

**Arrêt N° 106/08 V.
du 26 février 2008**

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du vingt-six février deux mille huit l'arrêt qui suit dans la cause

e n t r e :

le Ministère Public, exerçant l'action publique pour la répression des crimes et délits, **appelant**

e t :

PREVENU 1.), né le (...) à Pétange, demeurant à L-(...) , (...)

prévenu

FAITS :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit

I.

d'un jugement rendu contradictoirement par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 9^e chambre correctionnelle, le 13 juillet 2006, sous le numéro 2523/06, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu l'ordonnance de la Chambre du Conseil du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg du 29 novembre 2005, confirmée par arrêt du 3 février 2006 de la Chambre du Conseil de la Cour d'Appel, renvoyant le prévenu **PREVENU 1.)** devant la section correctionnelle de ce même Tribunal pour répondre d'infractions à l'article 327 du Code pénal et subsidiairement à l'article 319 du Code pénal.

Vu la citation à prévenu du 27 avril 2006.

Vu l'ensemble du dossier répressif constitué par le Ministère Public sous la notice 4087/05/CD et notamment le procès-verbal n°2005/11711/388 du 18 février 2005 et les rapports n° SPJ/11/SCMA/ 2005/11711/380 18 février 2005, n°2005/11711/389 du 19 février 2005, n°2005/11711/437 du 28 février 2005, n°2005/11711/479 du 3 mars 2005, n°2005/11711/549 du 15 mars 2005 du Service de Police Judiciaire de Luxembourg.

Vu les résultats dégagés par l'information judiciaire.

A l'audience du 21 juin 2006, la défense de **PREVENU 1.)** a soulevé *in limine litis* deux moyens de nullité tirés l'un de l'illégalité de la preuve à la base de la poursuite pénale et l'autre de la non-conformité du rapport du juge d'instruction à l'exigence de motivation prévue par la loi. Le Tribunal, après en avoir délibéré en chambre du conseil, a décidé de les toiser par jugement séparé.

Quant au premier moyen de nullité tiré de l'illégalité de la preuve à la base de la poursuite pénale dirigée contre le prévenu PREVENU 1.) :

L'argumentation de la défense :

La défense, à l'appui du moyen de nullité présenté, fait valoir que toute l'enquête préliminaire et l'instruction subséquente diligentées par le Parquet et le Juge d'instruction reposent sur les seules constatations recueillies à l'aide d'une vidéo surveillance installée par l'Entreprise des Postes et Télécommunications et opérant dans la plus haute illégalité puisqu'en violation des dispositions de l'article 14 de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Ce même article soumet le traitement à des fins de surveillance, limitativement prévu par l'article 10 de la loi précitée, à une autorisation préalable de la Commission nationale pour la Protection des Données. Si cette condition, exigée par l'article 14, n'est pas respectée, l'auteur encourt un emprisonnement de huit jours à un an et une amende de 251 à 125.000 euros ou une de ces peines seulement.

La défense demande en conséquence d'annuler pour violation des droits reconnus au citoyen, tant par les Conventions internationales que par la Constitution, l'intégralité de l'enquête préliminaire et de l'instruction judiciaire qui s'en est suivie.

L'argumentation du représentant du Ministère Public :

Le représentant du Ministère Public quant à lui admet que l'Entreprise des Postes et Télécommunications a installé au lieu sensible (Piquet-Aldringen) une surveillance de leur bâtiment et des alentours immédiats par caméras sans avoir, à ce jour, obtenu l'autorisation afférente de la part de la Commission nationale pour la Protection des Données. En dépit d'une demande d'autorisation introduite par cette Entreprise, apparemment déjà en 2004, le Président de la prédite Commission a confirmé par courrier du 17 février 2005 que le dossier est toujours en cours d'examen.

Le Parquet, conscient que l'article 14 (4) de la loi du 2 août 2002 prévoit une peine d'emprisonnement de 8 jours à un an et une amende de 251 à 125.000 euros en cas de violation des dispositions afférentes, estime qu'aucune disposition spécifique de cette loi ne lui interdit d'utiliser les informations ainsi recueillies comme moyen de preuve. Il verse à l'appui de son raisonnement juridique notamment un arrêt de la Cour d'Appel du 11 octobre 2005 (n°434/05 V) dans une affaire MP/ D.. Il souligne que suivant cet arrêt, 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 au droit à un procès équitable. Il faudrait finalement tenir compte de la proportionnalité entre l'illicéité commise et l'infraction faisant l'objet des poursuites.

Quant à la compétence du Tribunal pour connaître du présent moyen de nullité :

Le code d'instruction criminelle règle expressément le régime des nullités des actes accomplis au cours de l'instruction préparatoire, son article 126 prévoyant que la nullité des ces actes doit être demandée, au cours même de l'instruction, devant la chambre du conseil du Tribunal d'Arrondissement dans un délai de forclusion de 5 jours à partir de la connaissance de l'acte.

En revanche aucun texte ne définit formellement la procédure par laquelle la nullité des actes accomplis au cours de l'enquête de flagrant crime ou délit ou de l'enquête préliminaire doit être invoquée.

Par une ordonnance du 3 février 1997, n°108/97 la chambre du conseil du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg se déclare incompétente pour connaître d'une demande en nullité formée devant elle, sur base de l'article 126 du code d'instruction criminelle, contre une perquisition exécutée dans le cadre d'une enquête de flagrant délit. Cette décision avait été confirmée, par adoption de motifs, en appel (25.02.1997, n°50/97). Le pourvoi contre l'arrêt confirmatif avait été rejeté par la Cour de Cassation le 10 juillet 1997, Pas.30, p.244.

La Cour d'appel, siégeant au fond, confirme par arrêt du 27 octobre 1997, n°352/97 VI, que la nullité des actes de l'enquête de flagrant crime ou délit, respectivement de l'enquête préliminaire, doit être demandée devant la juridiction de fond et elle précise surtout que ces nullités doivent être opposées in limine litis avant toute défense au fond, confirmant ainsi des arrêts de la Cour d'Appel du 23 décembre 1955 et 4 janvier 1956 publiés à la Pas.16, p.436.

Dans l'arrêt précité MP/D. du 11 octobre 2005, versé en l'espèce par le Parquet, la Cour décide que les nullités en question « peuvent être soulevées à tout moment à l'audience de la juridiction de jugement, les renonciations ne se présument pas et les forclusions étant de droit strict ».

En l'espèce, il est superfluetatoire de s'y attarder davantage puisque le moyen avait été présenté par la défense avant toute prise de position au fond du prévenu **PREVENU 1.**)

Il appert des pièces du dossier que deux cassettes-vidéo contenant des enregistrements provenant des caméras de surveillance ont été remises le 18 février 2005 vers 15.30 heures aux enquêteurs dans le cadre de la procédure de flagrant délit. Ce n'est que par réquisitoire afférent du Ministère Public du 19 février 2005 que le juge d'instruction procéda à l'ouverture d'une information judiciaire. Il s'ensuit que la demande en nullité s'y rapportant est de la compétence de la juridiction de jugement.

Quant au bien-fondé du moyen invoqué :

L'application de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

A titre préliminaire il y a lieu de vérifier si les faits à la base du moyen de nullité invoqué rentrent dans le champ d'application de la précitée loi.

Cette loi a pour objet de traduire en droit national les obligations imposées aux Etats membres de l'Union européenne par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et de la libre circulation de ces données, publiée au J.O.C.E. N° L 281 du 23 novembre 1995.

Les faits soumis à l'appréciation de Tribunal rentrent non pas dans les prévisions de l'article 17 de la loi précitée mais effectivement bien dans l'hypothèse prévue par l'article 10 (1)(b) qui dispose : « le traitement à des fins de surveillance ne peut être effectué qu'aux abords ou dans tout lieu accessible ou non au public autres que les locaux d'habitation, notamment dans les parkings couverts, les gares, les aéroports et les moyens de transports publics, pourvu que le lieu en question présente de par sa nature, sa situation, sa configuration ou sa fréquentation un risque rendant le traitement nécessaire à la sécurité des usagers ainsi qu'à la prévention d'accidents ».

En effet, les abords immédiat de l'Hôtel des Postes, et plus particulièrement le distributeur automatique d'argent (Postomat) sont accessibles au public comme l'Hôtel des Postes lui-même, et constituent un lieu où la sécurité des usagers est susceptible de devoir être protégée.

La surveillance consiste en toute activité faisant appel à des moyens techniques en vue de détecter, d'observer, de copier ou d'enregistrer les mouvements, images, paroles, écrits, ou l'état d'un objet ou d'une personne fixe ou mobile.

Cette loi soumet le traitement de certaines données à un système de notification préalable qui n'est même pas général, mais dans le contexte du traitement de données particulièrement sensibles, une autorisation préalable est exigée par l'article 14 qui, lui, renvoie expressis verbis, point (1) (a), aux dispositions de l'article 10 de la loi précitée.

