

La décision d'enquête européenne : quand la jurisprudence donne des précisions sur la notion d'« autorité d'émission », sur la validité des preuves recueillies à l'étranger et sur les voies de recours offertes aux justiciables dont les biens ont été saisis

OLIVIER MICHIELS

Professeur à la faculté de droit de l'Université de Liège

Président de chambre à la Cour d'appel de Liège

INTRODUCTION

1. La loi du 22 mai 2017 relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale (ci-après DEE) transpose en droit belge la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 sur le sujet(1).

(1) Art. 4, 1^o, de la loi du 22 mai 2017 ; pour plus d'explications, voy. M. GIACOMETTI et S. NEVEU, « La décision d'enquête européenne : un nouvel instrument destiné à révolutionner la récolte des preuves », *Rev. dr. pén.*, 2016, pp. 861 à 910 ; M. GIACOMETTI, « La décision d'enquête européenne : la révolution de la coopération

La DEE est une « décision judiciaire, émise ou validée par une autorité judiciaire, afin de faire exécuter une ou plusieurs mesures d'enquête spécifiques dans un autre État membre en vue d'obtenir des éléments de preuve, en ce compris les éléments qui seraient déjà en possession des autorités compétentes de l'État d'exécution »(2).

Il s'en déduit que, d'une part, toutes les mesures d'enquête en vue d'obtenir des éléments de preuve sur le territoire de l'État d'exécution sont envisageables en exécution d'une DEE à l'exclusion des mesures d'enquête réalisées dans le cadre des équipes communes d'enquête(3). D'autre part, une DEE doit être émise par une autorité judiciaire ou une autre autorité chargée de l'enquête moyennant validation par une autorité judiciaire(4).

La loi prévoit encore que la DEE peut être émise tant dans le cadre de procédures pénales (engagées ou à engager) que de procédures de nature administrative ou civile (engagées et relatives à des faits punissables au titre d'infraction selon le droit de l'État d'émission) pour autant, dans ce cas, qu'il y ait une possibilité de recours notamment mais pas exclusivement(5) devant une juridiction pénale(6).

2. Dans les considérants qui précèdent la directive 2014/41, le législateur européen rappelle que si l'autorité d'émission est la mieux placée pour décider, en fonction de sa connaissance des éléments de l'enquête concernée, des mesures d'enquête auxquelles il y a lieu de recourir(7), il ajoute qu'il sied à cette autorité de vérifier « si la preuve recherchée est nécessaire et proportionnée aux fins de la procédure, si la mesure d'enquête choisie est nécessaire et proportionnée aux fins de l'obtention de la preuve concernée, et si une décision d'enquête européenne devrait

judiciaire entre États membres de l'Union est en marche ! », *J.T.*, 2017, pp. 649 à 660 ; G. VERMEULEN, « Het Europees onderzoeksbevel in strafzaken. Het verdriet van België savoir la notion "d'autorité d'émission" de la DEE, la validité des preuves recueillies à l'étranger et les voies de recours offertes par la loi belge aux justiciables dont les biens ont été saisis », in *Strafrecht en strafprocesrecht: doel of middel in een veranderde samenleving?*, Liège, Wolters Kluwer, 2017, pp. 405 à 458 ; D. VAN DAELE, « België en het Europees onderzoeksbevel in strafzaken: een analyse of de wet van 22 mei 2017 », *N.C.*, 2018, pp. 341 à 378 ; F. LUGENTZ, « La décision d'enquête européenne, lieu d'expression de l'érosion de la confiance dans les autorités judiciaires ? », *Rev. dr. pén.*, 2022, pp. 404 à 418.

(2) Art. 3, § 1^{er}, de la loi du 22 mai 2017.

(3) Art. 4, 2^o, de la loi du 22 mai 2017. Les équipes communes d'enquête, composées d'enquêteurs de deux ou plusieurs États, compétents pour effectuer une enquête pénale transfrontière sur le territoire d'un ou de plusieurs États ayant constitué l'équipe font l'objet d'une réglementation spécifique dans la Convention européenne relative à l'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mai 2000 et la décision-cadre du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête.

(4) Art. 4, 5^o, de la loi du 22 mai 2017.

(5) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2016-2017, n^o 54-2437/1, p. 13.

(6) Art. 5 de la loi du 22 mai 2017.

(7) Consid. 10 de la directive 2014/41.

être émise aux fins d'associer un autre État membre à l'obtention de cette preuve. Ces mêmes vérifications devraient être effectuées dans le cadre de la procédure de validation, lorsque la validation d'une décision d'enquête européenne est requise au titre de la présente directive. L'exécution d'une décision d'enquête européenne ne devrait pas être refusée pour des motifs autres que ceux mentionnés dans la présente directive. Néanmoins, l'autorité d'exécution devrait pouvoir choisir une mesure d'enquête moins intrusive que celle indiquée dans la décision d'enquête européenne concernée si elle permet d'atteindre des résultats similaires »(8).

Ce *Liber Amicorum* dédié à notre collègue Michel Pâques nous donne l'occasion de revenir, à la lumière d'une jurisprudence récente, sur trois sujets distincts, à savoir la notion d'« autorité d'émission » de la DEE, la validité des preuves recueillies à l'étranger et les voies de recours offertes par la loi belge aux justiciables dont les biens ont été saisis. Si ces considérations paraissent éloignées des thèmes chers à notre collègue, la place de choix prise par la DEE dans la coopération judiciaire internationale en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne ne devrait pas manquer d'aiguiser la curiosité intellectuelle de ce juriste accompli.

