

# Nullité de la preuve en matière pénale : quoi de neuf ?

1. La nullité de la preuve est un sujet délicat et complexe qui témoigne de la difficulté de concilier les objectifs de répression et d'efficacité de la justice, d'une part, de respect des droits fondamentaux, d'autre part.

Après avoir rappelé quelques notions, nous commenterons la jurisprudence *Antigone*, son évolution et sa portée ainsi que l'accueil favorable que lui ont réservé tant la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour constitutionnelle. Après un premier ancrage légal de cette jurisprudence au niveau de preuves recueillies à l'étranger, le sort des preuves illégales ou irrégulières est désormais réglé, en Belgique, par la loi du 24 octobre 2013 qui a modifié le titre préliminaire du Code de procédure pénale afin d'y insérer un nouveau chapitre portant sur la nullité d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement.

Cette loi ne nous semble toutefois pas garantir la sécurité juridique que l'on réclamait avec force depuis de longues années<sup>1</sup>. Nous soulèverons plusieurs questions à lumière de la jurisprudence récente de la Cour de cassation.

## I. Quelques rappels

2. Le déroulement de l'enquête pénale doit se conformer aux principes de légalité et de loyauté, lesquels sont consacrés dans le Code d'instruction criminelle. L'article 56, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, dispose que le juge d'instruction veille à la légalité des moyens de preuve et à la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés. L'article 28*bis*, § 3, alinéa 2, impose la même obligation au procureur du Roi dans le cadre de l'information.

En permettant de couvrir bon nombre de preuves obtenues de façon illégale ou irrégulière, la jurisprudence *Antigone* a fait de ces principes de légalité et de loyauté une obligation de moyen et non plus de résultat<sup>2</sup>.

3. La nullité des éléments de preuve peut provenir de l'illégalité ou de l'irrégularité avec laquelle ils ont été recueillis. Une preuve illégale est celle obtenue par un acte expressément interdit par la loi<sup>3</sup>. Quant à la preuve irrégulière,

il s'agit de celle obtenue de façon inconciliable avec les règles substantielles de la procédure pénale ou avec les principes généraux du droit (exigence de loyauté, respect des droits de la défense...)<sup>4</sup>.

4. La nullité peut porter aussi bien sur les actes d'instruction que sur la preuve en tant que telle. Les articles 131, § 2, et 235*bis*, § 6, du Code d'instruction criminelle, tels qu'ils ont été complétés par la loi du 14 décembre 2012 améliorant l'approche des abus sexuels et des faits de pédophilie dans une relation d'autorité<sup>5</sup>, énoncent que la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation prononcent, s'il y a lieu, la nullité de l'acte et de tout ou partie de la procédure subséquente lorsqu'elles constatent une irrégularité, une omission ou une cause de nullité affectant un acte d'instruction ou l'obtention de la preuve. La sanction de cette nullité est le retrait du dossier des pièces déclarées nulles ainsi que de celles qui en découlent directement<sup>6</sup>. Celles-ci seront déposées au greffe après l'expiration du délai pour former un recours. La juridiction d'instruction peut toutefois décider dans quelle mesure elles peuvent encore être consultées et utilisées par une partie<sup>7</sup>.

Le retrait du dossier des pièces déclarées nulles permet d'éviter que le juge du fond soit influencé par ces éléments dont il aurait eu connaissance s'ils avaient été maintenus dans le dossier de la procédure<sup>8</sup>. Notons que ne peuvent toutefois être retirées du dossier de la procédure les réquisitions du ministère public, les décisions des juridictions d'instruction ainsi que les conclusions d'une partie, ce qui peut poser problème si ces pièces font référence aux éléments de preuve annulés<sup>9</sup>.

d'autoriser de commettre des infractions en vue de récolter des preuves lors d'une observation ou d'une infiltration, sur la base de l'article 47*quinquies* du Code d'instruction criminelle.

1 Voy. not. B. DEJEMPEPE et L. KENNES, « Le contrôle par la Cour de cassation de la régularité de la preuve - Développements récents », in *La preuve - Questions spéciales*, coll. CUP, Liège, Anthemis, 2008, p. 74.

2 A. MASSET, « Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale : huit ans d'application du test *Antigone* », in *La preuve en droit pénal*, coll. Les dossiers de la *Rev. dr. pén. crim.*, Bruxelles, la Charte, 2011, p. 34; D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence *Antigone* : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », in Françoise ROGGEN (coord.), *Actualités en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 7.

3 S'agissant des preuves recueillies à l'aide de la commission d'une infraction, relevons aussi la possibilité pour le procureur du Roi

4 N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, 2<sup>e</sup> éd., Limal, Anthemis, 2013, p. 417.

5 *M.B.*, 22 avril 2013. Cette modification a été introduite à la suite de l'arrêt d'annulation n° 86/2002 du 8 mai 2012 de la Cour constitutionnelle (qui avait estimé que le prévenu ou l'accusé devait conserver le droit d'utiliser les pièces annulées pour étayer sa défense).

6 Selon la règle des « fruits de l'arbre empoisonné », la nullité d'un acte d'enquête ou d'une preuve ne s'étend aux preuves subséquentes que dans la mesure où, sans l'acte accompli irrégulièrement, celles-ci n'auraient pas été obtenues. La jurisprudence *Antigone* a toutefois atténué la portée de cette règle (F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve - Questions spéciales*, *op. cit.*, p. 53).

7 Pour une application de l'article 235*bis*, § 6, du Code d'instruction criminelle, voy. not. Bruxelles, ch. mis. acc., 11 avril 2014, *Rev. dr. pén. crim.*, 2015, p. 173, note F. LUGENTZ.

8 Cass., 22 juin 2011, R.G. n° P.11.0770.F.

9 Cass., 11 septembre 2013, R.G. n° P.13.1052.F. *Pas.*, 2013, n° 441.



Dans un arrêt du 19 février 2013<sup>10</sup>, la Cour de cassation a estimé que l'article 235bis, § 6, du Code d'instruction criminelle ne requiert pas que des documents contenant des indications entachées de nullité tout en étant valables pour le reste soient écartés du dossier répressif. Dans ce cas, la chambre des mises en accusation peut décider que ces documents soient conservés dans le dossier répressif moyennant uniquement la radiation des indications nulles qu'elle précise.

Les juridictions d'instruction ne prononcent la nullité d'un acte postérieur à celui déclaré irrégulier que « s'il y a lieu » (pour la chambre du conseil) ou « le cas échéant » (pour la chambre des mises en accusation). Elles ont dès lors le pouvoir, après avoir annulé un devoir d'enquête, de tenir pour réguliers les actes ultérieurs dont elles décident, par une appréciation souveraine, qu'ils n'en sont pas la suite nécessaire<sup>11</sup>.

5. Nous verrons que, dans la mesure où le « test *Antigone* » s'applique aussi devant les juridictions d'instruction, les éléments de preuves irrégulièrement obtenus ne seront pas automatiquement écartés.

La Cour de cassation considère par ailleurs que le maintien provisoire dans le dossier de ces éléments irréguliers n'est pas de nature, à lui seul, à rendre impossible un examen équitable de l'ensemble de la cause par la juridiction de jugement<sup>12</sup>.

6. L'article 235bis, § 5, du Code d'instruction criminelle a mis en place un système qualifié de « purge des nullités »<sup>13</sup>. Il en résulte qu'il n'est plus possible de soulever une cause de nullité devant la juridiction de jugement lorsque la chambre des mises en accusation s'est déjà prononcée sur ce point, sans préjudice toutefois des moyens touchant à l'appréciation de la preuve<sup>14</sup>. L'irrégularité relative à l'obtention de la preuve, lorsqu'elle a déjà été soulevée devant la juridiction d'instruction, ne peut donc plus être réitérée devant la juridiction de jugement<sup>15</sup>.

Lorsque la chambre du conseil a rejeté le moyen de nullité, et qu'il n'y a pas d'appel formé contre sa décision<sup>16</sup>, il n'y a pas de purge des nullités dans ce cas et le moyen peut à nouveau être soulevé devant la juridiction de jugement<sup>17</sup>. Un appel n'est d'ailleurs pas recevable si des conclusions écrites n'ont pas été déposées devant la chambre du conseil<sup>18</sup>. En revanche, si la chambre du conseil a prononcé la nullité et qu'aucun appel n'a été interjeté contre son ordonnance, cette décision lie le juge du fond<sup>19</sup>.

Dans la mesure où le contrôle de la régularité de la procédure s'effectue essentiellement sur demande par les juridictions d'instruction<sup>20</sup>, les parties peuvent aussi préférer attendre de se trouver devant les juridictions de jugement pour y porter leurs griefs quant à la régularité de la preuve, sans que cela puisse leur être reproché<sup>21</sup>. Précisons toutefois que, devant la cour d'assises, les moyens de nullité devront être soulevés *in limine litis* avant la lecture de l'acte d'accusation<sup>22</sup>.

7. Si la juridiction de fond relève une irrégularité, omission ou nullité visées à l'article 131, § 1<sup>er</sup>, du Code d'instruction criminelle, ou une fin de non-recevoir, sur laquelle la chambre des mises en accusation ne s'est pas prononcée, elle constate, au même titre que la juridiction d'instruction, la nullité de l'acte qui en est entaché ou de tout ou partie de la procédure y subséquente<sup>23</sup>. Si la sanction d'une preuve nulle peut consister, lorsque cette nullité est décidée par une juridiction d'instruction, en son écartement et son retrait du dossier de la procédure, un tel retrait, s'il est décidé par le juge du fond, ne saurait empêcher ce dernier d'avoir eu connaissance du contenu de l'élément de preuve annulé. Par ailleurs, la Cour de cassation a précisé que ni l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni aucune autre disposition n'imposent à la juridiction de jugement de retirer du dossier de la procédure les actes d'instruction auxquels elle a décidé de ne pas avoir égard en raison de l'irrégularité dont elle les a dits entachés<sup>24</sup>.

Si la juridiction de jugement conclut à la nullité d'un élément de preuve, elle ne se fondera pas sur l'élément de preuve pour forger sa conviction. Elle devra dès lors acquitter le prévenu à défaut d'autres éléments de preuve non « contaminés »<sup>25</sup>. Une preuve nulle n'empêche cependant pas le juge de retenir la culpabilité sur la base d'autres éléments de preuve irréprouvés.

8. Il peut aussi arriver que le législateur interdise l'utilisation d'une preuve obtenue en violation de certains droits.

10 Cass., 19 février 2013, R.G. n° P.12.1853.N. Il s'agit là de la technique dite de « caviardage » (D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence *Antigone* : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », *op. cit.*, p. 37).

11 Cass., 30 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 394, note F. KONING. Dans cet arrêt du 30 octobre 2013, la Cour de cassation a aussi jugé que la chambre des mises en accusation a le pouvoir d'annuler partiellement une commission rogatoire internationale et de tenir pour réguliers les devoirs d'enquête menés à l'étranger s'ils ont été réalisés dans le respect de l'article 13 de la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Voy. égal. Cass., 11 septembre 2013, *op. cit.* ; Cass., 2 avril 2008, *J.T.*, 2008, p. 390.

12 Cass., 20 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 741, note O. KLEES.

13 D. VANDERMEERSCH, « La purge des nullités et le règlement de la procédure », in Ivan BOUIOUKLEV et Paul DHAeyer (dir.), *La théorie des nullités en droit pénal*, Limal, Anthemis, 2014, p. 110.

14 Cass., 31 octobre 2012, *Rev. dr. pén. crim.*, 2013, p. 162 (la demande d'écartement d'auditions effectuées sans l'assistance de l'avocat ne concerne pas l'appréciation de la preuve, mais bien une irrégularité affectant l'obtention de la preuve; une telle demande, lorsqu'elle a été rejetée par la chambre des mises en accusation, ne peut dès lors être réitérée devant la juridiction de fond). Voy. égal. Cass., 12 mai 2009, R.G. n° P.09.0190.N.

15 Cette purge des nullités ne s'applique toutefois pas aux coïnculpés qui n'étaient pas parties au contrôle de la régularité de la procédure devant la chambre des mises en accusation (Cass., 18 décembre 2012, R.G. n° P.12.1585.N).

16 Il n'en irait autrement que si la chambre des mises en accusation s'est prononcée sur ce moyen dans le cadre de son contrôle d'office de l'instruction ou à la suite de toute autre saisine.

17 Cass., 15 mai 2007, R.G. n° P.07.268.N.

18 Article 135, § 2, du Code d'instruction criminelle.

19 D. VANDERMEERSCH, « La purge des nullités et le règlement de la procédure », *op. cit.*, p. 110.

20 D. VANDERMEERSCH, « La purge des nullités et le règlement de la procédure », *op. cit.*, pp. 107-108. L'auteur relève que, dans la pratique, les contrôles effectués d'office sont exceptionnels.