Alors que la protection des données à caractère personnel faisait traditionnellement l'objet d'une réglementation juridique afin de protéger la sphère de l'intimité de l'individu, les données à caractère personnel ont aujourd'hui tendance à être considérées comme une marchandise revêtant une certaine valeur marchande. Cette tendance est nettement plus exprimée de l'autre côté de l'Atlantique et semble s'imposer au fur et à mesure de la mondialisation des échanges commerciaux par les réseaux.

Le principe de l'autorisation préalable s'entend notamment dans les cas où le traitement présente un risque intrinsèque d'atteinte au respect de la vie privée. Dès lors, au moins l'exigence d'une autorisation préalable à une surveillance telle que définie par l'article 10 semble être la moindre des choses dans un climat où dominent les intérêts du pouvoir et de l'argent, et dans lequel le droit au secret, le droit à l'intimité de la vie privée, le droit de se taire sont des droits qui sinon risquent de devoir céder le pas.

L'objectif doit être de se donner un cadre réglementaire très strict susceptible de protéger le droit à la vie privée de chacun. Il est permis de penser que cet objectif devait tenir à cœur au législateur puisque pas moins de dix-huit cas de comportements non conformes à la loi sont passibles de peines correctionnelles.

Le représentant du Parquet a admis que la vidéo surveillance fonctionnait à l'endroit indiqué sans que l'Entreprise des Postes et Télécommunications ne fût en possession de l'autorisation exigée. Parler dans ce contexte d'un défaut de « *conformité* » à la loi est un doux euphémisme de la part d'une autorité chargée de veiller au respect des lois pénales, de poursuivre ceux qui les transgressent et tenue de respecter le principe de la loyauté et la légalité dans l'administration des preuves.

Le Tribunal doit donc examiner en l'espèce les incidences d'un comportement contraire à la loi, puisque le comportement de l'Entreprise des Postes et Télécommunications constitue un délit passible de peines correctionnelles, (emprisonnement et/ou amende), partant une violation flagrante de la loi.

Les conséquences en droit :

Le Parquet verse à l'appui de son raisonnement un arrêt de la Cour d'appel rendu dans une affaire MP/ D. du 11 octobre 2005.

Il n'appartient évidemment pas au Tribunal de revenir sur les faits de cette affaire ni de critiquer sa motivation mais il semble bien à la lecture qu'après la disparition sur le lieu de travail de plusieurs enveloppes, contenant des montants substantiels, déposées dans un coffre fort, l'employeur avait porté plainte à la Police et il fut décidé, pour des raisons d'investigations policières, d'installer un système de surveillance permettant d'enregistrer le maniement du coffre. Dans ce contexte on aurait pu se demander si la loi du 2 août 2002 est bien applicable, s'il y a eu, dans ce contexte, traitement des données à caractère personnel sur le lieu de travail et dans l'affirmative si, au lieu de l'article 11, l'article 17 aurait pu entrer en ligne de compte.

La Cour, dans sa sagesse, avait cru faire application aussi bien de cette loi que de l'article 11, et a estimé que malgré l'exigence, sous peine de poursuites judiciaires et de sanctions pénales, d'une autorisation préalable de la Commission nationale, cette condition ne serait pas prescrite à peine de nullité, pour admettre la preuve obtenue en violation de la loi notamment en raison de sa fiabilité, de la proportionnalité entre l'illicéité commise et l'infraction faisant l'objet des poursuites et finalement que l'intérêt à la découverte du coupable devait primer l'intérêt de la protection des droits des personnes enregistrées à leur insu !

La neuvième section du Tribunal d'Arrondissement ne peut que se distancer d'une telle évolution jurisprudentielle qui risque d'ébranler fortement un des piliers de notre Etat de Droit.

En effet, l'argument tiré de la prétendue absence de nullité semble quelque peu obscure, étant donné qu'il n'est pas clair si la Cour a cru pouvoir affirmer que l'absence de l'autorisation afférente ne ferait pas obstacle à une surveillance par caméra telle qu'incriminée, (ce qui serait contraire au texte formel de la Loi) ou si la Cour a eu à cœur de relever que la loi du 02.08.2002 n'a pas prévu à peine de nullité qu'une surveillance électronique soit autorisée au préalable par les organismes compétents pour que les résultats d'une pareille surveillance puissent valoir comme preuve en justice.

Le Tribunal estime pareille constatation comme parfaitement irrelevante pour la solution au problème posé, étant donné que la prédite loi a eu pour but de traduire en droit national les obligations imposées aux Etats membres de l'Union européenne par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et de la libre circulation de ces données, publiée au J.O.C.E. N° L 281 du 23 novembre 1995, ainsi qu'il a été relevé ci-avant, et non pas l'utilisation des données dans une procédure judiciaire, pas plus d'ailleurs qu'une modification des règles relatives à l'administration des preuves dans une procédure pénale ou des règles relatives au régime des nullités éventuellement encourues.

L'argumentation passant outre le caractère illégal de la surveillance par caméras en se fondant sur sa prétendue fiabilité n'est pas seulement douteuse en raison des multiples possibilités de manipulation (à côté des abus encore plus nombreux) que l'on peut aisément imaginer. Elle trahit encore et surtout que la Haute Juridiction s'est laissée guider par un sens « pratique », un souci d'efficacité dans le résultat obtenu, et ce au détriment de la légalité, qui, au moins pour ce Tribunal, n'ont pas leur place dans une argumentation juridique qui se veut respectueuse de la Loi et des Droits de l'Homme.

Dans un Etat de Droit, la fin ne justifie pas les moyens.

L'argument tiré de la prétendue 'proportionnalité' entre l'illégalité commise et son résultat, en l'espèce l'infraction « prouvée » à l'aide de cet acte illégal, outre qu'il trahit, si possible, encore plus l'esprit singulièrement « pratique », le sens de la « rentabilité » dont la Cour a semblé imbue, pourrait à la limite être invoqué par un prévenu accusé de pareille illégalité pour valoir circonstance atténuante. Le Tribunal croit devoir rechigner à pousser le concept de « l'égalité des armes » jusqu'à mettre sur un pied d'égalité sous ce rapport le Ministère Public et les prévenus qu'il a la charge de poursuivre.

Enfin, l'argument que l'intérêt à la découverte du coupable doit primer l'intérêt de la protection des droits des personnes enregistrées à leur insu peut se concevoir dans le cadre d'une information judiciaire pour des faits graves, imminents, mettant en danger la vie ou la santé des particuliers, ou des intérêts patrimoniaux conséquents.

Il est en revanche beaucoup plus douteux que la surveillance vidéo, installée de façon permanente, d'une rangée de cabines téléphoniques, de leurs usagers, et de toute personne circulant seulement sur le trottoir longeant l'Hôtel des Postes ait pour seul but d'empêcher les actes de vandalisme et d'en confondre le cas échéant les auteurs.

Il est encore plus contestable que l'intérêt de l'Administration des Postes et Télécommunications à empêcher ou au moins à prouver les actes de vandalisme puisse primer l'intérêt du public à communiquer librement et en privé avec des tiers au moyen des cabines publiques sans se faire observer et enregistrer, d'ailleurs à leur insu.

Ce prétendu intérêt de l'Administration des Postes et Télécommunications n'est pas rendu plus crédible ni plus impérieux par le fait que, sauf erreur, toutes les cabines publiques ne font pas (encore) l'objet d'une pareille surveillance.

On pourrait d'ailleurs se demander si une pareille autorisation serait susceptible d'être accordée sur le fondement de l'article 10 (1)(b) étant donné qu'aux termes de cette disposition, l'autorisation ne peut être accordée « *que si le lieu en question présente de par sa nature, sa situation, sa configuration ou sa fréquentation un risque rendant le traitement nécessaire à la sécurité des usagers ainsi qu'à la prévention d'accidents* ».

Il faudrait dans ce contexte se demander quels dangers pour la sécurité des usagers des cabines publiques et quels accidents pourraient être évités par une surveillance vidéo de tous les instants. En tout cas, à moins de ne voir dans les dispositions de cette loi qu'un moyen détourné pour instaurer par la petite porte la surveillance (policière) constante et omniprésente de la population, il faut bien se résoudre à constater que le souci de « *la sécurité des usagers ainsi que la prévention d'accidents* » n'est que de nature préventive, et que les moyens de

surveillance offerts par ces dispositions et opérés sur leur fondement ne le sont pas pour fournir post factum des preuves dans une instance pénale.

Encore faudrait-il évidemment que de pareils moyens de surveillance aient été installés et opérés conformément à la loi.

Il se déduit de ce qui précède que le Tribunal estime que suivre l'argumentation du Ministère Public se fondant sur cet arrêt de la Cour, dans la mesure où il pourrait s'appliquer à la présente espèce, reviendrait à verser dans l'arbitraire et à ouvrir la porte aux abus et aux chantages de toutes sortes, ainsi qu'à ternir considérablement l'image d'une justice impartiale. Concrètement dans le cas qui nous occupe, le Parquet demande d'un côté au Tribunal d'asseoir sur une preuve illégale, parce que obtenue à l'aide d'un délit, la condamnation pénale de celui surveillé et enregistré en violation de la loi, et d'un autre côté, au regard des sanctions prévues par ce texte, devrait poursuivre celui qui a effectué les enregistrements illégaux. Ce qui plus est, à suivre le raisonnement du Ministère Public, le Tribunal devrait, dans le dispositif du jugement condamnant celui ayant ordonné la surveillance illégale, ordonner la destruction de cette preuve illégale qui pourtant servirait de pièce à conviction dans la procédure pénale contre la personne surveillée illégalement !

