

défense de la société Union Invivo lorsqu'elle affirme qu'elle était, à l'époque des auditions, *accusée* alors que, comme l'a écrit le premier juge, elle n'était que « potentiellement soupçonnée de s'être livrée à des infractions ».

56. Les membres du personnel de la société Union Invivo, non poursuivis, ont été interrogés en France conformément au droit français.

Ils ont, en leur qualité de témoins, prêté serment mais, au contraire de dirigeants et cadres de la société, n'ont pas été placés en garde à vue.

Leur situation est donc différente de celle de ces derniers.

À suivre la défense de la société Union Invivo, le droit au silence et le droit de ne pas s'accuser serait à ce point extensible que devrait être immédiatement écarté du dossier tout témoignage recueilli régulièrement sous serment d'une personne physique travaillant pour le compte d'une entreprise, dès lors que ledit témoignage contiendrait le moindre élément potentiellement à charge de cette entreprise, quand bien même, comme en l'espèce, celle-ci n'était, à ce moment ni suspectée ni inculpée mais uniquement soupçonnée, ce qui ressort du texte des commissions rogatoires exécutées en France.

Une telle interprétation ne peut être suivie.

57. La société Union Invivo ainsi que ses dirigeants ou anciens dirigeants poursuivis ont pu, par ailleurs, tant devant le premier juge que devant la cour contredire le contenu de ces témoignages dont la cour appréciera la crédibilité à l'aune de l'ensemble des éléments portés à sa connaissance. (...)

La suite sans intérêt.

Siég. : MM. **Maes, De Grève et Van der Noot.** Greffier : Mme **Haesevoets.**

M.P. : M. **Thoreau.**

Plaid. : M^{es} **J. Waldron, Y. Goutal, E. Corazza, M. Hirsch, A. Lemaire, K. Merten Lentz, B. Lemal, A. Risopoulos, A. Verheylesonne, P. Vanderveeren, Q. Wauters, J.-F. Terlinden, V. Asselineau, O. Metzner (†), A. Andine, I. Bollingh, J. Verbist, R. Tournicourt, F. Lettany, J. Scheers et S. Claeys.**

J.L.M.B. 14/82

Observations

Les éléments de preuves recueillis à l'étranger : essai de synthèse

Introduction

À l'heure où l'on constate une internationalisation grandissante de la société, l'application transfrontalière du droit pénal est devenue une réalité¹. Touchant notamment à l'administration de la preuve, ce phénomène implique que les juridictions répressives sont de plus en plus souvent confrontées à des éléments de preuve recueillis à l'étranger.

L'origine des preuves provenant de l'étranger sont aussi diverses que variées. Pensons, par exemple, aux éléments probatoires obtenus à la suite d'une demande d'entraide judiciaire, aux preuves issues d'une enquête pénale menée dans un pays

¹ S. BERNEMAN, « L'admissibilité de la preuve dans le système continental : le modèle belge », *Rev. dr. pén.*, 2007, p. 317.

tiers ou encore aux preuves recueillies à l'étranger par les autorités nationales dans le cadre de leurs interventions transfrontalières².

L'examen concret de la régularité de ces éléments probatoires soumis au juge national mérite que l'on s'y attarde.

En effet, les traités d'entraide ne prévoient généralement pas la manière dont ces preuves étrangères doivent être contrôlées et, le cas échéant, sanctionnées. Aussi, ce sont la jurisprudence et le législateur nationaux qui se sont efforcés, au fil du temps, de poser des critères clairs en la matière³.

L'arrêt commenté se situe dans la droite ligne de cette problématique et nous donne l'occasion de rappeler les quelques règles qui encadrent l'accueil de la preuve en provenance de l'étranger. Après un bref résumé des faits de la cause, et avant d'envisager la question de la preuve recueillie à l'étranger à proprement parler, nous ferons un rapide détour par les principes qui régissent la preuve récoltée en Belgique.

1. Les faits

Un juge d'instruction belge adressait, dans le courant de l'année 2003, trois commissions rogatoires aux autorités judiciaires françaises afin que celles-ci procèdent à des perquisitions et à l'audition de plusieurs personnes, dont cinq dirigeants d'un groupe coopératif agricole français, en vue d'identifier celles d'entre elles qui pourraient être les destinataires de documents émanant de la Commission européenne susceptibles d'être couverts par le secret professionnel.

À l'époque des faits, la loi pénale française mettait trois statuts à la disposition du juge d'instruction : celui de « mis en examen », celui de « témoin assisté » et celui de « témoin ». Le premier visait les personnes à l'encontre desquelles il existait des indices graves ou concordants rendant vraisemblables qu'elles aient pu participer, comme auteur, coauteur ou complice, à la commission d'une infraction. Le second concernait les personnes visées par un réquisitoire du parquet et celles nommément visées dans une plainte ou simplement mises en cause par la victime. Le troisième, quant à lui, avait une vocation résiduaire.

Pour mettre ces trois commissions rogatoires internationales à exécution, les cinq dirigeants furent placés en garde à vue et entendus sous serment en qualité de simples témoins. La défense arguait que l'obligation de prêter serment faite à une personne gardée à vue et entendue en qualité de témoin méconnaissait le droit de cette dernière de garder le silence. Partant, l'utilisation par le juge belge de ces auditions litigieuses recueillies en France violait, de son point de vue, le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Après avoir constaté qu'il ressortait clairement des commissions rogatoires internationales qu'à ce stade de l'enquête, seuls des soupçons (et non des indices de culpabilité) pesaient sur les dirigeants, la cour d'appel de Bruxelles conclut que leur placement en garde à vue et leur audition sous serment étaient conformes au droit français de l'époque. Dès lors que les auditions sous serment ont eu lieu conformément aux règles de procédure françaises, restait donc à la cour à vérifier si leur utilisation, dans le cadre de la procédure pénale belge, était compatible ou non avec le droit à un procès équitable. Après avoir procédé à l'examen de la cause dans son ensemble, la cour a finalement avalisé l'exécution des commissions rogatoires inter-

² D. VAN DAELE, B. VANGEEBERGEN, *Criminalité et répression pénale dans l'Euregio Meuse-Rhin*, Anthemis, Intersentia, 2009, p. 897.

³ *Ibid.*

nationales en faisant fi, à notre estime, des enseignements de la Cour européenne des droits de l'homme.

II. La validité des preuves en général

Traditionnellement, la validité d'une preuve est subordonnée à quatre conditions cumulatives⁴. La preuve doit ainsi :

1. posséder une valeur démonstrative (principe de rationalité), c'est-à-dire être capable de fonder rationnellement une conviction⁵,
2. avoir été soumise à un débat contradictoire (principe du contradictoire),
3. ne pas avoir été obtenue illégalement (principe de légalité), c'est-à-dire par un acte expressément interdit par la loi ou inconciliable avec les principes généraux du droit ou les règles substantielles de la procédure pénale,
4. avoir été recueillie de manière loyale (principe de loyauté).

Si ces règles ne paraissent souffrir aucune discussion, le principe de légalité s'est pourtant considérablement émoussé face à l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation. Examinons cela d'un peu plus près...