I. L'AUTORITÉ D'ÉMISSION D'UNE DEE

A. Définition

3. L'article 2, c), i), de la directive 2014/41 définit l'autorité d'émission comme un juge, une juridiction, un juge d'instruction ou un procureur compétent(e) dans l'affaire concernée. L'article 2, c), ii), confère cette même faculté « à toute autre autorité compétente définie par l'État d'émission qui, dans le cas d'espèce, agit en qualité d'autorité chargée des enquêtes dans le cadre de procédures pénales, compétente pour ordonner l'obtention de preuves conformément au droit national ». Dans ce cas, avant d'être transmise à l'autorité d'exécution, la DEE doit être validée par un juge, une juridiction ou un procureur.

D'emblée, il nous faut observer que la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de lever tous les doutes sur la compétence pour le ministère public d'émettre une DEE. En effet, dans son arrêt *Staatsanwaltschaft Wien* du 8 décembre 2020, la Cour a retenu que le

(8) Consid. 11 de la directive 2014/41 ; art. 6 de la même directive et art. 6 de la loi du 22 mai 2017.

parquet d'un État membre peut émettre une DEE « indépendamment du rapport de subordination légale qui pourrait exister entre ce procureur ou ce parquet et le pouvoir exécutif de cet État membre, et de l'exposition dudit procureur ou dudit parquet au risque d'être soumis, directement ou indirectement, à des ordres ou à des instructions individuels de la part de ce pouvoir dans le cadre de l'adoption d'une décision d'enquête européenne »(9).

En somme, l'autorité d'émission doit, dans toutes les hypothèses couvertes par l'article 2, sous c), de la directive 2014/41, être compétente dans l'affaire concernée, soit en tant que juge, juridiction, juge d'instruction ou procureur, soit, lorsqu'elle n'est pas une autorité judiciaire, en tant qu'autorité chargée des enquêtes.

B. Conditions d'émission d'une DEE et la compétence de la partie publique

4. L'article 6 de la directive énumère les conditions d'émission et de transmission d'une décision d'enquête européenne et dispose que :

- a) l'émission de la décision d'enquête européenne est nécessaire et proportionnée aux finalités des procédures visées à l'article 4, compte tenu des droits du suspect ou de la personne poursuivie ; et
- b) la ou les mesures d'enquête indiquées dans la décision d'enquête européenne auraient pu être ordonnées dans les mêmes conditions dans le cadre d'une procédure nationale similaire.

Cette seconde exigence paraît soumettre l'émission d'une DEE aux conditions prévues par le droit national pour l'adoption d'une mesure équivalente(10).

On le sait, en Belgique, les mesures de contrainte ou les actes qui portent atteinte aux libertés et aux droits individuels relèvent, en principe, de la compétence exclusive du juge d'instruction(11). La partie publique pourrait-elle, dès lors, dans le cadre d'une DEE, reprendre la main ?

(9) C.J.U.E., 8 décembre 2020, *Staatsanwaltschaft Wien*, aff. C-584/19, pt 75.

(10) Concl. av. gén. M. CAMPOS SANCHEZ-BORDONA, *Spetsializirana prokuratura c. H.P.*, 20 mai 2021, aff. C-724/19, pts 57 à 58.

(11) Art. 28bis, al. 3, du Code d'instruction criminelle.

Dans l'affaire *HP c. Spetsializirana prokuratura* du 16 décembre 2021 (12), la Cour de justice dut trancher la question de savoir si le ministère public d'un État membre était compétent pour émettre une DEE portant sur une mesure relative à l'obtention d'une preuve qui, en vertu du droit national de l'État d'émission, ne pouvait être autorisée que par un juge ou une juridiction.

En d'autres termes, la Cour de justice devait analyser, au regard du libellé des articles 2 et 6 de la directive 2010/41, si l'expression « compétent(e) dans l'affaire concernée » a la même signification que l'expression « compétente pour ordonner l'obtention de preuves conformément au droit national » et, partant, si un procureur peut émettre une décision d'enquête européenne visant à obtenir certaines mesures d'enquête lorsque, dans le cadre d'une procédure nationale similaire, ces mesures relèvent de la compétence exclusive du juge.

En procédant à une analyse de l'article 2, sous c), i), de la directive 2014/41, lu à la lumière des considérants de cette directive (13), la Cour de justice a estimé que l'autorité d'émission de la DEE est celle qui est compétente pour ordonner l'obtention des preuves conformément au droit national. La Cour est de la sorte d'avis qu'une éventuelle distinction de l'autorité d'émission de la décision d'enquête européenne et de l'autorité qui est compétente pour ordonner des mesures d'enquête dans le cadre de cette procédure pénale risquerait de complexifier le système de coopération, et ce faisant de compromettre l'instauration d'un système simplifié et efficace.

Il en résulte que si en droit national le ministère public n'est pas compétent pour ordonner une mesure d'enquête, il ne peut être considéré comme l'autorité d'émission compétente pour émettre une DEE.

La Cour de justice ajoute, en faisant référence à son arrêt du 2 mars 2021, *H.K. et Prokuratuur* (14) – relatif aux conditions d'accès aux données relatives aux communications électroniques –, que « l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58, lu à la lumière des articles 7, 8 et 11 ainsi que de l'article 52, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale donnant compétence au ministère public, dont la mission est de diriger la procédure d'instruction pénale et d'exercer, le cas échéant,

(12) C.J.U.E., 16 décembre 2021, *Spetsializirana prokuratura c. H.P.*, aff. C-724/19.

