

Cour de cassation (2^e ch., F),**21 mars 2018,****P.17.1062.F.***(extraits)*

Président : M. Dejemeppe, président,

Rapporteur : M. Lugentz, conseiller,

Ministère public : M. Vandermeersch, avocat général,

Pl. : M^{es} A. F. Belle (du barreau de cassation), C. Vergauwen et O. Venet (du barreau de Bruxelles).

- 1° **OPPOSITION** – matière répressive – opposition déclarée non avenue – conditions – connaissance de la citation – charge de la preuve – appréciation du juge – contrôle par la Cour

1° Conformément à l'article 187, § 6, 1^o, du Code d'instruction criminelle, pour que l'opposition puisse être considérée comme non avenue, il faut d'abord qu'il soit établi que l'opposant a eu connaissance de la citation dans la procédure par défaut ; il appartient à la partie poursuivante ou à la partie civile de l'établir, le prévenu n'ayant pas à fournir de preuve à cet égard, le juge du fond constatant souverainement les circonstances sur lesquelles il fonde sa décision et la Cour de cassation se bornant à contrôler s'il a pu légalement déduire de celles-ci que l'opposant avait eu connaissance de la citation à comparaître dans la procédure qui s'est clôturée par défaut¹. (C. i. cr., art. 187, § 6, 1^o)

- 2° **OPPOSITION** – matière répressive – force majeure et excuse légitime – opposition déclarée non avenue – motivation – motifs communs – légalité

2° Aucune disposition légale n'impose au juge qui statue sur les mérites des circonstances invoquées par l'opposant au titre, d'une part, de la force majeure et, d'autre part, de l'excuse légitime, de prendre en considération, à cette occasion, des éléments de fait différents et de se prononcer aux termes de motifs distincts, pour autant qu'il ne méconnaisse pas la signification usuelle de ces notions de « force majeure » et d'« excuse légitime », telle qu'elle a été prévue par le législateur². (C. i. cr., art. 187, § 6, 1^o)

1 Voy. les concl. contraires du ministère public et la note ci-après d'O. MICHIELS. Voy. également C.C., 21 décembre 2017, arrêt n° 148/2017, spéc. B.39.2, *Rev. dr. pén. crim.*, 2018, pp. 455 et suivantes et la note, notamment relative à cette question, d'E. DELHAISE et O. NEDERLANDT, « Légiférer coûte que coûte ? », spéc. pp. 547 et suivantes.

2 Quant à l'appréciation même, par le juge du fond, de ces circonstances invoquées par l'opposant pour justifier son défaut, et à propos du contrôle, par la Cour de cassation, de la légalité des motifs du juge du fond, voy. C.C., 21 décembre 2017, arrêt n° 148/2017, *op.cit.*, spéc. B.35.2 et B.35.3.

- 3° **OPPOSITION** – matière répressive – force majeure – excuse légitime – opposition déclarée non avenue – motif – comportement fautif antérieur à la connaissance de la citation à comparaître – légalité

3° Aucune disposition légale n'interdit au juge du fond d'avoir égard à des circonstances antérieures à la prise de connaissance, par l'opposant, de la citation à comparaître en vue de l'audience à laquelle il fit défaut, pour apprécier l'admissibilité de la force majeure ou de l'excuse légitime invoquée par ce prévenu. (C. i. cr., art. 187, § 6, 1°)

- 4° **OPPOSITION** – matière répressive – excuse légitime – notion – faute du prévenu – opposition déclarée non avenue – légalité

4° Le juge du fond peut légalement décider que la circonstance que le prévenu est dans l'impossibilité de comparaître personnellement en raison de son incarcération à l'étranger, dans un pays où il est entré sciemment et volontairement de manière illégale, ne constitue pas une excuse légitime justifiant le défaut de ce prévenu opposant. (C. i. cr., art. 187, § 6, 1°)

- 5° **OPPOSITION** – matière répressive – opposition déclarée non avenue – conditions – excuse légitime – impossibilité de comparaître personnellement – circonstances imputables au prévenu – conséquence – obligation de prendre les mesures pour se faire représenter par un conseil – droit à un procès équitable

5° Lorsque le prévenu est, par sa faute, dans l'impossibilité, pour une durée indéterminée, d'assister en personne à son procès en raison notamment de son incarcération à l'étranger, ni les articles 6.1 et 6.3, b et c, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 14.3, b, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 182 à 185, 187, § 6, et 208 du Code d'instruction criminelle, ni le droit à un procès équitable, ni le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense n'ont pour portée ou pour effet d'imposer au juge de suspendre le procès jusqu'au moment où l'intéressé sera à nouveau en mesure de comparaître personnellement ou d'interdire au tribunal de considérer qu'il appartenait au prévenu, au regard de circonstances qui lui sont imputables, de prendre les mesures utiles en vue de continuer à se faire représenter par le conseil dont il a fait le choix ou un autre défenseur³. (Conv. eur. D. H., art. 6.1 et 6.3 ; P.I.D.C.P., art., 14.3.b ; C. i. cr., art. 182 à 185 et 187, § 6)

(K.)