21 D. VANDERMEERSCH, « La purge des nullités et le règlement de la procédure », *op. cit.*, p. 108.

22 Article 291 du Code d'instruction criminelle.

23 Cass., 17 mars 2009, R.G. n° P.08.1749.N.

24 Cass., 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, p. 715.

25 D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence *Antigone* : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », *op. cit.*, pp. 41-42.

Il en est ainsi de l'article 47bis, § 6, du Code d'instruction criminelle qui interdit d'utiliser à titre de preuve des déclarations auto-incriminantes faites en méconnaissance du droit à la concertation confidentielle préalable avec l'avocat ou à l'assistance de l'avocat<sup>26</sup>. À la suite de l'arrêt d'annulation partielle rendu par la Cour constitutionnelle en date du 14 février 2013<sup>27</sup>, l'article 47bis, § 6, du Code d'instruction criminelle a été modifié par la loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de justice<sup>28</sup>. Il en résulte que les déclarations faites en violation de la loi *Salduz* du 13 août 2011<sup>29</sup> ne peuvent jamais servir de preuve même si elles sont corroborées par d'autres éléments de preuve régulièrement obtenus<sup>30</sup>.

L'écartement d'une preuve « nulle » à l'encontre d'un prévenu, car recueillie en violation de son droit à l'assistance d'un avocat, bénéficie aussi aux coprévenus lorsque le prévenu a par la suite rétracté ses aveux ou ses dénonciations<sup>31</sup>.

9. Le juge qui écarte des débats une preuve illégale ou irrégulière en application du test *Antigone*, ainsi que tous les actes d'information ou d'instruction qui en sont la conséquence directe<sup>32</sup>, peut toutefois se prononcer sur la base d'autres éléments de preuve soumis à la libre discussion des parties et non affectés d'un vice.

Lorsqu'il constate l'absence de lien causal entre les éléments de preuve entachés de nullité et d'autres preuves obtenues régulièrement, le juge peut légalement décider que l'action publique est recevable<sup>33</sup>.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 30 mars 2010<sup>34</sup>, a précisé que l'exclusion de moyens de preuve en raison de leur illégalité ou irrégularité ou de l'impossibilité d'en examiner la légalité ou la régularité n'implique pas l'irrecevabilité de l'action publique, ajoutant que l'action publique et le droit de l'exercer trouvent leur origine dans la commission de l'infraction elle-même, indépendamment de la manière dont elle est ultérieurement exercée et de la façon de recueillir des preuves. En l'espèce, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers qui avait conclu à l'irrecevabilité des poursuites en raison du refus du mi-

nistère public de joindre au dossier, sur invitation de la cour, les pièces relatives à la procédure menée à l'étranger ayant conduit à des écoutes téléphoniques. Dans un autre arrêt, la Cour de cassation a également jugé que l'irrégularité de la preuve due au fait qu'un prévenu a fait des déclarations sans l'assistance d'un avocat ou en violation du devoir d'information ne donne pas lieu à l'irrecevabilité de l'action publique<sup>35</sup>.

La sanction d'une preuve nulle ne doit donc pas être confondue avec l'irrecevabilité de l'action publique. L'exclusion d'une preuve obtenue de manière irrégulière n'a pas pour effet de rendre l'action publique irrecevable. Rappelons que l'article 30 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, inséré par la loi du 27 décembre 2005, prévoit expressément l'irrecevabilité de l'action publique pour cause de provocation<sup>36</sup>. En outre, la jurisprudence a admis que l'irrecevabilité de l'action publique pouvait aussi résulter d'une atteinte irrémédiable au droit à un procès équitable (comme dans l'affaire *KB Lux* où des irrégularités majeures avaient été constatées dans la récolte des preuves<sup>37</sup>)<sup>38</sup>.

10. Selon d'aucuns<sup>39</sup>, dans le cas particulier d'une violation du secret professionnel<sup>40</sup>, la preuve ainsi irrégulièrement obtenue semble devoir être soumise au « test *Antigone* ». Une atteinte au droit à un procès équitable devrait être constatée assez aisément lorsqu'il s'agit d'une violation du secret professionnel dans les relations entre l'avocat et son client<sup>41</sup>. En effet, les droits de la défense

26 M.-A. BEERNAERT, N. COLETTE-BASECQZ, Ch. GUILLAIN, P. MANDOUX, M. PREUMONT et D. VANDERMEERSCH, *Introduction à la procédure pénale*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, la Charte, 2012, p. 322.

27 C. const., 14 février 2013, n° 7/2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 524, note A. JACOBS et O. MICHIELS. Voy. égal. C. NOIRHOMME, « La loi *Salduz* à l'épreuve de la Cour constitutionnelle », *J.T.*, 2013, pp. 413-415.

28 *M.B.*, 14 mai 2014. Le mot « seul » a été supprimé.

29 Loi du 13 août 2011 modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assistée par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté, *M.B.*, 5 septembre 2011.

30 C. const., 14 février 2013, n° 7/2013, p. 553, § B.60.1.

31 Cass., 5 septembre 2012, *Pas.*, 2012, I, n° 447; *Rev. dr. pén. crim.*, 2013, p. 51; *J.T.*, 2012, p. 708; *J.L.M.B.*, 2012, p. 1511; *T. Strafr.*, 2012, p. 460, note C. VANDEUREN; Cass., 6 novembre 2012, *Pas.*, 2012, I, n° 597. Voy. P. MONVILLE et D. HOLPZAPFEL, « La question des nullités, *Salduz* et mandat d'arrêt », in Ivan BOUIOUKIEV et Paul DHAeyer (dir.), *La théorie des nullités en droit pénal*, op. cit., p. 60.

32 M.-A. BEERNAERT, H. D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 7<sup>e</sup> éd., Bruges, la Charte - die Keure, 2014, p. 1148.

33 Cass., 15 mai 2011, R.G. n° P.10.2049.F, *Pas.*, 2011, n° 324.

34 Cass., 30 mars 2010, R.G. n° P.09.1789.N, *T. Strafr.*, 2010, p. 276, note K. BEIRNAERT.

35 Cass., 13 novembre 2012, R.G. n° P.12.1082.N; Cass., 26 mars 2013, R.G. n° P.12.0387.N; Cass., 1<sup>er</sup> avril 2014, R.G. n° P.12.1334.N; Cass., 8 avril 2014, R.G. n° P.13.0080.N.

36 Cette disposition énonce : « Il est interdit de provoquer des infractions. Il y a provocation lorsque, dans le chef de l'auteur, l'intention délictueuse est directement née ou est renforcée, ou est confirmée alors que l'auteur voulait y mettre fin, par l'intervention d'un fonctionnaire de police ou d'un tiers agissant à la demande expresse de ce fonctionnaire. En cas de provocation, l'action publique est irrecevable en ce qui concerne ces faits ».

37 Dans cette affaire concernant des faits de fraude fiscale, les poursuites ont été déclarées irrecevables, car il a été jugé que l'enquête fut, dès son origine, menée de façon déloyale, de telle manière que les prévenus furent irrémédiablement privés de leur droit à un procès équitable (Cass., 31 mai 2011, *J.T.*, 2011, p. 583, avec les conclusions de l'avocat général J. M. Genicot, note M.-A. BEERNAERT). Cet arrêt confirme les décisions précédentes (voy. Corr. Bruxelles, 8 décembre 2009, *J.T.*, 2010, p. 6, *J.L.M.B.*, 2010, p. 60; Bruxelles, 10 décembre 2010, *J.T.*, 2010, p. 54, *J.L.M.B.*, 2011, p. 129).

38 M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 97.

39 D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence *Antigone* : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », op. cit., p. 18.

40 Rappelons les exceptions au principe du secret professionnel visées à l'article 458 du Code pénal : les cas où la loi oblige ou autorise la révélation du secret (notamment l'article 458bis du Code pénal) ainsi que le témoignage en justice (ou devant une commission d'enquête parlementaire). Par ailleurs, un acquiescement peut aussi être prononcé à la suite d'une violation du secret professionnel lorsque le juge admet l'existence d'un état de nécessité, lequel constitue une cause de justification objective qui a pour effet de rendre le fait conforme au droit. Voy. L. NOUWYNCKX, « La position des différents intervenants psycho-médico-sociaux face au secret professionnel dans un contexte judiciaire - Cadre modifié, principe conforté », *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, pp. 620-633; Ch. HENNAU-HUBLET, « Le secret médical et ses limites - La dynamique du secret tend-elle vers son occultation », *Louv. Méd.*, 1998, pp. 175-178.

41 D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence *Antigone* : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », op. cit., p. 18.

figurent au cœur même de cette notion de procès équitable. S'agissant des autres prestataires (tels les médecins), l'exclusion de la preuve découlant d'une violation du secret professionnel pourrait, le cas échéant, être plus difficile à obtenir. Selon d'autres, les preuves recueillies en violation du secret professionnel seraient en principe sans valeur et le test *Antigone* ne s'appliquerait pas dans ce cas<sup>42</sup>. Pour notre part, nous approuvons ce point de vue, car il y va de l'intérêt général, pour toute personne, de pouvoir recourir en toute confiance aux services de certaines professions. La valeur protégée par le secret professionnel est primordiale dans une société démocratique. À notre sens, elle ne saurait s'effacer derrière des considérations liées à l'efficacité de la justice pénale.

11. Par ailleurs, dans certains cas, la couverture des nullités a été admise par le législateur<sup>43</sup>. Il n'y a toutefois aucun mécanisme de couverture générale des nullités. Ainsi, l'article 407, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle<sup>44</sup> dispose que les nullités résultant d'une irrégularité touchant le serment des témoins, experts et interprètes, sont couvertes lorsqu'un jugement ou arrêt contradictoire, autre que celui prescrivant une mesure d'ordre intérieur, a été rendu sans qu'elles aient été proposées par une des parties ou prononcées d'office par le juge. L'article 40, alinéa 2, de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire en constitue un autre exemple.

Lorsqu'il s'agit d'un crime jugé devant la cour d'assises, l'article 291 du Code d'instruction criminelle précise que la lecture de l'acte d'accusation couvre de manière générale les moyens de nullité qui n'ont pas été préalablement soulevés<sup>45</sup>.

## II. La jurisprudence *Antigone* et son évolution

12. La Cour de cassation, dans un arrêt *Antigone* rendu le 14 octobre 2003<sup>46</sup>, par la chambre néerlandophone de la Cour de cassation, sur conclusions conformes du ministère public, a introduit un spectaculaire revirement de jurisprudence<sup>47</sup>. Elle a fait de l'exclusion des preuves illé-

gales ou irrégulières<sup>48</sup> une exception et non plus une règle générale comme c'était le cas auparavant lorsque les cours et tribunaux écartaient les éléments de preuve entachés d'illégalité ou d'irrégularité ainsi que toutes les preuves qui en découlaient directement ou indirectement<sup>49</sup>.

### A. L'arrêt *Antigone*

13. L'arrêt *Antigone* porte le nom de l'opération policière à l'origine de cette affaire. Lors d'une fouille de sécurité, des policiers avaient découvert des clés de voiture dans la poche d'une personne. Ils ont ensuite ouvert son véhicule et procédé à sa fouille, ce qui leur a permis de trouver un pistolet dont le numéro de série avait été limé. La preuve de l'infraction à la législation sur les armes, quoiqu'irrégulièrement recueillie (en violation de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police qui réglemente les fouilles), a toutefois été retenue par le juge pour fonder la condamnation pénale du prévenu.

Désormais, les trois critères<sup>50</sup> pouvant donner lieu à l'exclusion des preuves irrégulières sont les violations de formes prescrites à peine de nullité, l'atteinte à la fiabilité de la preuve et les preuves irrégulières dont l'usage est contraire au droit à un procès équitable<sup>51</sup>.

*pénale*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 58-66; F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », *op. cit.*, pp. 7-62; F. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *J.T.*, 2005, pp. 349 et s.; F. KUTY, « Le droit de la preuve au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Questions d'actualité de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 53-107; M.-A. BEERNAERT, H. D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1135.

48 M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, *op. cit.*, pp. 1163-1164; F. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *op. cit.*, pp. 349-355.