III. Le contrôle des preuves en général

A. Principes

Le législateur s'est abstenu, pendant longtemps, de se doter d'une théorie des nullités. En dehors des rares cas où la méconnaissance de la loi est légalement frappée de nullité, la sanction à réserver à une preuve recueillie de manière illégale ou irrégulière a été déterminée au fil du temps par la jurisprudence⁶. La règle de l'exclusion – selon laquelle le juge pénal ne peut en aucun cas fonder une condamnation sur une preuve obtenue illégalement – a été rapidement posée et a perduré pendant plusieurs dizaines d'années⁷. Ce principe a, toutefois, connu plusieurs assouplissements à partir des années nonante avant d'être littéralement renversé, en 2003, par le désormais célèbre arrêt *Antigone* de la Cour de cassation. Le législateur avalisera finalement, par la loi du 24 octobre 2013, la position adoptée par la Haute Cour. Cette loi peut être considérée comme fixant les prémices d'une théorie des nullités. Passons rapidement en revue ces différentes étapes.

Dans un premier temps, la Cour de cassation a retenu que l'illégalité commise par un particulier dans l'obtention de la preuve ne rend pas celle-ci irrecevable si l'acte illicite n'a été le fait ni des enquêteurs ni du dénonciateur mais d'un tiers, et s'il n'a pas été commis dans le but de dénoncer les faits à la justice⁸.

⁴ Ch. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, 4^e édition, Larcier, 2011, p. 64.

⁵ J. DE CODT, « Preuve pénale et nullités », *Rev. dr. pén.*, 2009, pp. 636-638.

⁶ Fr. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *J.T.*, 2005, p. 349.

⁷ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 6^e édition, La Charte, 2010, p. 1005.

⁸ M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », note sous Cass., 2 mars 2005, *cette revue*, 2005, pp. 1096-1907. Voy. notamment Cass, 17 janvier 1990, *Rev. dr. pén.*, 1990, p. 653 ; *R.W.*, 1990-1991, p. 463, et note L. HUYBRECHTS : « Attendu que du seul fait qu'un document a été frauduleusement soustrait à son propriétaire, il ne se déduit pas nécessairement que sa production en justice soit illégale ; Attendu qu'après avoir relevé les circonstances dans lesquelles le carnet contenant la comptabilité tenue "en noir" est parvenu aux autorités judiciaires, l'arrêt constate que les enquêteurs et le dénonciateur n'ont commis aucun acte illicite pour obtenir ce document et qu'il n'existe aucun lien entre le vol du carnet litigieux et sa remise entre les mains des enquêteurs ; Que, de ces constatations, la cour d'appel a pu déduire sans violer les droits de la défense ni les dispositions légales visées au moyen que l'action publique exercée contre le demandeur était recevable. Il ne peut être déduit du simple fait que des documents aient été soustraits frauduleusement à leur propriétaire

Elle poursuit en ajoutant que les cours et tribunaux doivent accueillir la preuve obtenue à la suite d'un acte illégal ou irrégulier lorsque le particulier, par l'intermédiaire de qui elle est parvenue aux enquêteurs, est lui-même étranger à tout acte illicite ou est entré par hasard en sa possession sans avoir commis lui-même une infraction ou tout autre acte illégal.

Dans un deuxième temps, la Haute Cour va énoncer que « la preuve d'une infraction diffère de la communication d'un délit ». Elle va en déduire qu'« en cas de communication d'un délit, il appartient au ministère public compétent d'apprécier la suite qu'il y a lieu d'y réserver et s'il paraît possible d'en recueillir une preuve régulière » et que « la circonstance que le dénonciateur d'une infraction en a eu connaissance en raison d'une illégalité n'affecte pas la régularité de la preuve, qui a été obtenue ultérieurement sans aucune illégalité »⁹. Entendons-nous, il ne s'agit pas d'absoudre la commission d'un délit ou la violation d'une règle essentielle de droit lors de l'administration de la preuve mais il s'impose de refuser d'invalider la constatation du délit lorsqu'elle est le fruit d'une procédure vierge de toute interaction avec les circonstances qui ont pu entourer la dénonciation originaire¹⁰.

Dans un troisième temps, une étape supplémentaire a été franchie dès lors que la Cour de cassation a radicalement tempéré le principe de l'impossibilité pour le juge du fond de prendre en considération une preuve irrégulière.

Elle a en effet considéré, pour la première fois dans son arrêt *Antigone* du 14 octobre 2003¹¹, qu'« aucune disposition légale n'interdit de manière absolue l'usage d'une preuve dérivée de manière directe ou indirecte d'une irrégularité ou d'une illégalité quelconque ... Une telle preuve ne doit donc être écartée, outre le cas de la violation d'une forme prescrite à peine de nullité, que lorsque son obtention est entachée d'un vice de nature à lui ôter sa fiabilité ou à compromettre le droit à un procès équitable »¹².

Il s'ensuit que le juge qui décide de tenir pour illégale ou irrégulière une preuve en se dispensant d'examiner si l'illégalité ou l'irrégularité qu'il lui prête compromet le

que leur production en justice est illégale. En l'espèce, les enquêteurs sont entrés en possession des documents à la suite de perquisitions régulières et il n'existe aucun lien entre le vol et la remise des documents aux enquêteurs » ; Cass., 17 avril 1991, *Rev. dr. pén.*, 1992, p. 94, note Ch. DE VALKENEER.

⁹ Cass., 30 mai 1995, *Pas.*, 1995, p. 565.

¹⁰ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 4^e édition, Larcier, 2012, p. 1153.

¹¹ Cass., 14 octobre 2003, *R.W.*, 2003-2004, p. 814, conclusions M. DE SWAEF ; *Rev. dr. pén.*, 2004, p. 617. Pour des commentaires de cet arrêt, voy. Fr. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, pp. 408-438 ; F. SCHUERMANS, « Ook de onrechtmatige voertuigzoeking kan dienen als geldig bewijs : het cassatiearrest van 14 oktober 2003 », *Vigiles*, 2004, pp. 16-27 ; F. SCHUERMANS, « De nieuwe cassatierechtspraak inzake sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs : doorbraak of bres ? », *R.A.B.G.*, 2004, pp. 337-357 ; Ph. TRAEEST, « Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs : het Hof van Cassatie zet de bakens uit », *T. Strafr.*, 2004, pp. 133-143 ; F. SCHUERMANS, « La fouille irrégulière d'un véhicule peut également servir de preuve valable : l'arrêt de cassation du 14 octobre 2003 », *Vigiles*, 2004, pp. 16-26 ; A.-M. VAN WOENSEL, « Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal », *T. Strafr.*, dossier 1/2004, p. 25 ; S. BERNEMAN, « Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal : een inleiding tot het *Antigone*-arrest van 14 oktober 2003 », *T. Strafr.*, 2004, pp. 2-39 ; D. DE WOLF, « Nieuwe wending in de rechtspraak betreffende de sanctie bij onrechtmatig verkregen bewijs : het cassatiearrest van 14 oktober 2003 », *R.W.*, 2004, pp. 1235-1239 ; E. BREWAEYS, « Niet elke onregelmatigheid leidt tot verwerping bewijs », *Juristenkrant*, 2003, n° 79, pp. 1 et 4 ; C. DE ROY, S. VANDROMME, *Bijzondere opsporingsmethoden en aanverwante onderzoeksmethoden*, Intersentia, 2004, pp. 77-79.

