seraient pas lorsque l'appelant n'a pas, lui-même, circonscrit son appel autrement qu'en identifiant le jugement qu'il entreprend.

La mention suivant laquelle la partie civile se réfère à l'ensemble des infractions reprochées aux intimés ne saurait être comprise comme une limitation de l'appel aux dispositions pénales, alors que la partie civile agit pour la réparation du dommage causé par une infraction dont elle a souffert, ce qui lui donne qualité pour se prévaloir de l'existence de celle-ci.

En déduisant du libellé de l'acte d'appel que le demandeur a exclu, de son recours, la décision rendue sur son action civile, l'arrêt donne de cet acte une interprétation inconciliable avec ses termes et, partant, viole la foi qui lui est due.

À cet égard, le moyen est fondé.

3. En tant que le pourvoi est dirigé contre l'arrêt du 21 octobre 2013 qui déclare la cour d'appel sans compétence pour connaître de l'action civile exercée par le demandeur :

Le demandeur ne fait valoir aucun moyen spécifique.

Toutefois, la cassation de la décision rendue sur l'action publique exercée à charge de H. de Croÿ-Solre et (…) entraîne l'annulation de la décision déclarant la cour d'appel sans compétence pour connaître des demandes de la partie civile dont elle demeurait saisie dans la mesure des appels des prévenus. La deuxième décision est, en effet, unie à la première par un lien nécessaire.

Il n'y a pas lieu d'examiner le surplus du mémoire du demandeur, lequel ne saurait entraîner la cassation dans d'autres termes que ceux libellés ci-dessous.

Par ces motifs, (…)

Casse l'arrêt attaqué rendu le 21 octobre 2013 par la cour d'appel de Bruxelles ; (…)

Siég. : Chev. **J. de Codt** (prés. et rapp.), MM. **B. Dejemeppe**, **P. Cornelis**, **G. Steffens** et Mme **S. Geubel**. Greffier : Mme **T. Fenaux**.
M.P. : M. **D. Vandermeersch**.
Plaid. : M$^{es}$ **Fr. T'Kint**, **J. Verbist** et **C. De Baets**.

*J.L.M.B. 14/769*

## *Observations*

# Antigone, le prince et « l'idéal de justice »

L'affaire dite « du prince de Croÿ » – du nom du principal prévenu mis en cause dans ce vaste dossier de fraude fiscale alléguée – a déjà fait couler beaucoup d'encre. Au cœur des débats se trouvent les conditions d'audition d'un des prévenus, entendu sous serment dans le cadre d'une commission rogatoire internationale. Sans aborder le fond de l'affaire et avec toute la prudence qui s'impose dans un dossier qui n'a pas encore trouvé son épilogue judiciaire, nous voudrions revenir brièvement sur les principaux problèmes juridiques que cette audition soulève et sur la manière dont ils ont été tranchés respectivement par le tribunal correctionnel et la cour d'appel de Bruxelles puis par la Cour de cassation, avant d'insister plus spécifiquement sur les tempéraments que la Cour de cassation paraît avoir apportés à cette occasion aux critères *Antigone*.

## *1. Brefs antécédents*

Au début de l'année 2000, le juge d'instruction anversois alors en charge du dossier souhaita recueillir l'audition de Bernard Ouazan, présenté dans la presse comme le

Multi-société (130.104.182.75)
Antigone, le prince et « l'idéal de justice »
Éditions Larcier - © Groupe Larcier

bras-droit du prince de Croÿ, et délivra une commission rogatoire à destination de la France à cet effet.

Alors même que le juge d'instruction belge avait expressément demandé dans sa commission rogatoire que l'audition de Bernard Ouazan soit recueillie sans prestation de serment, les autorités françaises lui firent néanmoins prêter celui-ci.

À la lecture du jugement et des arrêts rendus, il paraît difficile de déterminer pour quelle raison les *desiderata* du juge d'instruction belge furent de la sorte ignorés. Tout au plus sait-on que, dans la procédure interne, des réquisitions complémentaires du ministère public avaient été prises quelques mois plus tôt qui mettaient nominativement en cause Bernard Ouazan du chef de faux fiscal et usage de faux, insolvabilité frauduleuse et blanchiment, mais que ces réquisitions ne furent pas mentionnées dans la commission rogatoire de janvier 2000. Pour le reste, on en est réduit à des supputations.