49 Certains assouplissements avaient déjà été observés dans la jurisprudence depuis 1990 (N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, *op. cit.*, pp. 418-419; M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *op. cit.*, pp. 1096-1098). Voy. Cass., 17 janvier 1990, *Rev. dr. pén. crim.*, 1990, p. 653; *R.W.*, 1990-1991, p. 463, note L. HUYBRECHTS; Cass., 17 avril 1991, *Rev. dr. pén. crim.*, 1992, p. 94, note Ch. DE VALKENNEER. La Cour de cassation a d'abord admis les preuves recueillies de façon illégale ou irrégulière par des particuliers, à la double condition, d'une part, que l'illégalité ou l'irrégularité ne soit l'œuvre ni des autorités chargées de la recherche, de la constatation ou des poursuites, ni du dénonciateur de l'infraction ni du particulier qui la communique aux autorités, d'autre part, que ladite illégalité ou irrégularité n'ait pas été commise dans l'intention de dénoncer les faits à la justice. Une distinction a ensuite été introduite entre la dénonciation et la preuve d'une infraction amenant la jurisprudence à considérer que l'illicéité avec laquelle le dénonciateur a pris connaissance de l'infraction n'affectait pas nécessairement la régularité de la preuve obtenue ultérieurement sans aucune illégalité grâce à la dénonciation (Cass., 30 mai 1995, *Rev. dr. pén. crim.*, 1996, p. 118 et *Rev. Cass.*, 1996, p. 150; Ph. TRAEST, « De internationalisering van het bewijsrecht : over telefoontap en de eisen die aan het in het buitenland verworven bewijs moeten gesteld worden », *Rev. Cass.*, 1996, p. 142).

50 Sur ces trois causes d'exclusion de l'arrêt *Antigone*, voy. F. KUTY, « Le droit de la preuve au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *op. cit.*, pp. 78-89; R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, 4<sup>e</sup> éd., Anvers, Maklu, 2007, pp. 883-888.

51 « Attendu que la circonstance qu'un élément de preuve a été obtenu irrégulièrement a, en règle, uniquement pour conséquence que le juge lorsqu'il forme sa conviction, ne peut prendre cet élément en considération ni directement ni indirectement :

– soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité;

42 Liège, 25 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1184; *T. Gez./Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 44, note N. COLETTE-BASECQZ. Voy. égal. J. DE CODT, *Des nullités de l'instruction et du jugement*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 124.

43 D. VANDERMEERSCH, « La purge des nullités et le règlement de procédure », *op. cit.*, pp. 104-106.

44 Cet article, qui avait été abrogé par la loi du 14 février 2014, a été rétabli par la loi du 19 décembre 2014 portant des dispositions diverses en matière de justice (*M.B.*, 29 décembre 2014).

45 Cet article, qui avait lui aussi été abrogé par la loi du 14 février 2014, a de même été rétabli par la même loi du 19 décembre 2014 portant des dispositions diverses en matière de justice.

46 Cass., 14 octobre 2003, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 617, avec les conclusions de l'avocat général M. De Swaef; *R.C.J.B.*, 2004, p. 405, note F. KUTY; *R.W.*, 2003-2004, p. 814; *T. Straff.*, 2004, p. 129, obs. Ph. TRAEST.

47 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, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 1094-1109; 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; J. DE CODT, « Preuve pénale et nullités », *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, pp. 634-666; Ch. DE VALKENNEER, *Manuel de l'enquête*

14. La Cour de cassation, dans un arrêt du 23 mars 2004<sup>52</sup>, a précisé qu'il appartient au juge d'apprécier l'admissibilité d'une preuve obtenue illicitement à la lumière des articles 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, compte tenu des éléments de la cause prise dans son ensemble, y compris le mode d'obtention de la preuve et les circonstances dans lesquelles l'illicéité a été commise. La Cour de cassation a ajouté que, lors de cette appréciation, le juge peut prendre en considération une ou plusieurs des circonstances suivantes :

- soit que l'autorité chargée de l'information, de l'instruction et de la poursuite des infractions a ou non commis intentionnellement l'acte illicite;
- soit que la gravité de l'infraction dépasse de manière importante l'illicéité commise;
- soit que la preuve obtenue illicitement ne concerne qu'un élément matériel de l'existence de l'infraction.

15. La chambre francophone de la Cour de cassation s'est ralliée à la jurisprudence *Antigone* dans l'arrêt *Manon* du 2 mars 2005<sup>53</sup>. Les faits portaient sur la constatation d'un vol sur un lieu de travail au moyen de vidéosurveillance. Dans cet arrêt, la Cour a ajouté que le juge, pour décider qu'il y a lieu d'admettre des éléments irrégulièrement produits, peut aussi prendre en considération le fait que cette irrégularité soit sans incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée<sup>54</sup>.

## B. Les trois critères de la jurisprudence *Antigone*

16. Rappelons ce que recouvrent les trois critères d'exclusion des preuves irrégulières.

Le premier critère, à savoir la *violation d'une forme prescrite à peine de nullité*, ne se rencontre que dans les rares situations où le législateur sanctionne de nullité l'inobservation de certaines formalités<sup>55</sup>. C'est notamment le cas en matière d'emploi des langues (article 40 de la loi du 15 juin 1935)<sup>56</sup>, d'écoutes téléphoniques (article 90*qua-*

*ter*, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle), d'auditions de témoins sous couvert d'anonymat complet (articles 86*bis*, § 4, et 86*ter*, dernier alinéa, du Code d'instruction criminelle), de saisie immobilière (article 35*bis* du Code d'instruction criminelle), de prestation de serment des témoins entendus à l'audience (articles 155 et 295 du Code d'instruction criminelle).

La rareté des violations de formes prescrites à peine de nullité vient du fait que, historiquement, le Code d'instruction criminelle a été conçu selon l'idée que la violation de formes substantielles entraîne logiquement la nullité. La sanction de nullité n'a donc été inscrite explicitement qu'à titre exceptionnel pour des formes à première vue moins importantes, que le législateur a néanmoins voulu assortir d'une telle sanction<sup>57</sup>.

Compte tenu de l'évolution du droit et des difficultés que soulève le contentieux des nullités, il serait indiqué de revoir, pour tout le Code d'instruction criminelle, la liste des règles prescrites à peine de nullité<sup>58</sup>. Cette démarche aurait le mérite d'apporter davantage de sécurité juridique.

Quant au deuxième critère visant le cas où l'irrégularité *a compromis la fiabilité de la preuve*, il recouvre les hypothèses où l'irrégularité commise entache la valeur intrinsèque de la preuve. Il s'agirait, par exemple, du recours à l'hypnose, à la violence ou à la privation d'aliments ou de repos, ou à des procédés déloyaux pour extorquer un aveu<sup>59</sup>, ou encore de méthodes particulières de recherche non soumises au contrôle de la chambre des mises en accusation<sup>60</sup>.

L'atteinte à la fiabilité de la preuve n'est une cause d'écartement de celle-ci que si elle est imputable à l'illégalité ou à l'irrégularité de l'acte qui en a permis l'obtention<sup>61</sup>.

Plusieurs auteurs<sup>62</sup> ont fait observer, à bon escient, que cette question relève davantage de l'appréciation de la

– soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve;

– soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable » (Cass., 14 octobre 2003, *op. cit.*)

52 Cass., 23 mars 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 500; *R.A.B.G.*, 2004, p. 1061, obs. F. SCHUERMANS; *Vigiles*, 2004, p. 166, obs. F. SCHUERMANS.

53 « Que lorsque l'irrégularité commise ne compromet pas le droit à un procès équitable, n'entache pas la fiabilité de la preuve et ne méconnaît pas une formalité prescrite à peine de nullité, le juge peut, pour décider qu'il y a lieu d'admettre des éléments irrégulièrement produits, prendre en considération, notamment, la circonstance que l'illicéité commise est sans commune mesure avec la gravité de l'infraction dont l'acte irrégulier a permis la constatation, ou que cette irrégularité est sans incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée » (Cass., 2 mars 2005, *op. cit.*, p. 1086).

54 F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », *op. cit.*, pp. 47-51.

55 M.-A. BEERNAERT, H. D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1136; D. DE BÉCO, « Les actes d'instruction prescrits à peine de nullité », in Ivan BOUIOUKLEV et Paul DHAÏEYER (dir.), *La théorie des nullités en droit pénal*, *op. cit.*, pp. 127-147.

56 Voy. B. DEJEMPEPE, « L'emploi des langues dans la justice pénale après la sixième réforme de l'État et quelques autres questions », in Ivan BOUIOUKLEV et Paul DHAÏEYER (dir.), *La théorie des nullités en droit pénal*, *ibid.*, pp. 175-177.

57 Projet de loi modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, rapport fait au nom de la commission de la justice, avis de la Cour de cassation, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2012-2013, n° 5-1924/3, p. 16. Voy. égal. proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, avis du Conseil d'État n° 47 320/2, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2009-2010, n° 52-2163/2, p. 3 (« il importe [...] de tenir compte du fait que, dans l'état actuel des textes, un certain nombre d'irrégularités, portant tant sur la preuve que sur les modes d'obtention de celle-ci, ne prévoient pas formellement la sanction de la nullité, alors que l'importance des garanties prévues par ces textes est d'une nature telle qu'elles ne pourraient recevoir d'autres sanctions que la nullité »).

58 F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », *op. cit.*, p. 33.

59 F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, pp. 428-429.

60 M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1163.

61 Cass., 8 janvier 2014, R.G. n° P.13.1935.F, *Rev. dr. pén. crim.*, 2014, p. 680 (en l'espèce, il s'agissait d'un enregistrement d'une télécommunication à l'insu de l'interlocuteur).

62 D. DE WOLF, « Nieuwe wending in de rechtspraak betreffende de sanctie bij onrechtmatig verkregen bewijs : het cassatiearrest van 14 oktober 2003 », *R.W.*, 2004, p. 1237; F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *op. cit.*, pp. 428-429; Ph. TRAËST, « Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs : het Hof van Cassatie zet de bakens uit », *T. Strafr.*, 2004, p. 137; M.-A. BEERNAERT, H. D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1138.

valeur probante d'une preuve<sup>63</sup> que de sa régularité. Dans ce sens, l'arrêt de la Cour de cassation du 3 avril 2012<sup>64</sup> a d'ailleurs décidé que la fiabilité et la crédibilité de la preuve ne peuvent être examinées par la juridiction d'instruction dès lors que cela relève de l'appréciation de la valeur probante, qui incombe exclusivement au juge du fond.

Un élément de preuve dépourvu de valeur probante doit être écarté par le juge, peu importe qu'il ait été recueilli de manière régulière ou non.

En outre, la question de la fiabilité de la preuve rejoint le droit à un procès équitable<sup>65</sup>, qui s'apprécie par rapport à l'ensemble de la procédure et prend également en compte la qualité de la preuve<sup>66</sup>. Le juge est invité à examiner les circonstances jetant le doute sur la crédibilité ou l'exactitude des éléments de preuve et à évaluer l'influence de l'élément de preuve obtenu irrégulièrement sur l'issue de l'action publique<sup>67</sup>.

Quant au troisième critère, à savoir *l'atteinte au droit à un procès équitable*, qui est le plus souvent invoqué par la défense, il s'apprécie à l'aune de l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, compte tenu de l'ensemble des éléments de la cause, de la manière selon laquelle la preuve a été recueillie et des circonstances dans lesquelles l'irrégularité a été commise<sup>68</sup>. Une preuve irrégulière ne devra pas être écartée si le prévenu a eu la possibilité d'exercer ses droits de la défense, de contredire à tous les stades de la procédure ces éléments de preuve entachés de nullité en remettant en question leur authenticité et en s'opposant à leur utilisation.

La notion du droit à un procès équitable doit être appréciée dans son ensemble, ce qui suppose que le juge doit vérifier si un vice inhérent à un stade de la procédure a pu, ou non, être corrigé par la suite<sup>69</sup>. Cette nécessité d'examiner la cause dans son ensemble a été rappelée, à maintes reprises, par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>70</sup>.

Est ainsi contraire au droit à un procès équitable la preuve obtenue en violation du droit au silence<sup>71</sup>, une perquisition réalisée sur la base d'un mandat dont la motivation est tellement lacunaire qu'il est impossible d'en contrôler l'exécution, une saisie d'objets en l'absence d'inventaire permettant de la contester<sup>72</sup>...

63 Lorsque la loi n'établit pas un mode spécial de preuve, le juge apprécie souverainement la valeur probante des éléments sur lesquels il fonde sa conviction et qui ont régulièrement été soumis au débat contradictoire (Cass., 30 mars 2011, R.G. n° P.10.1940.F).

64 Cass., 3 avril 2012, R.G. n° P.11.2095/N.

65 K. ROSIER, « Surveillance, vie privée et recevabilité de la preuve », in S. GILSON (coord.), *Discipline et surveillance dans la relation de travail*, Limal, Anthemis, 2013, p. 557.

66 Cass., 3 octobre 2012, R.G. n° P.12.0709.F, *Rev. dr. pén. crim.*, 2013, p. 168.

67 *Ibid.*

68 Cass., 29 novembre 2011, *J.T.*, 2012, p. 463, note M.-F. RIGAUX.

69 Cass., 30 avril 2014, *J.T.* 2014, p. 351, note; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1364, note M.-A. BEERNAERT; *Rev. dr. pén. crim.*, 2014, p. 834, note F. LUGENTZ.