(13) Voy. consid. 5 à 8 et 10 de la directive.

(14) C.J.U.E., 2 mars 2021, *Prokuratuur*, aff. C-746/18, pt 59.

l'action publique lors d'une procédure ultérieure, pour autoriser l'accès d'une autorité publique aux données relatives au trafic et aux données de localisation aux fins d'une instruction pénale ».

Autrement dit, la partie publique ne peut, dans cette hypothèse, émettre une DEE visant l'obtention de données relatives au trafic et aux données de localisation liées aux télécommunications lorsque celle-ci dirige la procédure d'instruction pénale, mais exerce également l'action publique dans le cadre d'une procédure pénale ultérieure⁽¹⁵⁾. En effet, pour la Cour de justice « l'exigence d'indépendance à laquelle doit satisfaire l'autorité chargée d'exercer le contrôle préalable, (*qui porte sur la transmission de données*), impose que cette autorité ait la qualité de tiers par rapport à celle qui demande l'accès aux données, de sorte que la première soit en mesure d'exercer ce contrôle de manière objective et impartiale à l'abri de toute influence extérieure »⁽¹⁶⁾.

C. La DEE ayant pour objet la transmission d'éléments déjà en la possession des autorités compétentes de l'État d'exécution

Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Staatsanwaltschaft Berlin c. M.N.*, l'avocate générale Capeta cerne l'hypothèse dans laquelle une DEE est émise pour la transmission d'éléments de preuve déjà en la possession d'un autre État. Dans ce cas de figure, la condition relative à une procédure nationale similaire figurant à l'article 6, paragraphe 1, sous b), de la directive 2014/41 impose à l'autorité d'émission d'établir si, et à quelles conditions, le droit national applicable permet que des éléments de preuve obtenus soient transmis d'une procédure pénale interne à une autre⁽¹⁷⁾.

Selon elle, si en droit national la transmission de tels éléments de preuve est soumise à l'intervention d'un juge, il conviendra pour déterminer l'autorité d'émission compétente de se référer au droit interne.

La Cour de Justice, dans la même affaire, par son arrêt du 30 avril 2024 ne dit pas autre chose dès lors qu'elle précise que si dans le droit de l'État d'émission un procureur ne peut pas ordonner une telle mesure de transmission de preuves déjà en la possession des autorités compétentes de l'État d'exécution, ce dernier ne peut être considéré comme l'autorité d'émission compétente⁽¹⁸⁾.

(15) C.J.U.E., 16 décembre 2021, *Spetsializirana prokuratura c. H.P.*, aff. C-724/19, pts 42-43.

(16) *Ibid.*, pt 54.

(17) Concl. *Staatsanwaltschaft Berlin c. M.N.*, aff. C-670/22, pt 56.

(18) C.J.U.E., 30 avril 2024, *Staatsanwaltschaft Berlin M.N.*, aff. C-670/22, pt 75.

La Cour ajoute que lorsque l'autorité d'émission souhaite obtenir, au moyen d'une décision d'enquête européenne, la transmission de preuves déjà en la possession des autorités compétentes de l'État d'exécution, le principe de reconnaissance mutuelle, sur lequel repose le mécanisme de la DEE, requiert des autorités judiciaires de l'État d'émission qu'elles ne soient pas autorisées à contrôler la régularité de la procédure distincte par laquelle l'État membre d'exécution a collecté les preuves dont elle demande la transmission.

Cependant, la Cour précise, en insistant sur le respect des droits fondamentaux de la personne concernée, que si la transmission de preuves déjà en la possession des autorités compétentes d'un autre État membre devait apparaître soit disproportionnée aux fins des procédures pénales engagées contre cette personne dans l'État d'émission, soit avoir été ordonnée en violation du régime légal applicable à une procédure nationale similaire, la juridiction saisie du recours contre la décision d'enquête européenne ordonnant cette transmission devrait en tirer les conséquences qui s'imposent en vertu du droit national.

Et la Cour ajoute encore que « s'agissant en particulier du droit à un procès équitable, il y a lieu de rappeler notamment que, lorsqu'une juridiction considère qu'une partie n'est pas en mesure de commenter efficacement un élément de preuve qui est susceptible d'influencer de manière prépondérante l'appréciation des faits, cette juridiction doit constater une violation du droit à un procès équitable et exclure cet élément de preuve afin d'éviter une telle violation »(19).

Enfin, la Cour rappelle qu'en l'état actuel du droit de l'Union, il appartient, en principe, au seul droit national de déterminer les règles relatives à l'admissibilité et à l'appréciation, dans le cadre d'une procédure pénale, d'informations et d'éléments de preuve qui ont été obtenus d'une façon contraire au droit de l'Union(20).

D. La législation belge sur la DEE et sa conformité au droit de l'Union

5. En Belgique, la loi du 22 mai 2017 relative à la DEE en matière pénale précise que si, dans le cadre de son information pénale, le ministère public entend faire exécuter une mesure pour laquelle seul le magistrat instructeur

(19) *Ibid.*, pts 99, 100 et 105.

(20) *Ibid.*, pt 128.

est compétent, il devra, s'agissant d'un acte d'enquête pour lequel une mini-instruction est envisageable⁽²¹⁾, faire valider la DEE par un juge d'instruction avant de la communiquer à l'autorité qui sera chargée de l'exécuter⁽²²⁾. *A contrario*, si la mesure sollicitée est exclue du champ d'application de la mini-instruction, le ministère public devra requérir un juge d'instruction pour émettre la DEE sans qu'une instruction soit nécessairement ouverte⁽²³⁾.