Conclusions de Monsieur l'avocat général Damien Vandermeersch :

I Antécédents de la procédure

Le demandeur est poursuivi du chef de participation à une activité d'un groupe terroriste en qualité de dirigeant.

Par jugement du 3 mai 2016, le tribunal correctionnel de Bruxelles a condamné celui-ci du chef de cette prévention en état de récidive à une peine d'emprisonnement de sept ans.

Par déclaration faite le 2 juin 2016, le conseil du demandeur a interjeté appel de ce jugement. Le ministère public a suivi cet appel le 2 juin 2016.

À l'audience du 18 novembre 2016 de la cour d'appel, le demandeur a été représenté par son conseil et la cause a été reportée à l'audience du 20 avril 2017. À cette nouvelle audience, le conseil du demandeur sollicita la disjonction de l'examen de la cause en ce qui concerne son client et quitta ensuite la barre sans plus représenter ce dernier.

Par arrêt rendu par défaut le 2 juin 2017, la cour d'appel de Bruxelles a confirmé le jugement du 3 mai 2016 en ce qui concerne le demandeur.

Celui-ci a formé opposition contre cet arrêt le 3 juin 2017 par déclaration faite au directeur de la prison de Saint-Gilles.

L'arrêt attaqué déclare l'opposition du demandeur recevable mais non avenue.

II Examen du pourvoi

Le demandeur invoque trois moyens à l'appui de son pourvoi. Il me semble qu'il y a lieu d'examiner, en premier lieu, la deuxième branche du deuxième moyen.

Le moyen en cette branche est pris de la violation de l'article 187, § 6, 1^o, du Code d'instruction criminelle. Le demandeur fait reproche à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré son opposition non avenue en lui refusant le bénéfice de l'excuse légitime sur la base de motifs qui méconnaissent la notion légale d'excuse légitime.

L'article 187, § 6, du Code d'instruction criminelle, tel que remplacé par la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, a élargi les différentes hypothèses dans lesquelles le juge, après avoir déclaré l'opposition recevable, est tenu de la déclarer non avenue. Il s'agit ici de circonstances qui sont constatées après qu'une opposition recevable a été formée et qui empêchent l'examen du fondement de

l'opposition⁴. Le législateur a prévu cette réglementation afin de contrer les abus de procédure dans le chef de certains prévenus qui utilisaient la procédure par défaut notamment comme stratégie de défense dilatoire visant à un dépassement du délai raisonnable ou à la prescription de l'action publique⁵.

L'opposition est ainsi déclarée non avenue :

- si l'opposant, lorsqu'il comparaît en personne ou par avocat et qu'il est établi qu'il a eu connaissance de la citation dans la procédure dans laquelle il a fait défaut, ne fait pas état d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime justifiant son défaut lors de la procédure attaquée, la reconnaissance de la force majeure ou de l'excuse invoquée restant soumise à l'appréciation souveraine du juge ;
- si l'opposant fait à nouveau défaut sur son opposition, et ce dans tous les cas, quels que soient les motifs des défauts successifs et même si l'opposition a déjà été reçue. (art. 187, § 6, C. i. cr.)

Pour que l'opposition soit déclarée non avenue, la loi exige donc soit le défaut itératif de l'opposant, soit la preuve que celui-ci avait eu connaissance de la citation ou de la convocation sans qu'il puisse invoquer un cas de force majeure et une excuse légitime justifiant sa non-comparution⁶.

Dans ce dernier cas, la réunion de deux conditions est exigée : d'une part, le ministère public doit établir que l'opposant avait connaissance de la citation ou de la convocation à l'audience⁷ et, d'autre part, ce dernier ne peut faire état d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime justifiant son défaut dans la première procédure⁸. Ce qui importe d'abord est de savoir si l'intéressé était effectivement au courant de la date à laquelle son affaire était fixée, auquel cas son défaut de comparaître pourrait être volontaire ou, à tout le moins, dû à une négligence coupable. En revanche, lorsque l'intéressé n'a pas eu connaissance de la citation ou de la convocation, cette circonstance explique à elle seule qu'il n'était ni présent ni

4 « La notion d'opposition non avenue est en quelque sorte une irrecevabilité *ex nunc*, dont la cause intervient après qu'une opposition recevable a été formée » (*Doc. parl.*, Chambre, Doc 54-1418/001, p. 78).

5 *Doc. parl.*, Chambre, Doc 54-1418/001, pp. 51 et 73 ; B. DE SMET, « De wet van 5 februari 2016 tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie (Potpourri II), gewikt en gewogen – Verstek en verzet », *T. Strafr.*, 2016, pp. 34 à 37 ; P. DHAEYER, « Le régime de l'opposition devant les tribunaux correctionnels et de police », *J.T.*, 2016, p. 428 ; A. WINANTS, « Potpourri II : de nieuwe regels inzake verstek en verzet in strafzaken », *N.C.*, 2016, p. 336.

6 D. VANDERMEERSCH, « Les voies de recours après la loi pot-pourri II », in M.-A. BEERNAERT et crts, *La loi pot-pourri II un an après*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 245.