70 Voy. not. Cour eur. dr. h., *Khan c. Royaume-Uni*, 12 mai 2000, n° 35394/97, *Rec.*, 2000, V, pp. 305 et s.

71 Cass., 19 juin 2013, *Rev. dr. pén. crim.*, 2013, p. 1021.

72 M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1163.

Nous rejoignons l'opinion d'Adrien Masset selon laquelle « il peut être déploré que le seul guide pour le magistrat soit la notion de procès équitable, notion floue de la procédure pénale par excellence et à la consistance éminemment variable selon que la réflexion se fait par le prévenu, le ministère public et enfin le magistrat »<sup>73</sup>.

Le troisième critère du test *Antigone* est « la porte ouverte à l'incertitude et à la subjectivité », comme le dénonce à bon escient l'avocat général Damien Vandermeersch<sup>74</sup>. Il fait du procès équitable « une machine à laver n'importe quelle irrégularité »<sup>75</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit du principal critère pour décider du sort d'une preuve entachée d'une nullité non textuelle...

### C. Des critères limitatifs

17. Dans un premier temps, à la lecture des arrêts *Antigone* et *Manon*, il était permis de se demander si le juge ne pouvait pas écarter un élément de preuve irrégulièrement obtenu en dehors des trois hypothèses d'exclusion visées dans la jurisprudence *Antigone*. Par la suite, la Cour de cassation<sup>76</sup> a précisé que les trois cas d'exclusion sont limitatifs. Lorsque l'irrégularité d'un élément de preuve ne rentre pas dans l'un de ces cas, le juge ne peut dès lors pas refuser de prendre cet élément en considération.

### D. Des sous-critères

18. La Cour de cassation a énoncé des sous-critères afin d'aider le juge à décider si les éléments de preuve irrégulièrement recueillis doivent être écartés des débats au regard des trois cas repris dans la jurisprudence *Antigone*, et plus particulièrement de l'atteinte au droit à un procès équitable<sup>77</sup>. Ainsi, le juge peut avoir égard aux circonstances suivantes<sup>78</sup> :

- 1) le caractère intentionnel ou inexcusable de l'illicéité commise par l'autorité ;
- 2) le fait que la gravité de l'infraction dépasse de manière importante l'illicéité commise ;
- 3) le fait que la preuve illicite ne concerne qu'un élément matériel de l'existence de l'infraction (et non la culpabilité) ;
- 4) le caractère purement formel de l'irrégularité ou le fait qu'elle soit sans incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée.

19. Selon la Cour de cassation, le fait que le juge ne prenne pas en considération l'ensemble des circonstances citées ne

73 A. MASSET, « Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale : huit ans d'application du test Antigone », *op. cit.*, p. 35.

74 D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence *Antigone* : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », *op. cit.*, p. 445.

75 J. DE CODT, « La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile? », *Rev. dr. pén. crim.*, 2014, p. 264.

76 Cass., 23 mars 2010, R.G. n° P.10.0474.N.

77 Cass., 23 mars 2004, *op. cit.*; Cass., 16 novembre 2004, R.G. n° P.04.0644.N et P.04.1127.N; Cass., 31 octobre 2006, *T. Straf.*, 2007, note F. SCHUERMANS; Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note R. DE BAERDEMAEKER; Cass., 23 mars 2010, R.G. n° P.10.0474.N; Cass., 28 mai 2013, R.G. n° P.13.0066.

78 Cass., 28 mai 2013, R.G. n° P.13.0066.

rend pas, en tant que tel, sa décision irrégulière<sup>79</sup>. Dans l'opération « Calice », la chambre des mises en accusation de Bruxelles avait décidé d'écarter du dossier des pièces saisies lors de perquisitions qualifiées d'irrégulières (il s'agissait en l'espèce d'irrégularités fondées sur le dépassement de la saisine du juge d'instruction). La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser dans cet arrêt que le juge n'est pas tenu, lorsqu'il apprécie si l'utilisation des éléments obtenus à la suite d'une irrégularité a porté atteinte au droit à un procès équitable, de toujours tenir compte du critère du rapport entre la gravité de l'infraction et la gravité de l'irrégularité<sup>80</sup>.

**20.** Le premier sous-critère ne nous semble pas d'une aide déterminante pour le juge amené à statuer sur le sort des preuves irrégulières<sup>81</sup>. En effet, selon l'interprétation de la Cour de cassation elle-même, la circonstance que l'autorité poursuivante ait commis l'illicéité intentionnellement pour obtenir une preuve ne doit pas nécessairement mener à l'exclusion de cette preuve<sup>82</sup>. Par ailleurs, la Cour de cassation a admis qu'une irrégularité commise non intentionnellement, mais de manière inexcusable par des policiers pouvait aussi conduire à l'exclusion de la preuve<sup>83</sup>.

**21.** Quant à la deuxième circonstance qui vise la proportionnalité entre la gravité de l'illicéité commise pour recueillir la preuve et celle de l'infraction constatée, elle appelle également des réflexions critiques. En premier lieu, la condition de proportionnalité se retrouve dans plusieurs dispositions légales régissant le recours à certains modes de preuve plus attentatoires aux libertés fondamentales (notamment les perquisitions et les écoutes téléphoniques). Il est ainsi déjà tenu compte de la gravité des infractions pour lesquelles ces modes de preuve peuvent être utilisés. Ensuite, la justification fondée sur la gravité importante de l'infraction laisse perplexe s'agissant du droit à un procès équitable. Comme l'a relevé la Cour européenne, « c'est face aux peines les plus lourdes que le droit à un procès équitable doit être assuré au plus haut degré possible par les sociétés démocratiques »<sup>84</sup>. De plus, comme le souligne Franklin Kutty, l'appréciation de cette circonstance « conduira à l'occasion le juge à admettre la commission d'infractions ou la méconnaissance de dispositions procédurales dans le chef des forces de l'ordre et à les couvrir, ce qui ne va pas sans poser quelque question du point de vue éthique ou moral »<sup>85</sup>.

**22.** La troisième circonstance porte sur le fait que l'illicéité ne concerne qu'un élément matériel de l'existence

de l'infraction sans établir par elle-même la culpabilité du prévenu<sup>86</sup>. Par exemple, si le cadavre d'un homme assassiné est trouvé lors d'une visite domiciliaire illicite réalisée dans le cadre d'infractions relatives aux stupéfiants, la preuve ne porterait que sur la matérialité du crime<sup>87</sup>. Ainsi compris, ce critère se rapproche de la distinction que la Cour de cassation opérait précédemment entre la dénonciation (c'est-à-dire la communication du délit qui pouvait elle-même résulter d'une infraction) et la preuve de celle-ci (rapportée ultérieurement de façon tout à fait licite par une personne autre que le dénonciateur)<sup>88</sup>. Comme l'a indiqué Franklin Kutty, « ce critère est sans doute le plus nébuleux » et il serait heureux que la Cour en explicite le fondement et en précise la portée<sup>89</sup>.

**23.** Quant au fait que l'irrégularité commise soit sans incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée, ou le caractère purement formel de l'irrégularité, force est toutefois d'admettre que, dans pareil cas, il peut s'agir d'un élément d'appréciation utile, se rapprochant de l'adage civil « pas de nullité sans grief »<sup>90</sup>. Le projet contenant le Code de procédure pénale s'inscrivait dans le même sens en prévoyant que les nullités qui ne sont pas d'ordre public ne soient prononcées que si l'omission ou l'irrégularité dénoncée a nui aux intérêts de la partie qui l'invoque ou à l'équité de la procédure<sup>91</sup>.

Signalons aussi, en matière de chasse, un arrêt du 18 octobre 2005<sup>92</sup> par lequel la Cour d'appel de Liège a confirmé la recevabilité des poursuites dans une cause où l'irrégularité commise dans l'enquête judiciaire pour effectuer des constatations sur un territoire de chasse sans réquisitions préalables n'a pas porté atteinte à la vie privée des prévenus et n'a pas entravé leur droit de contredire librement les éléments produits à leur charge. La cour d'appel a ainsi estimé que leur droit à un procès équitable n'a été en rien compromis.

**24.** Au vu de ce qui précède, l'énoncé des circonstances susmentionnées par la Cour de cassation ne nous semble pas être d'un apport déterminant pour le juge amené à décider de l'écartement ou non de preuves irrégulières<sup>93</sup>.

79 Cass., 5 juin 2012, *Pas.*, 2012, I, n° 363; Cass., 28 mai 2013, R.G. n° P.13.0066.N.

80 Cass., 28 mai 2013, R.G. n° P.13.0066.N.

81 M.-A. BEERNAERT, H. D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 1142.

82 Cass., 31 octobre 2006, *T. Strafr.*, 2007, note F. SCHUERMANS.

83 Cass., 23 septembre 2008, *T. Strafr.*, 2009, p. 151, note F. SCHUERMANS. Il s'agit sans doute du seul cas recensé de jurisprudence où l'application du test *Antigone* a mené à l'exclusion de la preuve. Dans cette cause, il s'agissait d'une perquisition irrégulière menée par des policiers sur la base d'un consentement donné par le propriétaire et non le locataire qui a la jouissance des lieux. Voy. aussi Cass., 26 janvier 2011, *T. Strafr.*, 2011, p. 268, note F. SCHUERMANS; *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 82, note D. DILLENBOURG.

84 Cour eur. dr. h., gr. ch., *Salduz c. Turquie*, 27 novembre 2008, § 54.

85 F. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », op. cit., p. 354.

86 M.-A. BEERNAERT, H. D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 1143.

87 B. DE SMET, « Stromingen in het stelsel van nietigheden - Nieuwe criteria voor de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs », *T. Strafr.*, 2005, p. 257.

88 Cass., 30 mai 1995 Cass., 30 mai 1995, *Rev. dr. pén. crim.*, 1996, p. 118 et *Rev. Cass.*, 1996, p. 150; Ph. TRAEIST, « De internationalisering van het bewijsrecht : over telefoontap en de eisen die aan het in het buitenland verworven bewijs moeten gesteld worden », op. cit., p. 142. Dans cette affaire, les preuves obtenues légalement en Belgique l'avaient été sur la base de renseignements communiqués par la gendarmerie française à la suite d'écoutes téléphoniques illégales.

89 F. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », op. cit., p. 354.

90 H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 1017; B. DE SMET, « Stromingen in het stelsel van nietigheden - Nieuwe criteria voor de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs », op. cit., p. 257.

91 Article 9 du projet de loi contenant le Code de procédure pénale, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2005-2006, n° 2138/001.

92 Liège, 18 octobre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 597.

93 N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUICHE, « Les dernières évolutions concernant les preuves irrégulières en matière pénale », *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques*, Limal, Anthemis, 2013, p. 19.

Plusieurs auteurs se sont livrés à une analyse fouillée de la jurisprudence<sup>94</sup>. Ils relèvent la difficulté d'en dégager des principes clairs et univoques<sup>95</sup>. De plus, deux juges peuvent, en vertu de leur appréciation souveraine, adopter, sur la base des mêmes critères du test *Antigone*, des solutions diamétralement opposées dans des situations factuelles similaires<sup>96</sup>.

Les situations dans lesquelles a été soulevée une irrégularité de la preuve sont diverses : fouilles de personnes<sup>97</sup> et de véhicule<sup>98</sup>, déclarations faites sous serment par un coïnculpé entendu à l'étranger dans le cadre d'une commission rogatoire internationale<sup>99</sup>, surveillance par caméras<sup>100</sup>, perquisitions et visites domiciliaires<sup>101</sup>, identification par analyse ADN<sup>102</sup>, écoutes téléphoniques<sup>103</sup>, poursuites transfrontalières illégales<sup>104</sup>, usage d'une arme à feu de service<sup>105</sup>, intervention de tiers au moyen d'une voiture équipée de caméras afin de constater des infractions de roulage<sup>106</sup>, mandat de perquisition<sup>107</sup>, utilisation d'un courrier confidentiel entre avocats<sup>108</sup> et de la correspondance échangée

entre un avocat et son client<sup>109</sup>, présence d'un caméraman lors d'un devoir d'instruction<sup>110</sup>, recours à des agents infiltrants<sup>111</sup>, observations systématiques de personnes et de lieux<sup>112</sup>, recherches informatiques<sup>113</sup>, auditions vidéo filmées<sup>114</sup>, déclarations auto-incriminantes faites en garde à vue sans l'assistance effective d'un avocat<sup>115</sup>...

