'exécution de la peine»¹⁶⁶. Mais, «les magistrats du parquet peuvent[-ils] – sous le contrôle de leur hiérarchie et finalement du ministre de la Justice – lui-même politiquement responsable devant les chambres législatives – renoncer à faire exécuter la condamnation et décider de laisser se prescrire la peine»¹⁶⁷? À cette question controversée en doctrine, M. Verdussen apporte une réponse négative: il n'existe pas de «principe de l'opportunité de la mise à exécution de la peine» comparable au principe de l'opportunité des poursuites¹⁶⁸. Cette position critique nous semble conforme à la Recommandation du Conseil de l'Europe sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale: «les membres du ministère public (...) ne sauraient remettre en cause les décisions juridictionnelles et faire obstacle à leur exécution, sauf dans l'exercice des voies de recours ou procédures assimilées»¹⁶⁹. Quelle que soit la légitimité douteuse de cette décision favorable, son efficacité semble compromise par le fait que le ministère public n'est pas le seul acteur qui intervient dans l'exécution de la peine¹⁷⁰.

Les trois critères légaux du principe de pondération (la gravité des faits commis par le collaborateur, la gravité des faits dénoncés et la gravité des conséquences possibles des faits dénoncés; cf. *supra*, 2.2.1) doivent également être rencontrés dans le cadre d'une promesse liée à l'exécution de la peine. Pour ce type de promesse, l'opérationnalisation du principe de pondération semble plus limitée que pour la promesse relative à l'exercice de l'action publique. Il ne sera question que du nombre d'avis favorables, du type de décision favorable prise, de la présence ou de l'absence de conditions à respecter en cas de décision favorable...

Pour ces promesses relatives à l'exécution de la peine, on notera encore qu'il n'existe pas de spécificités pour les collaborateurs qui ont commis des infractions terroristes.

¹⁶⁵ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 53.

¹⁶⁶ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 6.

¹⁶⁷ Voy. M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, *op. cit.*, p. 65.

¹⁶⁸ M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 469. Voy. dans le même sens, la position de Fr. Verbruggen lors de son audition à la Chambre (*Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 78).

¹⁶⁹ Rec (2000) 19, art. 19.

¹⁷⁰ Par exemple, l'exécution de la peine de *surveillance électronique* est confiée au «service compétent pour la surveillance électronique» (tenu informé de la décision passée en force de chose jugée par le greffier) (C. pén., art. 37-*quater*). Ce n'est que lorsque la peine de surveillance électronique n'est pas exécutée conformément à la loi que le ministère public peut «décider de procéder à l'exécution de la peine d'emprisonnement fixée dans la décision judiciaire» (C. pén., art. 37-*quater*, § 3).

2.2.3. Les promesses relatives au lieu de détention

Concernant le lieu de détention, le ministère public peut promettre deux choses. D'une part, il peut faire une promesse concernant le *placement*; d'autre part, il peut faire une promesse concernant le *transfèrement* du collaborateur dans un établissement pénitentiaire précis (et souhaité par ce dernier). Ces récompenses peuvent être octroyées aux collaborateurs «incarcérés dans le cadre de la détention préventive ou de l'exécution de la peine»¹⁷¹. Les travaux parlementaires illustrent les intérêts pour le collaborateur d'être placé ou transféré dans un établissement pénitentiaire précis: être plus proche de sa famille, bénéficier d'un «régime plus léger, où des facilités plus étendues sont disponibles»¹⁷². Le collaborateur pourrait aussi trouver un intérêt à ne plus séjourner dans le même établissement pénitentiaire que celui de certains inculpés ou condamnés.

Certaines questions concernant ce troisième type de promesse ne semblent pas avoir été tranchées par le législateur. La promesse concernant «le transfèrement» (C.i.cr, art. 216/7, al. 1^{er}) peut-elle se comprendre de manière élargie et porter sur plusieurs transfèrements? Il nous semble que la promesse pourrait porter sur plusieurs transfèrements, pour autant que le principe de pondération soit respecté. Un interné peut-il prétendre à ce type de promesse? La réponse semble être négative puisque l'article 216/7 du C.i.cr. évoque uniquement la loi du 12 janvier 2005 (sans faire référence à celle du 5 mai 2014). Cette exclusion systématique des internés se justifie-t-elle?

La mise à exécution de ces promesses relatives au lieu de détention risque aussi d'être rendue plus compliquée par le plan d'action du gouvernement contre la radicalisation dans les prisons. Ce plan prévoit que les détenus radicalisés (il y aura sans doute parmi ceux-ci des condamnés pour une infraction liée au terrorisme) soient rassemblés dans des ailes spécifiques de certaines prisons. Que se passera-t-il si le collaborateur demande à être placé ou transféré dans une prison qui ne dispose pas d'une telle aile? Est-ce que cette situation pourrait conduire le directeur général des Établissements pénitentiaires à refuser de valider le mémorandum (cf. *infra*, 2.4.2.2)?

Le principe de pondération doit également s'appliquer pour ce troisième type de promesse. Remarquons cependant que le troisième critère de ce principe, relatif à la «gravité des conséquences possibles», n'est pas repris par la loi, sans qu'une explication ne soit donnée dans les travaux préparatoires (C.i.cr, art. 216/7, al. 1^{er}). L'opérationnalisation de ce principe semble ici fort limitée puisqu'il ne serait question, selon nous, que du nombre de transferts et de la durée pendant laquelle ces transferts peuvent être sollicités.

Pour ces promesses relatives au lieu de détention, on ne trouvera pas non plus de spécificités pour les collaborateurs qui ont commis des infractions terroristes.

¹⁷¹ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 36.

¹⁷² *Ibidem*, p. 55.

2.2.4. *Un cumul des promesses est-il possible?*

Ce que nous appellerons un «cumul des promesses» renvoie à la possibilité que, dans un seul memorandum, le collaborateur et son avocat négocient plusieurs récompenses de différents types. Quelle sera l'attitude du ministère public face à un avocat négociant pour son client à la fois une réduction de peine dans le cadre de l'exercice de l'action publique, un avis favorable pour une future libération conditionnelle et une place dans tel établissement pénitentiaire? Une circulaire du Collège des procureurs généraux (C. jud., art. 143-*bis*, § 2) viendra-t-elle trancher ce type de situations (qui ne manquera pas de complexifier la question du ministère public compétent pour la rédaction du memorandum; cf. *infra*, 2.4.2.1.)¹⁷³? Il nous semble que cette question d'un éventuel cumul de promesses n'est pas purement théorique puisqu'elle pourra se poser si des avocats de la défense font des propositions particulièrement audacieuses. De plus, il nous semble qu'un exemple de cumul se déduit des travaux préparatoires, lorsque ceux-ci indiquent que la promesse relative au lieu de détention peut être octroyée aux collaborateurs «incarcérés dans le cadre de la détention préventive ou de l'exécution de la peine»¹⁷⁴. En effet, il ne fait guère de doute que la personne détenue préventivement puisse être également intéressée par une promesse relative à l'exercice de l'action publique.

2.3. *La contrepartie de la promesse de récompense: les obligations du collaborateur*

Le collaborateur a plusieurs obligations: faire une déclaration (2.3.1), avoir la volonté d'indemniser le dommage (2.3.2), ne pas commettre une nouvelle infraction (2.3.3), respecter les conditions prévues dans le memorandum (2.3.4) et ne pas entraver la justice pénale (2.3.5).

2.3.1. *Faire une déclaration*

L'obligation principale du collaborateur est évidemment de faire «des déclarations substantielles, révélatrices, sincères et complètes concernant la participation de tiers et, le cas échéant, sa propre participation» à une infraction (commise ou tentée) visée à l'article 90-*ter*, § 2 à 4 du C.i.cr. (C.i.cr., art. 216/1, al. 1^{er}). Le collaborateur doit «donner suite à chaque convocation du ministère public, du juge d'instruction et des juridictions d'instruction et de jugement», en vue d'effectuer les déclarations prévues (C.i.cr., art. 216/4, § 1^{er})¹⁷⁵.

¹⁷³ Lors du Focus group du 23 octobre 2019, un magistrat a indiqué qu'une circulaire est en préparation mais qu'elle sera confidentielle.

¹⁷⁴ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 36.

¹⁷⁵ Lors du Focus group du 23 octobre 2019, un magistrat a indiqué que si une déclaration concerne un fait rentrant dans la liste de l'article 90-*ter* du C.i.cr., cela permet que la déclaration puisse porter également sur des «faits connexes» même si ces faits ne sont pas repris dans cette liste (sans quoi les déclarations du candidat collaborateur ne seraient pas considérées comme honnêtes et complètes). Les avocats et certains magistrats ne partageaient pas cette position.

Les déclarations du collaborateur doivent répondre à quatre exigences. Elles doivent 1) porter sur des « informations utiles et pertinentes » (substantielles), 2) porter sur des informations « nouvelles », « pas encore connues ou confirmées par le ministère public » (révélatrices), 3) être « conformes à la vérité » (sincères) et, 4) contenir « toutes les informations dont le repentir a connaissance » (complètes)¹⁷⁶.

L'exigence d'informations « substantielles » est susceptible de créer une insécurité juridique pour le collaborateur, car il n'est pas toujours aisé pour lui de déterminer si les informations qui sont en sa possession seront évaluées comme utiles et pertinentes par le ministère public. Ceci rend la promesse précaire.

La même réflexion peut s'appliquer à l'exigence d'informations « révélatrices », puisque le collaborateur ne sait que rarement avec précision quelles informations sont connues du ministère public (le contraire serait en fait inquiétant...). De plus, si un collaborateur fournit des informations sans savoir qu'elles sont déjà connues par le ministère public, mais que sa démarche démontre une volonté de se distancier de son passé criminel, ne mérite-t-il pas la récompense ? C'est en tout cas la position de la Cour constitutionnelle italienne qui a déclaré « inconstitutionnelle la condition de 'déclarations nécessairement révélatrices' »¹⁷⁷.

En ce qui concerne l'exigence de « complétude », les travaux préparatoires semblent faire une distinction entre les collaborations interne et externe. En effet, en cas de collaboration externe, la déclaration ne doit « pas nécessairement porter sur les faits pour lesquels l'intéressé est poursuivi ou a été condamné »¹⁷⁸. Y aurait-il ici une limitation liée au respect du droit au silence (cf. *infra*, conclusion) ? En revanche, en cas de collaboration interne, l'exigence de complétude supposerait des « déclarations complètes par rapport à sa propre implication criminelle dans ces infractions »¹⁷⁹.

Relativement à cette exigence de complétude, les travaux préparatoires précisent qu'elle ne concerne que les infractions mentionnées dans le memorandum et non toutes les infractions dont le collaborateur a connaissance¹⁸⁰. Ce champ d'application limité de l'exigence de complétude est souhaitable.