7 B. DE SMET, « De wet van 5 februari 2016 tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie (Potpourri II), gewikt en gewogen – Verstek en verzet », *T. Strafr.*, 2016, p. 35 ; A. WINANTS, « Potpourri II : de nieuwe regels inzake verstek en verzet in strafzaken », *N.C.*, 2016, p. 337.

8 R. VERSTRAETEN, A. BAILLEUX, J. HUYSMANS et S. DE HERT, « Stevige verbouwingen in het strafprocesrecht : de procedure met voorafgaande erkenning van schuld, de invoering van conclusiemijnen in strafzaken en een vernieuwd stelsel van rechtsmiddelen », in *Themis 97 Straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2015-2016, pp. 182-183.

représenté à l'audience⁹. Le législateur n'a pas voulu sanctionner les négligences imputables à l'intéressé qui ont eu pour conséquence qu'il n'a pas été touché par la citation ou la convocation ce qui explique son absence au procès, mais bien son défaut volontaire ou sa négligence coupable qui a eu pour conséquence qu'il n'a pas comparu dans le cadre de la première procédure alors qu'il avait connaissance de la citation (ou de la convocation) et donc du procès qui était prévu.

Le juge apprécie souverainement les faits dont il déduit l'existence ou non d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime, la Cour se bornant à vérifier si, de ses constatations, il a pu légalement déduire cette décision¹⁰.

La force majeure consiste en un obstacle imprévisible et invincible qui a pour conséquence que l'absence du prévenu dans la procédure qui a mené à la décision rendue par défaut ne lui est pas imputable¹¹.

Dans un arrêt du 25 avril 2017¹², la Cour a défini l'excuse légitime comme toute circonstance invoquée pour expliquer l'absence du défaillant pour laquelle on peut faire preuve de compréhension sans que l'on puisse cependant lui reprocher une faute ou une négligence. Cette définition me paraît trop stricte puisqu'elle assimile pratiquement l'excuse légitime à la notion de force majeure puisqu'aucune faute ou négligence ne devrait pouvoir être imputée au défaillant. Cela ne paraît pas conforme à l'intention du législateur : celui-ci a voulu octroyer le bénéfice de cette excuse légitime précisément à une partie défaillante fautive mais à l'égard de laquelle on pouvait faire preuve de compréhension eu égard à sa position vulnérable ou à des circonstances humaines permettant d'excuser le défaut¹³.

La doctrine n'avait d'ailleurs pas manqué de constater que plus encore que la force majeure, la notion d'excuse légitime était vague et pouvait donner lieu à des interprétations fort variables suivant les juges, ces derniers appréciant en fait ces notions¹⁴. Il n'était nullement certain que les personnes les plus vulnérables,

9 *Doc. parl.*, Chambre, Doc 54-1418/001, p. 79.

10 Cass., 25 avril 2017, R.G. P.17.0066.N, *Pas.*, 2017, à sa date ; Cass., 29 avril 2015, RG P.15.0158.F, *Pas.*, 2015, n° 284.

11 Cass., 25 avril 2017, R.G. P.17.0066.N, *Pas.*, 2017, à sa date. Antérieurement déjà, la jurisprudence se montrait exigeante en la matière : la force majeure justifiant le non-respect d'une formalité n'est admise que si elle résulte d'une circonstance indépendante de la volonté du défaillant que cette volonté n'a pu ni prévoir ni conjurer (voy. Cass., 8 avril 2009, RG P.08.1907.F, *Pas.*, 2009, n° 248, concl. Avocat général D. VANDERMEERSCH ; Cass., 12 février 2013, RG P.12.0685.N, *Pas.*, 2013, n° 98. Voy., à ce sujet, A. DECROËS, « Délais de recours et force majeure », *J.T.*, 2013, pp. 495-496).

12 Cass., 25 avril 2017, RG P.17.0066.N, *Pas.*, 2017, à sa date.

13 M.-A. BEERNAERT, H. D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Bruxelles, la Chartre, 8^{ième} éd., 2017, p. 1476.

14 Voy. R. VERSTRAETEN, A. BAILLEUX, J. HUYSMANS et S. DE HERT, « Stevige verbouwingen in het strafprocesrecht : de procedure met voorafgaande erkenning van schuld, de invoering van conclusie termijnen in strafzaken en een vernieuwd stelsel van rechtsmiddelen », in *Themis 97 Straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2015-2016, pp. 183 à 185 ; B. DE SMET, « De wet van 5 februari 2016 tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie (Potpourri II), gewikt en gewogen – Verstek en verzet », *T. Strafr.*, 2016, pp. 34 à 37 ; P. DHAEYER, « Le régime de l'opposition devant les tribunaux correctionnels et de police », *J.T.*, 2016, p. 428-430 ; A. WINANTS, « Potpourri II : de nieuwe regels inzake verstek en verzet in strafzaken », *N.C.*, 2016, p. 337.

qui, on le sait, sont parfois « défailtantes » pour des raisons diverses liées à des difficultés personnelles et sociales auxquelles elles sont confrontées, trouveraient grâce auprès des juges ; au contraire, on pouvait craindre que ces personnes « en défaut » ne se verraient reconnaître aucune excuse légitime¹⁵.