## E. Un quatrième critère ?

25. La Cour de cassation, dans un arrêt du 24 avril 2013<sup>116</sup> a ajouté un quatrième critère d'exclusion des preuves irrégulières, dans le cas de violations de formalités substantielles, bien que non prescrites à peine de nullité par la loi, et qui sont relatives à l'organisation judiciaire. Il s'agissait de poursuites du chef de traite des êtres humains. Le prévenu s'est prévalu de la nullité de la preuve découlant d'une visite domiciliaire réalisée avec l'autorisation d'un juge non habilité par la loi (un juge de police en lieu et place d'un juge d'instruction). La Cour a estimé que, dans ce cas, l'irrégularité est substantielle dès lors qu'elle touche à l'organisation des cours et tribunaux au point de vue de la répartition de leurs attributions respectives, précisant qu'une telle 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. Elle a dès lors cassé la décision des juges d'appel qui avaient admis la preuve irrégulière<sup>117</sup>.

Cet arrêt rejoint la distinction prônée par Jean de Codt<sup>118</sup> selon que les formalités substantielles touchent ou non à l'organisation des cours et tribunaux. Selon l'auteur, seules

- 94 F. SCHUERMANS, « *Antigoon geen vrijgeleide voor onbehoorlijk politieoptreden : trekt cassatie de teugels aan?* », *T. Strafr.*, 2009, p. 151 ; A. MASSET, « Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale : huit ans d'application du test *Antigone* », *op. cit.*, pp. 11-34.
- 95 Ch. DE VALKENEER, « Les règles substantielles de la procédure pénale : la jurisprudence *Antigoon* s'enrichit d'un nouveau critère ou la construction tortueuse d'un régime de preuve aux voies assez impénétrables », *Rev. dr. pén. crim.*, 2013, p. 1017.
- 96 Cass., 8 novembre 2005, R.G. n° P.05.1106.N et Cass., 21 novembre 2006, R.G. n° P.06.0806.N ; M.-A. BEERNAERT, H. D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1146 ; D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence *Antigoon* : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », *op. cit.*, p. 17.
- 97 Mons, 8 septembre 2010, *Dr. pén. entr.*, 2011, p. 63, note J.-P. LETE.
- 98 Cass., 14 octobre 2003, *op. cit.*
- 99 Cass., 23 mars 2004, *op. cit.*
- 100 Cass., 9 juin 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 1260 ; Cass., 2 mars 2005, *op. cit.* ; Anvers, 26 octobre 2005, *T. Strafr.*, 2006, p. 31, note F. VERBRUGGEN ; Cass., 17 mars 2010, R.G. n° P.09.1691.F. Voy. aussi Corr. Charleroi, ch. vac., 8 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1477 (le fait que le placement de caméras de surveillance ne réponde que partiellement aux conditions imposées par la loi du 21 mars 2007 réglant l'installation et l'utilisation de caméras n'entraîne ni l'irrecevabilité des poursuites ni la nullité des preuves ainsi recueillies. Aucune forme prescrite à peine de nullité n'a, en effet, été violée, la fiabilité de la preuve n'est pas mise en cause et le droit du prévenu à un procès équitable n'a pas été méconnu).
- 101 Cass., 16 novembre 2004, *op. cit.* ; Cass., 4 décembre 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 110, note B. DE SMET ; Anvers, 23 avril 2008, *Vigiles*, 2009, livr. 1, p. 30, note S. DE DECKER ; Cass., 23 septembre 2008, *T. Strafr.*, 2009, p. 151, note F. SCHUERMANS ; Anvers, 2 octobre 2009, *T. Strafr.*, 2010, p. 54, note F. SCHUERMANS.
- 102 Cass., 25 mai 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 1020 ; *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 1297, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1408.
- 103 Cass., 5 octobre 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 1817, *Rev. dr. pén. crim.*, 2006, p. 208, *T. Strafr.*, 2006, p. 20, note P. VANWALLEGHEM ; Cass., 19 juin 2007, *T. Strafr.*, 2008, p. 41, note.
- 104 Cass., 12 octobre 2005, *J.T.*, 2006, p. 109 ; *J.L.M.B.*, 2006, p. 585 ; *Rev. dr. pén.*, 2006, p. 211 ; *T. Strafr.*, 2006, p. 25, note F. VERBRUGGEN.
- 105 Corr. Gand, 19 octobre 2005, *T. Strafr.*, 2006, p. 33, note F. SCHUERMANS et Gand, 20 septembre 2007, *T. Strafr.*, 2007, p. 396, note F. SCHUERMANS.
- 106 Cass., 8 novembre 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2006, p. 672.
- 107 Cass., 15 novembre 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 2254 ; Gand, ch. mis. acc., 1<sup>er</sup> décembre 2009, *Juristenkrant*, 2010, livr. 214, p. 6 ; Liège, 10 mai 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1290.
- 108 Corr. Termonde, 13 février 2006, *T. Strafr.*, 2006, p. 157, note.

109 Bruxelles, ch. mis. acc., 26 janvier 2011, *J.T.*, 2011, p. 541, note N. COLETTE-BASECQZ. La chambre des mises en accusation a écarté du dossier pénal les courriers confidentiels adressés par un avocat à son client ainsi que les procès-verbaux des enquêteurs exploitant ces pièces. Elle a constaté que l'usage d'une telle preuve recueillie en violation du secret professionnel compromettrait, dans ces circonstances, le droit des inculpés à un procès équitable.

110 Corr. Termonde, 29 mars 2006, *T. Strafr.*, 2007, p. 123, note. Voy. égal., concernant la présence d'un caméraman qui a filmé les infractions en matière de roulage, Cass., 21 novembre 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 2437.

111 Cass., 31 octobre 2006, *op. cit.*

112 Cass., 27 juin 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 1369.

113 Bruxelles, 26 juin 2008, *T. Strafr.*, 2008, p. 467, note.

114 Corr. Verviers, 6 novembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 468, note O. MICHIELS.

115 Cass., 15 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 118, note L. KENNES ; *J.T.*, 2011, p. 48, obs. La Cour de cassation a conclu à une violation de l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la Convention européenne des droits de l'homme. Il s'agit d'une première application en droit belge de l'enseignement de la jurisprudence *Salduz* de la Cour européenne.

116 Cass., 24 avril 2013, *J.T.*, 2013, p. 416, avec les conclusions de l'avocat général D. Vandermeersch, note L. KENNES ; *Rev. dr. pén. crim.*, 2013, p. 998, note Ch. DE VALKENEER. Voy. égal. Ch.-E. CLESSE, note sous Cass., 24 avril 2013, *Chr. D.S.*, 2014, n° 8, pp. 31-33. Notons que, dans cette affaire dite *de l'hôtel Conrad*, la Cour de cassation a été saisie, pour la seconde fois, d'un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles.

117 La Cour de cassation, dans cet arrêt, a aussi appliqué le principe d'indivisibilité de l'illégalité, contrairement aux conclusions de l'avocat général Damien Vandermeersch. Pour une critique de cette indivisibilité, voy. Ch. DE VALKENEER, « Les règles substantielles de la procédure pénale : la jurisprudence *Antigoon* s'enrichit d'un nouveau critère ou la construction tortueuse d'un régime de preuve aux voies assez impénétrables », *op. cit.*, p. 1013.

118 J. DE CODT, « Preuve pénale et nullités », *op. cit.*, pp. 642-648.



les violations des premières seraient sanctionnées de nullité. Il cite plusieurs exemples, dont le cas du juge d'instruction qui accomplit un acte dans une cause où il est intervenu précédemment comme magistrat du ministère public, une instruction ouverte sur dénonciation de l'inspection spéciale des impôts sans autorisation préalable du directeur régional... En ce qui concerne les violations d'une forme substantielle ne touchant pas à l'organisation judiciaire, leur sanction dépendrait du contexte de la violation, de son objet et de son incidence sur le droit à un procès équitable<sup>119</sup>.

L'ajout de ce nouveau critère fondé sur les formalités substantielles qui touchent à l'organisation des cours et tribunaux n'est pas sans incidence sur la cohérence de la jurisprudence *Antigone* elle-même. Comme l'a relevé l'avocat général Damien Vandermeersch dans ses conclusions contraires précédant l'arrêt du 24 avril 2013 de la Cour de cassation, « une telle position risque de déboucher sur une situation paradoxale en matière de perquisitions : 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 jurisprudence dite *Antigone*, tandis qu'une perquisition ordonnée ou autorisée par un juge, mais irrégulière parce que ce juge s'avérerait incompétent, serait irrémédiablement inadmissible ».

Laurent Kennes souligne que « (...) sur un débat aussi sensible, il ne faut pas négliger que la décision intervenue a été prononcée par la deuxième chambre francophone de la Cour de cassation, et non par les chambres réunies. Rien n'indique que la section néerlandophone adoptera une même position, et cela même si, de manière générale, la Cour a le souci d'adopter au fil du temps une position cohérente »<sup>120</sup>.

Sans attendre cet arrêt, une partie importante de la doctrine a mis en avant que, s'agissant de formalités essentielles à l'administration d'une bonne justice, elles devraient être assimilées aux formalités prescrites à peine de nullité et entraîner la nullité de la preuve<sup>121</sup>. À l'appui de ce raisonnement, il a été notamment rappelé que la

Cour de cassation vérifie si les formalités « substantielles ou prescrites à peine de nullité » ont été observées<sup>122</sup>.

### III. La portée de la jurisprudence *Antigone*

#### A. Application par les juridictions de jugement et d'instruction

26. L'obligation de procéder au test *Antigone* s'impose aux juridictions d'instruction comme aux juridictions de jugement. Si celles-ci sont souveraines<sup>123</sup> dans l'appréciation du sort des preuves irrégulières, elles sont toutefois tenues de justifier leur décision par référence aux critères d'exclusion du test *Antigone*<sup>124</sup>. Le juge qui déciderait d'écarter une preuve irrégulière, alors que selon le test *Antigone*, elle ne devait pas l'être, pourrait ainsi voir sa décision censurée par la Cour de cassation.

Nous avons rappelé que la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation, dans le cadre du règlement de procédure, peuvent prononcer la nullité et l'écartement d'un élément de preuve irrégulièrement obtenu. Lorsqu'elle contrôle la régularité de la procédure, la chambre des mises en accusation est aussi amenée à user des mêmes prérogatives<sup>125</sup>. La Cour de cassation a déjà cassé plusieurs arrêts de la chambre des mises en accusation qui n'avaient pas fait application du test *Antigone*. Ont ainsi été censurées des décisions qui écartaient une perquisition irrégulière, sans s'interroger au préalable, en fonction des trois critères d'exclusion de la preuve, sur l'incidence de l'irrégularité sur le droit à un procès équitable<sup>126</sup>.

27. La Cour de cassation a toutefois nuancé l'application de la jurisprudence *Antigone* aux juridictions d'instruction depuis un arrêt du 3 avril 2012<sup>127</sup>. Elle a ainsi décidé que, sauf dans le cas de la violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, la pièce irrégulière ne peut être écartée du dossier que si le juge constate que l'irrégularité met en péril le droit à un procès équitable. Par contre, selon la Cour, la fiabilité et la crédibilité de la preuve (deuxième critère du test *Antigone*) ne peuvent être examinées par la juridiction d'instruction dès lors que cela relève de l'appréciation de la valeur probante, qui incombe exclusivement au juge du fond. Il s'ensuit que la Cour restreint l'application du test *Antigone* par les juridictions d'instruction aux cas où

119 *Ibid.* Voy. aussi Cass., 26 janvier 2011, *T. Straft.*, 2011, p. 268, note F. SCHUERMANS. En l'espèce, il s'agissait de la preuve d'une infraction recueillie par un agent forestier en dehors du champ de sa compétence territoriale. La Cour de cassation a cassé l'arrêt attaqué au motif qu'il ne constate pas que la fiabilité de la preuve est compromise par l'illégalité dénoncée, que celle-ci compromettrait une valeur supérieure à l'efficacité de la justice pénale ou porterait atteinte à un droit protégé par la norme transgressée, que les droits de la défense ont été vidés de leur substance par suite de l'intervention de l'agent en dehors de son triage, que l'action de cet agent sans compétence fut intentionnelle ou relève d'une erreur inexcusable, ou que l'irrégularité soit plus grave que l'infraction qu'elle prouve.

120 L. KENNES, « La question des compétences réservées au juge d'instruction échappe au contrôle *Antigone* », *J.T.*, 2013, p. 421, note sous Cass., 24 avril 2013.

121 D. DE WOLF, « Nieuwe wending in de rechtspraak betreffende de sanctie bij onrechtmatig verkregen bewijs : het cassatiearrest van 14 oktober 2003 », *op. cit.*, p. 1237; F. SCHUERMANS, « De nieuwe casatie rechtspraak inzake sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs : doorbrak of bres? », *R.A.B.G.*, 2004, pp. 345-346; F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *op. cit.*, p. 427; F. KUTY, « Le droit de la preuve au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *op. cit.*, pp. 80-81; M.-A. BEERNAERT, H. D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1137.