En tenant compte de la définition donnée à la notion d'« autorité d'émission » par la Cour de justice, l'on est en droit de s'interroger sur la conformité de notre droit au regard des exigences du droit européen.

En effet, dans la première hypothèse envisagée par la loi, pourra-t-il être conclu que le juge d'instruction qui a validé la mesure d'enquête qui entre dans le champ d'application d'une mini-instruction est concrètement l'autorité compétente pour émettre la DEE ? Rien n'est moins sûr dès lors que le pouvoir d'appréciation conféré par la loi du 22 mai 2017 au juge d'instruction pour valider la mesure sollicitée est beaucoup plus limité qu'en droit commun de la procédure pénale. La DEE émise par la partie publique qui est simplement validée par un juge d'instruction⁽²⁴⁾ ne paraît de la sorte pas avoir été ordonnée « dans les mêmes conditions dans une procédure nationale similaire » au sens de la directive 2014/41⁽²⁵⁾.

Dans la seconde hypothèse rencontrée par la loi belge qui vise les devoirs qui sont formellement exclus du champ d'application d'une mini-instruction, il nous paraît que le droit interne se heurte à la directive 2014/41 et à l'enseignement de la Cour de justice de l'Union et que seule une saisine complète d'un juge d'instruction permettrait l'émission par ce dernier d'une DEE.

Si une telle demande devait être déférée au juge d'instruction, il se devra, pour se conformer au droit de l'Union, de refuser de faire droit aux réquisitions du ministère public d'émettre une DEE.

(21) Voy. art. 28septies du Code d'instruction criminelle ; O. MICHIELS et G. FALQUE, *Principes de procédure pénale*, 2^e éd., coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 255 et 256.

(22) Art. 24, § 2, al. 2.

(23) Art. 24, § 3.

(24) Les motifs de refus de validation de la DEE sont beaucoup plus limités que le pouvoir dont dispose le juge d'instruction dans le cadre d'une mini-instruction en application de l'article 28septies du Code d'instruction criminelle.

(25) M. GIACOMETTI, « La décision d'enquête européenne : la révolution de la coopération judiciaire entre États membres de l'Union est en marche ! », *J.T.*, 2017, p. 651 ; voy. aussi, pour une opinion plus nuancée, F. LUGENTZ, « La décision d'enquête européenne, lieu d'expression de l'érosion de la confiance dans les autorités judiciaires ? », *Rev. dr. pén.*, 2022, p. 413.

E. Conséquence de la mise en doute de la compétence de l'autorité d'émission

6. Mais qu'en sera-t-il si l'autorité d'exécution a des doutes sur les conditions d'émission et de transmission d'une DEE ?

La Cour de justice rappelle que l'article 6, paragraphe 3, de la directive 2014/41 précise que, lorsque l'autorité d'exécution a des raisons de penser que les conditions visées au paragraphe 1^{er} dudit article n'ont pas été respectées, elle peut consulter l'autorité d'émission sur l'importance d'exécuter la décision d'enquête européenne. Après cette consultation, l'autorité d'émission peut décider de retirer la décision d'enquête européenne(26).

L'autorité d'exécution pourra, par conséquent, renvoyer la DEE à l'autorité d'émission si cette dernière n'était pas compétente *ratione materiae* pour ordonner le devoir d'enquête sollicité à l'étranger(27).

Si la confiance mutuelle doit gouverner les échanges entre les États membres qui participent à une procédure d'enquête européenne, la Cour de justice ajoute que la reconnaissance par l'autorité d'exécution d'une DEE ne peut remédier au non-respect des conditions d'émission d'une telle décision, énoncées à l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la directive 2014/41. En effet, l'équilibre du système de décision d'enquête européenne fondé sur la confiance mutuelle serait remis en question si par la reconnaissance par l'autorité d'exécution celle-ci pouvait se substituer à la DEE émise irrégulièrement par une autorité de l'État d'émission(28).

II. LA VALIDITÉ DES PREUVES RECUEILLIES À L'ÉTRANGER

A. La clause Antigone

7. L'article 29 de la loi du 22 mai 2017(29) énonce qu'il est interdit d'utiliser des éléments de preuve recueillis irrégulièrement dans l'État d'exécution lorsque l'irrégularité découle, selon le droit de l'État d'exécution,

(26) C.J.U.E., 16 décembre 2021, *Spetsializirana prokuratura c. H.P.*, aff. C-724/19, pts 47-48.

(27) F. LUGENTZ, « La décision d'enquête européenne, lieu d'expression de l'érosion de la confiance dans les autorités judiciaires ? », *Rev. dr. pén.*, 2022, p. 416 ; il s'agirait en quelque sorte d'une sorte de cause de refus non visés par l'article 11 de la directive.

(28) C.J.U.E., 16 décembre 2021, *Spetsializirana prokuratura c. H.P.*, aff. C-724/19, pts 53 et 55.

(29) Voy. encore l'article 13 de la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90^{ter} du Code d'instruction criminelle.

de la violation d'une règle de forme prescrite à peine de nullité, entache la fiabilité de la preuve ou lorsque l'utilisation de la preuve irrégulière viole le droit à un procès équitable.

Cet article est la reproduction quasi identique de l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale qui détermine les hypothèses dans lesquelles une preuve est irrégulière (« Test Antigone »).

Il ne pourra de la sorte être conclu que l'irrégularité qui porte sur la désignation de l'autorité d'émission entraîne inéluctablement l'irrégularité des actes accomplis à l'étranger et des preuves qui sont la suite de cette DEE.

