Le triomphe du droit et des droits fondamentaux Du contrôle de la légalité des pièces au contrôle du procès équitable

La portée juridique des décisions rendues à la suite de l' « Affaire KB »

par André Elvinger avocat Elvinger, Hoss & Prussen

Sommaire:

	Page
Avertissements	30
Les faits	30
Le droit dans la tourmente – l'état de la jurisprudence belge sur l'exigence de la régularité des preuves à l'aube des décisions de 2009, 2010 et 2011	33
La consécration, dans les jugement et arrêts de l'affaire KB, de la primauté du droit au procès équitable	35
Le jugement du tribunal correctionnel de Bruxelles du 8 décembre 2009	
L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 10 décembre 2010	
L'arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 2011	
Quelle aurait pu être la suite de l'affaire si les juridictions belges avaient pu, et dû, examiner le fond?	36
La non-fiabilité des « pièces »	
Les problèmes de compétence territoriale	
Le problème de compétence législative	
L'obstacle de la prescription et du délai raisonnable	
Le pendant en France – l'affaire HSBC	40
La jurisprudence luxembourgeoise en matière de légalité des preuves	41
Conclusion	43

Avertissements:

- 1. L'auteur tient à signaler son implication étroite, en qualité d'avocat et de conseil, depuis plus de seize ans aux côtés de Kredietbank S.A. Luxembourgeoise, et ce dès les premiers symptômes de l'Affaire. Pour assurer son objectivité, l'auteur s'efforcera de suivre de près, dans les faits et en droit, la description et les développements, qu'il serait difficile de dépasser en rigueur et en sévérité, tels qu'ils figurent dans les jugement et arrêts qui ont conduit à l'irrecevabilité des poursuites en Belgique.¹
- 2. La présente publication ne traitera pas des suites civiles de l'Affaire au Luxembourg sur les demandes introduites par un certain nombre de justiciables belges et néerlandais contre KBL réclamant un dommage matériel et moral à la suite des redressements fiscaux effectués par les fisc belges et néerlandais. Il est renvoyé à ce sujet à la chronique de jurisprudence, par M. Nicolas Thieltgen, au no 46 du Bulletin Droit et Banque, et aux notes de M. Patrick Kinsch sur « L'affaire KBL et l'évolution de l'image du secret bancaire dans la jurisprudence luxembourgeoise » et de M. Bruno Gerard dans sa « Chronique d'une jurisprudence génétiquement modifiée » au présent numéro de ce Bulletin. Il suffit de rappeler ici que les arrêts rendus sur ces actions par les juridictions luxembourgeoises se sont montrés, de façon constante, rigoureux quant à la qualification du secret bancaire comme obligation de résultat. En revanche ces arrêts ont, dès le premier stade, écarté tout droit à la reconnaissance d'un dommage matériel pour avoir dû payer l'impôt dû en Belgique et aux Pays-Bas. La Cour a ensuite, par quinze arrêts du 5 novembre 2009, contrairement à ce qu'avaient antérieurement admis deux arrêts du 2 avril 2003, rejeté également les demandes en obtention d'un préjudice moral.

Les faits

3. Les antécédents sont largement exposés dans le jugement du tribunal correctionnel de Bruxelles du 8 décembre 2009², l'arrêt de la Cour d'appel

- 1 L'auteur tient encore à signaler que la présente publication reprend en partie et avec les changements que comporte la différence des auditoires respectifs et de leurs intérêts, une conférence présentée à la tribune de l'Institut Grand-Ducal, Section des Sciences Morales et Politiques, le 7 novembre 2011 dont le texte sera publié dans le volume XV des Actes de l'Institut Grand-Ducal, Section des Sciences Morales et Politiques, en mai 2012.
- Tribunal correctionnel de Bruxelles, 8 décembre 2009. Nous nous référerons ci-après pour la pagination, à la publication complète de ce jugement parue à la « Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles » (JLMB) 2010/2, p.60. Ce jugement a également été publié par extraits au « Journal des Tribunaux » (JT) du 2 janvier 2010, n° 1, p.6. Nous nous y référons ci-après comme « le jugement ».

- de Bruxelles du 10 décembre 2010³ et l'arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 31 mai 2011⁴, qui ont respectivement déclaré et confirmé l'irrecevabilité des poursuites intentées aux dirigeants de la Kredietbank Luxembourgeoise et de la Kredietbank Bruxelles.
- 4. Tout commence au début de 1994 lorsque cinq employés de Kredietbank SA Luxembourgeoise, qui s'appelle depuis lors KBL Private Bankers (ciaprès « KBL » ou « la banque ») furent licenciés pour « indélicatesses graves », euphémisme qu'emploie le jugement du tribunal correctionnel de Bruxelles du 8 décembre 2009, en fait pour avoir été à l'origine du détournement d'une somme de 20 million de D-mark. Sur plainte de la banque, les poursuites allaient aboutir à la condamnation, par jugement du tribunal correctionnel de Luxembourg du 23 octobre 1996⁵, de l'un de ces employés, M. et d'un complice, pour association de malfaiteurs et escroquerie. Les poursuites contre les autres, non résidents du Grand-Duché de Luxembourg, avaient fait l'objet d'une disjonction. Ces personnes n'ont pas été jugées à ce jour⁶.

Dans l'espoir de se prémunir contre une condamnation, et pour se ménager, à la suite de leur licenciement, de « *plantureuses indemnités de rupture* » comme s'exprime le jugement du tribunal correctionnel de Bruxelles du 8 décembre 2009⁷, les employés en question s'étaient approprié des documents de la banque qu'ils avaient, du moins en partie, manipulés sur de prétendues copies. Surtout, ils s'étaient procuré, par voie électronique, des listes de comptes anonymes – vrais ou faux – de clients de la banque.

5. Le jugement du tribunal de Bruxelles du 8 décembre 2009 décrit, avec force détails, l'intervention d'un personnage étrange que ces employés connaissaient depuis 1993⁸, un nommé Leurquin, indicateur de la police de Bruxelles, mais inscrit sur la « *liste noire* » qui renseigne

- L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 10 décembre 2010, qui a confirmé le jugement de première instance, a été publié à la « Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles » (JLMB) 2011/3, publication à laquelle nous nous référons ci-après pour la pagination, et par extraits au Journal des Tribunaux du 15 janvier 2011, no 6421, p.54. Nous nous y référons ci-après comme « l'arrêt de la Cour d'appel ».
- 4 L'arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 2011 qui a rejeté le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel a été publié par extraits à la JLMB 2011/31 avec une note Alain De Nauw et au Journal des Tribunaux 2011, page 583, avec les conclusions de l'Avocat général J.-M. Genicot et une note M.-A. Beernaert.
- 5 n°1893/96
- 6 La poursuite contre ces personnes, sur partie civile de la banque, fait actuellement l'objet d'une procédure pendante devant la chambre du conseil de la Cour d'appel de Luxembourg.
- Page 62, sub 2.1 de ce jugement.
- 3 Jugement, page 62, sub. 2

les indicateurs qui ne sont pas fiables et dont les « services » ne sont utilisables qu'avec l'autorisation expresse et formelle du Parquet. Ce personnage se trouvait « momentanément » installé auprès de sa « compagne », une dame Dieudonné, au numéro 3 de l'avenue Brugmann à Bruxelles.

6. Leurquin offre à l'un des employés infidèles de KBL, C.9, dont la fille se trouve en traitement à Bruxelles, de loger chez lui, donc chez sa compagne Dieudonné. Sachant que C. détient des pièces volées ou manipulées de KBL, Leurquin lui propose de transporter ces pièces de Luxembourg vers Bruxelles et de les entreposer à l'appartement de Madame Dieudonné au 3 avenue Brugmann¹⁰. C. y apporte une ou plusieurs « *caisses* » contenant, comme il sera dit plus tard, « *2.995 pièces* ». Al'insu de C., Leurquin prend et retient des photocopies de ces pièces.

Un échantillon de quelques unes de ces « *pièces* » fut « *vendu* » par Leurquin à un journaliste, Verduyn, qui publia dans le journal « *de Morgen* », et ensuite dans un livre « *Le charme discret d'un banquier luxembourgeois* » (Éditions Luc Pire, 1997), des listes de comptes pseudonymes auxquelles étaient adossés, à la suite de manipulations, les prétendus noms des titulaires de ces comptes.

Leurquin persuade C. de déposer plainte contre la banque auprès d'un policier, M. De Saint Martin.¹¹ C. se laisse convaincre, apparemment pour venir en aide à son comparse, M., qui se trouve arrêté à Luxembourg à la suite de la plainte de la KBL pour détournement des 20 millions de DM, et remet à ce policier des « échantillons » des pièces en question. Au même moment, M., de sa prison à Luxembourg, dépose une plainte en Belgique contre KBL pour soi-disant blanchiment. Ces deux plaintes n'aboutissent à rien, car le substitut en charge estime que la plainte de M. est irrecevable comme ayant trait à des faits qui ne se sont pas produits sur le territoire belge, et quant à la plainte de C., il estime¹² qu'elle est irrecevable pour la raison que, selon la jurisprudence de l'époque, des pièces d'origine irrégulière n'étaient admissibles à la preuve que sous la condition que « les enquêteurs et le dénonciateur n'ont commis aucun acte illicite pour obtenir un tel document et qu'il n'existe aucun

9 Le jugement, dans sa publication à la Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles, désigne les personnes en question par leur prénom et l'initiale de leur nom de famille alors que la publication au Journal des Tribunaux, n° 1 du 2 janvier 2010, désigne tous les personnages par leur nom complet. Nous les désignons ci-après par leurs initiales dans la mesure où certains n'ont pas été définitivement jugés.