122 Voy. égal. P. DHAeyer, « Le régime général des nullités des preuves irrégulières en Belgique et à l'étranger », in Ivan BOUIOUKLIÉV et Paul DHAeyer (dir.), *La théorie des nullités en droit pénal*, *op. cit.*, pp. 12-13. Selon l'auteur, la question des autorités judiciaires de poursuites et d'instruction touche à la séparation des pouvoirs et aux fondements mêmes de l'État de droit.

123 Ch. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET et S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hooflijnen*, 9<sup>e</sup> éd., Anvers, Maklu, 2014, p. 1307.

124 M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1164.

125 Cass., 4 décembre 2007, *op. cit.*

126 Pour des illustrations, voy. not. Cass., 12 octobre 2005, *op. cit.*; Cass., 8 novembre 2005, R.G. n° P05.1106.N; Cass., 4 décembre 2007, *op. cit.*

127 Cass., 3 avril 2012, R.G. n° P11.2095.N.

l'irrégularité résulte d'une formalité prescrite à peine de nullité ou met en péril le droit à un procès équitable.

**28.** La Cour de cassation, dans un arrêt du 20 septembre 2006, a refusé de censurer un arrêt de la chambre des mises en accusation auquel le demandeur faisait grief de ne pas annuler tous les autres actes d'instruction accomplis par le magistrat instructeur après qu'il avait, devant une commission parlementaire, tenu des propos pouvant entraîner un doute légitime sur son aptitude à instruire de manière impartiale. La Cour de cassation a relevé que le demandeur n'a pas soutenu dans ses conclusions d'appel et que le moyen n'allègue pas que les actes d'instruction dont il dénonce le maintien au dossier et sur la régularité desquels les juges d'appel avaient à statuer constitueraient le soutènement de la décision relative aux charges retenues à son égard.

Dans le même sens, dans un arrêt du 17 mars 2010<sup>128</sup>, la Cour de cassation a précisé que : « à supposer que la preuve des faits ait été recueillie en violation des dispositions précitées de la loi du 8 décembre 1992, le demandeur n'a pas soutenu devant les juges d'appel et ne soutient pas devant la Cour que cette irrégularité a compromis son droit à un procès équitable, entaché la fiabilité de la preuve ou méconnu une formalité prévue à peine de nullité ».

Il peut dès lors être conseillé aux avocats de développer leurs arguments de manière complète en application des critères du test *Antigone*.

## B. Les preuves spécialement réglementées

**29.** Dans le domaine des preuves spécialement réglementées (telles les analyses ADN, le contrôle de l'alcoolémie...) <sup>129</sup>, pour lesquelles le législateur a édicté des conditions ou des formalités de nature à garantir la qualité intrinsèque de la preuve, la Cour de cassation <sup>130</sup> considérait que le test *Antigone* n'était pas d'application en cas de non-respect de ces conditions ou formalités substantielles <sup>131</sup>. Cependant, la Cour de cassation avait pris soin d'ajouter que toutes les formalités ne sont pas substantielles.

## IV. L'aval de la Cour européenne et de la Cour constitutionnelle

**30.** La jurisprudence *Antigone* a reçu l'aval de la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *Lee Davies*

*c. Belgique* rendu le 28 juillet 2009<sup>132</sup>. Les faits se rapportaient à une perquisition illégale ayant mené à la découverte d'un trafic de drogue.

La Cour européenne a d'abord rappelé sa jurisprudence constante<sup>133</sup> selon laquelle c'est au droit interne qu'il revient de régler l'admissibilité des preuves, celles-ci ne faisant pas l'objet de dispositions spécifiques de la Convention. Elle a ensuite ajouté qu'elle peut toutefois être amenée à examiner si la procédure, dans son ensemble, a été équitable, en ce compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis. C'est donc sous l'angle de l'article 6 de la Convention européenne que la Cour a placé son analyse. La Cour européenne, à l'unanimité des juges composant la chambre, a d'abord relevé que les circonstances dans lesquelles les éléments de preuve litigieux ont été recueillis ne font aucunement douter de leur fiabilité ou de leur exactitude. Elle a ensuite ajouté que le requérant s'est vu offrir la possibilité de contester, devant les trois degrés de juridiction de l'ordre interne les éléments recueillis et les constatations faites et de s'opposer à leur utilisation. La Cour a conclu que les éléments de preuve recueillis de manière irrégulière n'avaient pas porté atteinte aux exigences du procès équitable<sup>134</sup>.

Dans l'appréciation du caractère équitable de la procédure, la Cour européenne a estimé que lorsque la preuve obtenue est très solide et ne prête à aucun doute, le besoin d'autres éléments à l'appui devient moindre<sup>135</sup>. Elle retient aussi la qualité de l'élément de preuve, y compris le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de sa fiabilité ou de son exactitude, ainsi que le critère de proportionnalité<sup>136</sup>. Il a ainsi été considéré que le poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction et à la sanction de son auteur peut être pris en considération et mis en balance avec l'intérêt de l'individu à ce que les preuves à charge soient recueillies légalement. Cependant, comme l'a rappelé la Cour, les préoccupations d'intérêt

<sup>132</sup> Cour eur. dr. h., 28 juillet 2009, *Lee Davies c. Belgique*, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, p. 312, note N. COLETTE-BASECQZ; *R.A.B.G.*, 2010, p. 17, note F. SCHUERMANS. *Voy. égal.* F. NICAISE, « L'admissibilité de la preuve en droit pénal », *Le pli juridique*, 2010, n° 13, pp. 4-9.

<sup>133</sup> Cour eur. dr. h., *Schenk c. Suisse*, 12 juillet 1988, série A, n° 140, §§ 45-46; Cour eur. dr. h., *Heglas c. République tchèque*, n° 5935/02, 1<sup>er</sup> mars 2007, § 86, citant aussi Cour eur. dr. h., *Khan c. Royaume-Uni*, n° 35394/97, 12 mai 2000, *Rec.*, 2000, V, pp. 305 et s., §§ 35 et 37, et Cour eur. dr. h., *Allan c. Royaume-Uni*, n° 48539/99, 5 novembre 2002, *Rec.*, 2002, IX, pp. 65 et s., § 43.

<sup>134</sup> Dans de nombreux arrêts, la Cour européenne a considéré qu'une preuve recueillie en méconnaissance du droit au respect à la vie privée n'est pas nécessairement incompatible avec le droit à un procès équitable, conduisant à la non-violation de l'article 6 de la Convention au motif que le requérant avait eu la possibilité de contredire ces preuves. *Voy. Cour eur. dr. h., Khan c. Royaume-Uni, op. cit.*; Cour eur. dr. h., *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, n° 48539/99, 25 septembre 2001; Cour eur. dr. h., *Allan c. Royaume-Uni, op. cit.*; Cour eur. dr. h., *Heglas c. République tchèque, op. cit.*; Cour eur. dr. h., *Bykov c. Russie*, 10 mars 2009, n° 4378/02.

<sup>135</sup> Cour eur. dr. h., *Heglas c. République tchèque, op. cit.*, § 86, citant aussi Cour eur. dr. h., *Khan c. Royaume-Uni, op. cit.*, §§ 35 et 37, et Cour eur. dr. h., *Allan c. Royaume-Uni, op. cit.*, § 43.

<sup>136</sup> Cour eur. dr. h., *Jalloh c. Allemagne*, 11 juillet 2006, *T. Straf.*, 2006, p. 293 (dans cet arrêt, la Cour européenne a conclu à une violation des articles 3 et 6 de la Convention dans le cas de l'utilisation comme preuve des stupéfiants recueillis à la suite des vomissements du requérant provoqués par l'administration de force d'un émétique); Cour eur. dr. h., *Heglas c. République tchèque, op. cit.*, § 87.

<sup>128</sup> Cass., 17 mars 2010, R.G. n° P09.1691.F.

<sup>129</sup> Cass., 25 mai 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 1020; *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 1297; *J.L.M.B.*, 2005, p. 1408; Cass., 26 novembre 2008, *J.T.*, 2008, p. 741; Pol. Verviers, 27 mars 2007, *J.J. Pol.*, 2007, p. 141. *Voy. égal.* A. MASSET, « Preuves pénales irrégulières ou illégales : quelles conséquences en droit de la circulation routière? », *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Bruxelles, la Charte, 2012, n° 17, pp. 149-190; A. T'KINT, « La preuve légale en matière de circulation routière et la Cour de cassation », *J.T.*, 2013, p. 205; P. ANDRIEN, « La preuve de la conduite en état d'imprégnation alcoolique et l'appareil Dräger », *For. ass.*, 2012, p. 197.

<sup>130</sup> Cass., 25 mai 2005, *Pas.*, 2005, I, n° 297.

<sup>131</sup> M.-A. BEERNAERT, H. D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale, op. cit.*, p. 1128; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale, op. cit.*, pp. 1155-1156.

général ne sauraient justifier des mesures qui videraient de leur substance les droits de la défense du requérant<sup>137</sup>.

L'arrêt *Lee Davies* s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence strasbourgeoise<sup>138</sup>. En effet, à plusieurs reprises, la Cour européenne a admis qu'une preuve recueillie en méconnaissance du droit au respect à la vie privée n'est pas nécessairement incompatible avec le droit à un procès équitable<sup>139</sup>.

En revanche, est contraire au droit à un procès équitable, selon la Cour européenne, l'utilisation d'une preuve recueillie au moyen de la torture<sup>140</sup>. En ce qui concerne les traitements inhumains et dégradants également visés à l'article 3 de la Convention, la Cour européenne a adopté une position plus nuancée. Dans l'arrêt *Gäfgen*<sup>141</sup>, elle a consacré la « théorie de la rupture de la chaîne de causalité », permettant la prise en compte des preuves illégales ou irrégulières dans la mesure où elles n'avaient pas eu d'impact sur la reconnaissance de culpabilité et sur la peine. Il s'agissait d'une déclaration extorquée au moyen d'un traitement inhumain, mais qui n'a pas joué dans le verdict de culpabilité et la peine prononcés contre le requérant. En l'espèce, il a été jugé que les deuxièmes aveux du requérant formulés lors de son procès étaient, en soi, suffisants pour fonder le verdict de culpabilité. La Cour européenne a dès lors considéré qu'il n'avait pas été porté atteinte au droit à un procès équitable<sup>142</sup>. Comme le relèvent, de façon critique et à juste titre, Olivier Michiels et Ann Jacobs, « l'on peut se demander si le prévenu était encore en mesure d'adopter une autre ligne de défense dès l'instant où les éléments matériels accablants, qu'il n'a pu faire écarter du procès, établissaient sans le moindre doute sa culpabilité dans l'assassinat »<sup>143</sup>. Et les auteurs de conclure : « N'aurait-il pas fallu poursuivre le procès en se fondant exclusivement sur des éléments de preuve

matériels non viciés par la violation de l'article 3 de la Convention? »<sup>144</sup>.

31. Dans le même sens que cet arrêt *Lee Davies*, la Cour constitutionnelle, dans un arrêt du 22 décembre 2010<sup>145</sup>, a estimé que la jurisprudence *Antigone* n'était pas contraire aux dispositions constitutionnelles.

La Cour constitutionnelle a jugé que le simple fait que le non-respect de l'article 34, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police ne conduise pas automatiquement à la nullité de la preuve ainsi obtenue ne peut être considéré en soi comme une limitation disproportionnée des droits des personnes faisant l'objet d'un contrôle d'identité illégal. Elle a ajouté que ni les articles 12 et 22 de la Constitution, ni les articles 6, § 1<sup>er</sup>, et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'exigent la « nullité automatique » d'éléments de preuve obtenus illicitement. Au demeurant, la disposition en cause n'empêche pas le juge de ne pas prendre en compte la preuve obtenue – en méconnaissance de cette disposition – si l'illicéité 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.

## V. Un premier ancrage de la jurisprudence *Antigone* pour les preuves recueillies à l'étranger

32. La jurisprudence *Antigone* a reçu, de façon assez précipitée<sup>146</sup>, après une seule année d'application et sans débat parlementaire approfondi, un premier ancrage légal pour les preuves recueillies à l'étranger. L'article 13 de la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle énonce ainsi : « 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 »<sup>147</sup>.

137 N. COLETTE-BASECQZ, « L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable : la jurisprudence *Antigone* sous la loupe de la Cour européenne des droits de l'homme », note sous Cour eur. dr. h., 28 juillet 2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, p. 329.

138 Voy. S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, *La preuve en matière pénale*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 244-281 ; M.-A. BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : nouvel état de la question », in Ivan BOUIOUKLIEV et Paul DHAeyer (dir.), *La théorie des nullités en droit pénal*, op. cit., pp. 69-90.

139 Cour eur. dr. h., *Heglas c. République tchèque*, op. cit. ; Cour eur. dr. h., *Bykov c. Russie*, op. cit. ; Cour eur. dr. h., *Khan c. Royaume-Uni*, op. cit. ; Cour eur. dr. h., *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, op. cit.