B. La jurisprudence de la Cour de cassation qui applique le principe *locus regit actum*

8. Nous rappellerons que les éléments de preuve recueillis à l'étranger et soumis aux juridictions belges doivent répondre aux mêmes exigences que ceux récoltés sur le territoire national au stade préliminaire du procès. Il n'y a, en effet, aucune raison que la coopération policière et judiciaire internationale restreigne les droits du citoyen poursuivi.

Le contrôle de la légalité de la preuve provenant de l'étranger suppose par conséquent que le juge national ait une connaissance des bases du droit étranger(30), mais aussi de ses subtilités(31), ce qui en pratique est loin d'être acquis.

Pour effectuer ce contrôle, la Cour de cassation ajoute que le juge doit s'appuyer sur tous les éléments qui lui sont régulièrement soumis et que les parties ont pu librement contredire, sans qu'il soit requis qu'il prenne connaissance du dossier de l'instruction judiciaire étrangère(32).

Dans ses conclusions précédant un arrêt prononcé par la Cour de cassation le 6 avril 2005(33), l'avocat général D. Vandermeersch avançait que « la preuve recueillie à l'étranger est présumée l'avoir été de façon légale et loyale : il

(30) Cass., 30 avril 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1364, note M. A. BEERNAERT ; *J.T.*, 2014, p. 351, note ; *R.G.C.F.*, 2014, p. 128, note E. et M. VAN BRUSTEM.

(31) Ph. TRAEST et C. DE VALKENEER, « Het gebruik van in het buitenland verkregen bewijsmateriaal », in *Poursuites pénales et extraterritorialité*, Bruxelles, La Chartre, 2002, p. 205.

(32) Voy. aussi Cass., 23 mai 2000, *Pas.*, 2000, p. 315 ; B. DEJEMPE et L. KENNES, « Le contrôle par la Cour de cassation de la régularité de la preuve – Développements récents », in *La preuve – Questions spéciales*, Liège, CUP/Limal, Anthemis, 2008, vol. 99, p. 75 ; Cass., 3 avril 2012, *T. Strafr.*, 2013, p. 180, note G. BOULET ; Cass., 2 mai 2017, *Pas.*, 2017, n° 302.

(33) Cass., 6 avril 2005, *Pas.*, 2005, p. 789, concl. du ministère public.

n'existe pas à cet égard de présomption d'irrégularité⁽³⁴⁾. Le cas échéant, il appartient à la défense de prendre l'initiative à cet égard et de susciter, à tout le moins, un doute raisonnable quant à la régularité de la preuve recueillie à l'étranger pour obliger le ministère public à apporter la preuve de cette régularité »⁽³⁵⁾. De cette manière, le juge n'est tenu d'examiner si la preuve a été recueillie conformément au droit étranger ou si la loi interne de l'État sur le territoire duquel la preuve a été obtenue est conforme à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme que s'il a été saisi d'une contestation à cet égard⁽³⁶⁾. La Cour de cassation ajoute toutefois qu'un prévenu qui conteste une preuve recueillie à l'étranger n'est pas tenu de démontrer que cette preuve est irrégulière avant de demander qu'il lui soit présenté l'élément qui établit que la preuve satisfait aux conditions de légalité en vigueur à l'étranger. À cette fin, c'est au juge qu'il appartient de décider quels éléments doivent éventuellement être versés au dossier répressif⁽³⁷⁾.

Enfin, nous observerons qu'une juridiction qui est confrontée à des preuves obtenues en violation d'une interdiction portée par le droit de l'Union et qui considère qu'une partie n'est pas en mesure de commenter efficacement un tel moyen de preuve qui ressortit à un domaine échappant à la connaissance des juges et qui est susceptible d'influencer de manière prépondérante sur l'appréciation des faits doit constater une violation du droit à un procès équitable et exclure ce moyen de preuve afin d'éviter une telle violation⁽³⁸⁾.

Comme le souligne Frédéric Lugentz, il conviendra de se montrer attentif à l'atténuation de la règle *locus regit actum* et à l'évolution éventuelle de la jurisprudence de la Cour de cassation sur le sujet, si une question relative à la compétence matérielle de l'autorité d'émission de la DEE devait voir le jour⁽³⁹⁾.

⁽³⁴⁾ Comp. avec D. VAN DAEL et B. VANGEEBERGEN, *Criminalité et répression pénale dans l'Euregio Meuse-Rhin*, Limal, Anthemis/Anvers, Intersentia, 2009, p. 904, qui écrivent que le juge pénal qui est confronté à une preuve recueillie à l'étranger ne peut en aucun cas partir d'une présomption de régularité des actes effectués par les autorités de recherche étrangères, une telle présomption n'existant pas.

⁽³⁵⁾ D. VANDERMEERSCH, concl. précédent Cass., 6 avril 2005, *Pas.*, 2005, p. 791 ; Ph. TRAESE et C. DE VALKENBERG, « Het gebruik van in het buitenland verkregen bewijsmateriaal », Bruxelles, La Charte, p. 200.

⁽³⁶⁾ Sur cette question, 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 », note sous Cass., 30 avril 2014, *Rev. dr. pén.*, 2014, pp. 854 à 855 ; voy. aussi Cass., 11 décembre 2013, *Rev. dr. pén.*, 2014, p. 318.

⁽³⁷⁾ Cass., 19 octobre 2021, R.G. P. 21.0965.N. et concl. av. gén. B. DE SMET.