De façon opportune, la Cour constitutionnelle est venue entre-temps préciser, dans son arrêt du 21 décembre 2017¹⁶, l'interprétation qu'il fallait donner à la notion d'excuse légitime.

Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle relève d'abord qu'en prévoyant à l'article 187, § 6, 1°, du Code d'instruction criminelle, que l'opposition est déclarée non avenue si le défaut n'est pas justifié ni par la « force majeure » ni par une « excuse légitime », le législateur « a sciemment laissé une grande marge d'appréciation au juge » en souhaitant garantir que, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, « le recours en opposition reste effectif pour les prévenus défailtants qui n'ont ni renoncé à comparaître et à se défendre ni eu l'intention de se soustraire à la justice ». Elle en déduit que la notion d'« excuse légitime » doit être interprétée en ce sens qu'elle « couvre les cas qui ne sont pas des cas de force majeure et où l'opposant avait connaissance de la citation mais invoque un motif faisant apparaître que son absence ne signifiait pas qu'il souhaitait renoncer à son droit de comparaître et de se défendre, ou se soustraire à la justice » (B.35.2).

En se référant à la jurisprudence de la Cour européenne, la Cour constitutionnelle ajoute que « le législateur doit pouvoir décourager des abstentions injustifiées, à condition que les sanctions ne se révèlent pas disproportionnées et que le prévenu ne soit pas privé du droit à l'assistance d'un défenseur » (B.38.2).

Dès lors, le juge constitutionnel valide l'article 187, § 6, 1°, du Code d'instruction criminelle pour autant que la décision déclarant l'opposition non avenue soit subordonnée aux conditions cumulatives suivantes (B.39.2 et B.39.4) :

- Il faut qu'il soit établi avec certitude que l'opposant a eu connaissance de la citation dans la procédure par défaut, la preuve de cet élément incombant à la partie poursuivante.
- Les notions de « force majeure » et d'« excuse légitime » doivent être interprétées en ce sens que « le recours en opposition reste effectif pour les prévenus défailtants qui n'ont ni renoncé à comparaître et à se défendre ni eu l'intention de se soustraire à la justice ». Il suffit que l'opposant démontre à suffisance l'existence de ce motif sans qu'il soit tenu d'en apporter la preuve¹⁷.

15 M.-A. BEERNAERT, H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Bruxelles, la Charte, 8^{ième} éd., 2017, p. 1476.

16 C.C., 21 décembre 2017, arrêt n° 148/2017, *M.B.*, 12 janvier 2018.

17 M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, « La Cour constitutionnelle recadre le législateur «pot-pourri II» : l'arrêt 148/2017 du 21 décembre 2017 », *J.T.*, 2018, p. 86.

Par son arrêt du 21 décembre 2017, la Cour constitutionnelle invite donc le juge à adopter une conception fort souple de la notion d'excuse légitime. La définition trop restrictive de l'excuse légitime donnée par la Cour dans son arrêt du 25 avril 2017 qui l'assimilait pratiquement à la notion de force majeure puisqu'aucune faute ou négligence ne devait pouvoir être imputée au défaillant, ne paraît plus être de mise à la suite de l'interprétation qu'en a fait le juge constitutionnel : dorénavant, l'excuse légitime devra être retenue en faveur de l'opposant dès qu'il apparaît à suffisance des circonstances de la cause qu'il n'a « ni renoncé à comparaître et à se défendre ni eu l'intention de se soustraire à la justice »¹⁸.

Par ailleurs, l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnaît, en règle, à tout accusé le droit de participer réellement à son procès ; cela inclut, entre autres, le droit, non seulement d'y assister, mais aussi d'entendre et de suivre les débats¹⁹. Dans le même sens, l'article 185, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle consacre le droit du prévenu de comparaître personnellement. Il en résulte qu'il n'est pas tenu de se faire représenter par un conseil lorsqu'il ne comparaît pas en personne²⁰.

En l'espèce, après avoir constaté qu'à l'audience du 20 avril 2017, le conseil du demandeur sollicita la disjonction de l'examen de la cause en ce qui concerne son client et quitta ensuite la barre sans plus représenter son client (page 6), l'arrêt attaqué énonce que *l'opposant expose qu'il ne put se présenter devant la cour en raison de sa détention en Turquie, pays sur le territoire duquel il était, de son propre aveu (confirmé en son écrit de conclusion) entré illégalement. Il expose encore qu'il fit l'objet d'un procès dans ledit pays, ayant été soupçonné, mais à tort puisqu'il fut acquitté, de participation à l'activité d'un groupe terroriste armé. Nonobstant cet acquittement, il demeura détenu administrativement avant d'être rapatrié en Belgique le 23 mai 2017* (page 7).

Les juges d'appel considèrent ensuite ce qui suit :

C'est en vain que l'opposant soutint pouvoir justifier d'un cas de force majeure ou d'excuse légitime dès lors que, seul appelant au principal d'une part, il fit, d'autre part, le choix délibéré et conscient de quitter la Belgique pour se rendre en Turquie où il entra illégalement ce qui justifia sa détention par les autorités de ce pays ; c'est effectivement son entrée irrégulière (non porteur de documents d'identité valables, qui n'est pas contesté) qui fut la cause de sa détention et non uniquement les poursuites dont il fit l'objet puisqu'il fut expulsé de Turquie dès le 23 mai 2017 tandis que le jugement d'acquittement du tribunal d'Akasaray ne fut prononcé que le 13 juin 2017.