¹² Voy., par exemple, Cass., 12 octobre 2005, *J.T.*, 2006, p. 109 ; *cette revue*, 2006, p. 585 ; voy. aussi M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », note sous Cass., 2 mars 2005, *cette revue*, 2005, pp. 1098-1102 ; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 4^e édition, Larcier, 2012, p. 1155, et les nombreuses références citées ; A. MASSET, « Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale : huit ans d'appréciation du test *Antigone* », *Bewijs in strafzaken – La preuve en droit pénal*, Coll. Les Dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, n° 18, 2011, pp. 1-36.

droit à un procès équitable ou entache la fiabilité de la preuve ne justifie pas légalement sa décision¹³.

Si la Cour de cassation rejette le principe de l'exclusion automatique de toute preuve irrégulière, elle encadre toutefois le pouvoir d'appréciation qui revient au juge du fond¹⁴. Ainsi, comme on l'a déjà partiellement vu, doit être exclue des débats :

1. la preuve obtenue en méconnaissance de conditions de forme prescrites à peine de nullité,
2. la preuve dont l'obtention est entachée d'un vice de nature à lui ôter sa fiabilité,
3. la preuve obtenue en violation du droit à un procès équitable,
4. la preuve récoltée en violation de l'organisation des cours et tribunaux au point de vue de la répartition de leurs attributions respectives¹⁵.

Ce quatrième critère a été dégagé par la Cour de cassation dans son arrêt du 24 avril 2013. Cette décision mérite que l'on s'y attarde un instant. En 2008, l'auditeur du travail de Bruxelles était à la tête d'une information judiciaire confiée à des inspecteurs sociaux. Faisant application de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection sociale, alors en vigueur, il sollicita du juge de police qu'il autorise ces inspecteurs à visiter les locaux d'un hôtel utilisé à titre privé, afin d'y rechercher des infractions à la loi du 16 novembre 1972 mais aussi des infractions de traite et de trafic des êtres humains visées à l'article 81 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Prenant appui sur cette dernière disposition, laquelle prévoit que la recherche des infractions de traite et de trafic des êtres humains est réalisée conformément aux règles du Code d'instruction criminelle, les requérants invoquaient l'irrecevabilité des constatations opérées au motif que seul un juge d'instruction était habilité à autoriser l'accès aux lieux en délivrant un mandat de perquisition. La Haute Cour leur donna gain de cause estimant que « De ce que la recherche des infractions en matière de traite des êtres humains ressortit à la mission des inspecteurs sociaux, il ne résulte pas que le juge de police puisse, pour ces infractions également, délivrer à la place du juge d'instruction une autorisation de visite ». Elle en conclut à l'irrecevabilité de l'ensemble des preuves récoltées, en ce compris celles relatives aux infractions de droit pénal social, semblant de la sorte s'écarter de sa jurisprudence antérieure qui aurait vraisemblablement tenu pour légales les constatations relatives aux infractions à la loi du 16 novembre 1972¹⁶. La Cour ajouta que « Substantielle, touchant à l'organisation des cours et tribunaux au point de vue de la répartition de leurs attributions respectives, (cette) irrégularité n'est pas de celles que le juge pourrait refuser de sanctionner au motif qu'aucun texte ne commine la nullité, que la preuve reste fiable ou que son utilisation ne compromet pas le caractère équitable du procès ». Comme le souleva pertinemment l'avocat général, D. Vandermeersch, l'application de cette doctrine conduit à une situation paradoxale puisqu'« une visite domiciliaire illégale parce que réalisée par des inspecteurs sociaux sans le mandat ou l'autorisation d'un juge, pourrait être "sauvée" par la juris-

¹³ Sur l'application de cette théorie en matière civile, voy. Th. PAPART, N. SIMAR, B. DEVOS, L. PAPART, « La fraude en expertise... (Antigone, muse du juge) », *R.G.A.R.*, 2012, n° 14.875.

¹⁴ J. DE CODT, « Des précautions à prendre par la loi pour que le citoyen coupable ne soit frappé que par elle », *J.T.*, 2008, pp. 650-654.

¹⁵ Cass., 24 avril 2013, *J.T.*, 2013, p. 416, conclusions D. VANDERMEERSCH, note L. KENNES ; *R.A.B.G.*, 2013, p. 1013, conclusions D. VANDERMEERSCH, note V. VEREECKE ; *Rev. dr. pén.*, 2013, p. 998, conclusions D. VANDERMEERSCH, note Ch. DE VALKENEER.

¹⁶ Cass., 24 avril 2013, *J.T.*, 2013, conclusions D. VANDERMEERSCH, note Ch. DE VALKENEER, pp. 1013-1014.

prudence dite "Antigoon" tandis qu'une perquisition ordonnée ou autorisée par un juge, mais irrégulière parce que ce juge s'avérerait incompétent, serait irrémédiablement inadmissible »¹⁷.

Au fil de ses arrêts, la Cour de cassation va énumérer plusieurs « critères indicatifs » sur lesquels le juge peut s'appuyer pour examiner, dans la limite du test *Antigone*, la recevabilité des preuves irrégulières¹⁸. Au rang de ceux-ci, elle épingle :

- le caractère intentionnel ou non de l'illicéité commise par les autorités chargées de l'enquête, de la recherche et de la poursuite des infractions¹⁹,
- la proportionnalité entre l'illicéité commise et l'infraction faisant l'objet des poursuites, et plus précisément le fait que la gravité de l'infraction dépasse largement l'illicéité commise²⁰,
- le fait que la preuve obtenue de manière illicite ne concerne qu'un élément matériel constitutif de l'infraction²¹,
- le fait que l'irrégularité a un caractère purement formel²²,
- la circonstance que l'irrégularité est sans incidence sur le droit ou la liberté protégé par la norme transgressée²³.

Précisons encore que la jurisprudence « *Antigone* » n'est pas applicable lorsque la preuve est spécialement réglementée par la loi. Dans pareille hypothèse, le juge ne peut en effet accorder de valeur probante légale à la preuve qui aurait été récoltée en violation des dispositions qui la régissent spécifiquement et qui visent à en garantir la qualité intrinsèque²⁴. Cette idée a notamment été parfaitement illustrée par la Cour de cassation, dans son arrêt du 27 novembre 2008, qui dispose que « Les circonstances que la formalité omise n'est pas prescrite à peine de nullité ou que l'irrégularité ne compromet ni la fiabilité de la démonstration ni le droit à un procès équitable n'autorisent pas le juge à conférer une valeur probante légale à une preuve rapportée en violation des dispositions qui la régissent spécialement et en garantissent la qualité intrinsèque »²⁵.

Par ailleurs, il conviendra de se garder d'opérer une confusion entre l'appréciation de la validité de la preuve et la preuve qui aurait été recueillie de manière déloyale. La cour d'appel de Bruxelles a eu l'occasion de rappeler, à ce sujet, que l'action publique est irrecevable si un juge d'instruction a couvert délibérément des irrégularités et a fondé son instruction essentiellement sur celles-ci, faillant de la sorte gravement « à l'obligation fondamentale qui est la sienne aux termes de l'article 56,

¹⁷ Cass., 24 avril 2013, *Rev. dr. pén.*, 2013, conclusions D. VANDERMEERSCH, note Ch. DE VALKENEEER, p. 1005.