10 Arrêt de la Cour d'appel, p.130.

lien entre son vol et sa remise entre les mains des enquêteurs »¹³.

Mais surtout, Leurquin avait remis à M. De Saint Martin une copie des « 2.995 pièces » à une date et dans des conditions qui, comme allaient le constater le jugement et l'arrêt, n'ont, faute de procès-verbal fiable, jamais été éclaircies, mais qui, selon ces jugement et arrêt, se situaient entre fin août et début septembre 1994.

- 7. C'est dans ce contexte que M. De Saint Martin et un autre « *policier* », M. Georges Ceuppens, chef de la section financière de la police de Bruxelles, « *consultent* » un juge d'instruction, pour, suivant l'arrêt de la Cour d'appel, « *savoir quelles conditions devaient être remplies pour que ces documents d'origine délictueuse puissent servir de base à l'ouverture d'un dossier judiciaire en Belgique* »¹⁴.
- 8. Ces documents d'origine délictueuse se trouvaient, comme dit plus haut, déjà à la disposition de la police judiciaire entre les mains de son inspecteur M. De Saint Martin, mais au vu de la « consultation » reçue du Parquet, M. De Saint Martin et son supérieur, le chef de la section financière de la police judiciaire, pensaient que, du fait de la connivence entre les voleurs, l'indicateur inscrit sur la « liste noire » et la police, ces pièces ne pouvaient être utilisées en cet état.
- 9. C'est ce qui explique le scénario extravagant qui fut alors organisé. La dame Dieudonné avait encore un autre « locataire », un nommé Vandergoten. Ce personnage se trouvait « sous le coup d'une ordonnance de capture », c'est-àdire qu'il devait entrer en prison pour purger une ancienne condamnation pour faux et usage de faux. Leurquin persuada alors un autre « policier », M. Gosset, inspecteur de police judiciaire, de faire au 3, avenue Brugmann, donc toujours chez la dame Dieudonné, une « visite domiciliaire » visant soidisant Vandergoten. Le résultat de cette visite domiciliaire était que les policiers y trouvaient – parce que Leurquin le leur avait dit et que Dieudonné avait reçu des instructions en ce sens – les fameuses « caisses » de pièces que C. y avait déposées.

Voilà donc ces pièces, déjà entre les mains de la police judiciaire, « *blanchies* » en ce sens que la police les « *découvrit* », soi-disant dans l'exercice de ses fonctions, sans avoir d'une manière ou d'une autre « *commis aucun acte illicite* », comme s'exprimait la jurisprudence, pour les obtenir.

10. Voici les termes dans lesquels l'arrêt de la Cour d'appel décrit cette opération :

¹¹ Les jugements et arrêts parlent, pour l'ensemble des acteurs de la police de Bruxelles, de « policiers » : De Saint Martin est inspecteur principal de la police judiciaire.

¹² Jugement, page 63

¹³ Cassation, 17 janvier 1990, Pas 1990, I, 588

⁴ Arrêt de la Cour d'appel, page 131

« Forte de ces informations juridiques, la police judiciaire de Bruxelles, de connivence avec son informateur Jean-Pierre Leurquin, le scénario suivant : sous le faux prétexte de l'arrestation récente de Richard Vandergoten, occupant une chambre de l'immeuble sis avenue Brugmann, 3, il fut convenu que Jean-Pierre Leurquin préviendrait la police judiciaire de la découverte fortuite dans ladite chambre de documents potentiellement suspects. La police judiciaire devait répondre à cette sollicitation compte tenu, notamment, du passé de faussaire dudit Vandergoten. Ce scénario fut mis à exécution à une date indéterminée qui se situe très vraisemblablement à la fin août ou au début de septembre 1994. C'est ainsi que les inspecteurs de police Gosset et Thiebaut réalisèrent une « visite domiciliaire » en l'immeuble précité et y rencontrèrent Simone Dieudonné qui, mise au courant par Jean-Pierre Leurquin du rôle qu'elle aurait à jouer, indiqua aux deux policiers les documents prétendument abandonnés sur place par Richard Vandergoten. Le Ministère Public en convient lui-même : il s'agit de facto d'une remise de documents par Jean-Pierre Leurquin.

La police judiciaire entra de la sorte « officiellement » en possession d'un exemplaire ... de l'ensemble des pièces subtilisées par C., lesquelles fondent les poursuites¹⁵.

11. C'était compter sans Vandergoten. Pour se venger de Leurquin qui l'avait fait mettre en prison, il dépose plainte au ministère de la justice et auprès du procureur du Roi¹⁶. Cette plainte portait d'abord sur un « détournement » par Leurquin des allocations de rente de Vandergoten, allocations que Leurquin, et selon la plainte, la dame Dieudonné empochaient en touchant à la place de Vandergoten les mandats postaux qui lui étaient adressés chez sa « logeuse » au 3, avenue Brugmann. En outre, Vandergoten accusait Leurquin d'extorsion de fonds. Leurquin, affirmait-il, tentait de soutirer 250 millions de francs belges à une personnalité importante, M. Pineau-Valencienne, qui se trouvait sous le coup d'une procédure judiciaire en Belgique en rapport avec des opérations financières sur le groupe français Schneider. Leurquin, selon Vandergoten, prétendait, moyennant cette somme, vendre à cette personne des documents qu'il déclarait avoir été volés à la KBL et qui auraient été susceptibles d'intéresser la défense de cette personne. On ne sait pas en quoi pouvaient consister des documents de KBL qui auraient pu intéresser la défense de M. Pineau-Valencienne. Tout cela aurait été totalement incroyable s'il ne s'était pas révélé qu'effectivement Leurquin avait approché un M. Willermain, collaborateur du groupe Schneider,

12. La dénonciation de Vandergoten avait été transmise par le Ministre de la Justice au Parquet, et le Substitut de service, M. Cambier, ouvrit alors un dossier 70.97.1071/95. Dès lors, l'opération de visite domiciliaire, qui était censée « *blanchir* » les pièces, était elle-même devenue malsaine. Aussi le Parquet et le juge d'instruction Jean-Claude Leys, qui ouvrit son enquête le 9 mai 1996, jugeaientils utile de ne plus en faire usage, mais de faire apparaître ou réapparaître la remise des « *pièces* » par Leurquin à M. De Saint Martin.

Voici comment la Cour d'appel décrit la façon de procéder du juge d'instruction et du ministère public :

« Il faut ... conclure de ce qui précède que les procès verbaux rédigés en 1994 à l'occasion de la prétendue visite domiciliaire de la police judiciaire au numéro 3, avenue Brugmann furent retirés du dossier par la police judiciaire à la demande ou de l'assentiment du magistrat instructeur et du Ministère Public afin d'être remplacés par des procès verbaux antidatés relatant faussement une audition de Jean-Pierre Leurquin du 2 mars 1995 et une remise, le 16 mars 1995, par ce dernier, dans les locaux de la police judiciaire, des pièces que celle-ci possédait en réalité depuis la fin de l'été 1994 »¹⁸.

Et encore:

«Ces procès-verbaux—s'agissant des procès verbaux établis lors de la prétendue « visite domiciliaire » chez Leurquin - Dieudonné – initialement joints au dossier n° 3596 du Juge d'instruction Leys, furent ... détruits, à la suggestion ou à tout le moins de l'assentiment du juge et du substitut chargés de ce dossier, compte-tenu des demandes et de la défense des actuels prévenus mettant en question la régularité de l'entrée en possession des documents par la police judiciaire. Ils furent alors remplacés par des procès-verbaux antidatés plus conformes aux yeux du magistrat instructeur – aux exigences de la Cour de cassation, et décrivant faussement une remise volontaire par Jean-Pierre Leurquin dans les locaux de la police judiciaire du lot de documents que celle-ci possédait déjà ». 19

13. La Cour d'appel, suivant en cela le jugement de première instance, a fait au magistrat instructeur Leys d'autres reproches graves concernant, entre autres : l'absence d'inventaire du dossier jusqu'en

et, qu'en compagnie de celui-ci, M. De Saint Martin et Leurquin s'étaient, comme le rapporte minutieusement le jugement¹⁷, transportés à Paris pour expliquer leur projet à M. Pineau-Valencienne et se faire payer pour leurs prétendues révélations.

¹⁵ Arrêt de la Cour d'appel, page 131

¹⁶ Arrêt de la Cour d'appel, page 131 ; Jugement, page 63

¹⁷ Jugement, page 69 sub 3 et 71 sub 9

¹⁸ Arrêt de la Cour d'appel, page 133

¹⁹ Arrêt de la Cour d'appel, page 138

2000, alors que son enquête avait été commencée en 1996 ; le défaut de toute précaution quant au stockage et à la conservation des pièces, d'où le fait que certaines de celles-ci demeuraient introuvables ou ne correspondaient plus aux pièces originales; le fait de n'avoir jamais donné suite et de n'avoir jamais enquêté sur les aspects criminels du scénario dans le chef de Leurquin et de M. De Saint Martin; d'avoir fait preuve d'une attitude de partialité à l'égard des employés infidèles de KBL, entre autres, en réservant « un traitement de faveur » à l'un d'entre eux, le nommé CO., dont la Chambre du Conseil allait écarter par la suite les procèsverbaux d'audition et les lettres²⁰ ; d'être allé jusqu'à procurer à deux autres d'entre eux, C. et M., « des attestations de complaisance afin de favoriser leur négociation avec leur employeur »21; d'avoir au contraire traité comme ses adversaires personnels les prévenus et notamment M. Damien Wigny, le président du comité de direction de KBL²².