A ce sujet il est intéressant de se référer à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne signée le 7 décembre 2000 et qui dispose: *Protection des données à caractère personnel: 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant. 2 Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification. 3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante.*

Il ne faut jamais perdre de vue que pour des raisons de sécurité juridique, la protection de la vie privée doit être primordiale d'autant plus qu'il est possible, grâce aux nouvelles technologies, d'obtenir et de manipuler (même au-delà des frontières nationales) des informations détaillées sur les personnes en provenance de différentes sources de données, de sons et d'images. Il y va de l'intérêt de tout justiciable à ce que l'autorité judiciaire, et en premier lieu le Ministère Public, veille à ce que dans ce domaine très sensible ayant trait notamment aux images d'une personne, à ses relations, à ses fréquentations, à ses déplacements et à son comportement, les stipulations de la Loi soient scrupuleusement respectées sans oublier le concept d'équité objective, destinée à assurer l'existence et le respect des garanties fondamentales d'une bonne justice. La référence à l'équité exprime essentiellement le souci d'organisation d'un procès équilibré et loyal qui offre toutes les garanties de régularité.

Il y va non seulement de l'honnêteté intellectuelle qu'il s'agit de préserver; il faut encore une fois répéter avec force que dans un Etat de Droit, la fin ne justifie pas les moyens.

Les défenseurs d'une idée de protection de la vie privée semblent bien perdus dans ce climat de «transparence» largement influencé par la mentalité anglo-saxonne récente qui semble considérer que «celui qui n'a rien à se reprocher n'a rien non plus à cacher». Ainsi, par exemple, il a été rapporté par la Presse internationale qu'un habitant de Londres est susceptible d'être filmé en moyenne 300 fois chaque jour par une des innombrables caméras de surveillance (+/- 50.000 dans la seule City).

Afin d'éviter de dégénérer de la société de l'information - concept empreint de liberté - en société du contrôle de l'information et en société contrôlée, un respect scrupuleux des stipulations de la loi s'impose. Or, suivre la motivation de cet arrêt telle que soutenue par le Ministère Public reviendrait non seulement à ce que cette loi, et la protection qu'elle vise, resterait lettre-morte. Pareille argumentation constituerait un pas de plus sur le chemin vers une société Orwellienne («Big brother is watching you») dans laquelle la masse de la population est soumise dans une mesure croissante à une surveillance omniprésente de tous les moments (en même temps que les Autorités, et ceux proches du Pouvoir se retranchent derrière une opacité et un culte du secret toujours grandissants).

Il serait en effet aussi prévisible qu'inadmissible que, sous l'impression que les Autorités judiciaires (Parquets et Juridictions) fermeraient les yeux ou au moins détourneraient le regard, des autorités étatiques voire des organismes ou organisations de droit privé pourraient se sentir encouragés à installer tout un arsenal de vidéo-caméras sur l'ensemble du territoire luxembourgeois, selon des «besoins» avouables ou non, mais en parfaite violation de la loi tendant à protéger la vie privée. Non seulement que les renseignements ainsi obtenus dans la plus parfaite illégalité pourraient (selon le représentant du Ministère Public) servir dans une procédure pénale, il

serait oiseux d'énumérer ici les abus auxquels pourrait ouvrir la porte une interprétation (et une application) laxistes de lois fondamentales pour la protection du citoyen, de sa liberté et de ses droits.

Il est incontestable que le principe de la liberté des preuves est de jurisprudence et de doctrine constantes et a pour fondement les intérêts supérieurs de la société. L'explication rationnelle résulte du souci de rechercher la vérité en ne limitant pas les moyens qui peuvent la manifester. La Cour de Cassation belge affirme de manière récurrente qu'en matière répressive, lorsque la loi n'établit pas un mode spécial de preuve, le juge du fond apprécie en fait la valeur probante des éléments sur lesquels il fonde sa conviction.

Si toute preuve peut être utilisée, cela ne signifie pas pour autant qu'elle puisse être recherchée ou obtenue de n'importe quelle manière. Comme le relève Jean PRADEL : « S'il n'y a pas de régime légal des preuves, il y a un régime de la recherche et de l'administration des preuves » (Procédure pénale, 4^e édition, Paris, Cujas, 1987, n°258).

Traditionnellement la validité d'une preuve est subordonnée à certaines conditions :

*Elle doit avoir valeur démonstrative.

Il s'agit d'une question de fait dont l'appréciation relève du juge de fond. Celui-ci devra examiner si la technique ou le procédé utilisé possède, en vertu de la raison ou de l'expérience, un degré suffisant de certitude.

*Elle doit avoir fait l'objet d'un débat contradictoire donc être contredite par les parties. Concrètement une condamnation ne pourrait se fonder sur des éléments secrets, aspect intéressant dans le cadre de l'examen des projets de loi relatifs au témoignage anonyme et aux méthodes particulières de recherche.

*Elle ne peut avoir été obtenue illégalement c'est-à-dire par un acte expressément interdit par la loi ou inconciliable avec les règles substantielles de la procédure pénale et les principes généraux du droit.

*Elle doit être recueillie de manière loyale. Ce terme fait référence au fait que les moyens de preuve doivent être réunis dans le respect du droit. La loyauté de la preuve vise notamment la régularité de la preuve.

Le Tribunal ne peut, ni ne veut passer sous silence que la question de l'illégalité commise par un tiers dans l'administration de la preuve a été examinée par la jurisprudence et la Cour de Cassation belge, dans un arrêt du 14 février 2001 (J.T., 2001, p.593), ayant décidé qu'une preuve obtenue par un acte expressément interdit par la loi, ou inconciliable avec les règles substantielles de la procédure pénale et les principes généraux du droit, n'était pas nécessairement irrecevable pour autant à condition 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. En d'autres termes, les personnes chargées de l'enquête et/ou le dénonciateur doivent s'être bornés à recevoir les preuves. Ils ne peuvent avoir eu un rôle actif dans le processus qui a permis leur récolte et donc, par voie de conséquence, dans la commission de l'infraction. En outre, la consommation de l'acte illicite, toujours d'après la Cour de Cassation belge, ne peut avoir eu lieu dans le but de dénoncer les faits à la justice.

La neuvième section du Tribunal 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.

Il y a lieu de reprendre dans ce contexte le grand principe dégagé par la Jurisprudence : « C'est à la partie poursuivante ou à la partie civile qu'incombe la preuve de chacun des éléments constitutifs d'une infraction », cette règle découle de la présomption d'innocence et de l'article 6.2. de la C.E.D.H qui dispose que : «*Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.*» Suivre donc le raisonnement dégagé par cet arrêt de la Cour de Cassation belge reviendrait à renverser la charge de la preuve en ce sens que celui qui se voit confronté à une accusation reposant sur une preuve obtenue en violation des principes élémentaires de notre système juridique et démocratique, donc illégalement, par exemple à l'aide d'un crime ou d'un délit, devrait essayer de prouver pour sa défense que la personne de laquelle émane l'acte «*faisant preuve*» n'est pas un tiers, fait en réalité partie des enquêteurs, était en collusion avec eux, opérait à leur instigation, sous leur direction, leurs pressions ou leurs promesses. Il est inutile d'insister que pareille preuve ne pourra guère être rapportée.

Les mêmes considérations valent pour la preuve de l'absence de lien entre l'acte et la dénonciation des faits.

En d'autres termes, et en réalité, cette dénaturation, dans du NEWSPEAK de la plus pure essence, de principes élémentaires pourtant énoncés avec clarté, et appliqués pendant près de deux siècles, constitue une recette toute prête, de cuisine rapide, pour concocter des procédures et des procès fondés sur des actes immoraux, déloyaux et même illégaux, avec à la clé une invitation, à peine voilée, à toute personne intéressée, (Ministère Public, enquêteurs, concurrents, employés mécontents, délateurs de toutes sortes etc.) de bien veiller à cacher leur jeu, «de bien se laver les mains avant l'audience », pour permettre aux juridictions du fond de garder intactes leurs bonnes consciences au moment où elles s'apprêteront à produire des jugements de condamnation qui ne peuvent être considérées que comme des gifles à la face de L'Etat de Droit.

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 X le 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. Un danger supplémentaire, et non des moindres, pour l'Etat de Droit résidera dans l'attrait indéniable pour le Ministère Public de se ménager, avant les faits ou après, contre promesses de décisions de classement ou autres faveurs, la collaboration, officieuse bien sûr, de malfaiteurs de tous acabit pour permettre de façon « ciblée » la mise en mouvement et le succès de l'Action Publique.