¹⁸ Voy. F. SCHUERMANS, « De Antigoonleer inzake onrechtmatig verkregen bewijs en de door de politie opzettelijk begane onrechtmatigheden of misdrijven », note sous Cass., 31 octobre 2006, *T. Straf.*, 2007, pp. 53 et s.

¹⁹ Voy. Cass., 23 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 500 ; Cass., 12 octobre 2005, *Rev. dr. pén.*, 2006, p. 211 ; Cass., 8 novembre 2005, *Rev. dr. pén.*, 2006, p. 672 ; Cass., 31 octobre 2006, P.06.1016.N ; Cass., 21 novembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 581 ; Cass., 4 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 613 ; *R.W.*, 2008-2009, p. 110, note B. DE SMET.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² Cass., 12 octobre 2005, *Rev. dr. pén.*, 2006, p. 211.

²³ Voy. Cass., 2 mars 2005, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 668 ; Cass., 12 octobre 2005, *Rev. dr. pén.*, 2006, p. 211.

²⁴ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 6^e édition, 2010, p. 1020.

²⁵ Cass., 27 novembre 2008, *J.T.*, 2008, p. 741 ; J. DE CODT, « Preuve pénale et nullités », *Rev. dr. pén.*, 2009, p. 640 ; L. KENNES, « La question des compétences réservées au juge d'instruction échappe au contrôle *Antigone* », obs. sous Cass., 24 avril 2013, *J.T.*, 2013, p. 420.

paragraphe 1^{er}, du Code d'instruction criminelle de veiller à la légalité des moyens de preuve ainsi qu'à la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés »²⁶.

B. L'approche de la Cour constitutionnelle

Statuant à propos d'une question préjudicielle faisant état d'éléments de preuve obtenus en méconnaissance de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour constitutionnelle, s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour strasbourgeoise²⁷, retient que la circonstance qu'une preuve obtenue en méconnaissance d'une disposition légale visant à garantir le droit au respect de la vie privée n'est pas automatiquement nulle et ne viole pas en soi le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁸. En ce qui concerne l'article 22 de la Constitution²⁹, la Cour observe que cet article, qui garantit également le droit au respect de la vie privée, ne comporte pas plus que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme une règle explicite relative à l'admissibilité de la preuve obtenue en méconnaissance du droit garanti par celle-ci. Sans, dès lors, devoir examiner les circonstances de la cause, la Cour constitutionnelle énonce qu'il suffit de constater que l'article 22 de la Constitution n'exige pas en soi qu'une preuve obtenue en méconnaissance du droit qu'il garantit doive être considérée comme nulle en toutes circonstances.

La Cour en arrive à la même conclusion au regard de l'article 12 de la Constitution à propos duquel elle constate qu'il ne peut être déduit de la règle contenue dans le deuxième alinéa de cette disposition un droit à la nullité automatique de la preuve qui aurait été obtenue illicitement³⁰.

Dans un second arrêt prononcé le 27 juillet 2011, la Cour constitutionnelle a réitéré cette jurisprudence tout en rappelant que les dispositions en cause – à savoir les articles 12 et 22 de la Constitution et les articles 6.1. et 8 de la Convention – n'empêchent pas le juge de ne pas prendre en compte la preuve obtenue en méconnaissance de ces dispositions si l'irrégularité commise devait affecter la fiabilité de la preuve ou si l'utilisation de la preuve devait conduire à une violation du droit de l'intéressé à un procès équitable garanti par l'article 6.1. de la Convention européenne des droits de l'homme³¹.

La jurisprudence *Antigone* est, dès lors, avalisée par la Cour constitutionnelle.

²⁶ Bruxelles, *M.P. c. D.C et consorts*, 21 octobre 2013, n° 1173, qui a fait l'objet d'un pourvoi en cassation du ministère public, actuellement pendante devant la Cour. Dans le même sens, Cass., 31 mai 2011, *J.T.*, 2011, p. 583, conclusions J. GENICOT et note M.-A. BEERNAERT, *cette revue*, 2011, p. 1524, note A. DE NAUW, *Pas.*, 2011, p. 1571, conclusions J. GENICOT, *T.F.R.*, 2011, p. 973.

²⁷ La Cour constitutionnelle cite Cour eur. D.H., *Khan c. Royaume-Uni*, 12 mai 2000, paragraphes 34-35 ; Cour eur. D.H., *P.G et J.H. c. Royaume-Uni*, 25 septembre 2001, paragraphes 76-77 ; Cour eur. D.H., *Allan c. Royaume-Uni*, 5 novembre 2002, paragraphes 42-43 ; Cour eur. D.H., *Heglas c. République tchèque*, 1^{er} mars 2007, paragraphes 85-86 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), *Bykov c. Russie*, 10 mars 2009, paragraphes 89-90 ; Cour eur. D.H., *Lee Davies c. Belgique*, 28 juillet 2009, paragraphes 41-42.

²⁸ C.C., arrêt n° 158/2010 du 22 décembre 2010, *cette revue*, 2011, p. 298 ; *R.A.B.G.*, 2011, p. 563, et note F. SCHUERMANS, *R.W.*, 2010-2011, p. 895.

²⁹ La Cour constitutionnelle observe à propos de l'article 22 de la Constitution qu'il ressort des travaux préparatoires de cet article que le Constituant a cherché la plus grande concordance possible « avec l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (C.E.D.H.), afin d'éviter toute contestation sur le contenu respectif de l'article de la Constitution et de l'article 8 de la [Convention] » (*Doc. parl.*, Ch. repr., 1992-1993, n° 997/5, p. 2).

³⁰ Qui, pour rappel, prévoit que nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit.

³¹ C.C., 27 juillet 2011, n° 139/2011, *N.C.*, 2011, p. 365, note H. BERKMOES.

C. L'approche de la Cour européenne des droits de l'homme

Nous ne pourrions clore ce sujet sans mentionner l'arrêt *Lee Davies c. Belgique* prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme le 28 juillet 2009 et cité par la Cour constitutionnelle dans les arrêts que nous venons brièvement d'exposer³². Dans le cadre de ce recours, le requérant se prévalait expressément de la violation de l'équité du procès et de l'article 8 de la Convention. En synthèse, la Cour européenne des droits de l'homme rappela que si l'article 6 garantit le droit à un procès équitable, il ne régleme pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telles, matière qui relève au premier chef du droit interne. Elle insista également sur le fait qu'il ne lui appartient pas, en particulier, de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si et dans la mesure où celles-ci pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention.

Il s'ensuit que la Cour n'a pas à se prononcer, par principe, sur l'admissibilité de certaines catégories d'éléments de preuve, par exemple des éléments obtenus de manière illégale au regard du droit interne, ou encore sur la culpabilité du requérant. Elle doit, en revanche, examiner si la procédure, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, a été équitable dans son ensemble, ce qui implique l'examen de l'« illégalité » en question et, dans le cas où se trouve en cause la violation d'un autre droit protégé par la Convention, de la nature de cette violation.