Comme la déclaration doit porter sur « la participation de tiers », la loi ne permet pas de recourir au dispositif de la collaboration lorsque le collaborateur fournit des « informations non à charge » qui auraient cependant pu être utiles « pour clôturer une fausse piste de l'enquête »¹⁸¹. La collaboration est autorisée pour prouver la culpabilité mais non l'innocence.

¹⁷⁶ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 24 et 38.

¹⁷⁷ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 66.

¹⁷⁸ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 39.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 39. Lors du Focus group du 23 octobre 2019, un magistrat a insisté sur le fait que tant les déclarations relatives aux faits commis par le tiers dénoncé que celles relatives aux faits commis par le collaborateur devaient être complètes. Un autre magistrat et un professeur estimaient en revanche que l'exigence de complétude et de sincérité devait se limiter aux faits commis par le tiers dénoncé (et ce pour maintenir le respect du droit au silence).

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 86.

¹⁸¹ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 76.

Quant à la forme de la déclaration, le législateur a interdit que le collaborateur puisse bénéficier de l'anonymat (C.i.cr., art. 216/4, § 3). Dans la ligne de la jurisprudence antérieure sur l'admissibilité des modes de preuves (cf. *infra*, 1.2), cette exigence de transparence est considérée comme essentielle pour le respect des droits de la défense et en particulier le principe du contradictoire¹⁸² (cf. *infra*, conclusion).

2.3.2. *Avoir la volonté d'indemniser le dommage*

Ce que la loi exige précisément du collaborateur peut prêter à controverse. En effet, si l'article 216/2 du C.i.cr. évoque la «volonté d'indemniser», l'article 216/3 du même code précise que la promesse faite à celui qui «n'indemnise pas le dommage» est susceptible d'être révoquée (cf. *infra*, 2.5.1).

Le législateur ne précise pas quel dommage est concerné par cette volonté d'indemnisation. On peut supposer qu'il s'agit exclusivement du dommage lié aux infractions commises par le collaborateur et qui sont reprises dans le mémorandum (C.i.cr., art. 216/2, § 1^{er}).

2.3.3. *Ne pas commettre une infraction (d'une certaine gravité)*

Le collaborateur ne peut être condamné à une peine d'emprisonnement d'au moins six mois pour des infractions commises après la conclusion du mémorandum (C.i.cr., art. 216/3, 2°).

2.3.4. *Respecter les conditions prévues dans le mémorandum*

Pour bénéficier de la promesse, le collaborateur s'engage à respecter des conditions. Il y a des conditions générales, systématiquement présentes, et des conditions particulières, variables en fonction du cas d'espèce (C.i.cr., art. 216/2, § 1^{er} et 216/3, § 1^{er}, 1°; cf. *infra*, 2.4.2.1)

2.3.5. *Ne pas entraver la justice pénale*

Le collaborateur ne peut pas tenter de faire disparaître des preuves ou s'entendre avec des tiers (C.i.cr., art. 216/3, § 1^{er}, 6°).

2.4. *Les conditions d'exercice de la collaboration procédurale et ses aspects procéduraux*

Le dispositif de la collaboration suppose un accord entre le ministère public et le candidat collaborateur (2.4.1), que cet accord soit formalisé dans un mémorandum (2.4.2) et que cet accord, lorsqu'il concerne une promesse relative à l'action publique, soit homologué par un juge (2.4.3).

2.4.1. *Un accord entre le ministère public et le candidat collaborateur*

Le candidat collaborateur n'a pas un droit subjectif à une récompense s'il souhaite faire des déclarations. Le ministère public décide en opportu-

¹⁸² *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 58.

nité s'il souhaite s'engager dans une négociation avec le candidat collaborateur¹⁸³.

Il s'agit par ailleurs d'être attentif à ce que le collaborateur potentiel soit véritablement demandeur. Il faut éviter qu'il ne soit soumis à des pressions telles que l'on puisse douter du caractère libre de ses déclarations (cf. *infra*, conclusion).

2.4.2. *La formalisation de l'accord: rédaction et validation du mémorandum*

2.4.2.1. *Le contenu et les exigences formelles du mémorandum*

Le mémorandum est daté et doit contenir les mentions suivantes (C.i.cr., art. 216/2, § 1^{er} et § 5):

- l'identité du collaborateur (celui-ci ne peut bénéficier de l'anonymat; cf. *supra*, 2.3.1);
- le nom de l'avocat du collaborateur;
- le procureur du Roi¹⁸⁴ de l'arrondissement judiciaire dans lequel ont été commises les infractions par le tiers dénoncé;
- le procureur du Roi¹⁸⁵ de l'arrondissement judiciaire dans lequel le collaborateur est poursuivi ou condamné;
- les faits pour lesquels le collaborateur est poursuivi ou condamné (dans ce dernier cas, il faut également mentionner les peines infligées);
- les faits au sujet desquels le collaborateur va faire une déclaration;
- la teneur de la promesse du procureur du Roi;
- les conditions (générales et particulières) liées à la promesse;
- les conditions et les modalités relatives à la déclaration;
- la volonté d'indemniser le dommage¹⁸⁶.

La loi ne précise pas ce qu'il faut entendre par la «teneur» de la promesse, même si elle exige que celle-ci soit «précise et détaillée». On peut se demander à cet égard si une promesse relative à l'action publique ne devrait pas préciser le taux de peine et non se limiter à prévoir une fourchette de peines¹⁸⁷. De même, la promesse relative à l'exécution de la peine devrait préciser quelle(s) modalité(s) est (sont) concernée(s) par l'avis favorable, le nombre d'avis favorables qui seront octroyés, ou quelle(s) décision(s) favorable(s) est (sont) octroyée(s) (cf. *supra*, 2.2.2). Enfin, la promesse relative au lieu de détention devrait nommer le nombre de transfèrements promis (cf. *supra*, 2.2.3)¹⁸⁸.

¹⁸³ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 28; *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 81.

¹⁸⁴ Comme le souligne le Collège des procureurs généraux dans leur avis, le terme «procureur du Roi» devrait être remplacé par le terme «magistrat du ministère public» puisque «le recours aux repentis peut s'envisager au niveau de toutes les entités du ministère public» (*Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 151). De plus, *plusieurs* magistrats du ministère public peuvent être concernés (si le collaborateur dénonce plusieurs faits commis par différentes personnes et à différents endroits).

¹⁸⁵ *Plusieurs* magistrats du ministère public peuvent être concernés (si le collaborateur a commis différents faits à différents endroits).

¹⁸⁶ L'article art. 216/2, § 1^{er}, 4° du C.i.cr. précise que les six dernières mentions doivent faire l'objet d'une indication «précise et détaillée».

¹⁸⁷ Ch. DE VALKENEER, «Une nouvelle figure...», *op. cit.*, p. 391.

¹⁸⁸ Pour que la teneur de la promesse soit précise et détaillée, il aurait pu être intéressant de nommer l'établissement concerné par le placement ou le transfèrement. Cependant,

Le concept de «conditions liées à la promesse» nous paraît peu clair. Il y aurait deux types de conditions: des conditions générales, toujours présentes et des conditions particulières, propres au cas d'espèce. Il y a quatre conditions générales¹⁸⁹:

- l'interdiction d'une condamnation à une peine principale d'emprisonnement d'au moins six mois pour des infractions commises après la conclusion du memorandum;
- l'obligation d'effectuer les déclarations;
- l'obligation d'indemniser le dommage;
- l'interdiction de faire sciemment des déclarations incomplètes, non sincères ou non révélatrices.

Quant aux conditions particulières, le législateur n'a pas tenu compte de la critique du Conseil d'État qui estimait que la notion devait davantage être précisée¹⁹⁰. Il n'est donc pas clair de savoir ce qui est visé ici. Vise-t-on, par exemple, des conditions comme l'interdiction de porter une arme, l'interdiction de résider dans telle zone...?

La demande du Conseil d'État de préciser les «conditions et modalités relatives à la déclaration» n'a pas non plus été entendue par le législateur¹⁹¹. Cependant, les travaux préparatoires donnent ici des informations utiles: le memorandum devrait préciser la «date», le «moment», le «lieu» de la déclaration, «la manière» dont elle sera réalisée ainsi que les «personnes sur lesquelles [elle] porte»¹⁹². Le memorandum devra sans doute préciser si la déclaration se fera lors d'«une audition par la police ou un témoignage devant un juge d'instruction ou le juge du fond, le cas échéant par le biais de moyens audiovisuels si le repentir acquiert le statut de témoin protégé»¹⁹³. Il nous semble que l'indication des «personnes» sur lesquelles porte la déclaration va au-delà du prescrit légal. Par ailleurs, ne peut-on pas imaginer des situations (certes peu fréquentes) dans lesquels le collaborateur peut faire des déclarations utiles à la justice pénale même s'il n'est pas capable lui-même de fournir le nom des personnes impliquées (par exemple, une déclaration sur le lieu où un corps a été enterré)?

Le memorandum est signé par le procureur du Roi et le collaborateur (C.i.cr., art. 216/2, § 1^{er}). Si plusieurs magistrats sont concernés, le Collège des procureurs généraux est d'avis que le memorandum «soit sign[é] par les magistrats des deux entités concernées et pas par un seul»¹⁹⁴. Ne faudrait-il pas ici qu'une circulaire détermine (pour chacun des trois types de promesses) quel magistrat du ministère public serait amené concrètement à né-

il ne faut pas oublier que le tiers dénoncé a accès au memorandum (cf. *infra*, 2.6). Cette information pourrait donc faciliter les mesures de représailles.

¹⁸⁹ Pour la détermination de ces quatre conditions générales, l'article 216/2, § 1^{er}, 4^e, d) du C.i.cr. renvoie à l'article 216/3, § 1^{er}, 2^e à 5^e du même code.

¹⁹⁰ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 40 et 87.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 92.

¹⁹² *Ibidem*, p. 43 et 44.

¹⁹³ Ch. DE VALKENEER, «Une nouvelle figure...», *op. cit.*, p. 392.

¹⁹⁴ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 151. Il nous semble que dans certaines situations, plus de deux magistrats pourraient être impliqués (le collaborateur a commis plusieurs infractions et il dénonce plusieurs tiers qui eux-mêmes ont commis plusieurs infractions).

gocier le contenu de la promesse avec le candidat collaborateur et son avocat, ainsi que les rôles des autres magistrats concernés par le dispositif?

La promesse du ministère public relative à l'action publique doit être motivée (C.i.cr., art. 216/5, § 3). Assez curieusement, la loi ne prévoit pas que les promesses relatives à l'exécution de la peine et celles relatives au lieu de détention le soient également.