Il est donc avéré que l'opposant s'est placé, par son fait personnel, volontairement et en parfaite connaissance de cause, dans la situation qui lui valut de ne plus comparaître devant la cour. Il y va d'une négligence coupable dans son chef qui, exclut, en l'espèce,

18 *Ibid.*, p. 86.

19 O. MICHELS, « Le droit pour le prévenu de comparaître personnellement devant les juridictions répressives », *R.D.P.C.*, 2014, p. 115. Cet auteur se réfère à l'arrêt de la Cour eur. D.H., *Marcello Viola c. Italie*, 5 octobre 2006.

20 *Voy. Cass.*, 4 juin 2013, R.G. P.12.1137.N, *Pas.*, 2013, n° 337.

que soit admise la force majeure ou l'excuse légitime. L'opposant ne prouve pas qu'il ne lui aurait pas été possible de prendre les dispositions nécessaires pour mandater en temps utile un avocat à la défense de ses droits. Bien au contraire, alors qu'il en avait mandaté un, ce qui ressort de la lecture des procès-verbaux des audiences de la cour des 18 novembre 2016 et 20 avril 2017, ainsi qu'il a été rappelé plus haut, il fit le choix délibéré de ne plus se faire représenter et fut donc défaillant en parfaite connaissance de cause. Il adopta de la sorte une attitude diamétralement contraire aux propos qu'il tint dans les courriers qu'il invoque encore actuellement, notamment dans celui qu'il adressa à sa famille (voy. ses lettres datées du 13 octobre 2016 adressées à l'ambassade de Belgique à Istanbul et à sa famille). Dans le contexte décrit plus haut, le fait d'être détenu à l'étranger ne constituait pas, en l'espèce, un cas de force majeure ou une excuse légitime (page 7).

Il me semble que de l'ensemble de ces considérations, les juges d'appel n'ont pu déduire que le demandeur avait renoncé à comparaître et à se défendre, ni qu'il avait eu l'intention de se soustraire à la justice et que, ce faisant, les juges d'appel n'ont pas légalement justifié leur décision. En effet, si une négligence coupable pouvait lui être reprochée, le demandeur n'apparaît jamais avoir renoncé à comparaître et à se défendre devant les juges d'appel ni avoir eu l'intention de se soustraire à la justice, ce d'autant plus qu'il avait sollicité à l'audience du 20 avril 2017, par la voix de son conseil, la disjonction de la cause en ce qui le concerne pour pouvoir comparaître en personne devant la cour d'appel.

Dans cette mesure, le deuxième moyen, en sa deuxième branche, me paraît fondé.

Il n'y a pas lieu d'examiner les autres branches du moyen ni les autres moyens qui ne sauraient entraîner une cassation sans renvoi.

Je conclus à la cassation avec renvoi de l'arrêt attaqué sauf en tant qu'il déclare l'opposition du demandeur recevable.

ARRÊT

I. LA PROCÉDURE DEVANT LA COUR

Le pourvoi est dirigé contre un arrêt rendu le 20 octobre 2017 par la cour d'appel de Bruxelles, chambre correctionnelle.

(...)

II. LA DÉCISION DE LA COUR

Sur le premier moyen :

Le moyen est pris de la violation des articles 149 de la Constitution, 182 à 185, 187 et 208 du Code d'instruction criminelle et 1349 et 1353 du Code civil.

Les articles 1349 et 1353 du Code civil, relatifs à la preuve des obligations, ne s'appliquent pas, à l'exception des cas visés à l'article 16 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, en matière répressive, à la preuve des infractions ou des circonstances de fait invoquées par une partie et susceptibles d'entraîner des effets procéduraux.

À cet égard, le moyen manque en droit.

Quant à la première branche :

Le moyen invoque la violation de l'article 187, § 6, 1^o, du Code d'instruction criminelle. Selon le demandeur, après avoir constaté que la citation en vue de la comparution devant la cour d'appel avait été signifiée non à lui-même mais à son domicile, le 3 octobre 2016, après son départ pour la Turquie, les juges d'appel ne pouvaient déclarer l'opposition non avenue en considérant qu'il était établi que le demandeur avait eu connaissance de cette citation, au seul motif qu'il avait été représenté par son avocat à l'audience d'introduction.

Conformément à l'article 187, § 6, 1^o, du Code d'instruction criminelle, pour que l'opposition puisse être considérée comme non avenue, il faut d'abord qu'il soit établi que l'opposant a eu connaissance de la citation dans la procédure par défaut. Il appartient à la partie poursuivante ou à la partie civile de l'établir, le prévenu n'ayant pas à fournir de preuve à cet égard.

En tant qu'il considère que doit être rapportée la preuve du fait que l'opposant a eu connaissance de la signification de la citation à comparaître et non de cette seule citation, de même qu'en tant qu'il considère que la connaissance de la citation ne peut intervenir que par sa signification, le moyen manque en droit.