14. Le juge Leys allait, cinq ans plus tard, recourir à un scénario calqué sur celui de l'opération Leurquin-Vandergoten; cette fois-ci, il organise la mise en scène en personne. Ici, l'employé infidèle n'est pas un salarié de KBL mais un ancien directeur de département à Louvain de Kredietbank Bruxelles, Goven, qui fut licencié fin 1998 pour détournement de fonds au détriment de clients de la banque. Goven prend la fuite²³ non sans avoir emporté, tout comme cela avait été le cas chez KBL au Luxembourg, des documents appartenant à son employeur qu'après sa fuite, il avait fait déposer chez les parents de son épouse. Il fait parvenir à celle-ci une lettre destinée au juge Leys intitulée « 26 ans KB » dans laquelle il décrit des montages et mécanismes qu'il qualifie de frauduleux. L'épouse, avec un ami de la famille, remit alors au juge Leys la lettre en question et cet ami entra en rapport avec Leys qui le reçut et lui « accorda un entretien » sous la forme d'un « déjeuner à l'Hotel Hilton à Bruxelles »24.

L'arrêt de la Cour d'appel décrit cet épisode comme suit²⁵ : « A la suite de cet entretien, le juge d'instruction Leys, afin de se conformer à son interprétation de la jurisprudence de la Cour de cassation ... imagina le scénario suivant pour entrer en possession desdites pièces : sous le couvert d'une perquisition arrangée au domicile

des époux Goven, (l'épouse) indiquerait à la police judiciaire de Bruxelles les documents qu'elle aurait « fortuitement » découverts audit domicile ».

Le droit dans la tourmente – l'état de la jurisprudence belge sur l'exigence de la régularité des preuves à l'aube des décisions de 2009, 2010 et 2011 :

15. Si les jugement et arrêts examinés ici avaient eu à se prononcer sur la seule régularité des preuves, la cause, au regard de l'état de la jurisprudence belge d'alors, aurait été loin d'être entendue. La jurisprudence pénale d'abord, civile ensuite, a en effet évolué à partir du principe initial de stricte exigence de la légalité de la preuve vers un relâchement progressif de ce principe.

A l'origine, à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 1923²⁶, statuant sur le résultat d'une perquisition effectuée sans autorisation judiciaire, le principe était admis que l'on ne pouvait utiliser les renseignements recueillis lors d'un tel acte illégal. Ce serait, disaiton, tirer les fruits de l'illégalité commise, car « la chose frugifère étant une action illégale, toutes les conséquences que l'on pourrait en tirer contre l'homme qui en a été la victime sont entachées du même vice d'illégalité ». C'était la « théorie des fruits de l'arbre empoisonné »²⁷.

16. Cette règle, aussi fondamentale qu'elle pût apparaître, allait perdre son caractère absolu dans la jurisprudence belge à partir des années 1990. La Cour de cassation admettait dorénavant que la preuve reste admissible lorsque l'autorité de poursuite est régulièrement entrée en possession des éléments de preuve illégalement obtenus, par exemple à l'occasion d'une perquisition ou lors d'une audition, à condition toutefois que tant les enquêteurs que le dénonciateur de l'infraction n'aient personnellement commis aucun acte illicite pour entrer en leur possession et qu'il n'existe aucun lien entre l'illicéité commise et leur remise aux autorités²⁸. C'est à cette jurisprudence que se sont apparemment référés les membres du Parquet et le juge d'instruction dans les « consultations » données à la police judiciaire dans ce qui a conduit au scénario Leurquin - De Saint Martin - Vandergoten. C'est encore de cette jurisprudence que s'est « inspiré » le juge Leys dans la mise en scène Goven.

17. Mais c'est un arrêt du 14 octobre 2003, surnommé *Antigone*²⁹, de la Cour de cassation de

²⁰ CO. fut, plus tard, condamné pour faux en écriture par la Cour de Liège (infra no 34) après avoir déjà été condamné pour vol et extorsion par le tribunal correctionnel de Luxembourg dans une autre affaire.

²¹ Arrêt de la Cour d'appel, page 134

²² M. Wigny fut arrêté le 2 novembre 1997 alors qu'il s'était rendu sur la tombe de ses parents, et ne fut mis en liberté par ordonnance de la chambre des mises en accusation que le 19 novembre suivant.

²³ Arrêt de la Cour d'appel, page 134

²⁴ Arrêt de la Cour d'appel, page 136

²⁵ Page 135

²⁶ Pas. 1924, I, page 66

²⁷ Revue Critique de jurisprudence belge, troisième trimestre 2009, note Fabienne Kéfer, page 338 ss

²⁸ Idem, page 335 et Journal des Tribunaux, 21 mai 2005, no 6182 « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges » no 9

²⁹ Cass. 14 octobre 2003, R.W. 2003-2004, p.814, RCJB 2004, p.405

Belgique qui, allant plus loin que la jurisprudence des années 1990, avait paru aux commentateurs sonner le glas du principe de légalité de la preuve. La formule de la Cour de cassation s'exprime par voie restrictive: « Le juge, lorsqu'il forme sa conviction, ne peut prendre cet élément (celui de l'admissibilité de la preuve même illégale en elle-même) en considération, ni directement ni indirectement, soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité, soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la crédibilité de la preuve, soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable »30. En d'autres termes, si aucune de ces trois conditions n'est donnée, l'usage des pièces illégales n'exclut pas leur prise en considération, et ce même si l'irrégularité était en tout ou en partie, le fait de l'instruction, du Parquet ou de la justice.

18. Antigone fut encore dépassée par un arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 2005³¹ qui doit son nom, Manon, à un chocolatier qui avait déposé plainte à l'encontre d'une de ses vendeuses pour vol constaté par un système de vidéosurveillance installé à l'insu des représentants du personnel. Cet arrêt de la Cour de cassation reprend les exceptions à l'inadmissibilité, donc les conditions de l'admissibilité de la preuve illicite admises par Antigone, mais il v ajoute « la circonstance que l'illicéité commise - donc l'installation de surveillance illicite - est sans commune mesure avec la gravité de l'infraction dont l'acte irrégulier a permis la constatation », donc le vol³². Bien que cette conception maintienne la condition primordiale que l'irrecevabilité ne compromette pas « le droit à un procès équitable », la doctrine, constatant que « le juge peut mettre en balance les intérêts en jeu et porter une appréciation globale », a interprété l'arrêt Manon comme consacrant le principe de proportionnalité en lui conférant « une existence autonome »33.

Cette exception à l'exigence de la légalité des preuves était particulièrement redoutable dans le cas de KB et KBL puisqu'une partie de la presse et de l'opinion publique avaient, à coup de milliards d'Euros, agité le spectre de « *la plus grande fraude fiscale du siècle* » et que l'Etat belge s'était porté partie civile, il est vrai, avec plus de modération en réclamant le montant de 500.000 euros, et qu'aux côtés du Parquet, il allait introduire un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel.

19. Les jurisprudences *Antigone* et *Manon* semblaient s'inspirer de celle de la Cour Européenne des Droits de l'Homme selon laquelle l'usage d'une preuve obtenue en violation des

règles de la Convention Européenne des Droits de l'Homme n'est pas forcément condamnable, même en matière pénale, et que le droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention ne s'oppose pas à l'utilisation d'une preuve obtenue en méconnaissance d'une disposition de la Convention, même si la condamnation repose uniquement sur cette preuve.

20. La référence à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme était cependant discutable. Dans son arrêt Khan³⁴, la Cour a tenu à rappeler, en se référant déjà à son arrêt Schenk³⁵, les limites de sa compétence : « La Cour rappelle qu'elle a pour tâche, aux termes de l'article 19 de la Convention, d'assurer le respect des engagements résultant de la Convention pour les Etats contractants. Il ne lui appartient pas, en particulier, de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si et dans la mesure où elles pourraient porter atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention. Si l'article 6 garantit le droit à un procès équitable, il ne réglemente pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui dès lors relève au premier chef du droit interne ».

La Cour ajoute qu'« il ne lui appartient pas de se prononcer, par principe, sur la recevabilité de certaines sortes d'éléments de preuves, par exemple des éléments obtenus de manière illégale, ou encore sur la culpabilité du requérant. » Par contre la Cour retient qu'« il y a lieu d'examiner si la procédure, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été obtenus, fut équitable dans son ensemble, ce qui implique l'examen de l'« illégalité » en question et, dans les cas où se trouve en cause la violation d'un autre droit protégé par la Convention, de la nature de cette violation³⁶ ».

C'est dans ce contexte général, que la Cour Européenne a dit qu'elle « ne saurait exclure par principe et in abstracto l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale » et qu'elle « tient compte par exemple de la question de savoir si et dans quelle mesure la preuve est complétée ou corroborée par d'autres éléments régulièrement recueillis »³⁷. Ou encore la Cour fonde principalement sa décision sur le fait que les juridictions internes ont « essentiellement » tenu compte de ces éléments de preuves et si donc ceux-ci ont été « déterminants »³⁸.³⁹

³⁰ Kéfer, op.cit., page 335, et note 8

³¹ Cass. belge, 2 mars 2005, Pas. 2005, I, page 505

³² RCJB, op.cit, page 337

³³ Journal des Tribunaux 21 mai 2005, note Kuty, n° 25

³⁴ Cour Européenne des Droits de l'Homme, 12 mai 2000, Khan c/ Royaume Uni

³⁵ Cour Européenne des Droits de l'Homme, 12 juillet 1988, Schenck c/ Suisse

³⁶ Arrêt Khan c/ Royaume-Uni, précité

³⁷ Arrêt Schenk c/ Suisse, précité

³⁸ Teixeira De Castro c/ Portugal du 9 juin 1998, Req. 25829-94.