Il ne faut vraiment pas faire de grands efforts d'imagination pour prévoir l'évolution de la corruption des mentalités :

Tel employé mécontent de son patron (une banque par exemple) décide de se venger en volant des copies de documents confidentiels (liste des clients et de leurs comptes bancaires par exemple) avec l'intention de les transmettre à une banque concurrente en guise de «lettre d'introduction», s'il veut y être engagé, ou simplement en menaçant son ex-employeur de ce faire pour exercer un chantage. Une fois le vol domestique commis, l'employé infidèle se ravise, soit que la banque concurrente n'est pas intéressée à ses révélations ni à ses services, soit le chantage finit par apparaître trop risqué. Il offre le produit de son vol au fisc, ou au Parquet qui l'un et/ou l'autre engageant des poursuites p. ex. 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.

A qui voudra-t-on faire croire que l'employé infidèle encourra les rigueurs de la Loi pour son délit ?

Le scénario peut aisément être élargi en chevauchant les frontières :

Une autorité étrangère parachute un employé dans une banque d'un pays voisin, si elle ne soudoie pas un employé déjà installé. Celui-ci feint de vouloir intéresser une banque concurrente avant de déposer les listings volés sur le seuil de l'autorité étrangère, qui, elle s'empressera de poursuivre quelques uns de ses nationaux, à grands renforts de publicité pour décourager les autres dentistes voulant déposer leurs économies dans une banque de l'autre côté de la frontière.

On s'attend peut-être à rencontrer une argumentation/mentalité similaire à celle citée ci-avant de la Cour de Cassation belge dans les cercles des services secrets. Elle n'a pas sa place dans le prétoire d'une juridiction pénale.

Loin cependant d'être les seuls à prôner un tel procédé, la formulation de la Chambre criminelle française selon laquelle « aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ;qu'il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du Code de procédure pénale français, d'en apprécier la valeur probante » constitue dès lors, et à ce stade, le point culminant de l'évolution française vers l'affaiblissement des exigences de loyauté puisque ni la simple déloyauté ni même la transgression de la loi qui en constitue la violation la plus caractérisée ne font désormais plus obstacle à leur production en justice par les « parties » en application de la liberté de la preuve.

Il est à cet égard permis de se demander encore si la production en Justice d'une preuve obtenue illégalement ou de façon déloyale ne méconnaît pas les principes de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit au procès équitable. La position générale de la Cour européenne des droits de l'homme consiste à rappeler que

l'admissibilité des modes de preuve relève essentiellement du droit interne, les organes de la Convention se bornant à « rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des preuves, revêt un caractère équitable (CEDH 20.11.1989 arrêt K. ; 19.02.1991 arrêt I.). La Cour européenne paraît, à priori, plus encline à prendre en considération l'équité de la procédure pour rappeler que l'établissement de la culpabilité postule le respect de l'égalité des armes. Donc si la seule transgression de la légalité et l'emploi de procédés déloyaux peuvent inciter à penser que de tels écarts contreviennent à l'esprit et au texte de la Convention, l'arrêt du 12 juillet 1988 dans l'affaire SCH./ S. versé par le représentant du Parquet adopte un point de vue différent en ce sens que pour admettre implicitement une preuve litigieuse, en l'espèce un enregistrement litigieux, elle releva qu'il n'y avait pas eu méconnaissance des droits de la défense.

Cette position globalisante finalement moins protectrice de l'accusé qu'on aurait pu l'espérer entretient l'idée très discutée selon laquelle la preuve illégale est admissible dès lors qu'elle fait l'objet d'un débat contradictoire. Outre que l'on peut douter de l'absence de violation de l'article 6 § 1 en raison de la nature illégale de la preuve, le contrôle relatif à la loyauté dans la recherche de la preuve est ainsi évacué pour laisser place à l'examen du principe du contradictoire dont le respect ne suffit pourtant pas à occulter l'existence d'un glissement dans l'analyse qui permet finalement à la déloyauté de demeurer sans conséquence au plan de l'admissibilité de la preuve, et ce alors que le respect de la légalité dans l'administration de la preuve n'est pas une exigence abstraite ou formaliste, mais d'une importance capitale pour le caractère équitable d'un procès pénal. D'après certains auteurs, et c'est que faible consolation, la Cour a relativisé la portée de l'arrêt SCH. en le rattachant au cas litigieux.

Afin d'être complet il y a cependant lieu de relever que l'arrêt SCH., loin de faire l'unanimité de la composition, a suscité une opinion dissidente de quatre juges que ce tribunal ne peut qu'approuver. D'après leur conviction « aucune juridiction ne peut, sans desservir une bonne administration de la justice, tenir compte d'une preuve qui a été obtenue, non pas simplement par des moyens déloyaux, mais surtout d'une manière illégale. Si elle le fait, le procès ne peut être équitable au sens de la Convention ».

Donc en résumé suivre aveuglément certaines tendances jurisprudentielles actuelles ouvrira la voie à des pratiques aux conséquences redoutables qui justifieraient à elles seules le rejet des preuves obtenues au mépris de ce qu'il serait grand temps de considérer comme un véritable principe de loyauté.

En l'espèce, la surveillance vidéo installée par l'Entreprise des Postes et Télécommunication en violation des dispositions des articles 10 et 14 de la loi du 2 août 2002 matérialisée par l'enregistrement en image de **PREVENU 1.)** invoquée par la Parquet dans son réquisitoire, est aussi bien à la base de l'ouverture d'une information judiciaire contre cette personne déterminée qu'elle sert de pièce maîtresse dans la poursuite pénale dirigée contre lui.

Lorsque les poursuites trouvent leur origine dans un acte illégal, elles seront déclarées irrecevables (cf Manuel de l'enquête pénale, Christian de Valkeneer, p. 60 «La sanction des preuves illégales ou irrégulières»).

En effet, d'après ce même auteur, une preuve illégale recueillie grâce à la commission d'une infraction punissable de peines correctionnelles (emprisonnement et/ou amende), cette illégalité initiale gangrène graduellement la procédure toute entière et doit entraîner la nullité de la poursuite. Afin d'être complet il y a lieu de remarquer qu'une telle illégalité ne pourrait être couverte par d'autres moyens de preuve, comme un aveu du prévenu.

Quant au deuxième moyen de nullité tiré d'un rapport non conforme du juge d'instruction :

Eu égard aux suites réservées au premier moyen de nullité, il est superfluo de s'attarder sur ce moyen.

PAR CES MOTIFS :

Le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, neuvième section, **statuant contradictoirement**, les défenseurs de **PREVENU 1.)** entendus en leurs moyens de nullité, le représentant du Ministère Public en ses prises de position :

s e d é c l a r e compétent pour connaître des moyens de nullité invoqués;

c o n s t a t e que le prévenu **PREVENU 1.)** a fait l'objet d'une surveillance par caméra vidéo installée par l'Administration des Postes et Télécommunications à Luxembourg, au lieu-dit « um Piquet »;

c o n s t a t e que cette surveillance du prévenu s'est matérialisée par un enregistrement en images de celui-ci;

c o n s t a t e que cet enregistrement est versé à titre de preuve pour étayer les charges contenues dans l'ordonnance de renvoi de la Chambre du Conseil du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg du 29 novembre 2005, confirmée par arrêt du 3 février 2006 de la Chambre du Conseil de la Cour d'Appel;

c o n s t a t e que tant la surveillance par caméra vidéo installée par l'Administration des Postes et Télécommunications à Luxembourg, au lieu-dit « um Piquet » que l'enregistrement en images du prévenu ont été opérés en violation de la Loi et constituent des délits;

d é c l a r e illégale cette preuve obtenue en violation de la Loi;

partant **a n n u l e** les procès-verbaux, rapports, témoignages et auditions se fondant ou se rapportant à ladite preuve illégale;

partant **d é c l a r e** la poursuite dirigée contre **PREVENU 1.)** irrecevable;

o r d o n n e la destruction des cassettes vidéo contenant la preuve illégalement obtenue;

l a i s s e les frais à charge de l'Etat.

Par application des articles 154, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 194 et 195 du Code d'Instruction Criminelle; 1, 2, et 17 de la loi du 19.11.1975; IX de la loi du 13.06.1994; 1, 6 et 7 de la loi du 1^{er} août 2001; qui furent désignés à l'audience par Monsieur le premier vice-président.

Ainsi fait et jugé par Prosper KLEIN, premier vice-président, Mylène REGENWETTER et Sylvie CONTER, premiers juges, prononcé en audience publique au Palais de Justice à Luxembourg par Monsieur le premier vice-président, en présence de Nadine SCHEUREN, attachée de justice, et de Christophe WAGENER, greffier assumé, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement».

II.

d'un arrêt rendu contradictoirement par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, 10^e chambre correctionnelle, le 28 février 2007, sous le numéro 126/07, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Par déclaration du 14 juillet 2006 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, le Procureur d'Etat a régulièrement fait relever appel d'un jugement correctionnel rendu le 13 juillet 2006, dont la motivation et le dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt, dans la cause l'opposant à **PREVENU 1.)**.

De l'accord du ministère public, les mandataires du prévenu ont été autorisés à représenter le prévenu devant la Cour d'appel.

Par une ordonnance de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 29 novembre 2005, confirmée par arrêt du 3 février 2006 de la chambre du conseil de la Cour d'appel, le prévenu **PREVENU 1.)** a été renvoyé devant le tribunal correctionnel pour répondre d'infractions à l'article 327 du code pénal et, subsidiairement, à l'article 319 du même code.