Il se peut que les autorités françaises aient été simplement négligentes et n'aient pas accordé suffisamment d'attention à la demande expresse d'audition hors serment. Il se peut aussi que, sur la base des éléments en leur possession, elles aient délibérément choisi de passer outre cette demande en considérant qu'il n'existait pas encore d'indices suffisants permettant de penser que l'intéressé avait participé à des faits punissables et que les conditions d'une audition sans serment n'étaient dès lors pas remplies au regard de leur droit national[1].

Cette dernière éventualité peut se trouver accréditée par la mention, portée au procès-verbal d'audition, selon laquelle « en l'état actuel de l'enquête, aucun indice ne [fait] présumer que l'intéressé a commis ou tenté de commettre des faits de recel et blanchiment ». Il reste que, même dans cette seconde hypothèse, l'appréciation des autorités françaises se serait fondée sur une information à tout le moins incomplète (puisque ne faisant pas mention des réquisitions complémentaires du parquet belge qui visaient expressément Bernard Ouazan), et que les deux enquêteurs belges qui assistaient à l'exécution de la commission rogatoire ne paraissent pas avoir pris la moindre initiative pour protester contre l'audition sous serment ou compléter l'information de leurs homologues d'outre-Quiévrain.

### *2. Le jugement du tribunal correctionnel de Bruxelles du 28 juin 2012*

Pour déterminer le sort qu'il convenait de réserver à la preuve recueillie dans de telles circonstances, la quarante-neuvième chambre du tribunal correctionnel de Bruxelles a raisonné en plusieurs étapes.

Les magistrats ont d'abord jugé que l'audition de Bernard Ouazan avait été recueillie *régulièrement au regard du droit français*, les autorités judiciaires et policières françaises ayant considéré qu'il n'existait pas d'indices graves de culpabilité à son encontre et qu'il pouvait dès lors être entendu comme témoin, sous serment.

Ceci n'empêchait toutefois pas qu'il y ait eu *violation du droit au silence de l'intéressé*, mais cette violation pouvait être adéquatement réparée en écartant des débats, à son égard, l'audition en cause ainsi que les éléments de preuve obtenus grâce à elle (ce qui ne lui évita toutefois pas d'être condamné, le tribunal correctionnel ayant jugé qu'il subsistait, à sa charge, suffisamment d'éléments recueillis indépendamment de son audition en France).

---

[1] Dans sa rédaction de l'époque, le Code de procédure pénale français précisait en effet que tout témoin cité pour être entendu au cours de l'exécution d'une commission rogatoire était tenu de comparaître, de prêter serment et de déposer (article 153), étant entendu, toutefois, que les personnes à l'encontre desquelles il existait des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction était saisi ne pouvaient être entendues comme témoins, pas plus que les personnes nommément visées par le réquisitoire du parquet (article 105).

Multi-société (130.104.182.75)
Antigone, le prince et « l'idéal de justice »
Éditions Larcier - © Groupe Larcier

La violation du droit au silence de M. Ouazan ne permettait par contre pas *aux autres prévenus* de faire écarter les déclarations faites à leur charge par l'intéressé, ni les devoirs d'instruction qui en étaient la suite éventuelle.

### *3. L'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 21 octobre 2013*

Confrontée à la même question de l'(ir)régularité de l'audition de Bernard Ouazan et de ses conséquences éventuelles, la réponse, radicale, de la onzième chambre de la cour d'appel de Bruxelles a été de déclarer les poursuites irrecevables, aussi bien à l'égard de l'intéressé qu'à l'égard des autres prévenus encore à la cause en degré d'appel, mais pour des motifs quelque peu différents.

Considérant que le droit au silence de Bernard Ouazan avait été violé suite à une « déloyauté » des enquêteurs belges qui auraient sciemment laissé leurs collègues français procéder à son audition sous serment, et que le juge d'instruction s'était ensuite « approprié l'irrégularité » en versant l'audition au dossier et en ordonnant des devoirs sur la base de celle-ci, la cour jugea être face à une atteinte irrémédiable aux droits de la défense de l'intéressé, justifiant l'irrecevabilité des poursuites à son égard.

Quant aux coprévenus mis en cause, la cour considéra qu'ils pouvaient également se prévaloir des violations du droit au silence et du droit au procès équitable commises lors de l'audition litigieuse ultérieurement rétractée. Soulignant que l'appréciation de la violation du droit au procès équitable « s'examine indépendamment de la gravité des faits commis mis à charge des prévenus », la cour jugea que l'audition en question et tous les éléments de preuve qui en découlaient directement ou indirectement devaient être écartés du dossier. Et comme il s'agissait, à son estime, d'une pièce maîtresse du dossier sans laquelle aucun autre élément n'était suffisant pour former une quelconque preuve, elle conclut ici aussi à l'irrecevabilité des poursuites.

