

Jurisprudence comparée – Belgique, France, Luxembourg, Allemagne – en matière d'exigence de la régularité des preuves et des procédures

André Elvinger
Avocat au barreau de Luxembourg
Elvinger Hoss & Prussen

Il serait présomptueux d'exposer longuement, devant un auditoire réuni à Genève, les péripéties d'une jurisprudence luxembourgeoise sur la légalité des preuves qui se limite à la seule affaire en ce domaine qui ait parcouru toutes les instances et qui, de surcroît, n'avait rien de financier.

Cela dit, ces décisions présentent un intérêt certain de droit comparé, puisque d'une part leurs motifs se sont constamment référés à la jurisprudence belge dans ses différentes étapes et que, d'autre part, la décision finale, intervenue en 2008, est aussi proche que possible de ce qui a été jugé en Belgique dans l'affaire KBL en 2009, 2010 et 2011.

Je rappelle très brièvement que, dans cette affaire, il s'agissait de poursuites sur base de dispositions rarement appliquées du code pénal, celle punissant la menace d'attentat et celle punissant le fait d'annoncer un danger que l'on sait inexistant mais qui entraîne l'intervention de la force publique. Devant le tribunal correctionnel le prévenu faisait valoir la nullité de la procédure tirée de l'illégalité de la preuve, illégalité, d'ailleurs non contestée, qui consistait dans le fait que l'administration des postes avait installé, notamment pour ses propres services, à savoir la protection d'un appareil de distribution de billets, un système de vidéosurveillance, alors que l'autorisation requise pour une telle installation, quoique demandée auprès de l'autorité compétente, n'avait pas ou pas encore été obtenue. C'est cette installation qui avait intercepté une communication téléphonique vers, tenez-vous bien, le Palais grand-ducal annonçant, selon l'accusation, un attentat immédiat en ce haut lieu. Pour comble, l'auteur de cette mauvaise plaisanterie était un policier. Le Parquet ne contestait pas le caractère illégal de l'installation, mais invoquait la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique, à l'époque celle du 2 mars 2005 intervenue dans ce que l'on appelle l'affaire Manon que Michèle Hirsch vient d'évoquer.

Le prévenu fut acquitté en première instance par un jugement¹ dont les motifs avaient critiqué de façon exceptionnellement vigoureuse des arrêts de la Cour de cassation de Belgique, qu'il se fût agi de l'arrêt Manon ou de la jurisprudence antérieure qui, également citée par Michèle Hirsch, avait admis qu'une preuve obtenue par un acte illicite ne devait pas être exclue pourvu que l'autorité, police, juge d'instruction et Parquet, n'eût pas participé à l'acte illicite d'obtention de la preuve. C'est la jurisprudence qui avait fait l'objet, dans les péripéties de l'affaire KBL, des « *consultations* » que les policiers belges, à la recherche d'une preuve, avaient demandées et obtenues auprès du Parquet. Le jugement n'avait pas hésité à s'attaquer également aux arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui, disait le jugement, auraient « *entretenu l'idée très discutable selon laquelle la preuve illégale est admissible à la seule condition qu'elle fasse l'objet d'un débat contradictoire* », ce qui aurait pu viser également les décisions de la chambre criminelle de la Cour de cassation de France. C'était un peu injuste à l'égard de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui, elle, avait tenu à dire que l'appréciation de la légalité des preuves ne relevait pas essentiellement de sa compétence, son objet étant la sauvegarde des droits de la défense et du procès équitable.

Sur appel du Parquet, la Cour d'appel², non sans avoir regretté les excès de langage, disait-elle, des premiers juges, confirmait cependant leur décision d'acquittement, en refusant d'accepter comme justification de la prise en considération de la preuve illicite le fait que l'autorité publique n'était d'aucune manière intervenue elle-même dans un acte illégal : c'était là encore la jurisprudence belge du temps des « *consultations* ».

Mais sur pourvoi du Procureur général d'Etat, la Cour de cassation³ cassa et annula cet arrêt, déclarant que l'appréciation de l'admissibilité d'une preuve devait « *tenir compte des éléments de la cause dans son ensemble, y compris le mode d'obtention de la preuve et les circonstances dans lesquelles l'illicéité avait été commise* ». Elle estimait que la Cour d'appel y avait manqué. Devait-on admettre que la Cour de cassation, en visant en particulier les « *circonstances dans lesquelles l'illicéité avait été commise* », aurait voulu – mais elle ne l'a pas dit – invoquer le principe de proportionnalité comme l'avait fait en Belgique l'arrêt Manon ? En d'autres termes, aurait-elle reproché à la Cour d'appel de ne pas avoir tenu

¹ jugement correctionnel du 13 juillet 2006, no 2523/2006

² arrêt du 28 février 2007, no 126/07

³ arrêt du 22 novembre 2007, no 2474

compte du peu de gravité, aux yeux de la Cour de cassation, de l'illégalité que constituait la vidéosurveillance non autorisée.

Cependant la Cour d'appel, dans son arrêt du 26 février 2008⁴ – qui se place une année avant la décision de première instance de Bruxelles dans l'affaire KBL – tout en s'efforçant d'apprécier l'admissibilité de la preuve en présence des « *éléments de la cause dans son ensemble* », comme la Cour de cassation l'avait exigé, confirmait une deuxième fois le premier jugement. Elle constatait notamment que le repérage de moyens de communication était réservé par la loi à la compétence exclusive du juge d'instruction et que la combinaison de la production d'un moyen de preuve illicite et d'une procédure intervenue en violation de la loi avaient pour résultat « *une atteinte au droit à un procès équitable en tant que ce droit tend au respect des droits de la défense et suppose la légalité de la procédure* » qui, ajoutait la Cour d'appel, ne peut pas être réparée au titre du seul débat contradictoire au fond.