Conformément à une jurisprudence de plus en plus arrêtée³³, la Cour rappela que pour déterminer si la procédure a été équitable dans son ensemble, il faut aussi se demander si les droits de la défense ont été respectés. Ainsi, il faut notamment rechercher si le requérant s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation. Il convient également de prendre en compte la qualité de l'élément de preuve, en ce compris le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de sa fiabilité ou de son exactitude. Si un problème d'équité ne se pose pas nécessairement lorsque la preuve obtenue n'est pas corroborée par d'autres éléments, il faut noter que lorsqu'elle est très solide et ne prête à aucun doute, le besoin d'autres éléments à l'appui devient moindre.

Nous pouvons en déduire que la Cour strasbourgeoise a donné son blanc seing au système d'appréciation des preuves illégales et irrégulières élaboré par la Cour de cassation dans son arrêt *Antigone*.

D. Consécration législative

Le 24 octobre 2013, suite à de longs travaux parlementaires, la Chambre des représentants a adopté en séance plénière le « projet de loi modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités »³⁴. Ce texte, qui a donné lieu à la loi du 24 octobre 2013 publiée au *Moniteur belge* le 12 novembre 2013, vise à conférer un ancrage légal aux critères dégagés par la jurisprudence

³² Cour eur. D.H., *Lee Davies c. Belgique*, 28 juillet 2009, paragraphes 40-43 ; voy. aussi Cour eur. D.H., *Allan c. Royaume-Uni*, 5 novembre 2002, paragraphe 43.

³³ Voy. Cour eur. D.H., *Schenk c. Suisse*, 12 juillet 1988 ; Cour eur. D.H., *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, 23 avril 1997 ; Cour eur. D.H., *Teixeira de Castro c. Portugal*, 9 juin 1998 ; Cour eur. D.H., *Lucà c. Italie*, 27 février 2001 ; Cour eur. D.H., *Bracci c. Italie*, 13 octobre 2005 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), *Jalloh c. Allemagne*, 11 juillet 2006 ; Cour eur. D.H., *Heglas c. République tchèque*, 1^{er} mars 2007 ; Cour eur. D.H., Gde Ch., *Gäfgen c. Allemagne*, 1^{er} juin 2010, *Rev. dr. pén.*, 2011, p. 290 et note O. MICHELS et A. JACOBS ; Cour eur. D.H. (gde ch.), *Al Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, 15 décembre 2011 ; dans une perspective plus globale, voy. S. GLESS, « Les perspectives de l'espace judiciaire européen en matière de recherche et d'utilisation des preuves situées à l'étranger », in *L'espace judiciaire européen civil et pénal, Regards croisés*, Dalloz, 2009, pp. 155-165.

³⁴ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2012-2013, n° 0041/017.

Antigone de la Cour de cassation. Pour ce faire, un chapitre VII intitulé « Des nullités » a été inséré dans le Titre préliminaire du Code de procédure pénale où un nouvel article 32 dispose que :

La nullité d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement n'est décidée que si :

- *le respect des conditions formelles concernées est prescrit à peine de nullité, ou ;*
- *l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, ou ;*
- *l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable.*

Le quatrième critère dégagé par la Cour de cassation relatif à la violation d'une forme substantielle touchant à l'organisation des cours et tribunaux n'a finalement pas été retenu par le législateur, bien qu'il figurait dans le projet de loi amendé par le Sénat³⁵. Le législateur a justifié l'écartement de ce critère par la volonté d'éviter un excès de formalisme³⁶. On ne peut que regretter cette prise de position, fort peu débattue au demeurant, dès lors qu'un tel vice touche à des règles éminemment d'ordre public³⁷. Il nous paraît particulièrement heurtant que des preuves recueillies en méconnaissance des règles relatives à l'organisation judiciaire puissent servir de fondement aux poursuites tant de telles règles participent aux garanties fondamentales accordées aux justiciables³⁸. En se référant au texte de la loi, éclairé le cas échéant par les « critères indicatifs » dégagés par la jurisprudence de la Cour, on peut légitimement se demander si l'accueil d'une telle preuve ne contrevient pas à l'équité du procès, ce qui justifierait son exclusion³⁹.

IV. Les preuves recueillies à l'étranger

A. Introduction

Le principe de la libre administration de la preuve, en vertu duquel le juge n'est pas lié par un système légal des moyens de preuve, caractérise le droit probatoire belge en matière pénale. Contrepoids au principe de la charge de la preuve qui incombe à la partie poursuivante, cette règle signifie encore que le juge peut asseoir sa conviction sur tous les éléments qui ont été régulièrement obtenus et que les parties ont pu librement contredire, sauf dans les cas où la loi prévoit un mode de preuve particulier ou restreint la force probante d'un élément de preuve⁴⁰.

À la lumière de ce principe, il s'impose de considérer qu'il n'existe, en règle, aucun obstacle à l'emploi d'un élément probatoire obtenu à l'étranger. Cependant, les éléments de preuve recueillis à l'étranger doivent répondre aux mêmes exigences que ceux récoltés sur le territoire national au stade préliminaire du procès. Il n'y a, en effet, aucune raison que la coopération policière et judiciaire internationale restreigne les droits du citoyen poursuivi. Dans cette optique, le juge pénal belge devra procéder à un examen rigoureux de la régularité des preuves obtenues à l'étranger,

³⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2012-2013, n° 0041/015, p. 4.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ J. DE CODT, « Des précautions à prendre par la loi pour que le citoyen coupable ne soit frappé que par elle », *J.T.*, 2008, pp. 650-651 ; J. DE CODT, « Preuve pénale et nullités », *Rev. dr. pén.*, 2009, pp. 642-643.

³⁸ Par exemple, un acte accompli par un juge d'instruction en dépassement de sa saisine. Une telle hypothèse nous semble devoir également être mise en parallèle avec la garantie conférée par l'article 13 de la Constitution qui dispose que « *Nul ne peut être distrait, contre son gré, du juge que la loi lui assigne* ».

³⁹ Comparez avec D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence « *Antigoon* » : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », *in Actualités de droit pénal*, UB³, Bruylant, 2013, pp. 54-56.

⁴⁰ Voy. notamment Cass., 20 décembre 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 2009 ; Cass., 5 mars 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 636 ; Cass., 27 février 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 598 ; Cass., 26 juin 2002, *cette revue*, 2002, p. 1080 ; R. SCREVEN, « La preuve pénale en droit belge », *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Bruylant, 1977, pp. 55 et s. ; R. LEGROS, « La preuve en droit pénal », *J.T.*, 1978, pp. 589 et s. ; L. KENNES, *Manuel de la preuve en matière pénale*, Kluwer, 2009, pp. 3 et s.

avec toutes les difficultés concrètes qu'un tel contrôle implique. En effet, dans la pratique, le juge ne dispose que rarement de l'ensemble des pièces provenant de l'étranger. Bien souvent, seuls les résultats des actes d'instruction menés à l'étranger sont joints au dossier, sans qu'aucune information ne soit apportée quant au déroulement concret de ces devoirs⁴¹.

B. Le contrôle des preuves en provenance de l'étranger

La Cour de cassation s'est, à plusieurs reprises, prononcée sur la question de l'appréciation par le juge belge de la régularité de la preuve recueillie à l'étranger⁴².

C'est, au demeurant, l'application des principes dégagés par la Cour qui constitue la toile de fond de la décision commentée.

Posée en termes simples, la question peut se résumer de la manière suivante : que doit faire le juge belge lorsqu'une partie invoque l'illégalité ou l'irrégularité d'une preuve provenant de l'étranger ?