³⁹ Pour l'analyse de ces décisions cf. Edouard Delosch dans A. C. E. No.10, 10 décembre 2007 p.16 ss.

La consécration, dans les jugement et arrêts de l'affaire KB, de la primauté du droit au procès équitable

21. C'est sur l'exigence primordiale du procès équitable que se sont fondés, dans l'affaire KB/KBL, tant le jugement du tribunal correctionnel de Bruxelles du 8 décembre 2009 que l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 10 décembre 2010, et c'est encore sur cette base que l'arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 2011 a rejeté les pourvois du Parquet et de l'Etat belge.

<u>Le jugement du tribunal correctionnel de</u> Bruxelles du 8 décembre 2009 :

22. Le tribunal, après avoir cité la longue liste des faits de déloyauté, a jugé que⁴⁰ :

« Eu égard à la gravité des atteintes portées, à leur caractère répété, à la circonstance qu'elles furent notamment commises par ceux qui avaient mission de les combattre, à leur incidence négative et irrémédiable sur le droit au procès équitable des prévenus et à l'atteinte qu'elle cause à l'image de la justice, eu égard au devoir de loyauté, il s'impose de considérer que les présentes poursuites sont structurellement affectées par un vice les rendant irrecevables ».

C'est « surabondamment », et en se référant à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme⁴¹ que le tribunal juge encore, en ce qui concerne les pièces produites par le Parquet, que les procès verbaux invoqués « portent atteinte à leur force probante et affectent de manière irrémédiable les droits de la défense des prévenus, ce qui impose l'écartement de ces procès verbaux et partant des 2995 pièces litigieuses ».

Et sur le principe de proportionnalité, le jugement déclare que « le tribunal refuse de donner au critère de proportionnalité énoncé plus haut une lecture en vertu de laquelle la gravité exceptionnelle d'une infraction autoriserait la commission d'irrégularités exceptionnellement graves pour l'établir »⁴².

<u>L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 10</u> décembre 2010 :

23. La Cour, pour confirmer, sur appel du Parquet et de l'Etat belge, le jugement de première instance, est tout aussi formelle :

« Il résulte de l'ensemble de ces considérations que l'enquête fut, dès son origine, gravement déloyale et que les droits de la défense des prévenus furent, de manière répétée, sérieusement et définitivement affectés. Les prévenus furent donc, compte tenu des circonstances qui précèdent, irrémédiablement privés de leur droit à un procès équitable, valeur essentielle de notre procédure pénale. »⁴³

Et au regard du principe de proportionnalité, la Cour déclare expressément que les prévenus ne sauraient être « évincés » des valeurs essentielles de la procédure pénale en raison de la gravité des faits qui leur étaient reprochés, et ce alors même qu' « il s'agirait ici – donc quant aux préventions mais qui n'auraient pu être jugées qu'avec le fond – de l'organisation, au plus haut niveau de deux organismes bancaires, de mécanismes sophistiqués de fraude fiscale profitant à des contribuables fortunés et ayant causé un préjudice considérable au trésor et donc à la collectivité ».

Aussi, la Cour, comme en avaient décidé les premiers juges, mais sans se référer « *surabondamment* » aux pièces illicites, déclara-t-elle les poursuites irrecevables et se reconnait-elle par conséquent incompétente pour statuer sur les demandes de la partie civile.

<u>L'arrêt de la Cour de cassation du 31 mai</u> 2011 :

- 24. Tant le Parquet que l'Etat belge s'étaient pourvus en cassation. Leurs deux pourvois furent rejetés par la Cour de cassation.
- 25. Les deux demandeurs en cassation avaient invoqué en premier lieu l'autorité de la chose jugée qui aurait consisté dans le fait qu'un arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 2007 avait prononcé un non-lieu en faveur du juge d'instruction Leys et du substitut Cambier. S'agissant de magistrats, c'est la Cour de cassation qui avait eu à se prononcer sur un non-lieu ou un renvoi devant l'autorité pénale compétente. Il faut rappeler que suite à la plainte des prévenus contre le juge Leys et un membre du Parquet, un conseiller à la Cour de cassation avait été appelé à enquêter sur le comportement des magistrats et avait procédé à de nombreuses auditions de ceux-ci. A la suite de cette enquête ces magistrats obtinrent finalement un non-lieu malgré les critiques acerbes, mais jugées n'être pas de caractère pénal, que la Cour de cassation avait fait siennes.

La Cour de cassation, sur les pourvois, a, par son arrêt du 31 mai 2011⁴⁴, écarté ces moyens au motif assez évident que la décision d'instruction, fût elle un arrêt de la Cour de cassation, ne pouvait avoir l'autorité de chose jugée à l'égard du juge pénal saisi au fond de l'action publique, et ce quant à d'autres faits reprochés à d'autres personnes. La Cour de cassation relève qu'une décision intervenue

⁴⁰ sub 6a, n° 7, page 83

^{41 1}er mars 2007, Heglas c/ République Tchèque et Yalo c/ Allemagne

⁴² page 85

⁴³ page 76

⁴⁴ F/4; Nous suivons ici la pagination de l'arrêt sur le site de la Cour de cassation

ainsi par une juridiction d'instruction ne pouvait restreindre l'exercice des droits de la défense « exercice qui doit pouvoir s'exercer librement et pleinement ». Le rejet sur ce point n'était pas une surprise, ni celui portant sur certains autres moyens.

26. Plus sérieux aurait pu être, à première vue, le moyen tiré tant par le Parquet que par l'Etat belge de la violation de la « foi due aux actes »⁴⁵. Ce moyen faisait valoir que les constatations de la Cour d'appel auraient été en contradiction avec ce que le Conseiller de la Cour de cassation, ayant procédé à l'enquête sur les plaintes contre le juge d'instruction et le substitut, avait retenu dans ses procès verbaux. A ce sujet, l'arrêt de la Cour de cassation⁴⁶ examine, avec une précision rare, les faits retenus par la Cour d'appel, et notamment sur le scénario du numéro 3 de l'avenue Brugmann. Aussi la Cour de cassation juge-t-elle que loin de violer la foi due aux procès verbaux du Conseiller « le moyen repose sur une lecture erronée de *l'arrêt* » et donc « manque en fait ».

La description détaillée des considérants de l'arrêt de cassation sur les faits retenus par le juge du fond est intéressante en ce sens qu'une certaine presse a voulu minimiser la portée de cet arrêt en disant que la Cour de cassation « ne connait que le droit ».

27. Le moyen le plus intéressant, sur le plan juridique, aurait pu être celui de la dixième branche du moyen de l'Etat belge, formulé comme suit :

« L'arrêt (de la Cour d'appel) ne permet pas à la Cour (de Cassation) de contrôler la légalité de la décision en n'indiquant pas les motifs pour lesquels les violations des règles relatives au respect du droit au procès équitable et à la loyauté de l'obtention des preuves en droit pénal relevés par la Cour d'appel doivent entraîner l'irrecevabilité des poursuites ».

La Cour de cassation répond à ce moyen, d'abord en droit comme suit⁴⁷ :

« Le droit du prévenu à un procès équitable, tel que garanti par l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales peut, dans certaines circonstances, être atteint de façon irrémédiable de sorte qu'aucune autre sanction que l'irrecevabilité des poursuites ne peut en découler ».

La Cour de cassation reprend ensuite, en détail, les constatations retenues à ce sujet par les juges d'appel⁴⁸, ce dont elle tire⁴⁹ la conclusion suivante :

« Constatant que l'enquête fut, dès son origine, gravement déloyale et les droits de la défense

des prévenus, de manière répétée, sérieusement et définitivement affectés, de telle manière que les défendeurs furent irrémédiablement privés de leur droit à un procès équitable, ils (les juges du fond) ont dès lors déclaré les poursuites irrecevables. Relevant ainsi les circonstances de droit et de fait sur lesquelles il fonde sa décision, l'arrêt motive régulièrement et justifie légalement celle-ci ».

28. Auparavant, l'Avocat Général près la Cour de cassation avait lui aussi répondu en détail aux deux mémoires du Parquet et de l'Etat belge et avait conclu à leur rejet. Le rôle du ministère près la Cour de cassation, en Belgique comme au Luxembourg, est celui de l'amicus curiae50, rôle qui lui impose donc de se prononcer dans une objectivité et une neutralité strictes. L'Avocat Général près la Cour de cassation, avait, au-delà de ses conclusions tendant au rejet des moyens, déclaré – dès lors qu'en matière pénale la Cour de cassation peut d'office soulever des moyens autres que ceux invoqués par les demandeurs en cassation – qu'il n'avait constaté aucune autre raison de cassation. L'arrêt de la Cour de cassation répond, lui aussi,⁵¹ au titre de son « contrôle d'office », que les formalités substantielles ou prescrites à peine de nullité ont été observées et que « la décision est conforme à la loi ».

29. On aura noté que l'arrêt de la Cour de cassation, contrairement à ce qu'avait fait l'arrêt de la Cour d'appel, n'a pas abordé la question du principe de proportionnalité. Il est vrai que les demandeurs en cassation n'avaient pas véritablement invoqué un tel moyen. L'explication semble être que même les arrêts de cassation qui, depuis 2003, avaient progressivement restreint les exigences de la légalité des preuves, ont toujours exclu l'admission de preuves illégalement obtenues en présence d'une atteinte au droit au procès équitable.