La défense de **PREVENU 1.)** a soulevé, in limine litis, le moyen de nullité tiré de l'illégalité de la preuve à la base de la poursuite pénale.

A l'appui de ce moyen, la défense a fait valoir que toute l'enquête préliminaire et l'instruction subséquente diligentées par le parquet et le juge d'instruction reposent sur les seules constatations recueillies à l'aide d'une vidéo surveillance installée par l'Entreprise des Postes et Télécommunications et opérant dans l'illégalité puisqu'en violation des dispositions de l'article 14 de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

En conséquence la défense a demandé l'annulation pour violation des droits reconnus au citoyen, tant par les conventions internationales que par la Constitution, de l'intégralité de l'enquête préliminaire et de l'instruction judiciaire qui s'en est suivie.

Le **tribunal**, après s'être déclaré compétent pour connaître de ce moyen de nullité et après avoir constaté que la surveillance par la caméra vidéo litigieuse et l'enregistrement en images du prévenu versé à titre de preuve par le ministère public ont été opérés en violation de la loi et constituent un délit, a déclaré illégale cette preuve, a annulé les procès-verbaux, rapports, témoignages et auditions se fondant ou se rapportant à ladite preuve et a, partant, déclaré la poursuite dirigée contre **PREVENU 1.)** irrecevable.

En instance d'appel, le représentant du **ministère public** conclut à la réformation de cette décision et au renvoi de l'affaire devant le tribunal correctionnel autrement composé pour statuer sur le fond. A l'appui de son recours, il insiste, d'abord, sur le principe de la liberté de la preuve en matière pénale et sur la très large marge du juge dans l'admission des éléments de preuve et dans l'appréciation de la valeur probante, les seules limites tenant à la sanction des preuves déloyales et illégales. Il passe en revue l'état de la jurisprudence en France et l'évolution de la jurisprudence en Belgique, de même que celle de la Cour européenne des Droits de l'Homme. En examinant l'état du droit et de la jurisprudence de la Cour d'appel luxembourgeoise, à défaut de décision de la Cour suprême, il concède que l'exploitation d'un système de vidéo surveillance sans autorisation préalable de la Commission nationale pour la protection des données, constitue un délit, mais estime néanmoins, en renvoyant à un arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg du 11 novembre 2005 (MP c/ Da Luz Fortes, no 434/05 V) que la jurisprudence luxembourgeoise s'est ralliée à la jurisprudence belge récente qui a retenu l'admissibilité des moyens de preuve obtenus illégalement, sous certaines conditions.

Le représentant du ministère public de conclure qu'il s'agit d'apprécier si le juge luxembourgeois entend revenir sur la position traditionnelle de la Cour de cassation de Belgique qui présente l'avantage de la rigueur juridique ou suivre la Cour suprême belge dans ses revirements jurisprudentiels récents.

La **défense de PREVENU 1.)** conclut à l'irrecevabilité, sinon à l'annulation des poursuites, au motif que les preuves ont été recueillies à la suite d'un acte illégal. Elle requiert, partant, la confirmation du jugement entrepris.

Il appartient à la **Cour** d'apprécier, en l'espèce, si les moyens de preuve dont se prévaut le ministère public à l'appui de ses poursuites contre **PREVENU 1.)** peuvent être admis.

D'emblée, la Cour tient à relever que les critiques exprimées par la défense, d'une façon générale, au sujet de la surveillance et de l'enregistrement, au Luxembourg, du public en rapport avec la liberté de s'exprimer et de se mouvoir « sans être bêtement et arbitrairement enregistré » - et qui ont été pour partie relayées par les premiers juges parlant d'une « société orwellienne » - pour justes qu'elles puissent être, le cas échéant, dans un autre contexte, sont hors propos dans la présente affaire. En effet, les enregistrements, en l'espèce, argués d'illégaux, ne le sont que parce qu'ils n'étaient pas autorisés au moment des faits. A supposer que les mêmes enregistrements eussent été autorisés à l'époque, toute la discussion, tirée de l'admissibilité d'une preuve illégale, n'aurait pas lieu d'être.

Par ailleurs, 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 étrangères et internationale.

Dans le cas de la présente espèce, il convient de constater que l'article 14 de la loi du 2 août 2002, précitée, soumet le traitement à des fins de surveillance, limitativement prévu par l'article 10 de la même loi, à une autorisation préalable de la Commission nationale pour la protection des données. Si cette condition, exigée par l'article 14, n'est pas respectée, l'auteur encourt une peine d'emprisonnement de huit jours à un an et une peine d'amende de 251 à 125.000 euros ou une de ces peines seulement.

Il est constant que l'autorisation en question pour l'installation de la vidéo surveillance par l'Entreprise des Postes et Télécommunications avait bien été sollicitée, mais n'avait pas été accordée au moment des faits reprochés à **PREVENU 1.)**.

Il est exact qu'aucune disposition spécifique de cette loi ne prévoit que les informations ainsi recueillies ne peuvent être utilisées en tant que moyen de preuve. Il est exact également qu'en matière pénale la preuve est libre et n'est assujettie à aucune forme spéciale et systématique.

Cela ne signifie pas pour autant que toute preuve, même rapportée illégalement doit être admise. Le représentant du ministère public a raison de dire que cette question mérite une réponse nuancée.

La Cour considère qu'il est essentiel de partir du principe en la matière, tiré des dispositions de l'article 6, paragraphe 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui dispose que : « *Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.* » Il n'est pas inutile d'insister à cet endroit sur le fait qu'en l'espèce non seulement le moyen de preuve a été recueilli suivant un mode de preuve non prévu par la loi (par des « moyens déloyaux »), mais que, surtout, il a été recueilli par un mode de preuve constituant un délit, suivant une procédure interdite sous peine de sanctions pénales.

L'arrêt précité de la Cour d'appel du 11 octobre 2005 – curieusement critiqué d'une façon véhémement par le tribunal correctionnel dans le jugement actuellement entrepris, malgré le fait qu'il a confirmé la décision et la motivation de la même section du tribunal, composée des mêmes magistrats que ceux ayant siégé dans la présente affaire – a fait sienne, sans

le dire expressément, la jurisprudence récente de la Cour de cassation belge. Il est permis de citer à ce sujet l'arrêt du 8 novembre 2005 de la Cour suprême de Belgique qui a considéré « *que le juge ne peut toutefois écarter une preuve recueillie illégalement que :*

- *soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité ;*
- *soit lorsque l'illégalité commise a entaché la fiabilité de la preuve ;*
- *soit lorsque l'usage de la preuve viole le droit à un procès équitable.*

Attendu qu'il appartient au juge d'apprécier l'admissibilité de la preuve recueillie illégalement à la lumière des articles 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 14 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, en tenant compte des éléments de la cause prise dans son ensemble, y compris la manière dont la preuve a été recueillie et les circonstances dans lesquelles l'illégalité a été commise.

Attendu qu'aux fins de cette appréciation, le juge peut prendre en considération, entre autres, la totalité ou une partie des circonstances suivantes :

- *soit le fait que l'autorité chargée de la recherche, de l'enquête et de la poursuite des infractions a commis l'illégalité intentionnellement ou non ;*
- *soit le fait que la gravité de l'infraction excède de loin l'illégalité commise ;*
- *soit le fait que la preuve recueillie illégalement ne concerne qu'un élément matériel de l'existence de l'infraction. »*

La Cour d'appel luxembourgeoise a, plus brièvement, dit, dans l'arrêt précité du 11 octobre 2005, 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 au droit à un procès équitable.* »

Dans la présente affaire, les deux premières conditions, tirées de la circonstance que les dispositions violées ne sont pas prescrites à peine de nullité et de la fiabilité de la preuve, ne prêtent pas à discussion : les dispositions de l'article 10 de la loi du 2 août 2002, précitée, ne sont pas prescrites à peine de nullité et personne n'a affirmé que le fait que l'installation de la caméra de surveillance n'avait pas été autorisée ait eu une quelconque répercussion sur la fiabilité de la preuve ainsi obtenue.

Le critère essentiel à examiner est celui qui veut que l'usage de la preuve ne soit pas contraire au droit à un procès équitable. En effet, la Cour considère que le respect de la légalité dans l'administration de la preuve est fondamental pour garantir le caractère équitable du procès.

La Cour considère, à cet égard, que le critère de la proportionnalité entre la gravité de l'illicéité commise et la gravité de l'infraction faisant l'objet des poursuites – critère analysé dans l'arrêt précité et retenu par plusieurs arrêts de la Cour de cassation belge – n'est pas déterminant et en fait abstraction, étant donné que ce critère risque de conduire à une insécurité juridique. Le respect des droits d'un prévenu ne saurait dépendre de la gravité de l'infraction qui lui est reprochée.

Dans son arrêt du 11 octobre 2005, la Cour d'appel a encore retenu, dans le contexte du droit à un procès équitable, que la preuve obtenue a été soumise à un débat contradictoire. La Cour actuellement saisie considère que ce critère, à lui seul, n'est pas pertinent non plus. Il s'agit d'apprécier non si, après coup, la preuve irrégulièrement recueillie est susceptible d'être débattue devant une juridiction, mais de savoir si cette preuve est, a priori, susceptible d'être soumise à un tel débat.