Pour la Haute Cour, le juge pénal doit apprécier la légalité de la preuve obtenue à l'étranger en examinant successivement si :

- la loi étrangère autorise le moyen de preuve utilisé,
- ce moyen de preuve n'est pas contraire à l'ordre public belge, lequel est aussi déterminé par les règles de droit international et supranational directement applicables dans l'ordre juridique national,
- la preuve a été obtenue conformément au droit étranger, c'est-à-dire aux dispositions procédurales qui y sont en vigueur⁴³.

Du premier critère, il ressort qu'il est tout à fait envisageable que le juge répressif belge se fonde sur un moyen de preuve autorisé à l'étranger mais non légalement prévu en Belgique. Dans la même optique, « le fait que la législation étrangère applicable pose des conditions moins strictes à certains actes d'enquête que ne le fait la législation belge ne constitue en principe pas un obstacle à l'admissibilité de la preuve recueillie conformément à la législation étrangère »⁴⁴.

Contrôler la légalité de la preuve provenant de l'étranger suppose également que le juge national ait une connaissance des bases du droit étranger, mais aussi de ses subtilités⁴⁵, ce qui en pratique est loin d'être acquis.

Pour effectuer ledit contrôle, la Cour de cassation ajoute que le juge doit s'appuyer sur tous les éléments qui lui sont régulièrement soumis et que les parties ont pu

⁴¹ D. VAN DAELE, B. VANGEEBERGEN, *Criminalité et répression pénale dans l'Euregio Meuse-Rhin*, Anthemis, Intersentia, 2009, p. 904 ; P. MONVILLE, « Commission rogatoire internationale : que reste-t-il du contrôle de la régularité de la preuve pénale recueillie à l'étranger ? », note sous Cass., 13 mars 2002, *Rev. dr. pén.*, 2003, pp. 721 et 726.

⁴² Cass., 25 avril 1996, *Pas.*, 1996, p. 133 ; Cass., 23 décembre 1998, *Pas.*, 1998, n° 534 ; Cass., 23 mai 2000, *Pas.*, 2000, p. 315.

⁴³ Cass., 6 avril 2005, *Pas.*, 2005, p. 789, et conclusions du ministère public ; voy. aussi Ph. TRAESE, CH. DE VALKENNEER, « Het gebruik van in het buitenland verkregen bewijsmateriaal », *Poursuites pénales et extraterritorialité*, La charte, 2002, p. 195 ; P. MONVILLE, « Commission rogatoire internationale : que reste-t-il du contrôle de la régularité de la preuve pénale recueillie à l'étranger ? », note sous Cass., 13 mars 2002, *Rev. dr. pén.*, 2003, pp. 720-721 ; B. DEJEMPEPE, L. KENNES, « Le contrôle par la Cour de cassation de la régularité de la preuve – Développements récents », *La preuve. Questions spéciales*, Formation permanente CUP, Anthemis, 2008, vol. 99, p. 75.

⁴⁴ D. VAN DAELE, B. VANGEEBERGEN, *Criminalité et répression pénale dans l'Euregio Meuse-Rhin*, Anthemis, Intersentia, 2009, p. 901.

⁴⁵ Ph. TRAESE, CH. DE VALKENNEER, « Het gebruik van in het buitenland verkregen bewijsmateriaal », *Poursuites pénales et extraterritorialité*, La charte, 2002, p. 205.

librement contredire, sans qu'il soit requis qu'il prenne connaissance du dossier de l'instruction judiciaire étrangère⁴⁶.

À ce propos, on rappellera que la Cour constitutionnelle est particulièrement attentive à assurer le respect du principe du contradictoire puisqu'elle énonce, en s'inspirant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁷, que les droits de la défense impliquent en règle qu'aucun élément pouvant déterminer la décision de l'autorité compétente ne peut être soustrait à la contradiction des débats⁴⁸. Ces droits doivent toutefois être mis en balance avec les intérêts qui relèvent du domaine de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. On peut, en effet, concevoir des situations exceptionnelles dans lesquelles certaines pièces du dossier doivent pouvoir échapper à la contradiction⁴⁹. Ainsi, dans certains procès pénaux, peuvent exister des intérêts divergents – tels la sécurité nationale, la nécessité de protéger les témoins ou de garder le secret sur des méthodes d'enquête – qu'il y a lieu de mettre en balance avec les droits du prévenu. De ce fait, il peut s'avérer nécessaire de ne pas divulguer des éléments de preuve à cette partie en vue de préserver les droits fondamentaux d'une autre personne ou de garantir un intérêt général important. Une telle ingérence dans les droits de la défense n'est toutefois justifiée que si elle est strictement proportionnée à l'importance des objectifs à atteindre et si elle est compensée par une procédure qui permet à un juge indépendant et impartial de vérifier la légalité de la procédure⁵⁰.

⁴⁶ Voy. aussi Cass., 23 mai 2000, *Pas.*, 2000, p. 315 ; B. DEJEMEPPE, L. KENNES, « Le contrôle par la Cour de cassation de la régularité de la preuve – Développements récents », in *La preuve. Questions spéciales*, Formation permanente CUP, Anthemis, 2008, vol. 99, p. 75.

⁴⁷ Voy. Cour eur. D.H., *Dindar c. Turquie*, 20 décembre 2005 ; Cour eur. D.H., *Cottin c. Belgique*, 2 juin 2005, qui précise que l'un des éléments d'une procédure équitable au sens de l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme est le caractère contradictoire de celle-ci : chaque partie doit en principe avoir la faculté non seulement de faire connaître les éléments qui sont nécessaires à la présentation de sa défense et au succès de ses prétentions, mais aussi de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer la décision du « tribunal » ; Cour eur. D.H., *Mantovanelli c. France*, 18 mars 1997 ; Cour eur. D.H., *Rowe et Davis c. Royaume-Uni*, 16 février 2000 ; Cour eur. D.H., *Fitt c. Royaume-Uni*, 16 février 2000 ; Cour eur. D.H., *Salov c. Ukraine*, 6 septembre 2005 ; Cour eur. D.H., *Ziegler c. Suisse*, 21 février 2002 ; Cour eur. D.H., *APBP c. France*, 21 mars 2002 ; Cour eur. D.H., *Spang c. Suisse*, 11 octobre 2005 ; Cour eur. D.H., *Ressegatti c. Suisse*, 13 juillet 2006 ; Cour eur. D.H., *Ndrejeva c. Lettonie*, 18 février 2009 ; Cour eur. D.H., *Cimolino c. Italie*, 22 septembre 2009 ; Cour eur. D.H., *Al Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, 15 décembre 2011 ; voy. encore G. CLOSSET-MARCHAL, « Les garanties du procès équitable en droit judiciaire privé », *J.T.*, 2011, pp. 685-686.