Quelle aurait pu être la suite de l'affaire si les juridictions belges avaient pu, et dû, examiner le fond ?

30. Pour une certaine presse belge, l'issue définitive de la saga KB/KBL aurait « *laissé un goût amer* » et ses organes ne se privaient pas de continuer à parler de la « *plus grande fraude fiscale du siècle* » et d'agiter les mythiques 400 millions d'euros soi-disant fraudés au fisc.

Ces commentateurs oubliaient que, si le tribunal, la Cour d'appel et la Cour de cassation en avaient décidé autrement, l'affaire aurait été loin d'être gagnée pour le Parquet et l'Etat belge.

⁴⁵ F/6 et F/7

⁴⁶ F/6 et F/7

⁴⁷ F/14

⁴⁷ F/14 48 F/14

⁴⁹ F/15

⁵⁰ ou d'un *« organe d'avis »* comme s'exprime la Cour de cassation luxembourgeoise (Cass.11.2.2010, Pas.35, p.130)

⁵¹ F/8

31. On aura noté que tant le tribunal que la Cour d'appel ont statué sur la recevabilité de la procédure en disjoignant le fond. Alors que le président de la Cour d'appel avait au contraire, dans un premier stade, envisagé de joindre la procédure au fond, il a, sur l'intervention des prévenus invoquant les droits de la défense, procédé comme les premiers juges en tranchant séparément la recevabilité des poursuites.

Il n'est pas sans intérêt, bien que ce soit au titre d'hypothèse, de réfléchir à l'admissibilité de l'évocation, donc d'une décision en appel qui aurait tranché, après une réformation du jugement de première instance, le fond de l'affaire, ce qui aurait comporté une entorse au principe du double degré de juridiction. En droit belge, l'évocation n'aurait apparemment pas posé de problème, dès lors que contrairement au Luxembourg qui a ratifié le Protocole n° 7 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, la Belgique n'a pas ratifié le Protocole n° 7 et n'a ratifié le Pacte qu'avec d'importantes réserves⁵².

La non-fiabilité des « pièces » :

- 32. Tout d'abord, les constatations de déloyauté de la procédure jetaient, d'ores et déjà, le doute le plus grave sur la fiabilité des fameuses « 2995 pièces » et d'autres pièces que l'accusation avait fait valoir. En présence du truquage des procès verbaux, du défaut d'inventaire par le juge d'instruction pendant des années, et des autres circonstances que les juridictions ont cruellement reprochées aux enquêteurs, l'ensemble de ces pièces était d'ores et déjà non fiables.
- 33. Bien que les jugements et arrêts analysés ici n'en aient pas parlé parce que cela ne relève pas du domaine de la loyauté de la procédure pénale, un autre épisode, lui aussi étonnant, aurait sans doute, si ces jugements et arrêts avaient eu à juger le fond, contribué à ébranler la fiabilité des « *pièces* » qui furent produites quant aux soi-disant comptes anonymes de clients de KBL

Le même Verduyn qui avait publié le livre « *Le charme discret d'un banquier luxembourgeois* »⁵³, allait récidiver en 1999 en publiant dans le journal De Morgen des articles dans lesquels il prétendait montrer que le Ministre des Finances, Monsieur Didier Reynders, aurait détenu un ou plusieurs comptes pseudonymes auprès de KBL. Verduyn avait reçu de la part du nommé Costa, l'un des employés infidèles, de prétendus « *documents* » qu'il reconnut par la suite comme des faux, « *grossiers* » disait-il, consistant dans de prétendus extraits de comptes de M. Reynders auprès de KBL sous l'intitulé « *Jodogne* ». Les

trois articles publiés dans le journal De Morgen du 12 novembre 1999, avaient pour titres, le premier : « Le Ministre des Finances détient un compte au Luxembourg », le deuxième : « Le Trésor de Jodogne », et le troisième : « Le compte anonyme de D. Reynders soulève beaucoup de questions ».

Nonobstant la reconnaissance des faux par Costa et les excuses présentées par Verduyn au Ministre Reynders, celui-ci, non sans avoir fait appel au Premier Ministre luxembourgeois, insista auprès de KBL pour l'obtention d'une attestation selon laquelle il ne détenait aucun compte auprès de cette banque; le 15 novembre 1999 le Ministre, flanqué d'un huissier, se présentait au siège de la banque à la salle des guichets exigeant l'attestation que M. Reynders n'était titulaire ni des comptes mentionnés dans les articles De Morgen ni d'aucun autre compte auprès de la banque. Bien que tel fût strictement le cas, la banque, après consultation et après que le président du comité de direction eût reçu M. Reynders dans les locaux du service juridique, refusa de remettre une telle attestation. La pratique bancaire constante consistait en effet, pour assurer le respect du secret bancaire, à refuser systématiquement l'émission d'une attestation négative pour la raison assez évidente qu'autrement, en présence d'une demande d'un tiers, du fisc ou des douanes, la non-production d'une attestation négative serait invoquée, a contrario, comme preuve de l'existence d'un compte.

M. Reynders, toujours non satisfait, assigna non seulement Costa et Verduyn, mais encore KBL devant le tribunal de première instance de Liège, demandant pour chacun des défendeurs l'allocation d'un montant de 250 000 Francs belges, outre la publication dans les journaux. Le tribunal, par jugement du 7 mai 2002⁵⁴, condamna Costa et Verduyn au paiement de la somme demandée, mais déclara l'action dirigée contre KBL non fondée. Le tribunal a estimé qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur la justification de l'objection du secret bancaire, mais il constata, en bon sens « qu'il n'existe pas en droit belge ou luxembourgeois d'obligation générale de répondre à une question au seul motif que quelqu'un vous la pose ». Ce jugement fut confirmé par arrêt de la Cour d'appel de Liège du 15 septembre 2005⁵⁵, mais contrairement au jugement de première instance, cet arrêt, longuement motivé, se prononce sur la nature et la portée du secret bancaire. Après avoir examiné les avis d'un conseil externe de la banque et celui, produit par M. Reynders, d'un autre avocat luxembourgeois, ainsi que les doctrines luxembourgeoise et suisse sur le secret bancaire, l'arrêt invoque, comme étant décisifs, les arrêts

^{52 «} Le double degré de juridiction, réalité ou leurre », André Elvinger, in Annales de droit luxembourgeois, no 20.

⁵³ Cf. supra, n.6

⁵⁴ Jurisprudence Droit et Médias numéro 4-2002

⁵⁵ Bulletin Droit et Banque no 40, page 57 avec note Olivier Poelmans: « Le secret bancaire et l'attestation négative ».

de la Cour d'appel du 2 avril 2003⁵⁶ en ce qu'ils confirmaient le caractère d'ordre public du secret bancaire. L'arrêt déclare dès lors que le refus d'attestation n'était pas contraire « au comportement d'une entreprise bancaire normalement prudente et diligente » et ne constituait ni faute ni abus.

34. Sur un autre plan encore, l'absence de valeur probante d'autres de ces « *pièces* » fut constatée par une impressionnante série de jugements des juridictions belges ayant eu à statuer sur les poursuites engagées par le fisc contre des résidents belges dont les noms apparaissaient dans les fameuses microfiches. La très grande majorité de ces décisions, telles que celles rendues par les tribunaux de Bruxelles⁵⁷, d'Anvers⁵⁸, de Louvain⁵⁹ et de Nivelles⁶⁰, et un arrêt de la Cour d'appel de Liège⁶¹, avaient rejeté l'authenticité et la valeur probante de ces pièces.⁶²

- 56 S'agissant des arrêts signalés supra sub 2.
- 57 28 juin 2002, Fiscologue, no 856; 4 octobre 2002 et 11 octobre 2002, Revue Générale du Contentieux Fiscal, no 13, 2003, note Louveaux; 8 octobre 2002, Fiscologue, no 865
- 58 Le tribunal de première instance d'Anvers, dans son jugement du 9 avril 2003 (Le Fiscologue, no 902, p.11), constatait « que les microfiches ne comportent pas la moindre entête, ni même aucune référence à une banque, et qu'elles mentionnent des « devises codées », mais que les codes en question ne sont pas produits » et, compte tenu de ces éléments, estimait « que les microfiches ne fournissent pas un élément connu pouvant asseoir une présomption de fait, à savoir la détermination du montant de certaines sommes placées sur un compte bancaire étranger. »
- Le tribunal de Louvain, dans son jugement du 16 avril 2004 (le Fiscologue, no 937, p.10) décidait que les microfiches présentées par l'Administration, bien que dans le cas qu'il avait à trancher, ces microfiches paraissaient provenir de la Kredietbank Luxembourg et bien que dans ce cas le nom du contribuable correspondait aux initiales indiquées sur les fiches, ne pouvaient valoir preuve, car, disait le tribunal « n'importe qui peut établir des microfiches sur lesquelles apparaissent des numéros de comptes, des initiales et des montants ».
- 60 Dans le cas du jugement rendu par le tribunal de première instance de Nivelles du 28 octobre 2003 (no 8450, inédit), il fut constaté « qu'il ne résulte d'aucun élément produit auquel le tribunal peut avoir égard, d'une part que lesdites pièces sont effectivement la reproduction de pièces d'un dossier répressif et d'autre part que leur original constituerait la preuve de l'ouverture et de l'état d'un compte ouvert par le demandeur auprès de la S.A. Kredietbank Luxembourg, dont l'identité n'apparaît à aucun endroit des documents produits. »
- La Cour d'appel de Liège dans son arrêt du 19 mai 2004 (no 2003/RG/1003, Journal de droit fiscal, no 3/2005, p.101 ss) s'est prononcée comme suit: « Attendu que si certaines références semblent pouvoir permettre l'établissement d'un lien avec la banque luxembourgeoise KB-LUX, en revanche l'authenticité des documents, qui ne constituent ni des extraits de compte ni des documents bancaires sous leur forme habituelle et qui ont fait l'objet d'ajouts manuscrits, n'est pas suffisamment établie en l'espèce; Attendu que les copies de « microfiches » apparues quelques années plus tard présentent les mêmes lacunes quant à leur authenticité; Attendu que c'est dès lors à juste titre que l'intimée conclut, par des motifs pertinents repris au point V b) de ses conclusions, au caractère non probant des pièces vantées par l'administration fiscale, eu égard à leur contenu; »
- 62 Le commentateur de l'un de ces jugements, Paul Dhaeyr,