C'est exactement ce que le jugement, l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles et l'arrêt de la Cour de cassation allaient dire dans l'affaire KBL dans les trois années qui suivaient.

La comparaison des jurisprudences belges et de la jurisprudence luxembourgeoise que je viens d'évoquer avec l'arrêt de la Cour de cassation de France dans le cas de l'affaire HSBC Genève est saisissante. Notre confrère, Me Delphine Ravon vous en a rappelé les faits et surtout la succession de deux « *découvertes* » de la « *liste des 3.000 clients* » véhiculée par le nommé Falciani, une première fois par la remise directe entre les mains de l'autorité fiscale française et à ce titre illégale, et une deuxième fois par la remise légale du Procureur de Nice au fisc français.

Ce qui nous intéresse au point de vue du droit comparé, c'est que ni l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, ni celui de la Cour de cassation, chambre commerciale, ne se sont préoccupés de la question, pourtant largement discutée dans ces instances, de la régularité de l'obtention des pièces, en particulier de la question de savoir si la deuxième transmission, régulière, pouvait blanchir la première, illégale. Ces deux arrêts se sont en effet contentés de constater que les documents produits « *avaient une origine illicite en ce qu'ils provenaient d'un vol* » en précisant qu'« *il importe peu que l'administration en ait eu connaissance par la*

⁴ cité par Putz, Jurisprudence pénale, Edition Promoculture, tome II, procédure pénale, T 4.8

transmission d'un procureur de la République ou antérieurement ». Ce qu'il y a de remarquable dans ces deux arrêts, c'est qu'ils considèrent que le seul fait que les documents invoqués provenaient d'un vol, donc la seule constatation de l'illicéité des pièces, a suffi à annuler la décision prise sur la foi de ces documents illicites. Ces arrêts se sont refusés à se préoccuper de la régularité ou de l'irrégularité de la procédure par laquelle les pièces illicites avaient été obtenues.

En m'efforçant de faire la comparaison de ces décisions françaises avec d'autres décisions de la Cour de cassation de France, je constate qu'elles sont en ligne avec la chambre civile de la Cour de cassation qui, sur le plan civil, rejette la preuve irrégulièrement obtenue, alors que la Cour de cassation en assemblée plénière du 7 janvier 2011, pour rejeter l'enregistrement d'une communication téléphonique, ne se contente pas de constater la provenance irrégulière et se fonde en plus sur le fait que cet enregistrement « *constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve* », et que, par une opposition saisissante, la chambre criminelle de la Cour de cassation de France continue à accepter, au pénal, la prise en considération de preuves obtenues illicitement, à la seule condition qu'elles aient fait l'objet d'un débat contradictoire.

Je ne m'avancerai pas à juger la position extrême de l'Allemagne qui, non seulement reconnaît comme preuve des documents volés, mais accepte, en plus, jusqu'à la Cour constitutionnelle, l'achat de ces documents par l'Etat. Notre confrère, Jürgen Wessing, vous en entretiendra.

Pour arrondir ce tableau, je me suis permis d'établir, peut-être un peu témérairement, en faisant du droit comparé sur quatre Etats, un tableau qui fournit les degrés décroissants d'exigence de la légalité de la preuve sur base des décisions que j'ai examinées :

Degrés décroissants d'exigence de légalité de la preuve

Rejet des pièces illégalement obtenues sans égard à la procédure suivie :

- jurisprudence belge d'avant 1990
- Cour de Cassation de France, chambre commerciale, affaire HSBC

Exigence de la régularité des procédures et du procès équitable :

- jurisprudence KBL, jurisprudence luxembourgeoise, Cour de Cassation de France assemblée plénière (7 janvier 2011)

Exigence de non-ingérence des autorités judiciaires et de l'Etat :

- Cour de cassation belge de 1991 (objet des « consultations »)

Exigence que l'irrégularité n'entache pas la fiabilité de la preuve et que l'usage de la preuve ne soit pas contraire à un procès équitable :

- jurisprudence Antigone

Exigence d'un débat contradictoire :

- Cour de Cassation de France, chambre criminelle, Cour Européenne des Droits de l'Homme (mais en raison des limites de sa compétence)

Application du principe de proportionnalité :

- jurisprudence belge Manon, jurisprudence allemande

Achat et paiement par l'Etat des données volées :

- pratique de certains Länder allemands et rejet d'un recours par la Cour fédérale allemande

Conclusion

Comment expliquer ces divergences presque dramatiques ?

En partant du vieux principe, souvent malmené, même par les théologiens : « *la fin ne justifie pas les moyens* », on arrive à dire que certaines fins justifient certains moyens et, à l'extrême, tous les moyens.

Les « *fins* », donc les objectifs, ne sont effectivement pas les mêmes selon que, par exemple, il s'agit de la répression des crimes et des délits ou, « *seulement* », de la vérité en justice dans les litiges entre particuliers. Sur un même objectif, la valeur que l'on y attache peut varier selon qu'on la conçoit, par exemple en matière fiscale, comme le simple but de la perception de l'impôt ou que l'on y voit une valeur de nature constitutionnelle telle que l'égalité des citoyens devant l'impôt.

Du côté des moyens aussi on peut voir des degrés différents dans la gravité: l'interception non-autorisée d'une communication téléphonique pèse moins lourd que l'atteinte au procès équitable.

Il ne faut pas se le cacher : ces comparaisons risquent de nous conduire à une chose relativement récente mais mise à la mode par la Cour de Justice des Communautés Européennes : le principe de proportion.

Un principe redoutable quand on voit qu'en Allemagne, sous le mot « *Abwägung* », il aboutit à permettre que l'Etat, pour prix de l'égalité des citoyens, en vienne à payer le crime.