### *4. L'arrêt de cassation du 30 avril 2014*

Sur pourvoi du ministère public, l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 21 octobre 2013 fut cassé pour violation de l'article 13 de la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale.

Rappelons que, bien avant la loi du 24 octobre 2013 et le nouvel article 32 qu'elle a inséré dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale, cette disposition consacrait déjà la jurisprudence dite *Antigone* s'agissant d'éléments de preuve récoltés à l'étranger. Aux termes de l'article 13 de la loi du 9 décembre 2004, ne peuvent en effet « *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 ».*

La Cour de cassation commença par relever que les deux premiers cas de figure n'étaient pas applicables en l'espèce : il n'y avait pas eu violation d'une règle prescrite à peine de nullité par le droit français – ce dont la Cour déduit que les juges d'appel n'avaient pas légalement justifié leur constat d'une déloyauté dans le chef des enquêteurs belges et d'une violation de l'article 56, paragraphe 1er, du Code d'instruction criminelle par le juge d'instruction – et l'arrêt de la cour d'appel ne constatait pas non plus que le serment déféré aurait eu pour effet de rendre non fiables les propos tenus.

Multi-société (130.104.182.75)
Antigone, le prince et « l'idéal de justice »
Éditions Larcier - © Groupe Larcier

Restait le troisième et dernier critère, celui d'une violation du procès équitable, auquel la cour d'appel de Bruxelles, sans pour autant citer l'article 13 de la loi du 9 décembre 2004, s'était effectivement référée. Mais, pour le coup, c'est l'application qui en avait été faite qui va être censurée par la Cour de cassation, pour un motif tiré de l'absence d'application d'un critère de proportionnalité.

Reprenant, mot pour mot, des considérations doctrinales développées quelques semaines plus tôt sous la plume de son premier président, Jean de Codt[2], la Cour va en effet souligner que « l'équité des droits entre les parties n'épuise pas la notion de procès équitable » mais que « l'idéal de justice en est également une composante », avec pour conséquence que « le poids de l'intérêt public à la poursuite d'une infraction et au jugement de ses auteurs peut être mis en balance avec l'intérêt de l'individu à ce que les preuves à sa charge soient recueillies légalement ». À l'estime de la Cour – qui reprend sur ce point également l'enseignement de Jean de Codt – il s'agit là d'un examen de proportionnalité que le juge ne peut décliner, à moins que l'irrégularité ait eu 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 ». En considérant que « l'appréciation de la violation [du droit à un procès équitable] s'examine indépendamment de la gravité des faits commis mis à charge des prévenus », la cour d'appel de Bruxelles n'aurait dès lors pas justifié légalement sa décision.

## *5. Les questions soulevées*

Si l'on tente de remettre un peu d'ordre dans l'ensemble des développements juridiques que nous venons de résumer à grands traits, il nous semble qu'en réalité plusieurs questions se posaient, qui ont été diversement appréciées par les juridictions successivement saisies du dossier.

### a) La régularité de l'audition au regard du droit français

La première question – et sans doute aussi la plus difficile – consistait à déterminer si l'audition recueillie sous serment en France pouvait passer pour régulière au regard du droit français, seul applicable en l'espèce[3]. La question pouvait paraître décisive, en particulier pour l'application de l'article 13, 1°, de la loi du 9 décembre 2004.

En réalité, il nous semble qu'elle n'est pas aussi déterminante qu'il y paraît : à supposer même que les autorités françaises aient estimé qu'il n'existait pas encore, à ce stade de l'enquête, suffisamment d'éléments impliquant Bernard Ouazan pour que leur droit national exclue qu'il soit entendu sous serment, les autorités belges, étant d'un avis contraire, devaient malgré tout considérer que l'audition en cause avait violé le droit au silence de l'intéressé[4].

---

[2] J. DE CODT, « La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile ? », *Rev. dr. pén.*, 2014, pp. 258-259.