Les problèmes de la compétence territoriale :

- 35. Avant même d'en arriver là, l'examen du fond de l'affaire aurait, selon le type des différentes préventions, rencontré des questions quant à la compétence des tribunaux répressifs belges à l'égard des dirigeants de la banque luxembourgeoise. Les faits qui leur étaient reprochés s'étaient en effet, à peu d'exceptions près, déroulés exclusivement sur le territoire luxembourgeois.
- 36. Il est vrai que le principe de territorialité, en droit pénal belge, se trouve étendu par les dispositions qui admettent la compétence d'un tribunal belge si un seul élément de l'infraction a été commise sur le territoire de l'Etat de ce tribunal⁶³.
- 37. Quant à l'infraction de fraude fiscale, elle intervenait par hypothèse, en tant que telle, en Belgique où elle résultait normalement de l'omission ou de la fausseté des déclarations d'impôts, des droits de succession ou d'actifs imposables. Cependant d'après l'article 66 du Code pénal belge, est co-auteur ou complice celui qui coopère directement à l'exécution du délit, ainsi que celui qui y apporte une aide indispensable. Encore faut-il que le prétendu coauteur ou complice ait agi avec connaissance du caractère délictueux de l'acte principal et avec l'intention de s'y associer, de le provoquer ou de le favoriser. Les prévenus se seraient prévalus à ce sujet du principe de la non-ingérence du banquier dans les affaires de son client. S'il est vrai que ce principe a perdu une grande partie de sa portée depuis l'introduction et l'extension progressive de la législation luxembourgeoise sur le blanchiment⁶⁴, cette législation n'est, même à l'heure actuelle, pas étendue au domaine fiscal et il reste admis que les règles de conduite du banquier ne comportent pas une obligation de surveillance de sa part quant à la

Substitut du Procureur du Roi et Lecteur aux facultés universitaires Saint Louis, dans Revue Générale du Contentieux Fiscal 2007 – 3 p.157, sous le titre « *Mais où est donc passée la nullité*? », cite parmi ses décisions une seule apparemment en sens inverse, Anvers 17 décembre 2004, mais ne cite pas l'arrêt de la Cour de Liège du 19 mai 2004. L'auteur estime surtout qu'il eût été préférable pour le jugement commenté « d'affronter franchement a question de l'admissibilité de la preuve pénale en se référant à l'arrêt de la Cour de Cassation du 2 mars 2005, » l'arrêt *Manon* (supra No 18)

- 63 Ce principe n'est pas particulier à la Belgique, puisque selon l'article 7-2 du Code d'instruction criminelle luxembourgeois, depuis une modification par la loi du 15 juillet 1993 « est réputée commise sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli au Grand-Duché de Luxembourg ». (Bulletin Droit & Banque n° 29, p. 38, sub 2.2.1)
- 64 cf. Marc Elvinger « Libres propos sur l'utilité d'un code de conduite en droit bancaire » dans Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg, Larcier 1994, page 603

provenance et à l'usage, sur le plan fiscal, des fonds de son client.⁶⁵

38. Toujours sur le plan des exceptions au principe de territorialité du droit pénal, les dispositions du Code de procédure belge⁶⁶ prévoient sous certaines conditions, si le fait est punissable comme crime, la compétence des tribunaux belges, même si aucun élément de l'infraction ne se situe sur le territoire belge, pour juger des nationaux belges – rappelons que les principaux prévenus étaient de nationalité belge. Mais là encore il faut que le prévenu ait eu connaissance du faux et intention de le commettre.

39. Selon l'accusation, le faux en écriture, punissable comme crime, aurait, en l'occurrence, consisté notamment dans le fait que des prêts à des résidents belges assortis de garanties visibles telles que des hypothèques sur des immeubles en Belgique comportaient en outre des gages sur des titres et espèces déposés auprès de la banque luxembourgeoise, gages non renseignés dans les contrats de crédit établissant le prêt passés en Belgique. Or, l'obligation pour les banques de renseigner toutes les sûretés dans ces contrats de crédit était expressément prévue dans des dispositions belges à caractère règlementaire que le droit luxembourgeois ne connaît pas. En dehors du plan règlementaire, la doctrine belge admet que « l'omission (de sûretés) ne peut être constitutive de faux que si la mention omise portait sur un fait qui devait être enregistré dans l'acte »67.

Le problème de compétence législative :

40. Se serait plus spécialement posée la question de l'applicabilité à une banque luxembourgeoise de certaines dispositions légales et règlementaires

65 La notion de non-ingérence ou de non-immixtion a été récemment confirmée, avec des réserves, et dans un contexte autre que pénal ou fiscal, par un arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg du 10 juin 2009 (Bulletin Droit & Banque n.46, novembre 2010 page 42, avec note Thieltgen). belges, et notamment des dispositions de la loi belge et des règlements de la Commission Bancaire et Financière belge (CBF, actuellement FSMA) sur les « mécanismes particuliers », dispositions que cette Commission, et à sa suite le Parquet, entendaient appliquer banques luxembourgeoises aux effectuant, ou non, la libre prestation de services en Belgique. L'extension que la CBF a ainsi voulu faire aux banques non belges même sans prestation de services sur le territoire belge, par le seul fait que l'emprunteur est un résident belge, se serait heurtée aux conceptions de la Commission Européenne en matière de prestation de services bancaires et financiers68.

Dans le cadre de l'instruction de l'affaire, la police judiciaire et le juge d'instruction allaient plus loin. Invoquant comme évidente la « fictivité » non seulement des opérations faites en droit luxembourgeois, mais également celle des sociétés luxembourgeoises impliquées, l'instruction refusait, en fait, de reconnaître au Luxembourg, membre de l'Union Européenne, la légalité des contrats conclus sous son droit et la personnalité morale de ses sociétés.

L'obstacle de la prescription et du délai raisonnable.

41. Tout cela sans même parler de la question de la prescription qui menaçait l'action publique, et surtout de l'application de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, assurant l'exigence du délai raisonnable dans lequel une condamnation doit intervenir, les faits reprochés remontant à une période entre 1987 et 1994, sinon plus loin.

42. Au-delà même de ces principes, le tribunal, ou la Cour d'appel sur évocation, en examinant le fond, auraient été confrontés à la difficulté inhérente à un retard aussi important dans la décision à rendre. En effet, ils auraient dû, en 2011 ou plus tard, juger les prévenus au regard, non seulement de la législation ou de la règlementation, mais encore de la pratique bancaire, telle qu'elle existait au Luxembourg au moment des faits qui leur étaient reprochés, donc au début de la décennie 1990, et cela en grande partie avant même l'entrée en vigueur au Luxembourg de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, et surtout de la loi du 12 mars 1998 qui, pour la première fois, a introduit « les règles de conduite » dans le secteur financier à l'article 36-1 de la loi de 1993⁶⁹. Cette évolution – au cours de presque deux

L'article 7 du Code de procédure pénale belge (qui est le pendant de l'article 5 du Code d'instruction criminelle luxembourgeoise), prévoit qu'un national belge peut être poursuivi en Belgique même en dehors de tout élément d'infraction sur le territoire belge, s'il y a double incrimination, c'est-à-dire, dans le cas de l'espèce, si le fait posé au Luxembourg, punissable comme crime en droit belge, était punissable aussi selon le droit luxembourgeois (op.cit. supra n.63 n° 2.2.2), ce qui n'aurait cependant pu s'appliquer qu'à l'infraction de faux en écritures qui constitue un crime en droit belge et luxembourgeois. L'article 11 du titre préliminaire du Code de procédure pénale belge permet de poursuivre un étranger comme co-auteur ou complice d'un crime commis même hors du territoire belge par un Belge. Quant à l'usage du faux en écritures, il est admis qu'il peut être poursuivi en Belgique devant la juridiction belge même si l'acte a été falsifié à l'étranger par un non-Belge, de sorte qu'un ressortissant luxembourgeois aurait pu être poursuivi pour un acte passé au Luxembourg comme co-auteur ou complice de l'usage de faux par un Belge sur le territoire belge.