Le fait, relevé par la Cour de cassation belge, dans l'arrêt précité du 8 novembre 2005, et sur lequel le représentant du ministère public a insisté, que l'autorité chargée de la recherche, de l'enquête et de 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, en l'occurrence l'Entreprise des Postes et Télécommunications, et que cet

opérateur n'a pas installé le système de surveillance en vue de recueillir des éléments de preuve à charge du prévenu dans la présente affaire, mais aux fins de sécurité de ses locaux et des usagers de ses services, n'est pas non plus déterminant.

En effet, la Cour considère que ni la qualité de l'auteur de l'acte, ni le but poursuivi ne sont de nature à enlever au moyen de preuve son caractère illégal. Un acte est soit illégal, soit il ne l'est pas. La qualité de l'auteur d'un acte posé illégalement est inopérante à cet égard. De même, un tel acte ne saurait devenir plus au moins illégal, du fait de l'intention de son auteur.

Finalement, une différence majeure avec l'arrêt précité de la Cour d'appel doit être relevée, à savoir celle que dans la présente affaire il n'y a, contrairement à celle ayant conduit à l'arrêt du 11 octobre 2005, ni aveu du prévenu – la défense d'indiquer « *qu'il n'y en aura jamais* » - ni d'autre moyen de preuve supplémentaire, telle, par exemple, une perquisition domiciliaire. Pour utiliser les termes de la Cour de cassation belge (cf. arrêt du 8 novembre 2005), en l'espèce, la preuve recueillie illégalement ne concerne pas seulement *un* élément matériel de l'existence de l'infraction, étant donné que l'enregistrement litigieux est le *seul* élément de preuve susceptible d'établir la culpabilité du prévenu.

La Cour conclut des considérations reprises ci-dessus 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 **PREVENU 1.)** 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.

Par conséquent, cette preuve ne saurait être admise. Les poursuites doivent, partant, être déclarées irrecevables.

Il s'ensuit que le jugement entrepris est à confirmer.

PAR CES MOTIFS,

la Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, le représentant du ministère public entendu en son réquisitoire et les mandataires du prévenu en leurs explications et moyens,

reçoit l'appel en la forme ;

le dit non fondé ;

partant **confirme** le jugement entrepris ;

laisse les frais de l'instance d'appel, liquidés à 9,12 €, à charge de l'Etat.

Par application des textes de loi cités par la juridiction de première instance en y ajoutant les articles 202, 203 et 211 du code d'instruction criminelle.

Ainsi fait et jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, composée de Monsieur Jean-Claude WIWINIUS, premier conseiller, Madame Joséane SCHROEDER, conseiller et Madame Lotty PRUSSEN, conseiller, en présence de Monsieur Jean ENGELS, avocat général, et de Monsieur Marc SERRES, greffier,

qui, à l'exception du ministère public, ont signé le présent arrêt.

La lecture de l'arrêt a été faite en audience publique au Palais de Justice à Luxembourg, 12, côte d'Eich, par Monsieur Jean-Claude WIWINIUS, premier conseiller, en présence de Monsieur Jean ENGELS, avocat général et de Monsieur Marc SERRES, greffier ».

d'un arrêt rendu par la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg, le 22 novembre 2007, sous le numéro 57/07 pénal, numéro 2474 du registre, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Ouï le président Marc SCHLUNGS en son rapport et sur les conclusions du procureur général d'Etat Jean-Pierre KLOPP ;

Vu l'arrêt attaqué rendu le 28 février 2007 sous le numéro 126/07 X par la Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle ;

Vu le pourvoi en cassation déclaré le 19 mars 2007 au greffe de la Cour par le procureur général d'Etat Jean-Pierre KLOPP ainsi que le mémoire en cassation signifié le 21 mars 2007 et déposé le même jour au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse déposé le 5 avril 2007 au greffe de la Cour par le prévenu **PREVENU 1.)** ;

Sur la recevabilité du pourvoi qui est contestée :

Attendu que le défendeur en cassation conclut à l'irrecevabilité du pourvoi au motif que par le moyen invoqué la Cour régulatrice serait amenée à examiner, non pas la juste application d'une règle de droit, mais l'exactitude d'éléments de fait échappant à son contrôle pour relever de l'appréciation souveraine des juges du fond ;

Mais attendu que l'inconsistance des moyens n'emporte pas l'irrecevabilité du pourvoi mais tout au plus son rejet ;

D'où il suit que l'exception d'irrecevabilité du pourvoi n'est pas fondée ;

Sur les faits :

Attendu que par l'arrêt attaqué la Cour d'appel confirma un jugement correctionnel par lequel le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait déclaré irrecevable la poursuite dirigée contre **PREVENU 1.)** du chef d'infractions à l'article 327 et subsidiairement à l'article 319 du code pénal et ordonné la destruction des cassettes vidéo contenant la preuve illégalement obtenue ;

Sur le moyen de cassation pris en sa seconde branche :

tiré « de la violation des règles générales de la preuve en matière répressive et plus particulièrement des articles 154, 189 et 211 du code d'instruction criminelle sur lesquels est fondé le principe que la preuve en matière pénale est libre sous réserve de la garantie du droit à un procès équitable, au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce que l'arrêt attaqué a accueilli un moyen d'irrecevabilité des poursuites tiré de l'usage d'une preuve obtenue à la suite d'un acte illégal, en l'occurrence de l'usage d'images enregistrés par un système de vidéosurveillance exploité par l'Entreprise des Postes et Télécommunications sans autorisation par la Commission nationale pour la protection des données telle qu'elle est prévue, sous peine de sanctions pénales, par l'article 14 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, après avoir notamment constaté que l'illégalité, donc le défaut d'autorisation du système de vidéosurveillance, n'a pas entaché la fiabilité de la preuve, au motif que l'usage de cette preuve obtenue à la suite d'un acte illégal viole le droit à un procès équitable parce qu'elle constitue l'unique preuve susceptible d'établir la culpabilité du prévenu, tout en refusant par principe et de façon péremptoire, au motif qu'un acte est soit illégal, soit ne l'est pas, et que le caractère illégal d'un acte ne saurait être affecté ni par la qualité de son auteur ni par le but poursuivi par ce dernier, d'admettre la prise en considération des circonstances tirées de ce que

*l'illégalité n'a pas été commise par les autorités de poursuite, mais par un tiers, et de ce qu'elle n'a pas été commise en vue de recueillir des preuves à charge du prévenu, mais aux fins d'assurer la sécurité des locaux et des usagers de ce tiers ; alors que, **seconde branche**, le caractère illégal de l'acte, posé par un tiers étranger à la poursuite, à la suite duquel la preuve a été obtenue, ne rend pas à lui seul l'usage ultérieur de cette preuve contraire au droit à un procès équitable ; que l'usage d'une telle preuve ne viole ce droit que si la procédure a été inéquitable dans son ensemble ; que le juge ne peut déduire cette conclusion que d'un examen des éléments de la cause prise dans son ensemble, qui doit nécessairement comprendre l'examen de la manière dont la preuve a été recueillie et donc des circonstances dans lesquelles l'illégalité a été commise y compris la qualité et le but de l'auteur de celle-ci, qui constituent des critères décisifs que le juge ne doit pas par principe refuser d'admettre en examinant si le droit à un procès équitable a été violé ; que la Cour d'appel en refusant, par principe et de façon péremptoire, au motif qu'un acte est soit illégal, soit ne l'est pas, et que le caractère illégal d'un acte ne saurait être affecté ni par la qualité de son auteur ni par le but poursuivi par ce dernier, d'admettre la prise en considération des circonstances sus-indiquées constituant des critères décisifs au regard de l'exigence d'un procès équitable, a violé les règles et dispositions légales visées au moyen » ;*

Vu l'article 6 alinéa premier de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales contenant notamment l'impératif que la cause du justiciable soit entendue équitablement ;

Attendu 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 ;

Qu'il appartient néanmoins au juge d'apprécier l'admissibilité d'une preuve obtenue illicitement en tenant compte des éléments de la cause prise dans son ensemble y compris le mode d'obtention de la preuve et les circonstances dans lesquelles l'illicéité a été commise ;

Attendu qu'en refusant de façon péremptoire de prendre en considération tous les éléments de la cause la Cour d'appel a violé la disposition normative susvisée ;

Par ces motifs :

cas et **annule** l'arrêt rendu le 28 février 2007 sous le numéro 126/07 X par la Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle ;

déclare nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les actes qui s'en sont suivis et remet les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé et, pour être fait droit, les **renvoie** devant la **Cour d'appel, autrement composée** ;

réserve les frais ;

ordonne qu'à la diligence du procureur général d'Etat, le présent arrêt sera transcrit sur le registre de la Cour d'appel et qu'une mention renvoyant à la transcription de cet arrêt sera consignée en marge de la minute de l'arrêt annulé.