[3] Rappelons que, conformément au droit de l'entraide judiciaire alors applicable, la partie requise était en effet tenue de faire exécuter les commissions rogatoires dans les formes prévues par sa législation, conformément au principe *locus regit actum* (article 3.1. de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959). Notons que, depuis lors, une plus grande souplesse a été introduite en la matière, tant par l'article 8 du deuxième protocole additionnel du 8 novembre 2001 à cette Convention, que par l'article 4.1. de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne. Ces deux dispositions prévoient en effet que l'État requis respecte les formalités et procédures expressément indiquées par l'État requérant dans la mesure où ce n'est pas contraire aux principes fondamentaux de son droit.

[4] La Cour européenne des droits de l'homme a été confrontée à une situation un peu comparable dans l'affaire *Stojkovic c. France et Belgique* : en l'occurrence, il s'agissait de l'audition d'un suspect en Belgique, dans le cadre d'une commission rogatoire internationale délivrée par un juge d'instruction français ; conformément au droit belge applicable à l'époque, l'audition s'était déroulée sans l'assistance d'un conseil, alors même que la commission rogatoire prescrivait la présence d'un avocat. Pour retenir la responsabilité de l'État français au titre d'une violation de l'article 6 de la Convention, la Cour va relever, dans son arrêt du 27 octobre 2011, que même si la restriction du droit à l'assistance d'un avocat trouvait sa source dans la législation belge et n'était pas, à l'origine, le fait des autorités françaises, celles-ci auraient dû y remédier dans la suite de la pro-

Multi-société (130.104.182.75)
Antigone, le prince et « l'idéal de justice »
Éditions Larcier - © Groupe Larcier

Ainsi donc, en admettant même que l'article 13, 1°, de la loi du 9 décembre 2004 n'ait pas été applicable, l'article 13, 2°, de la même loi – qui, à la différence du 1°, ne suppose pas nécessairement que l'élément de preuve ait été *irrégulièrement* recueilli à l'étranger[5] – l'était certainement.

### b) Une éventuelle déloyauté dans le chef des enquêteurs belges

Les circonstances exactes dans lesquelles l'audition fut recueillie en France paraissaient pourtant déterminantes à un autre titre. Il convenait en effet de vérifier si le fait pour les enquêteurs belges qui y assistaient de n'avoir pas mentionné les réquisitions complémentaires du ministère public visant nommément Bernard Ouazan et d'avoir laissé acter qu'aucun indice ne faisait présumer une implication de l'intéressé dans les infractions en cause n'était pas constitutif d'une forme de déloyauté dans leur chef. À supposer que ce fût le cas, il fallait encore apprécier si cette déloyauté avait été suffisamment grave pour porter une *atteinte irrémédiable* au droit à un procès équitable, auquel cas les poursuites, structurellement viciées, auraient dû être déclarées irrecevables, comme la cour d'appel de Bruxelles en décida à l'égard du prévenu Ouazan[6] .

Il ne nous revient certainement pas de nous prononcer sur ces questions, qui devront désormais être tranchées par la cour d'appel de renvoi. Nous voudrions simplement insister sur le fait qu'il s'agit, à notre estime, d'un problème totalement distinct de celui de l'éventuelle (ir)régularité de l'audition au regard du droit français : il n'appartenait certes pas aux enquêteurs belges d'imposer aux instances françaises de respecter, dans l'exécution de la commission rogatoire, d'autres règles ou formalités que celles prévues par le droit du for[7], mais le fait que les autorités françaises aient, le cas échéant, respecté leur droit national n'exclut pas nécessairement qu'elles aient – par négligence ou à dessein – été mal informées par les autorités belges. Nous comprenons mal sur ce point l'attendu de la Cour de cassation qui considère qu'en ne constatant pas l'existence d'une cause de nullité dans le Code de procédure pénale français, les juges d'appel n'auraient pas légalement justifié leur constat de déloyauté dans le chef des enquêteurs belges.

### c) Les conséquences de la violation du droit au silence dans le chef d'un des prévenus

Comme nous l'avons souligné déjà, il paraît difficilement contestable que l'audition sous serment de Bernard Ouazan ait été recueillie en violation de son droit au silence. Si l'on exclut l'hypothèse d'une grave déloyauté dans le chef des enquêteurs,

---

cédure en refusant de prendre en compte les propos tenus dans de telles circonstances (sur cet arrêt, voy. notamment T. DECAIGNY et K. WEIS, « Staat moet rechtmatigheid rogatoir verhoor in andere staat nagaan », *Juristenkrant*, 23 novembre 2011, p. 3 ; E. PALVADEAU, « Droit à un procès équitable et responsabilité des États en cas de commission rogatoire internationale », *Rev. trim. dr. eur.*, 2012, pp. 369-373 ; A. WEYEMBERGH, « Vers une approche maximaliste du droit à l'assistance d'un avocat », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, pp. 143-166).