En pratique, la rédaction du mémorandum risque d'être compliquée vu les intérêts contraires des acteurs concernés: l'avocat du candidat collaborateur voudra en dire le moins possible tant que le mémorandum n'est pas signé, tandis que le magistrat cherchera au contraire à obtenir le maximum d'informations rapidement, pour ne pas faire des promesses «dans le vide»¹⁹⁵. Une solution envisagée serait de prévoir que les déclarations faites avant la signature du mémorandum soient protégées par des principes de loyauté et de confidentialité entre l'avocat et le magistrat. Ce qui signifierait que ces déclarations ne seraient pas utilisées par le magistrat si on n'aboutit pas à la rédaction du mémorandum (clause de confidentialité)¹⁹⁶.

2.4.2.2. *La validation du mémorandum*

Le mémorandum doit faire l'objet d'un accord préalable du procureur général (C.i.cr. art. 216/2, § 2, 1°). Si plusieurs procureurs généraux sont compétents, ceux-ci prennent une décision «par consensus» (C.i.cr. art. 216/2, § 3), ce qui signifie qu'ils doivent tous valider le mémorandum pour que la promesse soit valable¹⁹⁷. Si la promesse émane du procureur fédéral, aucun procureur général n'est compétent et il n'y a donc pas d'accord à obtenir¹⁹⁸.

Le mémorandum doit faire l'objet d'un avis préalable du procureur fédéral (C.i.cr. art. 216/2, § 2, 3°). Celui-ci, tenant un registre de tous les mémorandums signés dans le pays (C.i.cr. art. 216/2, § 6), est certainement l'acteur capable de «promouvoir une uniformité dans l'application de la législation»¹⁹⁹. Il est aussi en mesure «d'éviter que des repentis obtiennent plusieurs promesses dans différents arrondissements en échange de leur témoignage sur certains faits»²⁰⁰. Notons que dans cette hypothèse, les déclarations ne sont pas révélatrices (cf. *supra*, 2.3.1).

L'avis préalable de la commission de protection des témoins est également nécessaire (C.i.cr. art. 216/2, § 2, 2°). Cette commission va examiner l'ampleur et la faisabilité des mesures de protection que certains collabora-

¹⁹⁵ Positions tenues par les intervenants du Focus group du 23 octobre 2019.

¹⁹⁶ Positions tenues par les avocats et des magistrats du Focus group du 23 octobre 2019. Un magistrat estime cependant que si le mémorandum n'est pas signé, les informations récoltées pourraient être utilisées par lui.

¹⁹⁷ Le Collège des procureurs généraux estime qu'en cas de collaboration externe, les avis négatifs viendront majoritairement du «procureur général du ressort où la promesse devra être exécutée» (*Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 52). L'exigence d'un consensus permet donc d'éviter que la promesse soit mise en œuvre par le ministère public qui s'y oppose, ce qui aurait été problématique pour la politique criminelle du ressort concerné.

¹⁹⁸ Ch. DE VALKENEEER, «Une nouvelle figure...», *op. cit.*, p. 389.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 389; *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 29.

²⁰⁰ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 29.

teurs pourraient obtenir. Un avis négatif de cette commission pourrait compromettre l'accord, car celui-ci ferait courir un risque de représailles trop important²⁰¹.

Si le collaborateur fait l'objet d'une instruction ou si ses déclarations sont déposées dans le cadre d'une instruction, l'avis préalable du juge d'instruction est nécessaire (C.i.cr. art. 216/2, § 2, 4°). Cet avis doit porter sur «l'état d'avancement de l'instruction», sur «l'opportunité ou la nécessité de l'intervention du repentir dans le cadre de son enquête»²⁰². On s'attend donc à ce que le juge d'instruction se positionne sur la capacité du candidat collaborateur à produire des déclarations substantielles et révélatrices. Il semble cependant «délicat de solliciter d'un juge d'instruction, indépendant et impartial, de rendre un avis sur la pertinence ou non d'accorder le statut de repentir à un témoin dans le cadre d'un dossier en cours, alors qu'il ne peut pas s'exprimer sur la culpabilité ou l'innocence tant du repentir que d'autres personnes suspectées (...) à propos desquelles une déclaration pourrait être réalisée»²⁰³.

Pour les promesses relatives au lieu de détention, il faut également «un accord préalable du directeur général des Établissements pénitentiaires» (C.i.cr. art. 216/7, al. 1^{er}). En effet, la compétence de placement et de transfèrement des détenus revient à ce directeur (loi du 12 janvier 2005, art. 18). Ces types de promesses «ont potentiellement un impact sur le fonctionnement des prisons»²⁰⁴, mais elles ne peuvent pas «porter préjudice aux compétences du directeur de prison dans le cadre de la discipline, de l'ordre et de la sécurité au sein de la prison» (C.i.cr. art. 216/7, al. 1^{er}). Si en raison d'un problème de discipline, d'ordre ou de sécurité, la promesse ne peut pas être mise en œuvre, «le directeur de prison informe en (sic) le procureur du Roi»²⁰⁵, sans que l'on sache ce que pourrait faire le procureur du Roi d'une telle information. Ceci rend la promesse précaire. De plus, nous avons vu que le plan d'action du gouvernement contre la radicalisation dans les prisons pourrait avoir comme implication de rendre impossibles certains placements ou transfèrements (cf. *supra*, 2.2.3).

La validité du mémorandum suppose que celui-ci soit conclu et signé en présence de l'avocat du collaborateur. Le collaborateur peut se concerter confidentiellement avec son avocat à tout moment et hors la présence du ministère public (C.i.cr., art. 216/2, § 4).

Le mémorandum est établi en trois exemplaires signés par le procureur du Roi et le collaborateur. L'un est remis au collaborateur, un second est versé au dossier répressif relatif à l'infraction commise par le collaborateur et le troisième est conservé par le procureur du Roi (C.i.cr., art. 216/2, § 5).

²⁰¹ Ch. DE VALKENEER, «Une nouvelle figure...», *op. cit.*, p. 389 et 390.

²⁰² *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 23 et 36. Cet avis du juge d'instruction serait utile si l'on souhaite que le principe de pondération permette une plus importante réduction de peine si, sans l'auto-incrimination du collaborateur, celui-ci n'aurait probablement pas été poursuivi et condamné faute de preuves.

²⁰³ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 12.

²⁰⁴ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 56.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 56.

2.4.3. *L'homologation de l'accord*

2.4.3.1. *Le champ d'application*

L'exigence d'homologation de l'accord ne concerne que les promesses relatives à l'action publique²⁰⁶. Puisque le législateur habilite le ministère public à mettre fin à l'action publique, un contrôle juridictionnel est nécessaire²⁰⁷.

En ce qui concerne les promesses relatives à l'exécution de la peine, cette absence d'homologation se comprend lorsque le ministère public a émis un «avis favorable» (car la décision finale d'octroyer ou non la modalité d'exécution de la peine privative de liberté sera prise par le Tribunal de l'application des peines). En revanche, elle peut poser problème lorsque le ministère public a pris une «décision favorable» (car dans ce cas, aucune instance ne peut vérifier si les principes de proportionnalité et de pondération sont respectés).

Les promesses relatives à la détention doivent quant à elles être acceptées par le directeur général des Établissements pénitentiaires. Mais ce dernier n'est pas une instance juridictionnelle et sa décision sera liée à d'autres critères que le respect des principes de proportionnalité et de pondération (qui ne feront donc l'objet d'aucun contrôle).

2.4.3.2. *Les juridictions compétentes*

L'homologation relève de la compétence de la juridiction «devant laquelle l'action publique dont fait l'objet le repentir est pendante»²⁰⁸. Il peut s'agir du Tribunal de police, du Tribunal correctionnel, de la Cour d'appel, de la Cour d'assises et des juridictions d'instruction²⁰⁹.

La loi ne précise pas quelle sera la composition de la Cour d'assises (avec ou sans le jury) pour cette homologation. Comme le memorandum concerne des éléments liés à la peine, il semblerait préférable de prévoir la présence du jury²¹⁰. En ce qui concerne les juridictions d'instruction, lorsqu'elles statuent comme juridiction de fond, elles peuvent décider un internement ou une suspension du prononcé de la condamnation. Le législateur n'a pas prévu qu'un interné puisse obtenir une promesse²¹¹ (cf. *supra*, 2.2).

²⁰⁶ Lors du Focus group du 23 octobre 2019, un magistrat a indiqué que si le parquet réalise que les conditions prévues au memorandum ne sont pas respectées, il ne va pas demander l'homologation de celui-ci. Cette position a été critiquée par d'autres magistrats, des avocats et des professeurs puisque dans ce cas le parquet serait juge et partie.

²⁰⁷ Les travaux préparatoires ont fait référence à l'arrêt de la Cour constitutionnelle concernant la transaction pénale pour justifier la nécessité de ce contrôle juridictionnel (*Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 35; C.C., 2 juin 2016, n° 83/2016, cons. B.11. et B.12.4.).

²⁰⁸ Ch. DE VALKENEEER, «Une nouvelle figure...», *op. cit.*, p. 393. La loi du 22 juillet 2018 s'est calquée sur la procédure d'homologation prévue dans le cadre de la transaction, de la médiation et de la reconnaissance préalable de culpabilité.

²⁰⁹ Dans la pratique, il semble que la chambre du conseil sera amenée à homologuer la majorité des accords (position tenue par des magistrats lors du Focus group du 23 octobre 2019).

²¹⁰ Ch. DE VALKENEEER, «Une nouvelle figure...», *op. cit.*, p. 393; *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 83.

²¹¹ En ce qui concerne la promesse relative à l'action publique, il est difficile d'envisager un «niveau inférieur» à une mesure à durée indéterminée.

En ce qui concerne la suspension du prononcé de la condamnation, la loi prévoit que la question de l'homologation sera traitée lors du règlement de la procédure (C.i.cr., 216/5, § 3). Attendre cette étape de la procédure risque d'avoir un effet dissuasif sur le collaborateur «qui pourrait hésiter à apporter son témoignage»²¹². En cas d'homologation par la juridiction d'instruction, celle-ci renvoie l'affaire devant le tribunal ou la cour compétent(e) pour qu'il ou elle fixe la peine de substitution (C.i.cr., art. 216/5, § 3).

2.4.3.3. *Les objets de l'évaluation*

Le tribunal, la cour ou la juridiction d'instruction compétent(e) vérifie si (C.i.cr., art. 216/5, § 3):

- les principes de proportionnalité et de pondération sont respectés;
- les conditions légales sont remplies;
- le collaborateur a accepté librement et en connaissance de cause le mémorandum;
- les faits correspondent à leur qualification juridique correcte;
- les faits pour lesquels le collaborateur est poursuivi et sur lesquels porte la promesse correspondent à la réalité;
- les causes d'extinction de l'action publique ne sont pas présentes;
- la volonté d'indemniser le dommage est présente.