⁶⁷ Rigaux et Trousse, page 20

⁸ Communication interprétative de la Commission du 20 juin 1997 (SEC/97), 1193, final, en matière de liberté de prestation de services dans la deuxième directive bancaire

Cf. André Elvinger, « Historique du droit bancaire et financier », in Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg, Larcier 1994; et André Elvinger, « L'évolution législative de la Décennie 1993-2003 », in Droit bancaire et financier au Grand-Duché de

décennies – fut constatée en termes éloquents voire dramatiques dans un article rédigé par plusieurs juristes⁷⁰ et publié au Bulletin Droit et Banque no 29 de novembre 1999 dont les conclusions et les recommandations étaient les suivantes :

- Il est primordial que les professionnels du secteur financier prennent conscience des risques juridiques qui sont liés à leurs activités au même titre que les risques économiques dont la gestion appartient depuis toujours à leur métier.
- Le risque juridique qui renferme souvent un aspect de droit pénal – ne pourra jamais être totalement éliminé. Il fait partie des activités transfrontalières dans un monde globalisé. Le fait d'accueillir une clientèle largement nonrésidente expose les banquiers davantage encore aux aléas de procédures devant des juridictions étrangères.
- Le risque tend à augmenter avec le temps....
- Comme tout autre risque inévitable, celui-ci aussi devrait être géré. Il peut l'être à deux niveaux :
 - 1. Au niveau de l'établissement de crédit : La communication dans l'entreprise de l'existence des risques et la fixation d'une politique d'affaires en conséquence permettrait le traitement rationnel de ces problèmes avant même qu'ils ne surgissent.
 - 2. Au niveau de la place financière: Une prise de conscience collective est indispensable. Elle permettrait d'éviter des accidents individuels dont la place financière toute entière serait elle aussi la victime et pourrait conduire à la fixation commune de certains seuils de prudence et de règles de comportement. 71

Le pendant en France : l'affaire HSBC

43. A la suite d'une perquisition, le procureur de la République de Nice avait, par des envois des 2 septembre 2009 et 12 janvier 2010, transmis à la Direction Nationale d'Enquêtes Fiscales (DNEF) une liste de clients de HSBC Genève volée par un employé de cette banque, un nommé Falciani. Or, cette « Liste des 3000 » avait déjà antérieurement été remise par Falciani entre les mains du Ministre du Budget, Monsieur Woerth, qui les avait déjà remis à la DNEF. Aussi, par son ordonnance du 8 février 2011, la Cour d'appel de Paris constatet-elle « qu'il s'avère donc que la DNEF était en

possession de cette liste et l'a exploitée bien avant la transmission officielle par l'autorité judiciaire en application de l'article L-101 du LPF »⁷².

44. Pour une lecture moins austère, on se réfèrera à un article du Canard Enchaîné du 23 mars 2009 : « Woerth », dit le Canard Enchaîné dans un style bien à lui, « avait bien vu l'os » et « l'ordonnance de la Cour d'appel révèle la jolie manipulation qu'il avait montée pour cacher l'origine illégale de sa liste. Celle-ci, selon la version officielle, avait été retrouvée dans l'ordinateur d'un certain Falciani, employé de la banque HSBC, lors d'une perquisition organisée à son domicile par le procureur de Nice. La liste avait été saisie tout à fait légalement par la justice, explique alors Woerth. Bien que volée par Falciani, elle devenait donc utilisable pour le fisc ». Et toujours selon le Canard Enchaîné, le procureur de Nice, Eric de Montgolfier, lui aurait confié : « J'ai involontairement blanchi des informations obtenues illégalement, d'après la Cour d'appel ».

Le scénario était donc comparable au cas Leurquin-Vandergoten et à la mise en scène Goven.

- 45. Peu importait cependant aux yeux de la Cour d'appel de Paris le fait que la remise de la « *Liste des 3.000* » avait été faite avant la transmission, à la suite de la perquisition, par le Procureur de Nice. La Cour d'appel dit, dans son ordonnance :
- « qu'en tout état de cause, il s'agit de données volées, la réalité de la commission de ce vol ayant été confirmée par le Ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat de l'époque; que l'origine de ces pièces est donc illicite, que l'administration en ait eu connaissance par la transmission du Procureur de la République ou antérieurement à cette date
- que ces pièces dont l'origine est illicite ont servi de base pour rendre son ordonnance au juge des libertés et de la détention (JLD) du tribunal de grande instance de Paris qui les a citées à de très nombreuses reprises
- que du tout il s'évince que le JLD, en l'absence de ces deux pièces illicites, ne disposait pas d'éléments suffisants pour présumer la fraude et devait en conséquence rejeter les requêtes de l'administration fiscale ».
- 46. On voit que par rapport à la jurisprudence belge et luxembourgeoise comme on le verra ci-après cette décision, tout en arrivant à la même conclusion, est plus radicale dans ses considérants puisque ce qui comptait pour la Cour d'appel de Paris, et ce qui était seul décisif à ses

Luxembourg, Larcier 2004

⁷⁰ M. Roland Berscheid, Me André Elvinger, Mme Marie-Paule Gillen, M. Adrian Glaesner, M. André Hoffmann, Me André Lutgen et M. Jean-Jacques Rommes.

⁷¹ Sur cette évolution, il est également renvoyé aux développements de M. Patrick Kinsch dans « L'affaire KBL et l'évolution de l'image du secret bancaire dans la jurisprudence luxembourgeoise » qui sont publiés dans ce numéro du Bulletin Droit et Banque.

⁷² Une discussion s'était engagée sur la question de savoir si le Parquet avait le droit de transmettre ces pièces puisque selon un arrêt de la Cour Européenne des Droit de l'Homme Medvedyev, France du 10 juillet 2008, le Parquet ne fait « pas partie de l'autorité judiciaire ».

yeux, c'était que les documents étaient volés et provenaient donc de source illicite. La décision de l'ordonnance de la Cour d'Appel de Paris est également plus radicale que la jurisprudence de la Cour de Cassation de France dont la Chambre Criminelle déclare qu' « aucune disposition légale ne permet au juge répressif d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale, il leur appartient seulement d'en apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire ». ⁷³

La jurisprudence luxembourgeoise en matière de légalité des preuves

47. Au Luxembourg, où les divergences d'opinion entre juridictions se déroulent habituellement dans un cadre feutré, le débat sur la légitimité des preuves a donné lieu à une bataille rangée d'abord entre le Parquet et le tribunal correctionnel, suivie par un arrêt d'appel critiquant sévèrement les juges de première instance tout en les confirmant quant au fond, ensuite par un arrêt de la Cour de cassation qui semblait marquer le retour aux principes qui étaient alors, à la suite de l'arrêt *Manon*, ceux de la jurisprudence belge, le tout se terminant cependant, au rescisoire, par un arrêt de la Cour d'appel confirmant, avec une motivation complétée, son premier arrêt.

48. Il s'agissait de poursuites sur base de l'article 327 du Code pénal – menace d'attentat – et subsidiairement de l'article 319 du Code pénal – le fait d'annoncer un danger que l'on sait inexistant mais ayant entraîné l'intervention de la force publique, dispositions rarement appliquées du Code pénal.

Devant le tribunal correctionnel, les défenseurs du prévenu faisaient valoir la nullité de la procédure tirée de l'illégalité de la preuve à la base de la poursuite. Cette illégalité consistait dans le fait que l'entreprise des Postes et Télécommunications avait fait installer, initialement pour ses propres services, pour la protection d'un appareil de distribution de billets, un système de vidéosurveillance sans que l'autorisation requise pour une telle installation, demandée auprès de la Commission nationale pour la protection des données, n'ait été obtenue. C'est cette installation qui avait intercepté une communication téléphonique dirigée vers le Palais Grand-Ducal qui contenait, selon l'accusation, la menace ou l'annonce de la menace d'un attentat. Le Parquet reconnaissait le caractère illégal de l'installation, mais invoquait l'arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 2 mars 2005, l'arrêt *Manon*.

49. Ce faisant, le Parquet s'attira le courroux de la neuvième chambre du tribunal d'arrondissement qui, dans son jugement du 13 juillet 2006⁷⁴ rappelait, que « dans un Etat de droit, la fin ne *justifie pas les moyens* », rejetant ainsi notamment le principe de proportionnalité qui se trouve, comme nous l'avons constaté, au cœur de l'arrêt Manon, disant que l'invocation de ce principe trahissait un « esprit singulièrement pratique » » et un sens de la « rentabilité dont la Cour (de cassation de Belgique) a semblé imbue ». Le tribunal s'en prenait en particulier à un arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 14 février 2001 au motif que cet arrêt⁷⁵ qui, suivant la jurisprudence belge depuis 1991 – rappelons que c'est la jurisprudence qui fit l'objet des « consultations » des enquêteurs belges – avait décidé qu'une preuve obtenue par un acte expressément interdit par la loi, n'était pas nécessairement irrecevable pour autant « que l'acte illicite n'émane pas des enquêteurs ou du dénonciateur, mais d'un tiers et qu'il n'existe pas de lien entre cet acte et la dénonciation des faits ». « La neuvième section du tribunal » disait-elle « ne peut qu'inviter toute personne soucieuse des libertés fondamentales, des principes généraux du droit et des droits de l'Homme de se faire ses réflexions et sa religion sur les conséquences d'une telle évolution jurisprudentielle ». Allant encore plus loin, le tribunal disait « ce qui est encore plus extraordinaire, et même proprement ahurissant pour quiconque pratiquant le droit pénal et la procédure pénale, la Cour de cassation belge ne semble pas réaliser que par son argumentation, elle place notamment le Ministère Public, qui pourtant devrait être le gardien de la légalité, dans un rôle de receleur puisqu'il serait autorisé à recevoir, à accepter, à garder et à utiliser à ses fins contre Xle produit d'un crime ou d'un délit commis par Y, à en bénéficier en toute impunité, tout en devant poursuivre Y à l'aide duquel il se verra en position de requérir une condamnation contre X au moins en principe et en théorie ».