5 Dans le même sens, 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.*, 2014, pp. 854-855.

6 Rappelons que c'est le même type de décision qui fut prise dans l'affaire dite de la *K.B.Lux*, tant en première instance (Corr. Bruxelles, 8 décembre 2009, *cette revue*, 2010, p. 60) qu'en appel (Bruxelles, 10 décembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 54), avec l'aval de la Cour de cassation (Cass., 31 mai 2011, R.G. n° P.10.2037.F, *Pas.*, 2011, n° 370, conclusions de l'Avocat général J.-M. GENICOT, *cette revue*, 2011, p. 1524, note A. DE NAUW, « L'irrecevabilité des poursuites en tant que sanction de l'atteinte du droit du prévenu à un procès équitable », *J.T.*, 2011, p. 583, note M.-A. BEERNAERT, « Dénouement dans la saga *K.B.Lux* »). En l'espèce, il s'agissait toutefois de pratiques particulièrement déloyales dans le chef des enquêteurs et du juge d'instruction, qui avaient délibérément manipulé l'enquête en vue de blanchir des éléments de preuve litigieux.

7 Dans le même sens, voy. F. LUGENTZ, *op. cit.*, p. 850.

Multi-société (130.104.182.75)
Antigone, le prince et « l'idéal de justice »
Éditions Larcier - © Groupe Larcier

la conséquence logique d'une telle atteinte à un droit fondamental de tout accusé serait l'écartement de la preuve litigieuse et des éléments qui en découlent.

Il ne saurait, cette fois, être question d'irrecevabilité des poursuites – comme la cour d'appel de Bruxelles l'a, à notre sens erronément, décidé à l'égard des coprévenus de Bernard Ouazan[8] – mais tout au plus d'un éventuel acquittement, pour autant que le juge du fond considère qu'à la suite de cet écartement, il ne subsiste pas assez d'éléments de preuve non contaminés. Cette appréciation appelle un examen scrupuleux et nuancé, particulièrement en matière financière où il est, somme toute, relativement rare que toute une enquête découle d'une seule audition.

Restent toutefois deux questions subsidiaires : la sanction de l'écartement des pièces bénéficie-t-elle au seul prévenu dont le droit au silence a été violé ou également à tous les coprévenus qu'il a mis en cause lors de l'audition litigieuse ? et s'impose-t-elle indépendamment de la gravité des faits mis à charge des prévenus ?

La première sous-question paraît appeler une réponse claire au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation. Même si le droit au silence est *a priori* un droit valable *in personam*, appartenant en propre à chaque prévenu, il n'en demeure pas moins que lorsque le titulaire de ce droit lui-même invoque sa violation et rétracte pour ce motif ses déclarations, celles-ci ne paraissent plus non plus pouvoir être opposées aux coprévenus mis en cause. Dans un arrêt du 5 septembre 2012, la Cour a ainsi expressément jugé que l'audition irrégulière d'un prévenu ultérieurement rétractée par celui-ci ne peut être utilisée « pour condamner celui qui l'a faite » pas plus pour que « pour condamner les personnes mises en cause par la dénonciation rétractée »[9]. Dans le cas d'espèce, l'irrégularité en cause découlait, il est vrai, de l'absence d'avocat plutôt que d'une atteinte au droit au silence, mais les enseignements de l'arrêt paraissent d'autant plus facilement transposables à cet autre cas de figure qu'une des raisons d'être de l'exigence d'assistance d'un avocat tient précisément dans le souci de garantir le respect effectif du droit au silence des suspects.

La seconde sous-question surgit à la lecture croisée des arrêts de la cour d'appel de Bruxelles et de la Cour de cassation : la première avait expressément affirmé que l'appréciation de la violation du droit au procès équitable « s'examine indépendamment de la gravité des faits commis mis à charge des prévenus », ce que la seconde va lui reprocher, estimant qu'elle avait, ce faisant, « décliné l'examen de proportionnalité revenant pourtant au juge lorsque la preuve accusée d'une telle violation fait l'objet d'une demande d'écartement ». Il s'agit là, assurément, de l'enseignement majeur de l'arrêt annoté, et nous voudrions à ce titre y consacrer quelques développements spécifiques.