La loi ne précise pas ce que recouvre la notion de «conditions légales». Les travaux préparatoires indiquent par la négative que le tribunal, la cour ou la juridiction d'instruction ne doit pas vérifier le respect des principes de pertinence et de subsidiarité²¹³. Il nous semble que cette notion de «conditions légales» vise entre autres la vérification que l'infraction dénoncée est bien reprise à l'article 90-ter, § 2 à 4 du C.i.cr., la présence des avis et accords préalables, la présence de l'avocat, les signatures requises...

2.4.3.4. *La procédure*

Le tribunal, la cour ou la juridiction d'instruction entend le collaborateur ou son avocat sur le mémorandum et sur les faits pour lesquels il est poursuivi (C.i.cr., art. 216/5, § 4, al. 1^{er}). Le cas échéant, il entend également la victime ou son avocat sur les faits et la réparation du dommage. La victime peut se constituer partie civile et le collaborateur est alors entendu en ce qui concerne l'action civile (C.i.cr., art. 216/5, § 4, al. 2).

2.4.3.5. *La décision*

Le tribunal, la cour ou la juridiction d'instruction décide, de manière motivée et sans recours pénal possible, d'homologuer ou de rejeter la promesse (C.i.cr., art. 216/5, § 3).

En cas d'homologation de la promesse, le tribunal ou la cour²¹⁴ décide de la peine qui pourrait être exécutée si une des causes de révocation prévue

²¹² Ch. DE VALKENEER, «Une nouvelle figure...», *op. cit.*, p. 394.

²¹³ Doc., Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 35 et 50.

²¹⁴ Si la promesse a été homologuée par la juridiction d'instruction, celle-ci renvoie l'affaire devant le tribunal ou la cour compétent(e) (C.i.cr., art. 216/5, § 3, al. 2). Le cas échéant, le tribunal ou la cour statue sur les intérêts civils (C.i.cr., art. 216/5, § 4).

à l'article 216/3 du C.i.cr. se réalise (cf. *infra*, 2.5.1). Le Conseil d'État a critiqué l'absence de recours possible, puisqu'«au moment où l'intéressé marque son accord sur le mémorandum, il ne connaît pas encore le taux de la peine de substitution»²¹⁵. Dès lors, il n'y a pas, dans le chef du collaborateur, de «renonciation volontaire et en connaissance de cause au droit d'interjeter appel»²¹⁶. Les travaux parlementaires précisent, en réponse à cette remarque du Conseil d'État, que «tous les moyens de droit sont ouverts contre une peine subsidiaire»²¹⁷. Malheureusement, la loi elle-même n'est pas aussi explicite. En pratique, il semble que le collaborateur passera devant le juge du fond avant les autres co-inculpés²¹⁸.

En cas de rejet de l'homologation, le législateur prévoit deux hypothèses. Soit un nouveau mémorandum est conclu et il sera soumis à l'homologation d'une chambre autrement composée; soit aucun nouveau mémorandum n'est conclu et les faits commis par le collaborateur pourront être attribués à une chambre autrement composée. Dans cette seconde hypothèse, le mémorandum et tous les documents, pièces et communications liés à cette procédure seront écartés des débats. Ils ne peuvent «être utilisés à charge [du collaborateur] dans une autre procédure pénale, civile, administrative, arbitrale ou autre et ne sont pas admissibles comme preuve, même comme aveu extrajudiciaire» (C.i.cr., art. 216/5, § 3). Comme l'indiquait M.-A. Beernaert lors de son audition à la Chambre, la loi aurait dû prévoir que, dans cette hypothèse, tous les éléments de preuve soient inutilisables non seulement contre le collaborateur mais aussi contre les tiers dénoncés²¹⁹. La loi ne précise pas suffisamment le sort des tiers dénoncés lorsque «l'affaire contre [le collaborateur] est attribuée à une chambre autrement composée» (C.i.cr., art. 216/5, § 3). Lorsque ces tiers dénoncés sont des complices ou des coauteurs, le ministre de la Justice affirme «que tant le repentir qui a été rejeté par le juge que les coauteurs devront comparaître devant le même tribunal»²²⁰.

2.5. La révocation de la promesse

Les causes de la révocation de la promesse (2.5.1), les autorités compétentes pour prendre une décision de révocation (2.5.2) ainsi que les conséquences de cette dernière (2.5.3) sont abordées ici.

2.5.1. Les causes de la révocation

La révocation de la promesse n'est jamais obligatoire, elle n'est possible que si le collaborateur (C.i.cr., art. 216/3)²²¹:

²¹⁵ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 85.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 85.

²¹⁷ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 51.

²¹⁸ Position tenue par un magistrat et critiquée par un avocat lors du Focus group du 23 octobre 2019.

²¹⁹ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 83.

²²⁰ *Ibidem*, p. 29 et 43.

²²¹ Selon les travaux préparatoires, la promesse est toujours assortie d'une «condition résolutoire» (*Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 33).

- n’a pas respecté les conditions (générales et particulières; cf. *supra*, 2.4.2.1) qu’il avait acceptées dans le mémorandum;
- est condamné par un jugement ou un arrêt coulé en force de chose jugée pour des infractions commises après la date de la conclusion du mémorandum à une peine principale d’emprisonnement d’au moins six mois;
- n’effectue pas les déclarations comme stipulé dans le mémorandum;
- n’indemnise pas le dommage;
- a sciemment fait des déclarations incomplètes, non sincères ou non révélatrices concernant les faits visés (par le mémorandum);
- a tenté de faire disparaître des preuves ou de s’entendre avec des tiers.

La loi est ambiguë quant à la cause de révocation relative à l’indemnisation du dommage: elle prévoit que ne doit être reprise dans le mémorandum que la «volonté d’indemniser le dommage» (C.i.cr., art. 216/2, § 1^{er}, 4^o, f)) mais fait de l’absence d’indemnisation une cause de la révocation (C.i.cr., art. 216/3, 4^o). On peut s’interroger sur la rigueur de la sanction prévue par l’article 216/3 du C.i.cr.: une telle révocation n’est-elle pas une sanction disproportionnée, dès lors qu’elle fait potentiellement primer les situations financières de la victime et de l’État sur la liberté et la sécurité du collaborateur? Dans le même sens, le Collège des procureurs généraux estime que la révocation ne devrait découler que «d’une volonté délibérée de ne pas indemniser [puisque] l’absence d’indemnisation peut découler de circonstances indépendantes de la volonté du condamné (maladie, situation sociale, etc.)»²²².

La cinquième cause de révocation concerne la qualité des déclarations «concernant les faits visés». Dans le mémorandum, on retrouve deux types de faits: les faits commis par le collaborateur (C.i.cr., art. 216/2, § 1^{er}, 4^o, a)) et les faits commis par le tiers dénoncé sur lesquels porteront la déclaration (C.i.cr., art. 216/2, § 1^{er}, 4^o, b)). Il nous semble que la révocation de la promesse ne devrait être possible que lorsque le défaut de la déclaration concerne les faits commis par le tiers dénoncé (car c’est bien la déclaration relative à ces faits-là qui est le cœur du dispositif). De plus, le fait de faire des déclarations «non substantielles» n’est pas retenu comme cause possible de révocation, contrairement aux déclarations incomplètes, non sincères ou non révélatrices. Les travaux préparatoires semblent indiquer qu’il n’est pas aisé de déterminer si la fourniture d’une déclaration non substantielle l’a été de manière intentionnelle et malveillante²²³. Il nous semble que le même raisonnement aurait pu s’appliquer aux déclarations non révélatrices.

2.5.2. Les autorités compétentes pour la révoquer

Pour la promesse relative à l’exercice de l’action publique, le ministère public requiert que le tribunal ou la cour constate le non-respect des conditions, prenne une décision quant à la révocation de la promesse et décide l’exécution de la peine de substitution (C.i.cr., art. 216/5, § 5)²²⁴. Pour ce

²²² *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 53. Si l’absence d’indemnisation découle d’une de ces circonstances, il serait pertinent d’envisager l’intervention du Fonds spécial d’aide aux victimes d’actes intentionnels de violence (*Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 77).

²²³ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 91.

²²⁴ *Ibidem*, p. 52.

faire, l'instance qui avait homologué la promesse entend le collaborateur²²⁵, son avocat et le ministère public (ainsi que la victime si des conditions ont été imposées dans son intérêt²²⁶). Une telle révocation peut avoir lieu dans un délai qui est égal à la durée de la peine de substitution²²⁷. Ce délai est de minimum cinq ans si le collaborateur ne fait pas les déclarations prévues ou s'il n'indemnise pas le dommage (C.i.cr., art. 216/5, § 5).

Pour les promesses relatives à l'exécution de la peine et au lieu de détention, la loi n'évoque pas qui est compétent pour révoquer la promesse. Les travaux préparatoires semblent régler simplement cette question: «Le ministère public constate le non-respect des conditions et *n'est plus lié* par ses promesses»²²⁸. Il paraît curieux que le ministère public soit à la fois l'auteur de la promesse négociée et de sa révocation éventuelle. Ne faudrait-il pas prévoir ici de transférer la compétence de révocation au Juge de l'application des peines? Pour ces deux types de promesses, la loi ne prévoit pas le délai dans lequel une révocation peut avoir lieu.

2.5.3. Les conséquences de la révocation

S'il ou elle révoque la promesse relative à l'exercice de l'action publique, le tribunal ou la cour «se prononce de manière autonome et motivée sur l'application» de la peine qu'il ou elle avait prévue dans le cas où le collaborateur ne respecte pas le contenu du mémorandum (C.i.cr., art. 216/5, § 5)²²⁹. Ceci amène une question: lorsque cette juridiction se prononce sur l'application de la peine en question, doit-elle reprendre automatiquement le taux prévu à l'époque de l'homologation? Ou bien peut-elle (doit-elle?) réduire cette peine en tenant compte de la peine déjà purgée par le collaborateur, voire – à l'instar du Tribunal de l'application des peines lorsqu'il détermine la partie de la peine privative de liberté que doit purger le justiciable après la révocation de sa libération conditionnelle – des efforts fournis par le collaborateur pour respecter les conditions qui lui étaient imposées? Selon nous, cette réduction de la peine est possible, car la loi n'exige pas que la cour ou le tribunal prononce la peine fixée mais qu'il ou elle se prononce sur l'application de celle-ci.

Les conséquences de la révocation des promesses relatives à l'exécution de la peine et au lieu de détention ne sont pas évoquées dans la loi.