⁴⁸ C.A., 25 janvier 2001, n° 4/2001 ; C.A., 8 mai 2002, n° 86/2002, dans lequel la Cour, lors de la purge des nullités, sanctionne l'impossibilité pour la défense de faire usage d'une pièce déclarée nulle en vue d'étayer sa thèse. La Cour ajoute que si l'objectif recherché par le législateur fut notamment de garantir la sécurité juridique en optant pour une solution univoque, traitant toutes les personnes concernées de façon identique sous l'angle du droit de la preuve, il eût été possible de concilier cet objectif avec les exigences du procès équitable en prévoyant qu'un juge apprécie dans quelle mesure le respect des droits de la défense exige qu'une partie puisse utiliser des pièces déclarées nulles, tout en veillant à ne pas léser les droits des autres parties ; C.C., 19 mars 2008, n° 59/2008, dans lequel la Cour rappelle notamment que chaque partie doit avoir la possibilité de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires (Cour eur. D.H., *Dombo c. Pays-Bas*, 22 septembre 1993 ; Cour eur. D.H., *Oçalan c. Turquie*, 12 mars 2003 ; Cour eur. D.H., *Yvon c. France*, 24 avril 2003) ; C.C., 3 décembre 2008, n° 171/2008 ; C. C., 18 décembre 2008, n° 185/2008 (qui rappelle le droit d'être entendu préalablement et le droit de consulter le dossier).

⁴⁹ Comparez avec Cass., 23 août 2005, *Rev. dr. pén.*, 2006, p. 195, relatif aux méthodes particulières de recherche dans lequel la Cour de cassation énonce que les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'interdisent pas de réglementer et de restreindre l'exercice des droits de la défense et le droit à un procès équitable dans certains cas ; une telle restriction peut être justifiée lorsqu'elle est proportionnée à l'intérêt des objectifs à réaliser, ainsi qu'à la nécessité de lutter contre certaines formes de grande criminalité ou de préserver la sécurité de l'infiltrant et/ou de l'indicateur ; il s'ensuit que les droits de la défense n'impliquent pas nécessairement la possibilité pour la défense de contrôler elle-même la régularité de l'autorisation d'infiltration et de l'autorisation exécutée ; en pareil cas, il peut suffire que, sur la base des pièces qui ont été régulièrement soumises et des faits qui ont été régulièrement portés à sa connaissance, un juge indépendant et impartial décide si l'infiltration s'est déroulée moyennant le respect de toutes les dispositions légales.

⁵⁰ Voy. C.A., 21 décembre 2004, n° 202/2004, points B.26 à B.29 ; C.A., 25 janvier 2006, n° 14/2006 ; C.C., 19 septembre 2007, n° 118/2007 ; voy. encore C.C., 21 février 2008, n° 22/2008 ; C.C., 18 février 2009, n° 25/2009 ; C.C., 18 juin 2009, n° 101/2009.

Pour en revenir plus précisément à l'élément de preuve en provenance de l'étranger, on observera que, dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 2005, l'avocat général D. Vandermeersch avançait que « La preuve recueillie à l'étranger est présumée l'avoir été de façon légale et loyale : il n'existe pas à cet égard de présomption d'irrégularité⁵¹. Le cas échéant, il appartient à la défense de prendre l'initiative à cet égard et de susciter, à tout le moins, un doute raisonnable quant à la régularité de la preuve recueillie à l'étranger pour obliger le ministère public à apporter la preuve de cette régularité »⁵².

De cette manière, le juge n'est tenu d'examiner si la preuve a été recueillie conformément au droit étranger ou si la loi interne de l'État sur le territoire duquel la preuve a été obtenue est conforme à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme que s'il a été saisi d'une contestation à cet égard. Il ne peut donc procéder à cet examen d'office⁵³.

C. La sanction de l'illicéité des preuves provenant de l'étranger

Il faut désormais s'interroger sur le droit applicable pour sanctionner une preuve irrégulière obtenue à l'étranger. D'un point de vue belge, les conséquences qui découlent de comportements illicites commis à l'étranger doivent être déterminées sur la base des dispositions procédurales belges. « Le juge pénal belge auquel l'affaire est soumise et qui doit porter une appréciation sur l'irrégularité connaît en effet parfaitement les divers aspects de l'affaire et sera ainsi le mieux placé pour statuer sur le fondement de son droit national, si, dans quelle mesure et comment doit être sanctionnée la preuve obtenue de manière irrégulière à l'étranger »⁵⁴.

Il y a donc lieu d'appliquer la législation belge, et tout particulièrement l'article 13 de la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, qui dispose que :

Ne peuvent être utilisés dans le cadre d'une procédure menée en Belgique, les éléments de preuve :

1° recueillis irrégulièrement à l'étranger, lorsque l'irrégularité :

– découle, selon le droit de l'État dans lequel l'élément de preuve a été recueilli, de la violation d'une règle de forme prescrite à peine de nullité ;

– entache la fiabilité de la preuve ;

2° ou dont l'utilisation viole le droit à un procès équitable.

Selon les travaux préparatoires⁵⁵, cette disposition est une consécration légale de la jurisprudence *Antigone*⁵⁶. De manière assez surprenante, le législateur a donc préféré légaliser les « critères *Antigone* » dans la matière des preuves irrégulières provenant de l'étranger avant de s'y atteler pour les preuves illicites récoltées sur le territoire national.

Dans l'arrêt annoté, les prévenus considéraient que leur droit au silence avait été méconnu dès l'instant où, gardés à vue et placés sous le statut de témoins, ils furent

⁵¹ Comparez avec D. VAN DAELE, B. VANGEEBERGEN, *Criminalité et répression pénale dans l'Euregio Meuse-Rhin*, Anthemis, Intersentia, 2009, p. 904, qui écrivent que le juge pénal qui est confronté à une preuve recueillie à l'étranger ne peut donc en aucun cas partir d'une présomption de régularité des actes effectués par les autorités de recherches étrangères, une telle présomption n'existant pas.

⁵² D. VANDERMEERSCH, conclusions précédents Cass., 6 avril 2005, *Pas.*, 2005, p. 791 ; Ph. TRAEST, CH. DE VALKENEER, « Het gebruik van in het buitenland verkregen bewijsmateriaal », in *Poursuites pénales et extraterritorialité*, La Chartre, 2002, p. 200.

⁵³ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 6^e édition, 2010, pp. 1523-1524.

⁵⁴ D. VAN DAELE, B. VANGEEBERGEN, *Criminalité et répression pénale dans l'EuregioMeuse-Rhin*, Anthemis, Intersentia, 2009, p. 906.

⁵⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2003-2004, n° 51.1278/1, pp. 19-20.

⁵⁶ M. FRANCHIMONT, A. MASSET, A. JACOBS, *Manuel de procédure pénale*, 4^e édition, 2012, p. 1522.

contraints de prêter serment. De ce fait, ils se prévalaient explicitement de la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La cour d'appel de Bruxelles, en appréciant la cause dans son ensemble, rejeta le moyen. Elle constata que la violation du droit au silence ne peut se déduire du seul fait de la jonction au dossier d'auditions sous serment de personnes qui, à l'époque, étaient seulement soupçonnées d'avoir commis des infractions et ne devaient ni être mises en examen ni bénéficier du statut de « témoins assistés ». La cour d'appel ajouta que les prévenus avaient, du reste, eu la possibilité d'en combattre librement la pertinence ultérieurement devant les juridictions de jugement.