⁽³⁸⁾ Voy. C.J.U.E, 2 mars 2021, *H.K. et Prokuratuur*, aff. C-746/18, pt 44 ; C.J.U.E., 30 avril 2024, *Staatsanwaltschaft Berlin M.N.*, aff. C-670/22, pt 105 ; voy. aussi Cass., 25 janvier 2022, *Rev. dr. pén.*, 2022, p. 446 ; C. const., 22 avril 2021, *Rev. dr. pén.*, n° 57/2021, 2021, p. 888, notes M. GIACOMETTI et A. RIZZO.

⁽³⁹⁾ F. LUGENTZ, « La décision d'enquête européenne, lieu d'expression de l'érosion de la confiance dans les autorités judiciaires ? », *Rev. dr. pén.*, 2022, pp. 410 et 411, l'auteur indique qu'il ne suffira plus de constater que l'autorité d'exécution de la DEE était compétente pour ordonner les actes sollicités par l'autorité d'émission.

III. LES VOIES DE RECOURS OFFERTES PAR LA LOI BELGE AUX JUSTICIABLES DONT LES BIENS ONT ÉTÉ SAISIS

A. Les droits de la personne lésée par un acte d'enquête portant sur ses biens dans le cadre d'une DEE

9. En application de l'article 21 de la loi du 22 mai 2017, l'autorité d'exécution belge transfère sans retard indu les éléments de preuve à l'État d'émission. Dans l'hypothèse où des autorités de cet État assisteraient à l'exécution de la DEE, les preuves leur sont communiquées immédiatement. L'article 22, paragraphe 2, de la même loi prévoit des recours équivalents à ceux disponibles dans une procédure belge similaire en vertu des articles 28*sexies* et 61*quater* du Code d'instruction criminelle en faveur des personnes lésées par un acte d'instruction ou d'information qui porte sur leurs biens (référé pénal)(40). Le paragraphe 3 du même article autorise, quant à lui, tout tiers intéressé par des objets saisis dans le cadre de l'exécution d'une décision d'enquête européenne et constituant l'objet de l'infraction, d'introduire un recours, devant la chambre du conseil, contre le transfert de biens saisis à l'autorité d'émission(41).

Il s'ensuit que les parties lésées par un acte d'enquête portant sur leurs biens, en raison de l'exécution d'une DEE, peuvent solliciter la main levée de la mesure ordonnée par l'autorité judiciaire belge d'exécution. Cependant, le requérant ne pourra pas contester les motifs de fond qui sous-tendent l'émission de la DEE. En effet, ces moyens ne peuvent être soulevés que dans l'État d'émission(42).

Mona Giacometti écrit à ce propos que l'on peut y voir une évolution par rapport au régime antérieur qui régissait l'entraide judiciaire, dans la mesure où la jurisprudence considérait que les commissions

(40) Une telle décision peut faire l'objet d'un pourvoi immédiat (Cass., 3 juin 2020, R.G. P. 20.0314.F ; Cass., 5 janvier 2022, R.G. P. 21.1329.F et concl. av. gén. D. VANDERMEERSCH) contrairement à la décision prise sur la base de l'article 22, paragraphe 3, de la loi du 22 mai 2017 sur le transfert des biens saisis ; l'article 22, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 22 juin 2017 tel qu'il a été modifié par la loi du 18 janvier 2024 visant à rendre la justice plus humaine, plus rapide et plus ferme III (M.B., 26 janvier 2024, p. 10286) prévoit une communication limitée d'information par les autorités judiciaires dès lors qu'un droit consultation du dossier n'est pas prévu.

(41) Si le tiers intéressé formalise un recours contre la décision de transfert puis, en qualité de personne lésée, un référé pénal, en raison du rejet définitif du premier recours, la partie concernée n'a plus d'intérêt au second recours (Cass., 5 janvier 2022, *Rev. dr. pén.*, 2022, p. 1021, note M. GIACOMETTI. « Les voies de recours disponibles pour les tiers intéressés en cas de saisie exécutée sur le fondement d'une décision d'enquête européenne : la Cour de cassation précise, distingue et restreint »).

(42) Art. 22, § 2, de la loi du 22 mai 2017.

rogatoires internationales obéissent à des règles de procédure propres qui excluaient l'application des dispositions encadrant le référé pénal tel qu'il est organisé par le Code d'instruction criminelle(43).

Par ailleurs, tous les tiers intéressés par un bien saisi qui constitue l'objet de l'infraction et qui justifient d'un intérêt légitime peuvent s'opposer au transfert de ce bien. L'opposition au transfert se formalise par l'introduction d'une requête auprès de la chambre du conseil du lieu où l'autorité belge qui a pris la décision de transfert exerce ses fonctions, dans les quinze jours de la notification de la décision de l'autorité belge d'exécution. Seule la chambre du conseil est compétente pour statuer sur les réclamations de tiers, à l'exclusion du juge des référés(44). L'ordonnance de la chambre du conseil est susceptible d'un recours devant la chambre des mises en accusation, sans possibilité de pourvoi en cassation.

Selon la Cour de cassation, dans la mesure où la loi ne distingue pas, la suspension peut être appliquée(45) – il s'agit donc d'une possibilité – peu importe celui des deux recours visés par l'article 22 de la loi du 22 mai 2017 qui est mobilisé tant qu'il n'a pas été définitivement statué sur ceux-ci.

La Haute Cour ajoute encore que lorsque celui qui sollicite la levée de la saisie d'objets a auparavant introduit un recours en vue de s'opposer au transfert des mêmes choses vers le for requérant et que ce recours a été définitivement rejeté, le second recours est dépourvu d'intérêt(46).