Dans certaines hypothèses (cf. *infra*, 2.7), les mesures de protection dont le collaborateur et les membres de sa famille bénéficient peuvent être retirées. Il nous semble que la révocation de la promesse ne devrait pas se doubler automatiquement d'un retrait de ces mesures de protection. En ef-

²²⁵ Est-il satisfaisant de prévoir que si la promesse a été faite par une juridiction d'instruction, ce soit celle-ci qui entende les protagonistes mais que la décision de révocation soit prise par la cour ou le tribunal? Les protagonistes n'auraient-ils pas dû être entendus par cette cour ou ce tribunal?

²²⁶ Il aurait été plus adéquat de prévoir l'audition de la victime uniquement si ce sont les conditions qui ont été imposées dans son intérêt qui ont été violées.

²²⁷ Nous supposons que ce délai débute à la date de la signature du mémorandum.

²²⁸ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 44, nous soulignons.

²²⁹ Si l'homologation a été faite par une Cour d'assises, cette «cour, sans jury, se prononce de manière motivée sur l'application» de la peine de substitution (C.i.cr., art. 346/1).

fet, dans le premier cas, la décision ne concerne que le collaborateur et semble pouvoir être entièrement influencée par une logique punitive. Tandis que dans le second cas, la décision ne concerne pas que le collaborateur (puisque sa famille peut également être impactée) et semble devoir combiner des logiques punitive et protectionnelle.

2.6. *Les conditions d'utilisation des déclarations*

Les déclarations du collaborateur «ne peuvent être prises en considération comme preuve que si elles sont corroborées dans une mesure déterminante par d'autres éléments de preuve» (C.i.cr., art. 216/4, § 2). Comme la corroboration par d'autres moyens de preuve doit se faire «dans une mesure déterminante», cela signifie que «le juge ne peut s'appuyer dans une large mesure ou principalement»²³⁰ sur la déclaration du collaborateur. Ces «autres éléments de preuve» peuvent être obtenus préalablement ou grâce aux déclarations du collaborateur²³¹.

Les travaux préparatoires précisent que la déclaration doit être «corroborée (...) par des éléments de preuve *de nature différente*»²³². Ceci implique, selon nous, que l'exigence de corroboration n'est pas respectée si l'«autre élément de preuve» est une déclaration d'un autre collaborateur. On peut regretter que la loi n'ait pas repris cette précision.

La force probante atténuée de la déclaration se justifie par le fait que les déclarations du collaborateur peuvent être influencées par l'attrait de la promesse ou la vengeance.

Une copie du mémorandum est versée dans tous les dossiers répressifs dans lesquels la déclaration du collaborateur est utilisée (C.i.cr., art., 216/2, § 5). De plus, chaque procès-verbal d'audition du collaborateur doit faire référence au mémorandum (C.i.cr., art. 216/4, § 2). Ainsi, le juge du fond est «informé du fait que cette déposition n'a pas été faite de manière désintéressée, [ce qui lui permet d'] en déterminer la fiabilité»²³³. La présence du mémorandum dans le dossier répressif du tiers dénoncé «rendra possible le débat contradictoire entre les parties concernées»²³⁴.

2.7. *Les mesures de protection du collaborateur*

Les mesures de protection des témoins menacés sont accessibles aux collaborateurs (2.7.1). Ces mesures sont de plusieurs types (2.7.2). Elles peuvent faire l'objet d'un retrait (2.7.3).

²³⁰ Doc., Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 46.

²³¹ Ibidem, p. 45.

²³² Ibidem, p. 45; Doc., Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 23. Voy. dans le même sens Ch. DE VALKENNEER, «Quelques réflexions à propos de la prescription de l'action publique et des 'repentis' ou collaborateurs de justice», *Rev. dr. pén. crim.*, 2014, p. 1102.

²³³ Doc., Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 31 et 42.

²³⁴ Ibidem, p. 31. Lors du Focus group du 23 octobre 2019, des avocats ont indiqué que le fait que le contenu du mémorandum soit accessible au tiers dénoncé allait réduire le nombre des candidats collaborateurs. Lors de cette même rencontre, un magistrat a indiqué que le mémorandum sera déposé au dossier dès la signature de celui-ci (sans attendre qu'il soit homologué).

2.7.1. L'accessibilité aux mesures de protection

Avant la loi du 22 juillet 2018, le système belge de protection des témoins menacés (C.i.cr., art. 102 à 111) n'était pas applicable aux témoins qui faisaient des «déclarations dans les causes où ils étaient poursuivis»²³⁵. La loi du 22 juillet 2018 n'a pas modifié la définition du témoin menacé prévue à l'article 102 du C.i.cr. pour inclure explicitement les collaborateurs dans le système de protection. Mais les travaux préparatoires indiquent sans ambiguïté que les collaborateurs et leur famille peuvent bénéficier de ce système de protection²³⁶.

2.7.2. Les types de mesures de protection

Les mesures de protection peuvent consister en (C.i.cr., art. 104):

- des mesures de protection ordinaires (protection des données auprès de l'état civil, équipement technique préventif, assistance psychologique, organisation de patrouilles policières, enregistrement des appels entrants et sortants, numéro de téléphone secret, plaque d'immatriculation protégée, protection physique rapprochée, relocalisation pour 45 jours maximum, placement dans une section protégée de la prison...);
- des mesures de protection spéciales²³⁷ (relocalisation pour plus de 45 jours, changement d'identité, identité de protection temporaire);
- des mesures d'aide financière;
- des mesures permettant la préservation des droits sociaux et administratifs du collaborateur²³⁸;
- des mesures imposant à toute personne qui, en raison de sa fonction, a connaissance ou prête son concours à des mesures de protection, de garder le secret;
- des mesures de surveillance préventive.

Ces mesures de «surveillance préventive» sont la grande nouveauté de la loi du 22 juillet 2018 en matière de protection des témoins. L'article 104, § 5 du C.i.cr. ne précise pas ce que recouvrent ces mesures de surveillance préventive. Les travaux préparatoires sont plus explicites. Il s'agit de surveiller tant le «monde physique» que le «monde virtuel» du collaborateur et de sa famille par la «prise de connaissance discrète de courrier», par le monitoring «des technologies de l'information (...) (communications téléphoniques classiques, VoIP, trafic e-mail, médias sociaux, utilisation d'Internet...)», par le monitoring des «moyens de transport», par le monitoring «des finances» et par le monitoring «du nouvel environnement de vie du témoin menacé»²³⁹.

²³⁵ Ch. DE VALKENEEER, «Une nouvelle figure...», *op. cit.*, p. 399.

²³⁶ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 40 et 56 à 61. L'élargissement des mesures de protection à l'avocat du collaborateur est défendu par Fr. Verbruggen lors de son audition à la Chambre (*Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 77).

²³⁷ Ces mesures spéciales sont possibles lorsque les déclarations concernent une infraction visée à l'article 90-ter, § 2 à 4 du C.i.cr. ou une infraction commise dans le cadre d'une organisation criminelle. Elles peuvent donc s'appliquer aux collaborateurs.

²³⁸ Ces mesures se justifient car «on constate (...) actuellement que lorsqu'un témoin reçoit une nouvelle identité, d'innombrables problèmes administratifs se posent en matière d'octroi de salaires (...), de pensions, d'allocations» (*Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 57).

²³⁹ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 58; *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 25 et 95.

Il est prévu que cette «surveillance accrue» se fasse «*dans le seul but de garantir la sécurité*»²⁴⁰. Cette dernière phrase est sibylline: la sécurité de qui? Les travaux préparatoires multiplient les illustrations des bénéficiaires potentiels de ces mesures de surveillance: le collaborateur et sa famille (protection de leurs intégrités physique et psychologique), les fonctionnaires de police et les membres du personnel des établissements pénitentiaires (protection de leurs intégrités physiques), le système de protection lui-même (protection de son intégrité²⁴¹) et l'État (compression des coûts)²⁴². On peut évidemment aussi se demander si ces mesures de surveillance n'ont pas d'autres buts que la sécurité de ces différents acteurs, dans la mesure où elles permettent, par exemple, de récolter des indices sur d'éventuels nouveaux comportements criminels du collaborateur. Les travaux préparatoires n'évoquent guère ce point. Ils justifient plutôt l'intérêt de ces nouvelles mesures par la nécessité de surveiller le comportement involontaire, mais problématique, des enfants du collaborateur qui communiquent des informations (*via* les médias sociaux) sur leurs nouvelles vies. Le comportement des enfants est ici mis en avant pour justifier un contrôle préventif fort de leurs parents. L'intensité de ce contrôle est telle que le législateur a prévu que le collaborateur est informé par écrit de la possibilité de ces mesures de surveillance préventive (C.i.cr., art. 104, § 5). Ces mesures préventives sont décidées par le procureur fédéral. Le législateur ne justifie pas cette exception à la compétence de la commission de protection des témoins.

2.7.3. *Le retrait des mesures de protection*

L'article 108 du C.i.cr. prévoit les hypothèses où ces différentes mesures de protection peuvent être retirées. C'est le cas lorsque:

- la personne «n'est plus en danger»²⁴³;
- la personne est «soupçonnée d'avoir commis un délit ou un crime après l'octroi des mesures de protection»;
- la personne, après l'octroi des mesures de protection, est déclarée coupable (ou a bénéficié d'une médiation ou d'une transaction pénale) d'un fait pouvant donner lieu à une peine d'emprisonnement d'un an ou à une peine plus lourde;
- la personne a posé un quelconque acte portant préjudice aux mesures de protection octroyées;
- la personne ne respecte pas les dispositions du mémorandum²⁴⁴.

La commission de protection des témoins statue sur la question du retrait à la majorité des voix, de manière motivée et en tenant compte des principes de subsidiarité et de proportionnalité (C.i.cr., art. 109). Cette décision

²⁴⁰ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 58, nous soulignons.

²⁴¹ Le sens de cette protection systémique et managériale n'est pas explicité par les travaux préparatoires.

²⁴² *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 58; *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/4, p. 25.

²⁴³ Dans cette hypothèse, le retrait des mesures de protection est obligatoire.

²⁴⁴ Il s'agit du mémorandum spécifique aux témoins menacés prévu à l'article 107 du C.i.cr. Il est donc différent du mémorandum prévu à l'article 216/1 du C.i.cr. que nous avons abordé précédemment (cf. *supra*, 2.4).

n'est susceptible d'aucun recours (C.i.cr., art. 109, § 7). Il serait peut-être intéressant (pour mieux articuler la logique protectionnelle et la logique punitive) de prévoir que le retrait des mesures octroyées au collaborateur n'entraîne pas automatiquement ce même retrait pour les membres de sa famille. Cette possibilité, sans doute difficile à mettre en pratique, est actuellement impossible (C.i.cr., art. 110).