Le juge du fond constate souverainement les circonstances sur lesquelles il fonde sa décision, la Cour contrôlant toutefois s'il a pu légalement déduire de celles-ci que l'opposant avait eu connaissance de la citation à comparaître dans la procédure qui s'est clôturée par défaut.

Contrairement à ce que le moyen soutient, les juges d'appel ne se sont pas bornés à considérer que la seule présence de l'avocat du demandeur à l'audience d'introduction attestait la connaissance, par ce dernier, de la citation à comparaître devant la cour d'appel.

Au feuillet 6 de l'arrêt, les juges d'appel ont décidé que la preuve de cette connaissance de la citation à comparaître à l'audience d'introduction était rapportée à suffisance, « dès lors que [le demandeur] y fut représenté par son conseil, dont le mandat n'est à cet égard pas contesté et, ainsi qu'il résulte du procès-verbal de cette audience, qu'il n'y formula aucune demande particulière, seul un coprévenu ayant fait valoir son droit à conclure, en sorte que l'examen de la cause fut reporté à l'audience du 20 avril 2017 [...]. Ainsi représenté par son conseil, [le demandeur]

était légalement présent à l'audience du 18 novembre 2016, en sorte qu'il avait connaissance de la citation à comparaître devant la cour à cette date. C'est inexactement [qu'il] soutint qu'il demanda le report de l'examen de la cause 'pour [lui] permettre (...) d'être présent'».

Dans la mesure où il revient à critiquer l'appréciation en fait des juges d'appel, le moyen est irrecevable.

La cour d'appel a pu, sur la base des considérations précitées, légalement décider qu'il était établi que le demandeur avait eu connaissance de la citation.

À cet égard, le moyen ne peut être accueilli.

Quant à la seconde branche :

Selon le demandeur, à supposer que la preuve de la connaissance de la citation à comparaître devant le juge qui a statué par défaut soit rapportée, ce magistrat ne peut déclarer l'opposition non avenue que s'il exclut la force majeure ou l'excuse légitime invoquée par l'opposant ; le juge ne peut, à cet égard, se fonder sur des circonstances de fait antérieures au moment de la prise de connaissance de la citation. Dès lors, le juge qui déclare l'opposition non avenue est tenu de préciser la date à laquelle l'opposant a acquis de manière effective cette connaissance.

Aucune disposition légale n'interdit au juge du fond d'avoir égard à des circonstances antérieures à la prise de connaissance de la citation par l'opposant, pour apprécier l'admissibilité de la force majeure ou de l'excuse légitime invoquée par ce dernier.

Entièrement fondé sur une autre prémisse juridique, le moyen manque en droit.

Sur le deuxième moyen :

Le moyen est pris de la violation des articles 149 de la Constitution, 182 à 185, 187 et 208 du Code d'instruction criminelle et 1319 à 1322 du Code civil.

Quant à la première branche :

Le demandeur soutient que dans la mesure où, selon l'article 187, § 6, 1°, du Code d'instruction criminelle, l'opposant qui avait connaissance de la citation à comparaître peut éviter que son recours soit déclaré non avenue s'il fait état d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime justifiant son défaut, et dans la mesure où les notions de « force majeure » et d'« excuse légitime » ne sont pas assimilables, les juges d'appel ne pouvaient les rejeter ensemble, pour des motifs identiques, déduits des mêmes éléments de fait. Au contraire, il appartenait aux juges d'appel d'apprécier de manière distincte ces deux notions.

Aucune disposition légale n'impose au juge qui statue sur les mérites des circonstances invoquées par l'opposant au titre, d'une part, de la force majeure et, d'autre part, de l'excuse légitime, de prendre en considération, à cette occasion, des éléments de fait différents et de se prononcer aux termes de motifs distincts, pour autant qu'il ne méconnaisse pas la signification usuelle de ces notions de « force majeure » et d'« excuse légitime », telle qu'elle a été prévue par le législateur.

Le moyen manque en droit.

(...)

Sur l'ensemble du troisième moyen et sur la quatrième branche du deuxième moyen :

Quant aux trois premières branches du troisième moyen réunies :

Le moyen est pris de la violation des articles 6.1 et 6.3, b et c, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 14.3, b, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 182 à 185, 187, § 6, et 208 du Code d'instruction criminelle et de la méconnaissance des principes généraux du droit à un procès équitable et relatif au respect des droits de la défense. D'après le moyen, l'arrêt ne pouvait, sans violer ces dispositions et principes généraux, refuser d'admettre l'excuse légitime invoquée par le demandeur au motif que, détenu en Turquie, il lui était loisible de se faire représenter devant la cour d'appel par un avocat.

Selon les articles 185, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, 6.3, c, de la Convention et 14.3, d, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, toute personne accusée d'une infraction pénale a notamment droit à être présente au procès et à se défendre elle-même ou à avoir l'assistance d'un défenseur de son choix. Les dispositions conventionnelles visées au moyen prévoient en outre que cet accusé a droit à disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et à communiquer avec le conseil de son choix.