## 6. Le test de proportionnalité nouvellement imposé par la Cour de cassation

Le raisonnement de la Cour de cassation qui impose de mettre en balance l'intérêt de l'individu à ce que les preuves soient recueillies régulièrement avec l'intérêt de la société à ce que les auteurs d'infractions puissent être sanctionnés peut surprendre à plus d'un titre. Par son caractère inédit, d'abord (a). Quant à son bien-fondé en-

---

[8] Après avoir conclu à l'irrecevabilité des poursuites à l'égard de Bernard Ouazan suite au constat d'une atteinte irrémédiable à ses droits de la défense (ce qui peut effectivement se concevoir si l'on estime que les poursuites sont structurellement viciées), la cour d'appel avait en effet également déclaré les poursuites irrecevables à l'égard des autres prévenus encore à la cause en appel mais, cette fois, sur la base de l'écartement de l'audition litigieuse avec laquelle les éléments recueillis au cours de l'instruction furent jugés former un tout indivisible. À notre estime, c'est en réalité un acquittement qui s'imposait dans ce cas.

[9] Cass., 5 septembre 2012, R.G. n° P.12.0418.F, *Pas.*, 2012, n° 447, et conclusions de l'Avocat général D. VANDERMEERSCH. Voy. aussi Cass., 6 novembre 2012, R.G. n° 12.0846.N, *Pas.*, 2012, n° 597.

Multi-société (130.104.182.75)
Antigone, le prince et « l'idéal de justice »
Éditions Larcier - © Groupe Larcier

suite (b). Et enfin quant à son champ d'application, doublement limité à l'estime même de la Cour de cassation (c).

### *a) Un critère inédit, au moins dans son caractère obligatoire*

Dans l'appréciation qu'il est amené à faire du troisième critère *Antigone* (violation éventuelle du droit au procès équitable), le juge pénal pouvait certes déjà prendre en compte diverses circonstances, au nombre desquelles le fait que l'illicéité commise ait été sans commune mesure avec la gravité de l'infraction dont l'acte irrégulier avait permis la constatation. C'était là une jurisprudence bien établie de la Cour de cassation[10] que la loi du 24 octobre 2013 ne paraît pas avoir remise en cause[11] .

Jusqu'ici, il s'agissait toutefois d'un sous-critère strictement facultatif, proposé parmi d'autres[12] : d'après la Cour de cassation, le juge qui appréciait si l'utilisation des éléments obtenus à la suite d'une illégalité portait atteinte au droit à un procès équitable n'était pas nécessairement tenu de mettre en balance la gravité de l'infraction et la gravité de l'illégalité[13]. Désormais, il semble bien que cet examen devienne impératif.

### *b) Un critère discutable*

On s'interrogera d'abord sur la pertinence d'une mise en opposition entre un intérêt public à la répression et un intérêt présenté comme privé (« l'intérêt de l'individu » poursuivi) à la régularité des preuves. Il nous semble qu'au-delà du prévenu mis en cause, c'est en effet la société dans son ensemble qui a intérêt à ce que la preuve soit rapportée dans le respect des règles. Et que l'idéal de justice qu'évoque la Cour de cassation devrait renvoyer à l'une et l'autre exigences : non seulement celle de la punition des coupables, mais aussi celle de l'intégrité de la procédure.

À cela s'ajoute que, si l'on admet que l'intérêt à la poursuite d'une infraction est d'autant plus important que celle-ci est lourdement sanctionnée, il est quelque peu paradoxal de tolérer que la preuve d'infractions graves, susceptibles de justifier des condamnations particulièrement sévères, puisse être rapportée au moyen de règles plus souples que celles applicables lorsque sont en cause des infractions moins sévèrement sanctionnées[14].