B. Les droits de la personne lésée par un acte d'enquête portant sur ses biens en matière d'entraide judiciaire internationale

10. Force est de constater que les règles applicables en matière d'entraide judiciaire pénale internationale qui encadrent les droits des personnes concernées par des actes d'instruction qui sont réalisés par les autorités belges en exécution d'une commission rogatoire diffèrent selon que l'État requérant est membre ou non de l'Union européenne.

(43) M. GIACOMETTI, « La décision d'enquête européenne : la révolution de la coopération judiciaire entre États membres de l'Union est en marche ! », *J.T.*, 2017, pp. 658 et 659 et références citées ; M.-A. BEERNAERT, H. D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 9^e éd., Bruxelles, La Charte, 2021, p. 2271.

(44) Sur le recours contre cette décision, voy. art. 22, § 3, al. 5 et 6 de la loi du 22 mai 2017.

(45) Sous la réserve des deux exceptions visées par l'article 21, paragraphe 2 de la loi du 22 mai 2017 à savoir si le transfert immédiat est indispensable au bon déroulement de l'enquête ou à la préservation des droits individuels.

(46) Cass., 5 janvier 2022, *Rev. dr. pén.*, 2022, p. 1021 ; la situation paraît différente en revanche si le second recours est introduit par un autre requérant.

Ainsi par dérogation à l'article 873, alinéa 2, du Code judiciaire, l'exécution en Belgique des demandes d'entraide judiciaire en matière pénale transmises par une autorité compétente d'un État membre de l'Union européenne ne nécessite, en principe, pas l'autorisation préalable du ministre de la Justice (47).

En outre, comme nous venons de l'écrire, la personne visée par une saisie exécutée dans le cadre d'une demande d'entraide judiciaire émanant d'un État membre de l'Union européenne dispose d'un recours lui permettant de demander la mainlevée de la saisie, alors que la personne visée par une saisie dans le cadre d'une demande d'entraide judiciaire émanant d'un État non membre de l'Union européenne ne bénéficierait pas d'un tel recours mais d'une voie d'accès au juge beaucoup plus circonscrite quant à son objet.

En effet, lorsque la demande d'exécution d'une saisie provient d'un État non membre de l'Union européenne, conformément à l'article 6, paragraphe 5, de la loi du 9 décembre 2004 (48), la personne lésée ne peut, en sa qualité de « tiers intéressé », que s'opposer à la transmission à l'autorité requérante des biens saisis, en introduisant un recours devant la chambre du conseil, dont la compétence se limite toutefois à statuer sur la transmission des biens saisis qui peuvent être considérés comme l'objet de l'infraction. Cette procédure ne permet pas de solliciter la mainlevée de la saisie. De surcroît, si l'ordonnance de la chambre du conseil est susceptible de recours devant la chambre des mises en accusation, l'arrêt de cette dernière ne peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation (49).

(47) Voy. les articles 4, paragraphe 2 et 5, de la loi du 9 décembre 2004 sur la transmission policière internationale de données à caractère personnel et d'informations à finalité judiciaire, l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle ; voy. égal. l'article 1^{er} de la loi du 5 août 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne qui ne s'applique toutefois pas à la saisie d'éléments de preuve à la demande des autorités belges ou des autorités compétentes des États membres de l'Union européenne liés par la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale (art. 2, § 3, de la loi du 5 août 2006).

(48) Loi du 9 décembre 2004 sur la transmission policière internationale de données à caractère personnel et d'informations à finalité judiciaire, l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle ; en application de l'article 3, paragraphe 2, de la loi du 22 mai 2017 relative à la DEE en matière pénale, la loi du 9 décembre 2004 est remplacée par la loi du 22 mai 2017 dans les relations qu'entretient la Belgique avec les autres États membres de l'Union européenne.

(49) Par arrêt du 14 mars 2024, la Cour constitutionnelle a estimé que cet absence de pourvoi en cassation, alors que la décision définitive n'est pas rendue en Belgique, exclut toute possibilité de contrôle par la Cour est incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution (C. const., 14 mars 2024, n° 29/2024).

Il est avancé que la possibilité d'exercer un recours juridictionnel pour contester, devant une juridiction belge, une saisie effectuée par les autorités nationales en exécution d'une demande d'entraide internationale est limitée par la circonstance que les autorités belges se bornent, dans cette hypothèse, à collaborer à une instruction menée par une autorité étrangère dont elles ne peuvent contrôler la régularité, sous peine d'excéder leur compétence territoriale et d'empiéter sur la compétence de cette autorité étrangère.

La Cour constitutionnelle n'a pas manqué d'observer que « la compétence territoriale limitée des autorités belges n'empêche cependant pas celles-ci de contrôler l'existence des conditions de fond prévues par la loi belge dans le cadre de l'exécution d'une saisie consécutive à une demande d'entraide internationale, ni, si ces conditions légales ne sont pas remplies, d'ordonner la mainlevée de la saisie ».

La Cour constitutionnelle en conclut que l'article 6, paragraphe 5, de la loi du 9 décembre 2004 fait naître une différence de traitement « en ce qu'il ne prévoit pas un recours permettant à la juridiction saisie de contrôler le respect de la loi du 9 décembre 2004, et notamment des conditions visées à l'article 4 de la même loi, et, si elle estime que ces conditions ne sont pas remplies, de décider la mainlevée de la saisie exécutée en vertu d'une demande émanant d'un État non membre de l'Union européenne »(50).