Lorsque, comme en l'espèce, le prévenu est, par sa faute, dans l'impossibilité, pour une durée indéterminée, d'assister en personne à son procès en raison notamment de son incarcération à l'étranger, aucune des dispositions ou principes visés au moyen n'a toutefois pour portée ou pour effet d'imposer au juge de suspendre le procès jusqu'au moment où l'intéressé sera à nouveau en mesure de comparaître personnellement, ni de lui interdire de considérer qu'il appartenait au prévenu, au regard de circonstances qui lui sont imputables, de prendre les mesures utiles en vue de continuer à se faire représenter par le conseil dont il a fait le choix ou un autre défenseur.

Ayant constaté, d'une part, que c'est en raison de sa faute que le demandeur n'a pu comparaître devant la cour, son entrée illégale en Turquie y ayant justifié son

incarcération et, d'autre part, qu'alors qu'il avait d'abord fait le choix de se faire représenter, il y a ensuite délibérément renoncé et fut donc défaillant en pleine connaissance de cause, adoptant ainsi une attitude contraire aux propos tenus dans ses courriers et devant la cour d'appel, les juges d'appel ont pu, sans violer les dispositions et principes généraux du droit visés au moyen, décider que l'excuse légitime invoquée n'était pas admissible.

Dans cette mesure, le moyen ne peut être accueilli.

(...)

PAR CES MOTIFS,

LA COUR

Rejette le pourvoi ;

Condamne le demandeur aux frais.

(...)

Note

Petite discussion sur les thèmes de l'opposition non avenue et du droit d'assister en personne à son procès

Introduction

1. Le contexte procédural dans lequel s'inscrit l'arrêt commenté peut être résumé de la manière suivante¹ : voici un prévenu qui est condamné contradictoirement par le tribunal correctionnel de Bruxelles. Peu satisfait du jugement, celui-ci interjette appel et est cité à comparaître devant la cour d'appel de Bruxelles le 18 novembre 2016. À cette audience, le prévenu, représenté par son conseil, sollicite que la cause soit reportée à une date ultérieure. À cette date, le conseil du prévenu demande la disjonction de l'examen de la cause en ce qui concerne son client pour par la suite quitter la barre sans plus représenter ce dernier.

La cour d'appel ne fera pas droit à cette demande et statuera par défaut à l'égard du prévenu par un arrêt prononcé le 2 juin 2017. L'intéressé formera opposition contre cet arrêt par une déclaration faite au directeur de la prison.

La cour d'appel déclarera cette opposition non avenue et le prévenu se pourvoira en cassation contre cette décision.

¹ Voy. les conclusions de l'avocat général VANDERMEERSCH du 6 février 2018 qui précèdent l'arrêt commenté.

Plusieurs moyens seront soulevés par le prévenu devant la Cour de cassation. Nous avons volontairement décidé de ne pas les examiner tous, mais de nous limiter à mettre en exergue deux prises de position adoptées par la Cour qui nous paraissent transcender le cas d'espèce et avoir valeur de principe.

La première de celles-ci porte sur le caractère non avenue de l'opposition et tout particulièrement sur la manière, pour le juge du fond, d'établir que l'opposant a eu connaissance de la citation à la suite de laquelle la procédure s'est poursuivie en son absence. À cette occasion, nous mettrons encore en lumière la motivation que peut retenir le juge pour, sur opposition, refuser au prévenu défaillant le bénéfice de la cause d'excuse légitime.

La seconde envisage l'attitude que peut adopter le juge du fond lorsque le prévenu est, par sa faute, dans l'impossibilité pour une durée indéterminée d'assister personnellement à son procès.

L'opposition non avenue

Notions

2. Si l'opposition est jugée recevable², le juge, avant de statuer sur ses mérites, doit encore apprécier si celle-ci n'est pas non avenue.

L'« opposition non avenue » est celle qui est recevable, mais considérée comme étant frappée de déchéance, ce qui implique que le jugement rendu par défaut contre lequel l'opposition était dirigée demeure inchangé. Il s'agit d'une sanction particulière qui est imposée en raison de circonstances déterminées, liées au comportement de l'opposant.

Il s'ensuit que la décision qui déclare l'opposition non avenue a pour conséquence que la juridiction qui a statué par défaut ne doit pas réexaminer le fond de l'affaire dans le cadre d'une procédure d'opposition.

En d'autres termes, la décision rendue par défaut subsiste et est uniquement susceptible d'appel ou, si elle est rendue en degré d'appel, de pourvoi en cassation³.

3. La loi « pot-pourri II » a étendu les hypothèses dans lesquelles l'opposition est déclarée non avenue⁴. Cette extension a été justifiée, lors des débats parle-

2 Sur l'opposition déclarée irrecevable voy. l'article 187, § 5, du Code d'instruction criminelle ; M-A. BEERNAERT, H. D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Bruges, la Chartre, 8^e éd., 2017, pp. 1473-1474.