Enfin, on peut se demander si le critère retenu par la Cour de cassation n'est pas obsolète, à tout le moins au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui l'a, à l'évidence, inspiré. À deux reprises, la Cour européenne a effectivement évoqué, à propos de l'article 6 de la Convention, l'idée que « le poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction en question et à la sanction de son auteur » puisse être pris en considération et mis en balance avec l'intérêt de

---

10 Pour une référence à ce critère, voy. Cass., 23 mars 2004, R.G. n° P.04.0012.N, *Pas*., 2004, n° 165 ; Cass., 2 mars 2005, R.G. n° P.04.1644.F, *Pas*., 2005, n° 130 ; Cass., 12 octobre 2005, R.G. n° P.05.0119.F, *Pas*., 2005, n° 503 ; Cass., 8 novembre 2005, R.G. n° P.05.1106.N, *Pas*., 2005, n° 576 ; Cass., 31 octobre 2006, R.G. n° P.06.1016.N, *Pas*., 2006, n° 535 ; Cass., 21 novembre 2006, R.G. n° P.06.0806.N, *Pas*., 2006, n° 581 ; Cass., 4 décembre 2007, R.G. n° P.07.1302.N, *Pas*., 2007, n° 613, Cass., 26 janvier 2011, R.G. n° P.10.1321.F, *Pas*., 2011, n° 74 ; Cass., 5 juin 2012, R.G. n° P.11.2100.N, *Pas*., 2012, n° 363.

11 L'amendement de Monsieur Landuyt et consorts dont est issue la loi adoptée renvoie en effet non seulement à l'arrêt *Antigone* du 14 octobre 2003 mais également aux arrêts « d'affinement » qui ont suivi et aux sous-critères qu'ils ont consacrés (voy. *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53-0041/2).

12 Ainsi qu'en attestaient les formules utilisées par la Cour de cassation : « le juge peut prendre en considération notamment *la circonstance ou l'ensemble des circonstances suivantes* », « il peut notamment avoir égard à *une ou plusieurs* des circonstances suivantes » ou « prendre en considération, entre autres, *la totalité ou une partie* des circonstances suivantes » (c'est nous qui mettons en italiques).

13 Cass., 28 mai 2013, R.G. n° P.13.0066.N, *Pas*., 2013, à sa date, A.C., 2013, à sa date, conclusions premier Avocat général P. Duinslaeger, *R.A.B.G.*, 2014, p. 29, note V. Vereecke.

14 En ce sens, voy. aussi R. Verstraeten et S. De Decker, « Antigoon sluit de achterpoort, maar opent een raam », *T. Strafr.*, 2005, pp. 292 et 295.

Multi-société (130.104.182.75)
Antigone, le prince et « l'idéal de justice »
Éditions Larcier - © Groupe Larcier

l'individu à ce que les preuves à sa charge soient réunies légalement[15]. Il s'agit toutefois d'un critère qu'elle a résolument abandonné depuis lors : non seulement ne l'a-t-elle plus jamais évoqué[16], mais elle paraît même avoir pris position en sens contraire en affirmant, à de multiples occasions, 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 » [17].

### *c) Un critère qui ne trouverait pas à s'appliquer dans tous les cas de figure*

Immédiatement après avoir affirmé que le juge pénal doit exercer un contrôle de proportionnalité lorsqu'il est saisi d'une demande d'écartement d'une preuve alléguée contraire au procès équitable, la Cour de cassation ajoute qu'un tel examen ne s'impose 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 ».

Le second cas de figure (atteinte à la qualité de l'élément de preuve) nous semble en réalité relever du deuxième critère dans le test *Antigone* (irrégularité commise entachant la fiabilité de la preuve) plutôt que du troisième (atteinte au procès équitable). Reste que, dans les cas les plus extrêmes, le contrôle de proportionnalité ne serait donc pas obligatoire, même si le rejet du contrôle paraît lui-même devoir être motivé pour trouver grâce aux yeux de la Cour de cassation.

## ***Pour conclure***

Lorsqu'une ou plusieurs irrégularités entachent la collecte des preuves, il nous paraît que deux hypothèses méritent d'être distinguées, qui emportent des conséquences juridiques bien différentes au regard du droit au procès équitable. Confronté à ce type de situation, le juge pénal peut en effet :

– soit considérer (comme ce fut par exemple le cas dans l'affaire K.B.Lux) que l'enquête a été gravement déloyale et qu'une *atteinte irrémédiable* a été portée *au droit à un procès équitable*, auquel cas les poursuites sont structurellement viciées et doivent être déclarées irrecevables ;

– soit estimer que c'est *l'utilisation de la preuve* qui *violerait le droit à un procès équitable*, auquel cas la sanction qui s'impose, au regard de la jurisprudence *Antigone* entretemps légalement consacrée, est celle de l'écartement de la preuve litigieuse et des éléments qui en découlent, conduisant à un éventuel acquittement des prévenus s'il ne subsiste plus assez d'éléments de preuve non contaminés par l'irrégularité commise.