2.8. *Le contrôle et l'évaluation du dispositif de collaboration*

Le législateur a prévu, pour un dispositif fréquemment critiqué au niveau de sa moralité et de sa fiabilité²⁴⁵, un mécanisme d'évaluation et de contrôle. En effet, le ministre de la Justice doit faire un rapport annuellement à la Chambre des représentants (C.i.cr., art. 216/8). Le rapport doit indiquer le nombre d'instructions, le nombre de personnes concernées²⁴⁶ et les résultats obtenus dans le cadre du dispositif de collaboration. Le ministre de la Justice évoque un quatrième élément devant figurer dans ce rapport: les infractions commises par les personnes impliquées²⁴⁷. Cette information, qui n'est pas reprise par la loi, aurait pu être intéressante.

2.9. *La loi du 22 juillet 2018 sous le regard de la Cour constitutionnelle*

Deux recours ont été introduits, par deux des personnes inculpées dans le cadre d'une instruction judiciaire recourant au régime des repentis (affaire du «Footgate» toujours en cours, voy. *infra*), devant la Cour Constitutionnelle en vue d'annuler certaines dispositions de la loi du 22 juillet 2018²⁴⁸.

Les parties requérantes ont évoqué, pour l'une huit, moyens et pour l'autre, quatre moyens, à l'appui de leurs recours, essentiellement sous l'angle de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution (principe d'égalité et de non-discrimination), lus en combinaison avec le principe de légalité, avec le principe de la sécurité juridique et avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les griefs portent sur l'application du régime des repentis dans le cadre de l'exercice de l'action publique, et plus précisément sur les rôles respectifs du procureur du Roi et du juge d'instruction; le champ d'application du régime des repentis; le respect du principe du contradictoire; la présomption d'innocence; les promesses de peines; la révocation de la promesse; le renvoi après révocation; le droit de consultation du dossier répressif; la confidentialité des pièces et le contrôle judiciaire (cons. B.2.5).

²⁴⁵ M.L. CESONI (dir.), *Les nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité: la normalisation de l'exception*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

²⁴⁶ Le concept de «personnes concernées» n'est pas satisfaisant: faut-il uniquement compter les collaborateurs ou également les tiers dénoncés? Si ces deux types d'acteurs sont concernés par les statistiques, ne faudrait-il pas qu'ils soient présentés dans deux variables séparées? Sans ces distinctions les statistiques risquent d'être inutilisables.

²⁴⁷ Doc., Ch., 2001-2002, n° 1483/4, p. 7.

²⁴⁸ M.B., 12 mars 2019, p. 25925.

En date du 6 février 2020, la Cour constitutionnelle a rendu un arrêt rejetant les recours, sous réserve d'interprétation de deux dispositions de la loi²⁴⁹.

Premièrement, la Cour rappelle que l'opportunité d'appliquer le régime des repentis, lorsque toutes les conditions légales sont remplies, ressort à la seule compétence du ministère public. Elle précise cependant que ce dernier doit respecter le principe d'égalité et de non-discrimination et ne peut décider arbitrairement quelles personnes entrent en considération pour bénéficier du régime des repentis (cons. B.7.3.). S'il ressort des travaux préparatoires que le contrôle de la condition de subsidiarité ne relève pas du contrôle des juridictions d'instruction et de jugement, «l'interdiction de l'arbitraire relève des garanties d'un État de droit» (cons. B.7.3.). Selon la Cour, il appartient dès lors «à la juridiction d'instruction ou à la juridiction de jugement compétente de vérifier si l'application du régime des repentis est nécessaire à la manifestation de la vérité et si l'égalité de traitement de toutes les personnes impliquées dans l'enquête a été respectée» (cons. B.7.3.). Dans cette mesure, la Cour considère que la loi offre suffisamment de garanties pour qu'un contrôle judiciaire effectif soit opéré sur le memorandum (cons. B.8.).

Deuxièmement, si la loi du 22 juillet 2018 n'a pas prévu de délai dans lequel il faut verser au dossier répressif la copie certifiée conforme du memorandum, la Cour souligne, d'une part, que l'on peut raisonnablement considérer que l'exemplaire du memorandum figure immédiatement dans le dossier répressif (cons. B.14.2.) et, d'autre part, que l'absence ou le dépôt tardif d'une copie certifiée conforme du memorandum au dossier répressif peut être sanctionné pour violation du droit à un procès équitable, constatée par la juridiction d'instruction ou de jugement compétente (cons. B.14.5).

La Cour ajoute que, dans la mesure où les personnes qui sont visées dans les déclarations du repentis conservent la possibilité de contester devant la juridiction d'instruction ou de jugement compétente la fiabilité des déclarations du repentis ainsi que le contenu et la crédibilité de ses dépositions, la Cour considère qu'il n'est pas porté atteinte de façon discriminatoire au droit à un procès équitable. Le juge peut toutefois considérer que la déposition n'est pas fiable et qu'elle ne peut être prise en considération dans l'appréciation de la preuve (cons. B.23.3.).

Enfin, étant donné que le repentis doit déposer ses déclarations entre la signature du memorandum et l'homologation de ce dernier, la Cour souligne que la juridiction d'instruction ou de jugement compétente n'homologue pas le memorandum si elle constate que le repentis n'a pas encore déposé de déclarations ou que les déclarations déposées ne sont pas liées à la promesse (cons. B.32.2.).

La Cour épingle au passage l'incohérence du législateur quant au champ d'application du nouveau dispositif, soulignant, d'une part, que malgré l'intitulé de la loi, les infractions énumérées ne relèvent pas de la défini-

²⁴⁹ Cour constitutionnelle, 16 février 2020, n° 16/2020, *Nieuw Juridisch Weekblad*, 2020, n° 423, p. 454 et note S. Careel, «Spijtoptantenregeling: incoherent, maar grondwetsconform».

tion stricte de la criminalité grave et organisée (cf. *supra*, 2.1.1) et, d'autre part, que certaines infractions, comme le faux en informatique, figurent sur la liste de l'article 90-ter, § 2, du Code d'instruction criminelle, tandis que d'autres, comme le faux en écriture, n'y apparaissent pas (cons. B.11.3).

2.10. Conclusion

Nous clôturons cette présentation de la loi du 22 juillet 2018 par une confrontation de la loi belge à quatre critères de légitimité régulièrement sources de critiques de ce type de dispositif de collaboration en justice: une telle collaboration est-elle morale?, respecte-t-elle le droit au silence?, est-elle fiable? et assure-t-elle l'égalité et la non-discrimination?

Moralité

Une première critique de la collaboration est liée à son caractère moralement condamnable. La dénonciation pourrait être considérée comme moralement condamnable en raison 1) des motivations intéressées sous-jacentes du dénonciateur (par exemple, la cupidité et la vengeance), 2) de son contenu mensonger, ou encore 3) de la violation d'un devoir de loyauté ou de solidarité (la trahison du tiers dénoncé)²⁵⁰.

Malgré son caractère immoral, la loi belge autorise la collaboration si elle est la seule méthode qui permette de sauvegarder des valeurs jugées plus importantes que celles qu'elle met à mal. Nous retrouvons ici les principes d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité qui sont formellement repris dans la loi (cf. *supra*, 2.1). Pour autoriser ou non la collaboration, il faut tenir compte de la nature de la menace pour les valeurs censées être protégées par la collaboration (cette menace est-elle actuelle et concrète?)²⁵¹. On peut donc plus facilement passer outre le caractère immoral de la collaboration pour les collaborations «préservatives» et «limitatives» que pour les collaborations «répressives» (cf. *supra*, 2.1.4). Il nous semble que la distinction entre ces trois types de collaboration n'est pas suffisamment présente dans la loi pour espérer qu'elle influence le travail des autorités policières et judiciaires.

Le législateur belge a choisi d'autoriser la collaboration pour une liste très large d'infractions, à savoir celles prévues à l'article 90-ter, § 2 à 4 du C.i.cr. Cette liste n'a pas été créée spécifiquement pour le dispositif de la collaboration mais est un emprunt lié aux situations dans lesquelles des écoutes téléphoniques sont autorisées (cf. *supra*, 2.1.1). Ces deux caractéristiques – une liste large et non spécifique – montrent que le champ d'application de la collaboration n'a pas été prioritairement influencé par une réflexion axée sur le caractère immoral de la collaboration et sur son éventuel dépassement en fonction de la sauvegarde de valeurs jugées plus importantes. Au contraire, ces deux caractéristiques montrent que les priorités sont du côté de la simplicité et de l'efficacité.

²⁵⁰ M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, op. cit., p. 432.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 565.

Pressions à collaborer

Dès qu'une loi autorise la collaboration, il y a une forme de pression à collaborer exercée sur les infracteurs en raison de la différence de traitement entre celui qui collabore et celui qui ne collabore pas. En effet, faire entendre à un infracteur que s'il collabore, il sera condamné à trois ans de prison, mais que s'il ne collabore pas, il pourrait être condamné à neuf ans de prison, crée inmanquablement une certaine pression dans le chef de l'infracteur: ce dernier pourra avoir le sentiment que les «six années supplémentaires» ne viennent pas sanctionner son comportement infractionnel mais bien son refus de collaborer²⁵². Un tel sentiment n'est d'ailleurs pas totalement dénué de fondement, puisque «de l'aveu même des magistrats (...), le fait qu'un prévenu nie les faits 'fait mauvaise impression' et peut les conduire à prononcer une peine plus sévère»²⁵³. Si cette tendance est difficilement décelable ou objectivable, elle risque de s'accroître lorsqu'une loi autorise la collaboration²⁵⁴.

Si une certaine pression est inévitable, elle ne serait néanmoins pas systématiquement illégitime. Lorsque la personne susceptible de collaborer a le statut de témoin, il n'y a pas en Belgique de véritable «droit au silence du témoin». Or, ce dernier pourrait avoir certains intérêts à se taire: le respect d'une solidarité et la crainte de représailles. D'une certaine manière, la loi belge tient compte de ces intérêts via l'article 30 du C.i.cr. qui impose à toute personne de dénoncer les crimes et les délits dont elle aurait connaissance, sans pour autant prévoir une sanction pénale si elle ne respecte pas cette obligation.

Lorsque la personne susceptible de collaborer risque de s'auto-incriminer, elle est alors protégée par un véritable droit au silence. Pour que les pressions exercées soient légitimes, il faudrait s'assurer que la renonciation à ce droit soit libre, éclairée et assortie de garanties²⁵⁵.

La renonciation au droit au silence n'est assurément pas libre lorsqu'une loi prévoit une sanction pénale spécifique pour pousser le candidat récalcitrant à renoncer à son droit au silence. À cet égard, il nous semble heureux que la loi belge ne prévoit pas une peine spécifique pour sanctionner le refus de coopérer d'un accusé. La loi belge respecte donc la jurisprudence de la CEDH en la matière²⁵⁶. Il nous semble tout aussi heureux que le législateur belge n'ait pas prévu de sanctionner pénalement le collaborateur qui se rétracte et décide finalement de ne pas faire de déclaration. En effet, dans cette hypothèse, la révocation de la promesse et l'application de la peine de substitution semblent suffire.