140 Cour eur.dr. h., *Jalloh c. Allemagne*, op. cit., §§ 94-96.

141 Cour eur. dr. h., *Gäfgen c. Allemagne*, 1<sup>er</sup> juin 2010, *T. Strafr.*, 2011, p. 46, obs. T. SPONKEN, « De zaak *Gäfgen* : de dilemma's van het folterverbod » ; O. MICHIELS et A. JACOBS, « L'admissibilité des preuves obtenues en violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. pén. crim.*, 2011, pp. 292-307 ; O. MICHIELS et 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 *Gäfgen* », *J.T.*, 2011, pp. 157-158. Pour une analyse critique de cette jurisprudence, voy. S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, *La preuve en matière pénale*, op. cit., pp. 153-176.

142 N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, « Les dernières évolutions concernant les preuves irrégulières en matière pénale », op. cit., p. 28.

143 O. MICHIELS et 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 *Gäfgen* », op. cit., p.158.

144 *Ibid.*

145 C. const., 22 décembre 2010, n° 158/2010. La Cour constitutionnelle a prononcé un deuxième arrêt allant dans le même sens (C. const., 27 juillet 2011, n° 139/2011).

146 Ch. DE VALKENEER, « Que reste-t-il du principe de légalité de la preuve? Variations autour de quelques arrêts récents de la Cour de cassation », note sous Cass., 2 mars 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 695.

147 Pour une application, voy. Cass., 3 avril 2012, *Pas.*, 2013, n° 212 ; Bruxelles, 6 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 406, note O. MICHIELS et G. FALQUE (les auditions de suspects français, placés en garde à vue et entendus sous serment en France, qui ont été recueillies en exécution de commissions rogatoires internationales adressées par le juge d'instruction belge aux autorités judiciaires françaises ne portent pas atteinte ni aux droits de la défense ni à leur droit à un procès équitable).



Notons que l'examen de preuves recueillies à l'étranger dont l'utilisation viole le droit à un procès équitable ne doit pas s'effectuer sur la base du droit étranger, à l'inverse des autres causes d'exclusion qui exigent le constat préalable de leur irrégularité au regard du droit de l'État dans lequel les éléments de preuve ont été recueillis<sup>148</sup>.

La Cour de cassation a aussi précisé que le juge pénal doit apprécier la légalité de la preuve obtenue à l'étranger en examinant si la loi étrangère autorise le moyen utilisé, si 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 qui sont directement applicables dans l'ordre juridique national et si la preuve a été obtenue conformément au droit étranger. Le juge ne doit pas examiner spécifiquement si le règlement interne étranger est conforme à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>149</sup>.

Selon les travaux préparatoires de la loi du 9 décembre 2004, l'exclusion des preuves obtenues irrégulièrement à l'étranger ne doit s'appliquer que si l'irrégularité est d'une certaine gravité<sup>150</sup>. Cette précision ne se retrouve toutefois pas dans le texte de la loi.

## VI. La loi du 24 octobre 2013

**33.** L'opportunité de légiférer sur la nullité de la preuve en matière pénale pouvait se comprendre dans un souci de renforcer la sécurité juridique et de laisser au seul législateur le soin de déterminer les cas dans lesquels une preuve irrégulièrement recueillie devait être écartée. Le chemin législatif pour y arriver ne fut toutefois pas rectiligne<sup>151</sup>. Le député Renaat Landuyt a pris l'initiative de déposer une proposition de loi<sup>152</sup> qui fera l'objet d'un amendement<sup>153</sup> multipartite déposé le 29 novembre 2012. La Chambre n'a pas adopté les amendements déposés au Sénat visant

à traduire, à la demande de la commission de la justice du Sénat, l'avis critique rendu par la Cour de cassation<sup>154</sup>.

**34.** La loi du 24 octobre 2013 modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités<sup>155</sup> consacre désormais, dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale, les critères de la jurisprudence *Antigone*. Un chapitre VII, intitulé « Des nullités », a été inséré dans le titre préliminaire. Il est composé d'une disposition unique, l'article 32, qui énonce : « 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 ».

### A. Loi de procédure

**35.** La Cour de cassation, dans un arrêt du 14 mai 2014<sup>156</sup>, a précisé que dans la mesure où il s'agit d'une loi de procédure, l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale est d'application immédiate aux causes non encore jugées définitivement ou prescrites au moment de son entrée en vigueur<sup>157</sup>.

### B. Liste « fermée »

**36.** Nous pouvons relever qu'à la différence de la loi du 9 décembre 2004 susmentionnée, la loi du 24 octobre 2013 a fait choix d'une liste « fermée » de trois critères. La formulation de l'article 13 de la loi du 9 décembre 2004 laisse quant à elle au juge la possibilité d'écarter, pour d'autres motifs, une preuve obtenue à l'étranger, ce qui n'est pas le cas de la nouvelle législation sur les nullités<sup>158</sup>. La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de préciser que la nullité d'un élément de preuve irrégulièrement obtenu ne pouvait être décidée que dans les seuls trois cas visés dans l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale<sup>159</sup>. Dans

148 Voy. F. LUGENTZ, « Entraide judiciaire internationale en matière pénale - L'examen de la régularité des preuves recueillies à l'étranger au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation à propos de l'administration de la preuve », *Rev. dr. pén. crim.*, 2014, p. 854.

149 Cass., 8 mai 2007, R.G. n° P07.129.N.

150 Projet de loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 1278/001, p. 19.

151 Pour une présentation de la genèse de la loi, voy. N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, « Les dernières évolutions concernant les preuves irrégulières en matière pénale », *op. cit.*, pp. 29-42; D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence *Antigone* : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », *op. cit.*, pp. 50-56.

152 Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2009-2010, n° 52-2163/1. À la demande du président de la Chambre, la section de législation du Conseil d'État a rendu un avis sur cette proposition de loi le 16 novembre 2009 (proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, avis du Conseil d'État n° 47 320/2, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2009-2010, n° 52-2163/2). Voy. égal. proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2009-2010, n° 53-41/1.

153 Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, amendement n° 1, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2011-2012, n° 53-41/2.

154 Projet de loi modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, avis de la Cour de cassation, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2012-2013, n° 5-1924/3, pp. 15-19.

155 *M.B.*, 12 novembre 2013.

156 Cass., 14 mai 2014, R.G. n° P14.0186.F, *J.T.*, 2014, p. 390, avec les conclusions de l'avocat général D. Vandermeersch; *Rev. dr. pén. crim.*, 2014, p. 953.

157 Adrien Masset avait toutefois fait observer, à bon escient, « qu'il tombe sous le sens que si le quatrième critère, admissible sous la jurisprudence *Antigone*, est un critère autonome et si la loi nouvelle du 24 octobre 2013 ne permet plus de recourir à ce quatrième critère autonome, alors, assurément, la loi nouvelle doit être considérée comme instaurant un régime répressif plus sévère » (A. MASSET, « Le régime des nullités en procédure pénale », *op. cit.*, p. 123).

158 J. DE CORDT, « La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile? », *op. cit.*, pp. 249-250.

159 Voy. Cass., 10 juin 2014, R.G. n° P14.0282.N. Dans un cas de dépassement de sa saisine par le juge d'instruction, la Cour de cassation a relevé que l'interdiction pour celui-ci d'instruire des faits autres que ceux dont il a été saisi n'est pas prescrite à peine de nullité. Le juge ne peut dès lors déclarer nulle la preuve obtenue à la suite de ce dépassement ou l'exclure d'une autre manière que lorsqu'il précise comment et pourquoi cette irrégularité a soit entaché la fiabilité de la preuve, soit eu pour conséquence que l'usage de cette preuve est contraire au droit à un procès équitable.

un arrêt du 28 mai 2014<sup>160</sup>, il s'agissait de faits de stupéfiants pour lesquels un prévenu avait été acquitté par la Cour d'appel de Liège au motif que les auditions précédaient de l'exploitation de données de téléphonie alors que le repérage téléphonique n'avait été précédé d'aucune ordonnance motivée préalable du juge d'instruction prise sur pied de l'article 88bis du Code d'instruction criminelle. La Cour de cassation, sur conclusions conformes de l'avocat général Vandermeersch, a cassé l'arrêt attaqué en rappelant que le juge ne peut décider de la nullité d'un élément irrégulièrement recueilli qu'en se conformant aux trois critères de l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale<sup>161</sup>.

Dans des dossiers mixtes contenant à la fois des preuves recueillies en Belgique et à l'étranger, il serait difficile d'admettre, sous peine de créer une rupture du principe d'égalité, que les unes répondront à des critères différents des autres quant au contrôle de leur régularité, selon la loi applicable<sup>162</sup>.

### C. Que reste-t-il des sous-critères ?

37. Dès lors que le législateur a choisi de conférer un ancrage légal à la jurisprudence *Antigone*, les sous-critères ne lui ont pas paru devoir être intégrés dans le texte de loi, parce que ce dernier ne peut enfermer la notion étendue de « procès équitable »<sup>163</sup>. Le fait que les sous-critères ne soient pas repris dans le texte de la nouvelle loi n'empêche toutefois pas le juge d'en tenir compte dans son appréciation du critère de l'atteinte au droit à un procès équitable.

### D. Rejet du quatrième critère

38. La loi du 24 octobre 2013 n'a pas non plus retenu le quatrième critère d'exclusion des preuves irrégulières tel que la Cour de cassation l'avait énoncé dans son arrêt du 24 avril 2013<sup>164</sup>. Le rejet par la chambre de l'amendement visant à introduire ce critère s'explique, selon Jean de Codt, par le fait que « même les nullités substantielles touchant à l'organisation des cours et tribunaux sont, quant à l'admissibilité de la preuve, solubles dans le procès équitable »<sup>165</sup>. Les discussions parlementaires font apparaître la crainte de s'enliser dans un trop grand formalisme<sup>166</sup>.

Les violations de formalités substantielles relatives à l'organisation des cours et tribunaux devront dès lors

être examinées à la lumière des trois critères du test *Antigone* expressément reproduits dans la loi<sup>167</sup>. C'est la voie qu'avait suivie la Cour de cassation, dans l'affaire « Calice », précédemment évoquée, dans laquelle il avait été décidé d'écarter du dossier des pièces saisies lors de perquisitions qualifiées d'irrégulières en raison du dépassement de la saisine du juge d'instruction<sup>168</sup>. Dans le même sens, la Cour d'appel de Liège a jugé que l'usage d'éléments de preuve recueillis par un magistrat dont la qualité de juge d'instruction n'est pas démontrée au regard des exigences légales est contraire au droit à un procès équitable dès lors qu'il viole les droits de la défense. Cela a justifié, selon la cour d'appel, d'écarter ces éléments de preuve, nonobstant le fait que la loi du 24 octobre 2013 ne retient pas la violation d'une forme substantielle touchant à l'organisation judiciaire comme cause de nullité<sup>169</sup>.

### E. La preuve légale

39. Contrairement à ce qui était admis par la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>170</sup>, le nouvel article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale n'opère pas de distinction selon que la preuve est rapportée librement ou par un mode spécialement réglementé<sup>171</sup>.

Il en résulte que l'examen de la régularité des preuves dites « légales » devra s'effectuer à l'aune des trois critères repris dans la loi. La Cour de cassation, dans un arrêt du 22 janvier 2014<sup>172</sup>, a jugé que l'installation d'une zone d'exclusion judiciaire telle que prévue par l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté royal du 4 février 2002 pris en exécution de la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale n'est pas une formalité prescrite à peine de nullité, mais le non-respect de celle-ci peut avoir une incidence sur la fiabilité de la preuve; en pareil cas, il appartient au juge d'apprécier dans quelle mesure les circonstances entourant le prélèvement de cellules humaines sur les lieux de l'infraction ou sur un objet qui s'y rapporte sont de nature à grever d'incertitude les résultats de l'analyse de comparaison.

Cela étant, le deuxième critère du test *Antigone* (l'atteinte à la fiabilité de la preuve) ne semble pas pouvoir s'appliquer à tous les cas. Songeons à une analyse ADN réalisée selon des modalités fiables scientifiquement, mais autres que celles prévues par loi<sup>173</sup>. Dans une telle hypothèse, le non-respect de conditions prévues pour les preuves réglementées pourrait être adéquatement sanctionné par

160 Cass., 28 mai 2014, *Rev. dr. pén. crim.*, 2014, p. 959; *R.A.B.G.*, 2015, p. 36, note V. VERECKE.

161 *Ibid.*

162 Voy. égal. O. MICHIELS et G. FALQUE, « Les éléments de preuve recueillis à l'étranger : essai de synthèse », note sous Bruxelles, 14<sup>e</sup> ch., 6 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 426.

163 Projet de loi modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, rapport fait au nom de la justice, avis de la Cour de cassation, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2012-2013, n° 5-1924/3, p. 16.