Ainsi fait, jugé et prononcé par la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg en son audience publique du jeudi, **vingt-deux novembre deux mille sept**, au Palais de Justice à Luxembourg, 12, Côte d'Eich, composée de :

Marc SCHLUNGS, président de la Cour,
Jean JENTGEN, conseiller à la Cour de cassation,
Marie-Paule ENGEL, conseillère à la Cour de cassation,
Carlo HEYARD, premier conseiller à la Cour d'appel,
Annette GANTREL, conseiller à la Cour d'appel,
Jeanne GUILLAUME, avocat général,
Marie-Paule KURT, greffier à la Cour,

qui, à l'exception du représentant du ministère public, ont signé le présent arrêt.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Marc SCHLUNGS, en présence de Madame Jeanne GUILLAUME, avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffier à la Cour ».

Sur citation du 10 décembre 2007, le prévenu fut requis de comparaître à l'audience publique du 15 janvier 2008.

A cette audience le prévenu fut présent.

Monsieur le premier avocat général Georges WIVENES, assumant les fonctions de ministère public, fut entendu en son réquisitoire.

Maître Gaston VOGEL et Maître Roland MICHEL, avocats à la Cour, développèrent plus amplement les moyens de défense du prévenu.

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 26 février 2008, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Revu le jugement contradictoirement rendu le 13 juillet 2006 sous le numéro 2523/2006 par une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, et dont les motifs et dispositif se trouvent reproduits aux qualités du présent arrêt.

Vu l'appel relevé par le Procureur d'Etat du prédit jugement, suivant déclaration en date du 14 juillet 2006 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

Vu l'arrêt de la Cour de cassation, rendu le 22 novembre 2007, sous le numéro 57/2007 pénal, ayant cassé et annulé l'arrêt rendu le 28 février 2007 sous le numéro 126/07 X par la Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, ayant remis les parties dans l'état où elles se trouvaient avant l'arrêt cassé, et les ayant, pour être fait droit, renvoyé devant la Cour d'appel, autrement composée.

Il est constant en cause que **PREVENU 1.)** est mis en prévention du chef d'infraction à l'article 327, alinéa 2 du Code pénal (menace d'attentat contre les personnes ou les propriétés punissable d'une peine criminelle), subsidiairement du chef d'infraction à l'article 319 du même code (fausse alerte).

La mise en prévention de **PREVENU 1.)** a eu lieu dans le contexte d'un appel téléphonique, le 18 février 2005, à destination du Palais grand-ducal. Le Service de police judiciaire, avisé de cet appel téléphonique et agissant dans le cadre des dispositions du code d'instruction criminelle relatives aux crimes et délits flagrants, a localisé la provenance de cet appel téléphonique, l'appel en question ayant été effectué à partir d'une cabine publique dans le bâtiment des Postes Luxembourg-Aldringen. Il fut constaté que ce bâtiment fait l'objet d'une surveillance à l'aide de caméras vidéo, installées par l'Entreprise des Postes et Télécommunications, et deux cassettes contenant les enregistrements de ces caméras, par rapport au jour et à l'heure des faits, furent saisies par le Service de police judiciaire suivant procès-verbal n° 2005/11711_386.

Les caméras de surveillance installées par l'Entreprise des Postes et Télécommunications l'ont été au titre de l'article 10 de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, qui dispose que « (1) Le traitement à des fins de surveillance ne peut être effectué que (a), ou (b) aux abords ou dans tout lieu accessible ou non au public autres que les locaux d'habitation, notamment dans les parkings couverts, les gares, aéroports et les moyens de transports publics, pourvu que le lieu en question présente de par sa nature, sa situation, sa configuration ou sa fréquentation un risque rendant le traitement

nécessaire à la sécurité des usagers ainsi qu'à la prévention des accidents, ou (c)..... ». Aux termes de l'article 14 de la loi de 2002 précitée les traitements prévus, entre autres, à l'article 10 sont soumis à l'autorisation préalable de la Commission nationale pour la protection des données. Au moment des faits, le 18 février 2005, l'Entreprise des Postes et Télécommunications a effectué un traitement au titre de l'article 10 sans être en possession de l'autorisation de la Commission nationale. Cette autorisation, bien que demandée, n'avait en effet pas encore été délivrée. Aux termes de l'article 14, paragraphe (4) de la loi de 2002, quiconque effectue un traitement en violation des dispositions dudit article est puni de peines correctionnelles.

A l'appui de l'appel, régulièrement interjeté le 14 juillet 2006 par le Procureur d'Etat contre le jugement précité du 13 juillet 2006, le représentant du ministère public retient que la Cour régulatrice luxembourgeoise s'est alignée sur les jurisprudences récentes des Cours de cassation de Belgique et sur les jurisprudences de la chambre criminelle de la Cour de cassation de France. Au regard de la doctrine des arrêts des différentes Cours de cassation, il conclut à voir dire qu'en l'espèce l'illégalité qui a été commise n'était en rien imputable ni à la Police ni au Parquet, que l'installation des caméras dont s'agit n'avait aucunement pour finalité l'appréhension de délinquants en général, de **PREVENU 1.)** en particulier, et que l'obtention de la preuve était parfaitement régulière. Il n'y aurait en l'occurrence aucun non respect de la loyauté dans l'administration de la preuve. Il demande en conséquence la réformation de la décision des premiers juges et le renvoi de l'affaire devant la première instance, autrement composée, pour être statué sur le fond.

PREVENU 1.) conclut à la confirmation de la décision entreprise.

Il fait plaider que la Cour de cassation, dans son arrêt du 22 novembre 2007, aurait cassé l'arrêt d'appel pour avoir refusé de façon péremptoire de prendre en considération la preuve obtenue illicitement. Il résulterait cependant de l'ensemble des éléments de la cause que la preuve obtenue illicitement ne saurait en l'espèce être prise en considération.

La défense de faire valoir tout d'abord que du fait que l'Entreprise des Postes et Télécommunications est une entreprise appartenant à 100% à l'Etat, d'une part, du fait que tant la Police que les autorités de poursuite sont des organes de l'Etat, d'autre part, il ne saurait être affirmé qu'en l'espèce ni la police ni les autorités de poursuite ne seraient à l'origine de l'installation et de l'exploitation de caméras de surveillance en violation des dispositions de l'article 14 de la loi du 2 août 2002. L'Etat ne pourrait, par le biais d'une entreprise qui lui appartient, transgresser les lois, pour ensuite, par le biais de ses organes de recherche et de poursuite des infractions, utiliser un moyen de preuve obtenu à l'aide de cette transgression des lois. Il n'y aurait par ailleurs aucune proportionnalité entre l'atteinte aux droits fondamentaux dont l'Etat se serait rendu coupable et la gravité de l'infraction reprochée au prévenu.

Les mandataires du prévenu exposent ensuite que la thèse du Parquet, selon laquelle **PREVENU 1.)** serait l'auteur du coup de téléphone à destination du Palais grand-ducal, serait construite sur la présence de **PREVENU 1.)** dans une cabine téléphonique publique. Or cette présence n'aurait pu être documentée que par un système de vidéo-surveillance non autorisé. Outre le fait que le traitement effectué en l'espèce est passible de sanctions pénales, il est encore gravement attentatoire aux libertés fondamentales, telle la liberté

individuelle de se mouvoir librement et l'usage en justice de la preuve illicitement obtenue serait en conséquence attentatoire au droit à un procès équitable.

La défense relève enfin qu'il ne pourrait pas être exclu que les cassettes vidéos saisies aient été ou aient pu être manipulées.

La Cour de cassation, dans son arrêt du 22 novembre 2007, a retenu que le juge du fond 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. La Cour de cassation d'ajouter que ce droit, c'est-à-dire le droit à un procès équitable, n'est garanti que sous la condition fondamentale du respect de la légalité dans l'administration de la preuve. L'arrêt précité de dire ensuite qu'il appartient néanmoins au juge d'apprécier l'admissibilité d'une preuve obtenue illicitement en tenant compte des éléments de la cause prise dans son ensemble y compris le mode d'obtention de la preuve et les circonstances dans lesquelles l'illicéité a été commise.

Le premier critère qui se dégage de l'arrêt de la Cour de cassation (respect de certaines conditions de forme prescrit à peine nullité) n'est pas en cause dans la présente affaire. A supposer qu'il faille voir une condition de forme dans l'exigence d'une autorisation par la Commission nationale du traitement effectué en l'occurrence, toujours est-il qu'aucune disposition de la loi du 2 août 2002 ne prohibe, sous peine de nullité, l'utilisation, au titre de la preuve en matière pénale, de données obtenues à l'aide d'un traitement non autorisé selon les prescrits de la loi de 2002.

La crédibilité de la preuve obtenue n'est pas non plus en cause.

L'argument que ce serait l'Etat qui est à l'origine et de l'exploitation de ce traitement non autorisé et de l'utilisation en justice des données ainsi obtenues illicitement, doit être rejeté, si on retient ledit argument comme mettant en cause la crédibilité de la preuve obtenue. D'une part, l'Entreprise des Postes et Télécommunications est un établissement public, c'est-à-dire une personne morale de droit public, doté de la personnalité juridique, qui ne se confond pas avec l'Etat, même si le capital de l'entreprise appartient à l'Etat. D'autre part, aussi bien l'Entreprise des Postes et Télécommunications que la Police et le ministère public agissent dans les limites des compétences qui leur sont propres, et qui sont déterminées par les lois respectives régissant ces entreprise et organes. Au regard en particulier des attributions légales de la Police et du ministère public, il ne saurait être allégué que la Police et/ou le Parquet seraient, à quelque titre que ce soit, à l'origine du traitement effectué en violation de la loi de 2002.