Il ne nous appartient pas de nous prononcer sur le point de savoir s'il y aurait, dans l'affaire dite du prince de Croÿ, matière à appliquer la première sanction. C'est là

---

15 Cour eur. D.H., arrêts *Jalloh c. Allemagne* (gde ch.), 11 juillet 2006, paragraphe 97, et *Heglas c. République tchèque*, 1er mars 2007, paragraphe 91.

16 Dans son arrêt *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni* (gde ch.) du 29 juin 2007, la Cour prend ainsi clairement distance avec son arrêt *Jalloh* prononcé moins d'un an plus tôt : alors que dans l'affaire *Jalloh*, elle avait considéré (paragraphe 117) que, pour déterminer si le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination avait été méconnu, elle devait examiner quatre facteurs – la nature et le degré de la coercition employée pour l'obtention des éléments de preuve, le poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction en question et à la sanction de son auteur, l'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation faite des éléments ainsi obtenus – dans l'arrêt *O'Halloran et Francis*, elle n'en énumère plus que trois (paragraphe 55), à savoir la nature et le degré de la coercition employée pour l'obtention des éléments de preuve, l'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation faite des éléments ainsi obtenus. Le critère lié au poids de l'intérêt public à la poursuite pénale a donc clairement disparu.

17 Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêts *Salduz c. Turquie* (gde ch.), 27 novembre 2008, paragraphe 54, et *Taxquet c. Belgique* (gde ch.), 16 novembre 2010, paragraphe 93.

Multi-société (130.104.182.75)
Antigone, le prince et « l'idéal de justice »
Éditions Larcier - © Groupe Larcier

une question de fait qui reviendra à l'appréciation souveraine de la cour d'appel de Liège devant laquelle l'affaire est désormais renvoyée.

Il paraît clair, par contre, qu'en ce qui concerne la seconde sanction, la Cour de cassation a, dans l'arrêt annoté, fait assez sensiblement évoluer le test *Antigone*, en imposant désormais un contrôle de proportionnalité supplémentaire (qui n'a pourtant pas été légalement consacré lors du vote de la loi du 24 octobre 2013), sous la forme d'une mise en balance « de l'intérêt public à la poursuite d'une infraction » avec « l'intérêt de l'individu à ce que les preuves à sa charge soient recueillies régulièrement ».

Pour les raisons que nous avons eu l'occasion d'expliquer ci-avant, nous sommes très réservée quant à l'opportunité de rendre ce nouveau sous-critère obligatoire. Mais, plus encore que son bien-fondé, c'est l'adjonction même d'une exigence additionnelle qui nous laisse perplexe, face à ce qui apparaît comme une nouvelle évolution du test *Antigone*, à peine celui-ci coulé dans la loi…

Marie-Aude BEERNAERT

Professeur à l'Université catholique de Louvain
Centre de recherche interdisciplinaire sur la déviance et la pénalité (CRID&P)

# *Jurisprudence - Avocat*

## Cour de justice de l'Union européenne (grande chambre) — 17 juillet 2014

**Avocat - Statut – Libre circulation des services – Accès à la profession – Inscription au tableau d'un ressortissant de l'État membre ayant obtenu la qualification professionnelle d'avocat dans un autre État membre.**

*Le fait, pour un ressortissant d'un État membre, de se rendre dans un autre État membre afin d'y acquérir la qualification professionnelle d'avocat à la suite de la réussite d'épreuves universitaires et de revenir dans l'État membre dont il est le ressortissant pour y exercer la profession d'avocat, sous le titre professionnel obtenu dans l'État membre où cette qualification professionnelle a été acquise, ne saurait constituer une pratique abusive.*

(Angelo Alberto Torresi et Pierfrancesco Torresi / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata)

Affaires C-58/13 et C-59/13

1. Les demandes de décision préjudicielle portent sur l'interprétation et la validité de l'article 3 de la directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998, visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise (*J.O.* L. 77, p. 36).

2. Ces demandes ont été présentées dans le cadre de deux litiges opposant, respectivement, Messieurs Torresi au *Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata* (conseil de l'Ordre des avocats de Macerata, ci-après le « conseil de l'Ordre de Macerata ») au sujet du refus de ce dernier de faire droit à leurs demandes d'inscription à la section spéciale du tableau des avocats. (…)

Multi-société (130.104.182.75)
Antigone, le prince et « l'idéal de justice »
Éditions Larcier - © Groupe Larcier