164 Cass., 24 avril 2013, *op. cit.*

165 J. DE CODT, « La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile? », *op. cit.*, p. 264.

166 Projet de loi modifiant le Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, rapport fait au nom de la commission, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2012-2013, n° 53-41/15, p. 4. Mme De Wit dira d'ailleurs que « le législateur ne doit pas se borner à être le scribe du juge ».

167 M.-A. BEERNAERT, H. D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale, op. cit.*, p. 1147; H. FUNCK, « L'irrégularité touchant à l'organisation des cours et tribunaux n'est plus automatiquement une cause de nullité en matière pénale - La loi du 24 octobre 2013, frein à l'arrêt de cassation du 24 avril 2013 », *Chr. D. S.*, 2013, n° 8, pp. 20-24.

168 Cass., 28 mai 2013, R.G. n° P.13.0066.N.

169 Liège, 19 février 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1001.

170 Cass., 25 mai 2005, R.G. n° P.05.0672.F, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1408; Cass., 26 novembre 2008, *J.T.*, 2008, p. 741 (avec les conclusions de l'avocat général D. Vandermeersch).

171 Cass., 14 mai 2014, *op. cit.* Voy. égal. en matière de preuve spécialement réglementée relative à la conduite en état d'imprégnation alcoolique, Cass., 8 avril 2014, R.G. n° P.12.1630.N.

172 Cass., 22 janvier 2014, R.G. n° P.13.1828.F, *Rev. dr. pén. crim.*, 2014, p. 687.

173 J. De Codt, « La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile? », *op. cit.*, p. 263.

l'écartement de la valeur probante de tels éléments de preuve.

## F. Les preuves à décharge

40. Jusqu'à l'adoption de la loi du 24 octobre 2013, l'élément de preuve illégal ou irrégulier pouvait néanmoins être utilisé à décharge par le prévenu, en vertu du respect des droits de la défense<sup>174</sup>. Ainsi, les pièces d'un dossier disciplinaire ou la décision d'un organe disciplinaire, si elles devaient être exclues des débats, pouvaient toutefois être produites par le prévenu à l'appui de sa défense<sup>175</sup>.

La Chambre des représentants a rejeté un amendement, suggéré par la Cour de cassation, visant à insérer dans la nouvelle disposition légale un deuxième alinéa stipulant que l'obligation d'écartement ne vaut pas pour les preuves à décharge<sup>176</sup>.

Un tel ajout n'a pas été jugé utile, car la loi du 14 décembre 2012, améliorant l'approche des abus sexuels et des faits de pédophilie dans une relation d'autorité<sup>177</sup>, a donné à la juridiction d'instruction le pouvoir d'autoriser l'utilisation d'une preuve nulle (qu'elle soit à charge ou à décharge). Mais *quid* si le problème se pose devant la juridiction de jugement? Là, rien n'est prévu par la loi... Certes, comme le préconise Damien Vandermeersch, la juridiction de jugement devrait pouvoir, dans ce cas, examiner dans quelle mesure une partie pourrait encore se prévaloir d'un élément de preuve annulé pour sa défense<sup>178</sup>.

## VII. L'arrêt de la Cour de cassation du 30 avril 2014

41. Dans un arrêt du 30 avril 2014 (affaire dite *du prince de Croÿ* relative à un dossier de fraude fiscale), rendu quelques mois à peine après l'entrée en vigueur de la loi du 24 octobre 2013, la Cour de cassation semble avoir rendu obligatoire le sous-critère de la proportionnalité.

Il s'agissait d'une déclaration, rétractée par la suite, obtenue en France sous serment, à la suite d'une commission rogatoire émanant d'un juge d'instruction belge, qui faisait apparaître l'implication de l'intéressé dans les faits de recel ou de blanchiment visés par l'instruction.

La Cour de cassation a jugé que « L'équilibre des droits entre les parties n'épuise pas la notion de procès équitable. L'idéal de justice en est également une composante. Il en résulte que le poids de l'intérêt public à la poursuite d'une

infraction et au jugement des auteurs peut être pris en considération et mis en balance avec l'intérêt de l'individu à ce que les preuves à sa charge soient recueillies régulièrement ». Ne serait donc pas légalement justifiée « la décision qui considérerait que les conséquences d'une violation du droit à un procès équitable s'apprécient indépendamment de la gravité des faits reprochés au prévenu »<sup>179</sup>.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation semble conférer au sous-critère de la proportionnalité un caractère obligatoire qu'il n'avait pas jusqu'alors<sup>180</sup>. La Cour a tout de même pris soin de préciser qu'il ne s'applique toutefois pas lorsque l'irrégularité a pour effet de vider d'emblée de leur substance même les droits de la défense du prévenu, ou de porter atteinte à la qualité de l'élément de preuve. Cela étant, porter atteinte à la qualité de l'élément de preuve nous semble davantage relever de la fiabilité de la preuve plutôt que de l'équité de la procédure.

Selon la Cour de cassation, les conséquences d'une violation du droit à un procès équitable ne paraissent plus pouvoir s'apprécier indépendamment de la gravité des faits...

Une certaine confusion demeure dans la mesure où un tel critère n'a pas été repris dans la loi du 24 octobre 2013.

Par ailleurs, n'est-ce pas paradoxal d'accepter que la preuve soit rapportée de façon plus souple pour les infractions plus graves? Nous avons précédemment souligné que la Cour européenne des droits de l'homme<sup>181</sup> a rappelé que « c'est face aux peines les plus lourdes que le droit à un procès équitable doit être assuré au plus haut degré possible par les sociétés démocratiques ».

## Conclusion

42. La nouvelle loi du 24 octobre 2013 a donné un ancrage légal à la jurisprudence *Antigone* en inscrivant les trois cas d'exclusion des preuves irrégulières dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale. Ce faisant, le législateur a restreint le champ d'application de la nullité de la preuve par rapport à la situation antérieure, ainsi que nous l'avons observé.

L'incidence de cette nouvelle législation sur les pratiques des enquêteurs fait craindre que ceux-ci se montrent moins regardants dans le respect des conditions et formalités régissant les actes d'information et d'instruction et la récolte des preuves. En effet, comment dissuader les enquêteurs de recourir à des moyens de preuve illégaux ou irréguliers si, *in fine*, la procédure ayant mené à une condamnation fondée sur ces éléments passe tout de même pour équitable, nonobstant la violation d'autres droits fondamentaux<sup>182</sup>?

Nous avons aussi pu remarquer que la Cour de cassation continue à faire évoluer sa jurisprudence nonobstant

174 C. const., 8 mai 2002, n° 86/2002; Cass., 22 juin 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2006, p. 187.

175 S. BERNEMAN, « Loyaliteit van de bewijsvoering en bewijsstukken à décharge: *horresco referens!* », note sous Gand, 10 février 2010, *R.A.B.G.*, 2010, p. 892.

176 Projet de loi modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, rapport fait au nom de la commission de la justice, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2012-2013, n° 53-41/1, p. 5.

177 *M.B.*, 22 avril 2013. Cette modification a été introduite à la suite de l'arrêt d'annulation n° 86/2002 du 8 mai 2012 de la Cour constitutionnelle (qui avait estimé que le prévenu ou l'accusé devant conserver le droit d'utiliser les pièces annulées pour étayer sa défense).

178 D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence *Antigone* : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », *op. cit.*, p. 55.

179 Cass., 30 avril 2014, *J.T.*, 2014, p. 351, note; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1364, note M.-A. BEERNAERT; *Rev. dr. pén. crim.*, 2014, p. 834, note F. LUGENTZ.

180 Cass., 28 mai 2013, *op. cit.*

181 Cour eur. dr. h., gr. ch., arrêts *Salduz c. Turquie*, 27 novembre 2008, § 54, et gr. ch., *Taxquet c. Belgique*, 16 novembre 2010, § 93.

182 N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, *op. cit.*, p. 432.

l'adoption de la loi du 24 octobre 2013. Il en résulte que de nombreuses incertitudes demeurent quant aux critères et sous-critères qui régissent l'application de la nullité de la preuve en matière pénale.

D'aucuns sont d'ailleurs d'avis qu'il s'agit d'une loi inutile<sup>183</sup>... En effet, était-ce opportun de couler dans une loi une jurisprudence, parfois incertaine, qui est en constante évolution... ?

Rappelons aussi la possibilité pour le législateur de prévoir la sanction réservée à des irrégularités déterminées, ce qui permet de se montrer plus exigeant au niveau de la recevabilité des preuves<sup>184</sup>.

Il nous semble préférable de viser davantage de cohérence, en incluant la nullité de la preuve pénale dans une réforme de plus grande ampleur de la procédure pénale, à l'instar de ce qui avait été proposé par le professeur Franchimont<sup>185</sup>.

Nathalie COLETTE-BASECQZ

*Chargée de cours à l'Université de Namur*

*Avocate au barreau du Brabant wallon*

*Membre du Centre de recherche « Vulnérabilités & sociétés »*

183 J. DE CODT, « La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile? », *op. cit.*, pp. 245-266.

184 *Lex specialis derogat legi generali.*

185 Les causes de nullité proposées dans le projet de loi « Grand Franchimont » sont les suivantes :

« Article 38. § 1<sup>er</sup>. Il y a nullité substantielle lorsque la loi le mentionne explicitement ou en cas de violation des dispositions légales relatives :

1° à l'organisation et à la compétence matérielle des juridictions pénales;

2° aux conditions de fond relatives à l'inviolabilité du domicile, aux perquisitions, aux écoutes visées à l'article 90<sup>ter</sup> et aux investigations impliquant une atteinte à l'intégrité physique;

3° à la signature de l'acte;

4° à l'indication de la date lorsque celle-ci est nécessaire à l'appréciation des effets de l'acte.

§ 2. Les nullités substantielles sont prononcées d'office par le juge et peuvent être invoquées en tout état de la procédure, y compris pour la première fois devant la Cour de cassation.

Article 39. Sous réserve des nullités substantielles, un acte de procédure ne peut être déclaré nul que si la nullité est expressément prévue par la loi.

Article 40. Hormis les cas prévus à l'article 38, le juge ne peut déclarer nul un acte de procédure sur pied de l'article 39 que si l'omission ou l'irrégularité dénoncée nuit aux intérêts de la partie qui invoque l'exception ou à l'équité de la procédure.

Article 41. Les actes de procédure violant les droits de défense sont frappés de nullité.

Article 42. Lorsque des actes de procédure sont déclarés nuls, leur nullité emporte celle des actes de la procédure qui en découlent nécessairement.

Article 43. En cas de nullité visée aux articles 39, 40 ou 41, l'omission ou l'irrégularité de la forme prescrite par le présent Code d'un acte de procédure, en ce compris le non-respect des délais prévus à peine de nullité, ou de la mention d'une formalité, ne peut entraîner la nullité, s'il est établi par les pièces de la procédure que l'acte a réalisé le but que la loi lui assigne ou que la formalité non mentionnée a, en réalité, été accomplie.

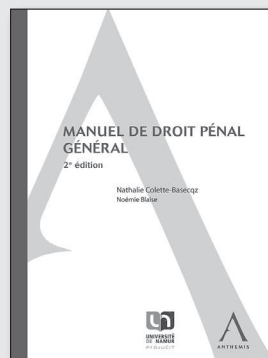
La nullité est couverte si un jugement ou un arrêt contradictoire d'une juridiction de fond, autre que celui prescrivant une mesure d'ordre intérieur, a été rendu sans qu'elle ait été invoquée, sans préjudice de l'article 242, § 5 » (projet de loi contenant le Code de procédure pénale, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2005-2006, n° 51-2138/1, pp. 3-10).

### Manuel de droit pénal général

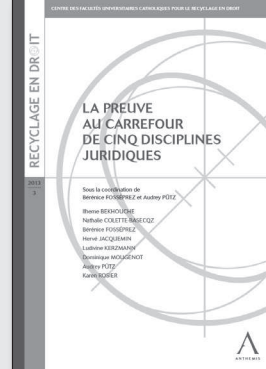
2<sup>e</sup> édition

Nathalie Colette-Basecqz et Noémie Blaise

Une base solide pour aborder le droit pénal  
L'accès aux principales références



Édition 2013 – 598 pages – 86 €



Édition 2013 – 192 pages – 74 €

### La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques

Sous la coordination de Bérénice Fosséprez et Audrey Pütz

Ilheme Bekhouche  
Nathalie Colette-Basecqz  
Bérénice Fosséprez  
Hervé Jacquemin  
Ludivine Kerzmann  
Dominique Mougenot  
Audrey Pütz  
Karen Rosier

En droit pénal, social, commercial, des assurances et des nouvelles technologies



DÉCOUVREZ TOUS NOS OUVRAGES SUR [WWW.ANTHEMIS.BE](http://WWW.ANTHEMIS.BE)