La position adoptée par la cour d'appel doit, nous paraît-il, être confrontée à la jurisprudence *Brusco c. France* de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans cet arrêt, la Cour strasbourgeoise se montre en effet attentive, à l'instar de la cour d'appel de Bruxelles, à la situation concrète qui lui est soumise. Elle rappelle que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et le droit de garder le silence sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable⁵⁷. Ceux-ci ont notamment pour finalité de protéger l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités et, ainsi, d'éviter les erreurs judiciaires et d'atteindre les buts de l'article 6 de la Convention. *In casu*, la Cour européenne constate que l'interpellation et la garde à vue du requérant s'inscrivaient dans le cadre d'une instruction ouverte à charge de tiers et au cours de laquelle le requérant était présenté comme le commanditaire du projet criminel projeté. Dans ces circonstances, la Cour a considéré que, dès son interpellation et son placement en garde à vue, les autorités avaient des raisons plausibles de soupçonner que le requérant était impliqué dans la commission de l'infraction qui faisait l'objet de l'enquête ouverte par le juge d'instruction. L'argument selon lequel le requérant n'a été entendu que comme témoin est inopérant puisqu'il est purement formel⁵⁸ dès lors que les autorités judiciaires et policières disposaient d'éléments de nature à le suspecter d'avoir participé à l'infraction. Partant, la Cour estime que, lorsque le requérant a été placé en garde à vue et a dû prêter serment « de dire toute la vérité, rien que la vérité », il faisait l'objet d'une « accusation en matière pénale » et bénéficiait du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et de garder le silence garanti par l'article 6, paragraphes 1^{er} et 3, de la Convention⁵⁹.

La similitude avec l'affaire soumise à la cour d'appel de Bruxelles ne manque pas de frapper. On peut alors se demander si, à la lumière de cette lecture de la Convention,

⁵⁷ Voy. O. MICHIELS, A. JACOBS, « Les implications de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme sur les preuves. La jurisprudence *Salduz* et l'arrêt *Gäffgen* », *J.T.*, 2011, p. 161 ; Cass., 19 juin 2013, *Rev. dr. pén.*, 2013, p. 1021 ; comp. avec Cour eur. D.H., *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni*, 29 juin 2007 dans lequel les requérants soutiennent que le droit de garder le silence et le droit de ne pas s'incriminer soi-même sont des droits absolus, et qu'exercer une forme quelconque de coercition directe à l'égard d'un accusé pour l'amener à formuler des déclarations incriminantes contre sa volonté porte en soi atteinte à la substance même de ces droits. « La Cour ne saurait admettre cette thèse. Il est vrai qu'à ce jour, comme les intéressés l'ont relevé, la Cour a conclu à la violation du droit de ne pas s'incriminer soi-même dans toutes les affaires où une 'coercition directe' avait été exercée pour obliger un suspect ou un suspect potentiel à fournir des informations ayant contribué ou pu contribuer à sa condamnation. Il n'en découle cependant pas que toute coercition directe entraîne automatiquement une violation. Le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 ne souffre certes aucune dérogation ; toutefois, la définition de cette notion ne saurait être soumise à une règle unique et invariable mais est au contraire fonction des circonstances propres à chaque affaire ». Pour déterminer si ce droit a été méconnu, la Cour examinera tour à tour les facteurs suivants : la nature et le degré de la coercition employée pour l'obtention des éléments de preuve ; le poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction en question et à la sanction de son auteur ; l'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation faite des éléments ainsi obtenus ; pour une application concrète de cette jurisprudence *O'Halloran et Francis, adde*, Liège, 16 mai 2013, *cette revue*, 2013, p. 1827, et note F. KÉFER.

⁵⁸ Voy. également T. DECAIGNY, M. NÈVE, « Bijstands of consultatierecht : het Straatsburgse en Parijse perspectief », *T. Strafr.*, 2011, p. 53.

⁵⁹ O. MICHIELS, « De *Salduz* à *Brusco* ou les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme sur la présence de l'avocat », in *Liber amicorum A. De Nauw, Het strafrecht bedreven*, die Keure, 2011, pp. 653-655.

renforcée par l'arrêt *Salduz* de la même Cour européenne des droits de l'homme⁶⁰, la cour d'appel n'aurait pas dû conclure que les auditions litigieuses ne pouvaient servir à fonder ni la culpabilité, ni la peine dès lors qu'elles heurtaient l'équité du procès.

Conclusion

Comme on l'a vu, toute irrégularité commise dans l'obtention de la preuve à l'étranger n'a pas pour conséquence d'empêcher le juge répressif national de la prendre en considération. Ce n'est, en effet, que si l'irrégularité qui affecte l'élément probatoire recueilli à l'étranger est d'une certaine gravité⁶¹ que le juge national aura l'obligation de l'écartier. Cette notion de gravité a été circonscrite à trois hypothèses par l'article 13 de la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle. Consacrant la jurisprudence *Antigone* élaborée plus d'un an auparavant, cette loi a eu le mérite de renforcer la sécurité juridique, à défaut d'avoir apporté une plus-value réelle dans la pratique.

Reste que l'on peut concrètement se demander si le juge répressif belge dispose effectivement des moyens lui permettant de contrôler avec rigueur la légalité et la régularité des éléments de preuve rassemblés à l'étranger. C'est, en effet, comme nous avons tenté de le mettre en exergue, bien souvent ici que le bât blesse tant la tâche qui incombe au juge et au prévenu peut s'avérer délicate. Il est vrai que la présomption de régularité dont bénéficiera la preuve en provenance de l'étranger pourra souvent être déterminante pour résoudre ce débat. Il n'empêche que garantir une protection juridique identique au prévenu poursuivi sur la base de preuves recueillies à l'étranger et à celui dont l'accusation repose sur des éléments probatoires « nationaux » doit rester un objectif fondamental pour la justice pénale⁶².

Olivier MICHIELS

Maître de conférences à l'U.Lg.

Conseiller à la cour d'appel de Liège

Géraldine FALQUE

Assistante à la Faculté de droit
de l'U.Lg.

Avocate au barreau de Liège

Cour d'appel de Liège (6^e chambre)

19 septembre 2013

**Procédure pénale - Jurisdiction de jugement - Généralités – Droits de la défense -
Matières pénales – Précision de l'acte introductif d'instance.**

L'acte introductif d'instance – en l'espèce l'ordonnance de renvoi – doit mentionner de manière aussi précise qu'exacte la cause et la nature de l'accusation de sorte que la personne poursuivie puisse exercer utilement son droit de défense. À défaut, le juge doit, dans les limites de sa saisine et après avoir informé le prévenu dans le respect de ses droits de défense, préciser la prévention. Lorsque le juge se trouve dans l'impossibilité de déterminer de quel fait il a été saisi, les prévenus doivent être acquittés.

(M.P., Y. P., F. C. et M. T. / M. I. et P. J.)

⁶⁰ Cour eur. D.H., *Salduz c. Turquie*, 27 novembre 2008, cette revue, 2009, p. 196, obs. A. JACOBS ; *J.D.J.*, 2009, p. 31, note B. VAN KEIRSBILCK ; *N.j.W.*, 2009, p. 24, note S. BOUZOUMITA, *T. Strafr.*, 2009, p. 36.

⁶¹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2003-2004, n° 1278/001, p. 19.

⁶² P. MONVILLE, « Commission rogatoire internationale : que reste-t-il du contrôle de la régularité de la preuve pénale recueillie à l'étranger ? », note sous Cass., 13 mars 2002, *Rev. dr. pén.*, 2003, p. 727.