La renonciation au droit au silence n'est éclairée que si le collaborateur sait précisément ce qu'il va obtenir en collaborant. Il faudrait donc privilé-

²⁵² *Ibidem*, p. 454, 457 et 461.

²⁵³ K. Beyens, *Straffen als sociale praktijk*, Bruxelles, VUB Press, 2000, p. 390, cité par M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, *op. cit.*, p. 459.

²⁵⁴ M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, *op. cit.*, p. 459.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 464 à 466.

²⁵⁶ Voy. C.E.D.H., arrêt Brusco c. France du 14 octobre 2010.

gier les dispositifs dans lesquels les avantages du collaborateur sont irrévocables et certains.

Les décisions du ministère public belge sont à certains égards révoquables, puisqu'elles doivent obtenir l'accord des procureurs généraux et, pour certaines, l'homologation d'un juge ou l'accord du directeur général des Établissements pénitentiaires (cf. *supra*, 2.4.2). En outre, lors de la signature du mémorandum relatif à une promesse relative à l'action publique, il manque une information importante au collaborateur: le taux de la peine de substitution. Il faudrait enfin s'assurer que les avantages obtenus par le collaborateur ne soient pas réduits à néant par des poursuites exercées à l'étranger²⁵⁷. Pour bénéficier du principe *ne bis in idem*, il faudrait que le collaborateur ait été définitivement jugé en Belgique²⁵⁸. Il nous semble que l'exigence d'une homologation par un juge est de nature à rassurer quant à ce risque de poursuite à l'étranger.

Le résultat promis par le ministère public belge est parfois incertain. Lors d'une promesse relative à l'exécution de la peine, le collaborateur recevra un simple «avis» favorable qui ne préjuge pas de la décision finale (du Tribunal de l'application des peines). Ou alors il obtiendra une «décision» favorable, mais pour laquelle le ministère public n'est pas le seul acteur impliqué et dont la mise en œuvre risque d'être perturbée par le rôle joué (en amont) par ces autres acteurs (cf. *supra*, 2.2.2). Lors d'une promesse relative au lieu de détention, le directeur de prison pourrait décider de ne pas exécuter la promesse (et ce même après que les déclarations du collaborateur ont été faites) s'il estime que cette mise en œuvre contrevient à la discipline, l'ordre ou la sécurité au sein de la prison (cf. *supra*, 2.4.2.2).

La renonciation au droit au silence doit être entourée de certaines garanties. Ainsi, a-t-on estimé en doctrine que le collaborateur devrait être assisté d'un avocat²⁵⁹. Il est heureux que la loi belge ait prévu cette assistance (cf. *supra*, 2.4.2.2). De plus, le collaborateur ne devrait pas être «condamné sur la base de son seul aveu»²⁶⁰. La loi belge prévoit une exigence de corroboration pour sanctionner le tiers dénoncé mais pas pour sanctionner le collaborateur. Il nous semble que cette exigence de corroboration spécifique est particulièrement utile lorsque le collaborateur s'accuse volontairement à tort en raison des pressions du milieu criminel. En effet, dans les autres cas, les déclarations du collaborateur permettront plus facilement aux enquêteurs de trouver d'autres éléments de preuve. Enfin, le législateur belge prévoit que le collaborateur puisse bénéficier de mesures de protection pour éviter les représailles. Il s'est montré particulièrement attentif à cette question, en prévoyant très tôt dans la procédure l'avis de la commission de protection des témoins (cf. *supra*, 2.4.2.2).

Fiabilité

Il existe plusieurs raisons de se méfier de la fiabilité des déclarations faites par le collaborateur. Un bon témoin, disait F. Gorphé, est celui qui

²⁵⁷ M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, op. cit., p. 465, 466 et 570.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 465.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 466 et 570.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 467, 505 et 572.

n'est «pas intéressé, matériellement ou moralement, au procès»²⁶¹. Le collaborateur ne correspond pas à cette définition. Par ailleurs, même s'il ne cherche pas consciemment à faire des déclarations mensongères, il pourrait être influencé par «ce qu'il pense qu'on souhaite (...) lui entendre dire»²⁶². Croire que le candidat collaborateur ne va pas mentir car il n'a aucun intérêt à le faire (la menace existe d'une suppression de la réduction de peine, d'un retrait des mesures de protection...) paraît douteux, car cela suppose de croire qu'il pense être incapable d'induire la justice en erreur²⁶³. Cela étant, les problèmes de fiabilité des déclarations peuvent être réduits si le dispositif prévoit une série de garanties, telles que celles énoncées ci-dessous.

Une *garantie de transparence* voudrait que le juge (chargé de l'affaire du tiers dénoncé) et la défense (du tiers dénoncé) soient informés du statut de collaborateur du témoin, du contenu de l'accord et des conditions dans lesquelles le témoignage a été obtenu. La loi belge prévoit que le statut de collaborateur soit connu du juge et de la défense. Ces deux parties ont également connaissance du contenu de l'accord puisque le mémorandum est versé au dossier répressif du tiers dénoncé (cf. *supra*, 2.6). Une telle transparence peut éventuellement avoir des effets pervers en termes de sécurité pour le collaborateur (par exemple si le mémorandum précise l'établissement pénitentiaire promis à ce dernier) voire pour son avocat. On pourrait s'interroger sur la plus-value pour les droits de la défense de connaître la teneur exacte de la promesse (si ce n'est que cela permettra progressivement à un avocat de connaître, pour ses défenses futures, les marges de manœuvre dans les négociations avec le ministère public²⁶⁴). Pour assurer la transparence des conditions dans lesquelles le témoignage a été obtenu, M.-A. Beernaert propose, même si elle perçoit les failles de cette précaution, que «les premières déclarations d'un collaborateur (...) fassent toujours l'objet d'un enregistrement audiovisuel», et ce pour pouvoir vérifier que celui-ci «n'a pas été soumis à des pressions indues ni à des questions trop suggestives»²⁶⁵. La loi belge est muette sur ce dernier point.

La *garantie du contradictoire* semble rencontrée par la loi belge. En effet, le tiers dénoncé et son avocat semblent être en mesure de contester la fiabilité des déclarations du collaborateur puisqu'ils ont accès au mémorandum, mais surtout parce que la loi interdit toute forme d'anonymat (cf. *supra*, 2.3.1). Si les besoins de protection du collaborateur sont particulièrement élevés, une «audition à distance, au travers d'une connexion audiovisuelle»²⁶⁶ semble une solution équilibrée.

²⁶¹ F. GORPHÉ, *La critique du témoignage*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1927, p. 192, cité par M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, *op. cit.*, p. 471.

²⁶² M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, *op. cit.*, p. 472.

²⁶³ *Ibidem*, p. 474.

²⁶⁴ En ce qui concerne le tiers dénoncé lui-même, il nous semble que cette information sur la teneur précise de la promesse ne pourra que renforcer une envie de vengeance sans que cela ne puisse être compensé par un effet positif important sur l'exercice de ses droits de la défense.

²⁶⁵ M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs...*, *op. cit.*, p. 482 et 483.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 494.

Le principe de l'égalité des armes pourrait être interprété comme garantissant à la défense le pouvoir de contester la fiabilité des déclarations du collaborateur en disposant des mêmes armes que le ministère public. Concrètement, cela signifierait que la défense du tiers dénoncé devrait pouvoir «faire immuniser d'éventuels témoins à décharge»²⁶⁷. Cette idée, sans doute difficile à mettre en œuvre, n'est pas reprise dans la loi belge.

Une *garantie de corroboration* semble essentielle pour évaluer la fiabilité des déclarations. Cette garantie de corroboration, exigée par la jurisprudence de la CEDH, impose que la condamnation du tiers dénoncé ne puisse être prononcée sur le seul témoignage d'un collaborateur de justice (cf. *supra*, 1.2). La loi belge respecte cette garantie, en exigeant même que les déclarations soient corroborées dans une mesure déterminante par d'autres éléments de preuve de nature différente (cf. *supra*, 2.6). Cette garantie, même si elle limite le principe de l'intime conviction, paraît nécessaire.

Une *garantie de motivation spécifique* pourrait réduire les risques d'erreur judiciaire²⁶⁸. Il s'agirait de contraindre le juge de «préciser les raisons pour lesquelles il estime devoir accorder foi aux dires du collaborateur»²⁶⁹. Une telle motivation spécifique n'est pas prévue par la loi belge.

Égalité et non-discrimination

D'une part, il faut que le dispositif de collaboration respecte une égalité «externe»²⁷⁰. Cette première exigence concerne le champ d'application du dispositif de la collaboration; il faut justifier le fait que la collaboration soit autorisée pour certaines formes de criminalité et pas pour d'autres. Il nous semble important – et c'est le cas en Belgique – que ce travail de délimitation soit effectué par le législateur. Le législateur belge a choisi de prendre comme critère la gravité des faits en utilisant l'expression-choc des infractions «les plus déstabilisantes pour la société». Nous avons déjà eu l'occasion de souligner le caractère discutable de l'opérationnalisation de ce critère, dès lors que le législateur reprend la liste des infractions de l'article 90-ter, § 2 à 4 du C.i.cr. pour ce faire (cf. *supra*, 2.1.1). Mais, au-delà de cette critique, c'est le critère même de la gravité des faits qui pourrait être questionné. À cet égard, M.-A. Beernaert propose de manière convaincante le critère suivant: la collaboration ne devrait être possible que pour les contentieux «qui posent à la justice des difficultés particulières»²⁷¹. Si le législateur limite le champ d'application aux seules infractions pour lesquelles la justice pénale est impuissante sans une collaboration, on respecte assurément mieux les principes d'adéquation et de nécessité. Une telle limitation serait par ailleurs porteuse d'égalité puisqu'elle permettrait de réduire l'inégalité de départ entre les infracteurs qui peuvent devenir des tiers dénoncés (et qui sont peu punis car la justice est impuissante à leur égard) et ceux qui ne le peuvent pas (et qui sont plus régulièrement punis car la justice n'est pas impuissante

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 497.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 502.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 502.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 542.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 546.

à leur égard). Ce critère suppose des évaluations périodiques, car des modifications des outils (technologiques) et des pratiques (tant du côté des acteurs judiciaires que du côté des infracteurs) pourraient nécessiter la modification de la liste des contentieux pénaux dans lesquels la collaboration s'avère nécessaire.