Par conséquent, dans l'attente d'une intervention du législateur, aux fins de garantir aux intéressés le droit d'accès au juge, ceux-ci doivent pouvoir solliciter, par analogie avec la procédure visée par l'article 61*quater* du Code d'instruction criminelle, du juge d'instruction la mainlevée de la saisie exécutée en vertu d'une demande d'entraide judiciaire émanant d'un État non membre de l'Union européenne et d'appeler de cette décision devant la chambre des mises en accusation. Dans le cadre de cette procédure, le respect de la loi du 9 décembre 2004, et en particulier des conditions visées à l'article 4 de cette même loi, qui prévoit les motifs de refus d'exécution, peut être contrôlé(51).

Par la loi du 18 janvier 2024 visant à rendre la justice plus humaine, plus rapide et plus ferme III (52), le législateur s'est conformé aux vœux de la Cour constitutionnelle et a introduit dans la loi du 9 décembre 2004 un

(50) C. const., n° 1/2022, B9.3 et B.13.1

(51) S. NEVEU, « L'arrêt 1/2022 de la Cour constitutionnelle : vers davantage de droits pour le justiciable dont les biens ont été saisis en Belgique par un juge d'instruction en exécution d'une demande d'entraide judiciaire internationale », *Dr. pén. entr.*, 2022/3, p. 241.

(52) *M.B.*, 26 janvier 2024, p. 10286.

article 6, paragraphe 4/1 qui dispose que si des éléments de preuve ont été saisis à la suite de l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire, l'article 28*sexies*, paragraphes 1^{er} à 5 et 7, ainsi que l'article 61*quater*, paragraphes 1^{er} à 6 et 8, du Code d'instruction criminelle s'appliquent par analogie, étant entendu que les motifs de fond qui sous-tendent l'émission d'une demande d'entraide judiciaire peuvent seulement être contestés dans l'État requérant(53). Ce recours permet également de contrôler, comme l'enseignait la Cour constitutionnelle, le respect des conditions énoncées à l'article 4 de la loi du 9 décembre 2004 et ce même si ce contrôle a déjà été effectué avant qu'il ne soit décidé d'exécuter la demande d'entraide judiciaire(54).

CONCLUSION

11. La décision d'enquête européenne est un formidable outil de coopération internationale entre les États membres de l'Union européenne qui se fonde sur le principe de reconnaissance mutuelle.

Ce principe permet une judiciarisation complète de la procédure, une limitation des causes de refus, la fixation de délais d'exécution contraignants et le recours à un formulaire standardisé pour la rédaction de la demande(55).

L'application concrète de la DEE a nécessité des mises au point qui, au fil du temps, ont été apportées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle.

Ces précisions ne manqueront pas d'avoir des conséquences pratiques inéluctables sur la gestion des dossiers répressifs dans lesquels il a été fait appel à la coopération internationale.

La Cour de justice de l'Union européenne s'est attelée à définir l'autorité d'émission de la DEE qui s'entend comme celle qui est compétente pour ordonner l'obtention de preuves conformément au droit de cet État.

(53) Les travaux parlementaires précisent que le recours introduit par la loi est analogue à celui prévu l'article 22, paragraphe 2, de la loi du 22 mai 2017 (*Doc. parl.*, Ch., sess. 2022-2023, n° 3322/001, p. 73).

(54) *Doc. parl.*, Ch., sess. 2022-2023, n° 3322/001, p. 73 ; pour le droit de consultation du dossier, le législateur a estimé que cette impossibilité s'inscrit notamment dans le souci de ne pas nuire à la confidentialité de l'enquête, par conséquent l'article 6, paragraphe 4/2, de la loi du 9 décembre 2004 prévoit la notification exclusivement de certains éléments à la personne lésée.

(55) *Doc. parl.*, Ch., sess. 2016-2017, n° 54 2437/001, p. 8.

Dans un ordre juridique, tel que le nôtre, qui établit une séparation entre les poursuites, exercées par le ministère public, et l'instruction, menée par un juge d'instruction, la position adoptée par la Cour de justice ne manquera pas d'avoir des implications concrètes.

La Cour de cassation, quant à elle, a été amenée à baliser les voies de recours abandonnées aux tiers intéressés en cas de saisie qui trouve son origine dans une DEE. La haute juridiction a estimé, à ce propos, que si le tiers, par une décision définitive, a vu son recours contre une décision de transfert de biens rejeté, un référé pénal ultérieur, formalisé par ce même tiers, est dépourvu d'intérêt.

Enfin, la Cour constitutionnelle fidèle à sa jurisprudence relative au droit d'accès au juge⁽⁵⁶⁾, n'a pas manqué d'offrir au tiers intéressé la possibilité d'introduire un référé pénal pour faire lever la saisie opérée en exécution d'une demande d'entraide judiciaire émanant cette fois d'un État non membre de l'Union européenne. Le législateur vient par la loi du 18 janvier 2024 visant à rendre la justice plus humaine, plus rapide et plus ferme III de se conformer à cette jurisprudence.

L'on ne peut que se réjouir de ses progrès qui marquent l'entraide judiciaire internationale et qui permettent, dans le respect des principes qui se dégagent de la Convention européenne des droits de l'homme, de lutter avec une plus large efficacité contre une criminalité, notamment basée sur le profit, qui se joue des frontières étatiques.

(56) O. MICHIELS, « Le droit d'accès au juge – un leitmotiv dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle ? », in *Libertés, (l)égalité, humanité – Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 539 à 564.