L'argument tiré d'un possible risque de manipulation des cassettes vidéo est également à rejeter. Le fait que l'installation et l'exploitation des caméras de surveillance n'aient pas été autorisées n'a en lui-même aucune répercussion sur la crédibilité des données obtenues. La question d'une éventuelle manipulation *ex post*, question qui peut d'ailleurs être soulevée pour quasiment tous les moyens de preuve, relève de l'appréciation au fond de la valeur probante du moyen de preuve, mais non pas de son admissibilité.

La Cour déduit de l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation, que c'est essentiellement par rapport au troisième critère (usage de la preuve non contraire au droit à un procès équitable) qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier l'admissibilité de la preuve en tenant compte de tous les éléments de la cause prise dans son ensemble y compris le mode d'obtention de la preuve et les circonstances dans lesquelles l'illicéité a été commise, au regard du principe de la légalité dans l'administration de la preuve, posé comme condition fondamentale garantissant le droit à un procès équitable.

Nonobstant l'absence d'une autorisation, par la Commission nationale, du traitement effectué en l'espèce, l'usage en justice des enregistrements réalisés à l'aide de caméras vidéo installées par l'Entreprise des Postes et Télécommunications aux abords du bâtiment des postes Luxembourg-Aldringen pourrait être pris en considération, pour autant que les conditions posées par la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel se trouvent réunies. L'autorisation de la Commission nationale est en effet destinée en premier lieu à garantir l'observation de ces conditions légales, auxquelles est impérativement subordonné tout traitement de données à des fins de surveillance. A ce titre le paragraphe (1), point b) et le paragraphe (3) point c) de l'article 10 de la loi du 2 août 2002 précitée revêtent une importance particulière, alors que ces dispositions sont destinées à garantir que des données sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités.

La Cour se doit d'examiner, comme se trouvant nécessairement dans le débat tant au regard de l'article 10, paragraphe (3), lettre c) de la loi du 2 août 2002 précitée (communication de données aux autorités judiciaires compétentes pour constater ou poursuivre une infraction pénale), qu'au regard du principe de la légalité dans l'administration de la preuve, la question comment la Police s'est vu communiquer les enregistrements litigieux, le seul fait que les deux cassettes vidéo aient été saisies suivant procès-verbal du service de police judiciaire, établi dans les formes légales, étant à cet égard insuffisant.

Il se dégage du dossier répressif qu'à la suite de l'appel téléphonique entré le 18 février 2005 au Palais grand-ducal, le service de police judiciaire, agissant dans le cadre des dispositions du Code d'instruction criminelle relatives aux crimes et délits flagrants, a tenté en premier lieu d'établir la provenance de l'appel téléphonique en question. A cet effet, la Police s'est adressée à la Division des Télécommunications des P&T, en lui fournissant comme critères de recherche le numéro du Palais grand-ducal destinataire de l'appel téléphonique ainsi qu'une plage horaire (9.25 heures, plus ou moins 2 minutes). La Division des Télécommunications a trouvé un appel répondant aux critères avancés. Il s'agissait d'un appel entre la cabine téléphonique Lux-Ville Postes Piquet 2 (numéro 220699) et le numéro indiqué du Palais grand-ducal.

Cette localisation de la provenance de l'appel téléphonique entré au Palais grand-ducal le 18 février 2005 constitue un repérage de données d'appel de moyens de télécommunication à partir desquels ou vers lesquels des appels sont adressés ou ont été adressés, au sens de l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle. La compétence pour ordonner un tel repérage appartient en principe au seul juge d'instruction, et ce depuis la loi du 21 novembre 2002 ayant introduit au Code d'instruction criminelle ledit article 67-1. Alors qu'auparavant de telles investigations étaient opérées sur base des

articles 65 et 66 du Code d'instruction criminelle, et pouvaient donc également être opérées dans le cadre des crimes et délits flagrants par les officiers de police judiciaire agissant sur base des articles 31 et 33 du Code d'instruction criminelle, le repérage est depuis l'entrée en vigueur de l'article 67-1 réservé à la compétence exclusive du juge d'instruction. Le fait que l'article 67-1 continue à figurer sous la section III « Des transports, perquisitions et saisies » du chapitre 1er du titre III du Livre premier du Code d'instruction criminelle a uniquement pour objet de distinguer le repérage des moyens de surveillance spéciale des télécommunications (articles 88-1 à 88-4 du Code d'instruction criminelle), mais n'autorise pas les officiers de police judiciaire, agissant en vertu des pouvoirs qui leur sont spécialement conférés au titre des crimes et des délits flagrants, à opérer un tel repérage au titre des articles 33 et 31 du Code d'instruction criminelle (perquisition et saisie). L'article 33 du Code d'instruction criminelle est le pendant de l'article 66 du même code, il n'inclut pas les pouvoirs que le juge d'instruction tient de l'article 67-1 dudit code.

La Cour n'est certes pas appelée à se prononcer en termes d'annulation d'un acte de la procédure ou de la procédure qui s'en est suivie. Au regard toutefois de ce que la localisation de la provenance de l'appel téléphonique entré au Palais grand-ducal est intimement, voire indissociablement, liée à la saisie des cassettes vidéo, la Cour ne peut, dans la discussion de l'admissibilité des enregistrements vidéo en tant que moyen de preuve et au regard tant des dispositions de l'article 10 (3) de la loi de 2002 que du principe de la légalité dans l'administration de la preuve posé comme condition fondamentale de la garantie du droit à un procès équitable, faire abstraction des conditions dans lesquelles le moyen de preuve litigieux a en définitive été obtenu.

Il ne saurait en l'espèce être argumenté que le même résultat aurait été obtenu, si le juge d'instruction avait ordonné initialement le repérage auquel il fut procédé en l'espèce. Il ne résulte aucunement du dossier que la Police n'aurait eu d'autre choix que de procéder comme elle l'a fait en l'occurrence. Il n'est par ailleurs pas suppléé aux garanties posées par l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle, et dont le respect aurait pu être contrôlé au cours même de l'instruction, par une discussion contradictoire au fond du résultat des investigations opérées dans le cadre de la procédure de flagrant crime ou délit.

Il ne saurait pas non plus être tiré argument du fait que par la suite (21 février 2005) le magistrat instructeur a décerné une ordonnance de perquisition et de saisie à l'effet de dresser des listings de tous les appels sortants opérés à partir des cabines téléphoniques Luxembourg-Ville-Postes Picquet 2, ces investigations étant destinées à vérifier les affirmations de **PREVENU 1.**) selon lesquelles il avait essayé de téléphoner à son amie au Brésil. Il ne saurait enfin pas non plus être affirmé que ce serait en définitive le juge d'instruction, une fois saisi des faits, qui aurait demandé l'établissement d'un listing précis, pour la plage horaire entrant en lice, des appels téléphoniques sortants de la cabine publique, les devoirs d'instruction accomplis tablant sur les premiers résultats obtenus à l'initiative de la police judiciaire, agissant dans le cadre de la procédure de flagrant crime ou délit.

Dans les conditions données, et alors que de 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, il résulte en l'espèce 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 auquel l'appréciation de la fiabilité et de la valeur probante d'un élément de preuve doit de toute façon donner lieu, la décision des premiers juges d'écartier la preuve résultant des enregistrements vidéo réalisés se justifie. Les premiers juges sont encore à confirmer en ce qu'ils ont, par voie de conséquence, déclaré les poursuites irrecevables.

PAR CES MOTIFS,

la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle et après renvoi suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 2007, statuant contradictoirement, le prévenu entendu en ses explications et moyens de défense et le représentant du ministère public en ses réquisitions

déclare l'appel recevable;

le **dit** non fondé;

partant **confirme** le jugement entrepris en ce qu'il a écarté la preuve tirée des enregistrements vidéo réalisés ainsi que tous autres éléments de preuve fondés sur ladite preuve;

confirme encore le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré les poursuites dirigées contre **PREVENU 1.)** irrecevables;

laisse les frais à charge de l'Etat.

Par application des textes de loi cités par les premiers juges et par application des articles 199, 202, 203, 209, 210 et 211 du Code d'instruction criminelle.

Ainsi fait et jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, composée de Monsieur Nico EDON, premier conseiller, président, Madame Eliane EICHER, premier conseiller, et Madame Astrid MAAS, conseiller, qui ont signé le présent arrêt avec le greffier Cornelia SCHMIT.

La lecture de l'arrêt a été faite en audience publique au Palais de Justice à Luxembourg, 12, Côte d'Eich, par Monsieur Nico EDON, premier conseiller, en présence de Monsieur Georges WIVENES, premier avocat général, et de Madame Cornelia SCHMIT, greffier.