D'autre part, il faut que le dispositif de collaboration respecte une égalité «interne»²⁷². Cette seconde exigence suppose que soit justifié le fait que les différents collaborateurs potentiels n'aient pas tous d'égales possibilités de collaborer utilement. Seuls les auteurs les plus rapides (car seuls ceux-ci peuvent faire des déclarations révélatrices) sont à même de collaborer utilement. Il nous semble que le critère de la rapidité ne doit pas être interprété de manière trop stricte: un second candidat devrait encore pouvoir entrer en ligne de compte pour collaborer et signer un mémorandum tant que le premier candidat n'a pas effectué les déclarations (prévues dans le premier mémorandum). Cette façon de procéder se justifierait d'autant plus si l'on reconnaît aux infracteurs un «droit de choisir de collaborer et celui, corrélatif, d'obtenir certains avantages en échange [d'une] collaboration»²⁷³. Cette dernière idée nous permet d'aborder l'inégalité potentielle entre les infracteurs lorsque le ministère public dispose d'une marge de manœuvre discrétionnaire dans le choix d'accepter ou non une éventuelle collaboration. Cette inégalité existe en Belgique.

3. *Jurisprudence actuelle*

Vu l'entrée en vigueur récente de la loi du 22 juillet 2018, aucune jurisprudence n'a encore été publiée et nous n'avons pas connaissance d'affaires en cours qui auraient fait application du dispositif de collaboration dans des dossiers de terrorisme.

Toutefois, le dispositif de collaboration semble être mobilisé dans des dossiers (en cours) concernant des faits de trafic de drogues, d'assassinat ou de criminalité organisée²⁷⁴. En outre, la loi du 22 juillet 2018 a connu un premier cas d'application, dans l'affaire, largement médiatisée et toujours en cours, du «Footgate». Suite à une vaste enquête concernant des faits de corruption dans le milieu du football belge, une instruction a été ouverte pour des faits de participation à une organisation criminelle, blanchiment et corruption privée. Dix-neuf personnes ont été inculpées dont neuf privées de liberté. L'un des principaux suspects, dont l'identité n'a pas été gardée secrète (Dejan Veljkovic), a été libéré suite à un accord conclu avec le parquet fédéral. Ce dernier peut ainsi revendiquer le titre de premier «collaborateur» en Belgique. Les autres inculpés ont également été libérés par la suite en cours d'instruction. Deux de ces inculpés ont introduit un recours devant la Cour constitutionnelle qui a rendu un arrêt en date du 6 février 2020 (voy *supra*, 2.9).

²⁷² *Ibidem*, p. 541 et 548.

²⁷³ *Ibidem*, p. 552.

²⁷⁴ Cette information a été fournie par un magistrat lors du Focus group du 23 octobre 2019.

4. *Conformité du droit belge au regard de l'article 16 de la directive 541/2017/UE*

La compatibilité de la loi belge avec l'article 16 de la directive (UE) 2017/541²⁷⁵ se pose quant à la promesse relative à l'action publique (4.1) et quant aux promesses relatives à l'exécution de la peine et au lieu de détention (4.2).

4.1. *Quant à la promesse relative à l'action publique*

L'article 16 de la directive envisage à la fois la collaboration interne («à identifier ou à traduire en justice *les autres auteurs de l'infraction*»)²⁷⁶ et la collaboration externe («à empêcher que *d'autres infractions* visées aux articles 3 à 12 et 14 ne soient commises»)²⁷⁷.

La directive n'autorise le recours aux circonstances atténuantes, pour les collaborations externes, que si le collaborateur et le tiers dénoncé sont impliqués tous les deux dans des activités terroristes (puisque les «autres infractions visées aux articles 3 à 12 et 14» sont bien toutes des infractions liées à une activité terroriste). La loi belge permet une collaboration dans un cas qui n'est pas repris à l'article 16 de la directive. En effet, une promesse relative à l'action publique est possible si le collaborateur est impliqué dans des activités terroristes et que le tiers dénoncé est impliqué dans infractions non liées au terrorisme, pour autant toutefois que les principes de pertinence, de subsidiarité, de proportionnalité et de pondération soient respectés. Il nous semble que l'exemple suivant illustre une situation où la loi belge autorise une circonstance atténuante alors que l'article 16 de la directive ne l'autoriserait pas: le collaborateur a reçu un entraînement au terrorisme et le tiers dénoncé a commis un assassinat (non lié à des activités terroristes).

4.2. *Quant aux promesses relatives à l'exécution de la peine et au lieu de détention*

La directive n'envisage comme récompense que des réductions de peine. Se pose donc la question de savoir si les promesses relatives à l'exécution de la peine ou au lieu de détention sont compatibles avec la directive, et en particulier avec l'article 15 qui exige des «sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives».

La promesse relative au lieu de détention ne pose pas de grandes difficultés. Un tel changement de lieu de détention ne compromet pas les caractères effectif, proportionné et dissuasif de la sanction pénale.

En ce qui concerne la promesse relative à l'exécution de la peine, nous avons vu que la loi belge prévoit d'une part l'émission d'un avis favorable à

²⁷⁵ Directive (UE) 2017/541 du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil.

²⁷⁶ Nous soulignons.

²⁷⁷ Nous soulignons.

une modalité d'exécution de la peine fixée prévue par la loi du 17 mai 2006 et d'autre part la prise d'une décision favorable dans le cadre de l'exécution de la peine (cf. *supra*, 2.2.2). Le premier type d'avantage ne nous semble pas problématique. D'une part, il ne s'agit que d'un avis et d'autre part, et plus fondamentalement, l'Union européenne a montré à de nombreuses reprises²⁷⁸ qu'elle promeut les modalités alternatives d'exécution de la peine privative de liberté et ne les considère donc pas comme remettant en cause les exigences d'effectivité, de proportionnalité et de dissuasion des sanctions pénales. Le second type d'avantage nous semble potentiellement problématique si, comme l'indiquent les travaux préparatoires, la décision favorable consiste à «ne pas procéder à l'exécution d'une peine ou surseoir à l'exécution de la peine moyennant le respect de conditions»²⁷⁹. En effet, dans ce cas, les caractères effectif, proportionné et dissuasif de la sanction pénale sont compromis.

Conclusion générale

La Belgique ne connaît un véritable «droit des repentis» que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 22 juillet 2018. Avant cette loi, une récompense pénale pour collaboration n'était prévue que pour quelques infractions spécifiques (dont les infractions liées aux drogues), et ce par le mécanisme de la cause d'excuse, permettant de diminuer ou de supprimer la peine applicable. Ce mécanisme de la cause d'excuse n'est guère mobilisé en pratique, pour les raisons exposées dans le rapport.

La loi du 22 juillet 2018 ne fut pas le premier essai du législateur belge d'introduire un mécanisme plus généralisé de récompenses pour les collaborateurs de justice. Depuis les années 1990, les projets de loi se sont multipliés. Pour justifier leurs propositions, les promoteurs des projets (prioritairement issus du Nord du pays) ont pointé les lacunes du système belge pour résoudre les tristement célèbres «tueries du Brabant Wallon» (1982-1985) et de manière plus générale, les besoins des acteurs du système pénal en matière de lutte contre la criminalité organisée, le grand banditisme et le terrorisme.

Le législateur de 2018 n'a pas limité le champ d'application du mécanisme de la collaboration à ces contentieux. En effet, le champ d'application des infractions qui peuvent être dénoncées est très large puisqu'il s'agit de toutes les infractions prévues à l'article 90-ter du C.i.cr. Deux principes sont prioritairement censés tempérer l'amplitude d'un tel champ d'application: d'une part, le principe de subsidiarité ne permet le recours à la collaboration que si les nécessités de l'enquête l'exigent et si les autres moyens d'investigation ne semblent pas suffire; d'autre part, le principe de proportionnalité n'autorise pas la collaboration si la gravité de l'infraction commise par le dénonciateur est supérieure à la gravité de l'infraction dénoncée. Un tel champ d'application permet de questionner la compatibilité de la loi belge avec l'article 16 de la directive 541/2017/EU. En effet, la loi belge autorise une ré-

²⁷⁸ Voy. par exemple les décisions-cadres 2008/909/JAI, 2008/947/JAI et 2009/829/JAI.

duction de la peine lorsque le collaborateur est impliqué dans des activités terroristes et que le tiers dénoncé est impliqué dans des infractions non liées au terrorisme, alors que la directive semble exclure l'admission de circonstances atténuantes dans ce cas de figure.

La loi du 22 juillet 2018 autorise le parquet à promettre trois types d'avantages. Premièrement, le collaborateur peut obtenir une réduction de la peine. Cette réduction de la peine doit être homologuée par un juge. L'importance de la réduction dépend de la gravité des faits commis par le collaborateur, de la gravité des faits dénoncés et de la gravité des conséquences possibles des faits dénoncés. Il faut noter que le législateur a prévu des règles moins avantageuses pour le collaborateur «terroriste». Deuxièmement, le collaborateur peut obtenir un avis ou une décision favorable dans le cadre de l'exécution de la peine. Les acteurs de terrain consultés ont fortement critiqué la loi à cet égard. Celle-ci devrait être modifiée pour que ce type de récompense ait un véritable attrait pour les candidats collaborateurs. Troisièmement, le collaborateur peut obtenir un placement ou un transfèrement pour exécuter sa peine privative de liberté dans la prison qu'il souhaite.

Pour pouvoir bénéficier de ces avantages pénaux, le collaborateur doit respecter certaines obligations. La principale obligation est évidemment de procéder aux déclarations auxquelles il s'est engagé, déclarations qu'il ne peut en aucun cas faire anonymement. Le collaborateur doit également indemniser le dommage lié à sa propre infraction et ne plus commettre une autre infraction d'une certaine gravité. Si le collaborateur ne respecte pas l'une de ses obligations, l'accord sera révoqué et, si la promesse portait sur la réduction de la peine, la peine de substitution sera mise à exécution.

Les déclarations faites par le collaborateur peuvent bien évidemment avoir des conséquences importantes pour les conditions de vie du tiers dénoncé et pour celles du collaborateur lui-même (et de sa famille). Pour le tiers dénoncé, il est prévu que les déclarations du collaborateur ne peuvent être prises en compte comme preuve que si elles sont corroborées dans une mesure déterminante par d'autres éléments de preuve. Pour assurer les droits de la défense du tiers dénoncé, l'avocat de celui-ci sera informé du statut de collaborateur du témoin à charge (qui pour rappel, ne pourra pas bénéficier de l'anonymat) et pourra contester la fiabilité du témoignage. Pour éviter des mesures de représailles, le collaborateur et sa famille pourront, si cela est jugé nécessaire, bénéficier de mesures de protection.

La loi du 22 juillet 2018, validée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 6 février 2020, est fort récente, ce qui fait qu'il n'y a pas encore de jurisprudence liée à des infractions terroristes. Les acteurs de terrain interrogés ont également affirmé qu'aucun mécanisme de collaboration n'est actuellement envisagé dans un dossier «terrorisme».

²⁷⁹ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 3016/1, p. 53.