Et plus loin, le tribunal parle dans ce contexte d'une « évolution de la corruption des mentalités ». Se souvenant sans doute de l'affaire KB, le tribunal, au titre d'hypothèse, évoquait le cas d'un vol de documents par un employé infidèle d'une banque qui, après chantage « offre le produit de son vol au fisc, ou au Parquet, qui l'un et / ou l'autre engage des poursuites, par exemple pour faux, pour fraude ou escroquerie fiscale contre les ou certains des clients malheureux et en tout cas étrangers aux relations désastreuses entre patron et employé »,

⁷³ Recueil Dalloz 2005 No.2 p.122 : Loyauté de la preuve et droit au procès équitable, note Philippe Bonfils

⁷⁴ n° 2523/2006

⁷⁵ JT 2001, page 53, également commenté dans JT 21 mai 2005

ajoutant, non sans prédictions : « à qui voudra t-on faire croire que l'employé infidèle encourra les rigueurs de la loi pour son délit ? ».

Le tribunal s'attaquait également à la Cour Européenne des Droits de l'Homme en ses arrêts Kostowski, Isgro et Schenk dont il disait que leur position « entretient l'idée très discutable selon laquelle la preuve illégale est admissible dès qu'elle fait l'objet d'un débat contradictoire ».

50. La Cour d'appel, par son arrêt du 28 février 2007⁷⁶ critiquait à la fois, « *les excès de langage* » des défenseurs, le Parquet dont la thèse était considérée comme « *hors propos* », et le tribunal, disant que « *la Cour ne saurait approuver les écarts de langage des premiers juges à l'égard non seulement de la partie poursuivante, mais également des juridictions suprêmes étrangère et internationale ».*

La Cour invoque en revanche plusieurs arrêts de cours d'appel belges et l'arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 8 novembre 2005 (Pas. 2005, page 2180) ainsi qu'un arrêt de la Cour d'appel luxembourgeoise du 11 octobre 2005 qu'elle cite en disant que « le juge pénal peut même prendre en considération une preuve irrégulière dès lors que les dispositions violées ne sont pas prescrites à peine de nullité, que l'irrégularité n'entache pas la fiabilité de la preuve et que l'usage de la preuve n'est pas contraire à un procès équitable ». C'était la jurisprudence Antigone. Cependant, rappelant que le critère essentiel est que l'usage de la preuve ne soit pas contraire au droit à un procès équitable, la Cour dit qu'elle « considère que le respect de la légalité dans l'administration de la preuve est fondamental pour garantir le caractère équitable du procès ».

Par contre, la Cour refuse de reconnaître comme « déterminant » « le fait relevé par la Cour de cassation belge dans l'arrêt précité du 8 novembre 2005, ... que l'autorité chargée de la recherche, de l'enquête et la poursuite des infractions n'a pas commis l'illégalité intentionnellement, ou, transposé dans le contexte du présent dossier, que l'illégalité en cause n'a pas été commise par la police Grand-Ducale ou le Ministère Public, mais par un opérateur tiers ». C'était se référer à la jurisprudence d'avant Antigone et donc celle des « consultations ». Et la Cour conclut que « dans l'intérêt de la sécurité, juridique, la rigueur juridique doit l'emporter dans le présent dossier. La seule preuve dont se prévaut le Ministère Public à l'appui de ses poursuites contre X a été obtenue à la suite d'un acte illégal. La partie appelante n'a pas été en mesure de faire valoir un quelconque moyen ou argument de nature à amener la Cour à prendre en considération cet élément de preuve *en dépit de son caractère illégal* ». Aussi, pour des motifs différents en la forme mais très semblables en fait, la Cour d'appel confirma le jugement de première instance⁷⁷.

51. Mais sur pourvoi du Procureur Général d'Etat, la Cour de cassation, par son arrêt du 22 novembre 2007 (n° 2474) a cassé et annulé cet arrêt.

La Cour de cassation rappelle pourtant tout d'abord que « le juge ne peut écarter une preuve obtenue illicitement que si le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité, si l'irrégularité commise a entaché la crédibilité de la preuve ou si l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable ; que ce droit n'est garanti que sous la condition fondamentale du respect de la légalité dans l'administration de la *preuve* ». Mais ensuite elle estime « *qu'il appartient* néanmoins au juge d'apprécier l'admissibilité d'une preuve obtenue illicitement en tenant 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 a été commise ». Et la Cour de cassation estime que la Cour d'appel « en refusant de façon péremptoire de prendre en considération tous les éléments de la cause » a violé « cette disposition normative ».78

Avec le respect qu'on doit à la Cour de cassation, il faut constater que la Cour d'appel avait pris soin de tenir compte tant du « mode d'obtention de la preuve » que des « circonstances dans lesquelles l'illicéité (avait) était commise ».

Devrait-on admettre que, en visant ces « *circonstances* » qui concernaient l'illicéité dans laquelle elles avaient été commises, la Cour de cassation aurait voulu – mais elle ne l'a pas dit – invoquer à l'appui de la cassation de l'arrêt, le principe de proportionnalité ? En d'autres termes aurait-t-elle reproché à la Cour d'appel de ne pas avoir tenu compte de la gravité de l'infraction faisant l'objet des préventions ?

52. En tout cas ce n'est pas ainsi que la Cour d'appel, sur le renvoi par la Cour de cassation, l'a interprété dans l'arrêt qu'elle a prononcé le 26 février 2008⁷⁹ en reconfirmant le jugement de première instance. La Cour note en particulier

⁷⁷ Pour le commentaire de cet arrêt et notamment sur ses incidences sur la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel cf. Edouard Delosch: « Dans un Etat de droit, la fin ne justifie pas les moyens, ou la loyauté de la preuve », Bulletin Droit et Banque No.40 octobre 2007 p.49.

⁷⁸ Pour le commentaire de cet arrêt, cf. Edouard Delosch : « Dans un Etat de droit, la fin justifie-t-elle quand même les moyens ? ou l'administration légale d'une preuve (obtenue illégalement) », ACE n°10, décembre 2007, p.13.

[&]quot;79 Jurisprudence pénale / Putz/Edition Promoculture, Tome II, procédure pénale et T.4.8.

que le « repérage de données d'appel de moyens de télécommunication » avec l'assistance des PTT constituait une procédure illégale, ce repérage étant, depuis l'entrée en vigueur de l'article 67-1 du code d'instruction criminelle, réservé à la compétence exclusive du juge d'instruction. Aussi la Cour d'appel, complétant les motifs qui l'avaient amenés une première fois à confirmer le jugement de première instance, constate-t-elle que « la combinaison de la production en justice d'un moyen de preuve, illicite, et d'une procédure qui elle-même n'est pas conforme aux dispositions régissant l'exercice de l'action publique et l'instruction » résultait en « 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 ne peut pas être réparée au titre du seul débat contradictoire au fond ».

Conclusion

La justice belge sort grandie des décisions judiciaires qui ont réaffirmé les valeurs fondamentales de loyauté que doivent respecter et sauvegarder tous ceux qui servent la justice, que ce soit au stade des poursuites, de l'instruction ou du jugement. La justice a ainsi affirmé que la fin ne justifie pas les moyens et qu'aucun principe de proportionnalité ne peut l'emporter sur l'exigence suprême de la loyauté dans la conduite du procès.

Il reste à se demander, au regard de la mouvance de la jurisprudence que nous avons observée en Belgique, si les jugements et arrêts de l'Affaire KB marquent un revirement de jurisprudence ou si l'on doit les considérer comme s'étant appliqués à un cas d'exception, marqué par des procédures d'instruction d'une déloyauté dont la gravité éclipse de loin les « petites » entorses à la légalité telles qu'une vidéo-surveillance non autorisée. Dans une certaine mesure, les décisions rendues dans

l'affaire KB peuvent s'insérer dans la jurisprudence des années 90 où la preuve était exclue lorsque son illégalité émanait ou avait été facilitée par la justice elle-même. Dans la mouvance *Antigone*, la jurisprudence a toujours retenu l'exigence suprême du procès équitable, et même l'arrêt *Manon*, tout en déviant vers le principe de proportionnalité, ne semble pas avoir abandonné cette exigence.

Quant à la jurisprudence luxembourgeoise, malgré l'infléchissement que pourrait avoir comporté l'arrêt de cassation, elle semble résolument dirigée dans le sens de la plus grande exigence du respect des droits de la défense et du procès équitable. Et il est frappant de constater combien l'arrêt final de la Cour d'appel est proche de ce que les tribunaux et cours belges ont décidé dans l'affaire KB.

En France, on peut se réjouir de l'ordonnance de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire HSBC tout en retenant que la jurisprudence française plus générale limite ses exigences à l'appréciation de la valeur probante et à celle d'un débat contradictoire.

Et nous avons constaté que la Cour européenne des droits de l'homme s'impose, dans sa compétence, des limites importantes à l'examen de la licéité des preuves.

L'auteur s'abstient de s'engager dans le domaine des droits qui nous sont moins proches, comme celui de l'Allemagne qui, comme on le constate à l'examen d'un arrêt du Bundesverfassungsgericht⁸⁰ pratique le principe de proportionnalité sous la forme de la « *Abwägung*». L'achat de documents volés par l'autorité fiscale, le payement du voleur et la complicité qu'elles impliquent de la part de l'Etat avec le délit, paraissent, à la lumière des enseignements de la jurisprudence belge et de la jurisprudence luxembourgeoise, incompatibles avec les fondements de notre système de droit.

Le droit ne triomphe donc ni toujours ni partout. Saluons-le là où il l'emporte.

⁸⁰ BverfG, 2 BvR 2101/09 vom 9.11.2010 ; il s'agit de la décision qui a déclaré irrecevable (« nicht zur Entscheidung angenommen ») les recours ayant eu pour objet des poursuites engagées à la suite de l'achat en République Fédérale Allemande de données informatiques volées (« Datendiebstahl ») émanant d'un établissement du Liechtenstein.