3 C.C., 21 décembre 2017, n° 148/2017, point B. 32.2.

4 N. COLETTE-BASECQZ et E. DELHAISE, « La phase de jugement et les voies de recours : éléments neufs », in *La loi « pot-pourri II » : un recul de civilisation ?*, Anthemis, 2016, pp. 164-165 ; D. VANDERMEERSCH, « Les voies de recours après la loi Pot-pourri II », in *La loi Pot-pourri II, un an après*, Larcier, 2017, pp. 245-248 ; O. MICHIELS, « L'opposition en procédure pénale belge depuis la loi Pot-Pourri II » consultable sur le site orbi de l'Université de Liège <http://hdl.handle.net/2268/221002>.

mentaires, par le constat qu'« en son état actuel, la procédure de l'opposition fait l'objet d'abus de la part de certains prévenus dont le défaut est soit dû à leur propre négligence, soit utilisé comme stratégie de défense dilatoire visant à un dépassement du délai raisonnable, voire à une prescription de l'infraction du chef de laquelle ils sont poursuivis. L'opposition étant admise en première instance et en degré d'appel, il arrive qu'une affaire soit traitée à quatre reprises »⁵. Il résulte encore des travaux préparatoires que cette extension « sert en outre les intérêts des victimes, qui sont souvent découragées par l'obligation de suivre les débats à plusieurs reprises, avec les pertes de temps et les frais d'honoraires d'avocats qui en découlent »⁶.

L'article 187, § 6, du Code d'instruction criminelle dispose, dès lors, que l'opposition sera déclarée non avenue :

1° si l'opposant, lorsqu'il comparait en personne ou par avocat et qu'il est établi qu'il a eu connaissance de la citation dans la procédure dans laquelle il a fait défaut, ne fait pas état d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime justifiant son défaut lors de la procédure attaquée. La reconnaissance de la force majeure ou de l'excuse invoquée reste soumise à l'appréciation souveraine du juge ;

2° si l'opposant fait à nouveau défaut sur son opposition, et ce dans tous les cas, quels que soient les motifs des défauts successifs et même si l'opposition a déjà été reçue.

L'intervention de la Cour constitutionnelle

4. Lors de l'examen du recours en annulation dirigé contre la loi « pot-pourri II », la Cour constitutionnelle sera interrogée sur la compatibilité des notions d'« excuse légitime » et de « reconnaissance de la force majeure ou de l'excuse invoquées restant soumise à l'appréciation souveraine du juge », utilisées par l'article 187, § 6, du Code d'instruction criminelle, avec le principe de légalité combiné ou non avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et avec les principes généraux du droit relatifs au droit à un procès équitable, au respect des droits de défense, au droit d'accès au juge et au droit à un recours effectif⁷.

La Cour constitutionnelle, pour poser le débat, rappellera que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de connaître, au moment où il adopte un comportement, si ce dernier est punissable ou non et la peine éventuellement encourue.

5 *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 73.

6 *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 72.

7 C.C., 21 décembre 2017, n° 148/2017, point B.33 ; D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, « La Cour constitutionnelle recadre le législateur « pot-pourri II » : l'arrêt 148/2017 du 21 décembre 2017 », *J.T.*, 2018, p. 86.

Les principes de légalité et de prévisibilité sont, faut-il le rappeler, applicables à l'ensemble de la procédure pénale. Ces dispositions entendent exclure tout risque d'intervention arbitraire de la part du pouvoir exécutif ou du pouvoir judiciaire dans l'établissement et l'application des peines. Le principe de légalité en matière pénale ne va toutefois pas jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chaque aspect de l'incrimination, de la peine ou de la procédure pénale. Plus précisément, il n'empêche pas que le législateur attribue un pouvoir d'appréciation au juge ou au ministère public. Il faut en effet tenir compte du caractère de généralité des dispositions législatives, de la diversité des situations auxquelles elles s'appliquent et de l'évolution des comportements qu'elles répriment⁸.

En l'espèce, la Cour constitutionnelle souligne que ce n'est pas la légalité de l'incrimination ou de la peine qui est en cause, mais celle de la procédure pénale. L'exigence de prévisibilité de la procédure pénale garantit à tout citoyen qu'il ne peut faire l'objet d'une information, d'une instruction et de poursuites que selon une procédure établie par la loi et dont il peut prendre connaissance avant sa mise en œuvre.

La Cour constitutionnelle poursuit en relevant que le législateur ne manque pas au droit au procès équitable et aux exigences émises en matière d'opposition par la Cour européenne des droits de l'homme en voulant combattre les abus de la procédure d'opposition par une limitation des possibilités d'exercer cette voie de recours.

La Cour constitutionnelle observe encore qu'en prévoyant que l'opposition est déclarée non avenue si le défaut n'est justifié ni par la « force majeure » ni par une « excuse légitime », le législateur a sciemment laissé une grande marge d'appréciation au juge tout en garantissant au justiciable, conformément aux standards européens, que « le recours en opposition reste effectif pour les prévenus défaillants qui n'ont ni renoncé à comparaître et à se défendre ni eu l'intention de se soustraire à la justice »⁹.

5. En ce qui concerne « l'excuse légitime » et la reconnaissance d'un « cas de force majeure » qui restent soumises à l'appréciation souveraine du juge du fond, la Cour constitutionnelle énonce qu'il appartient à la Cour de cassation de veiller à ce que ces notions ne soient pas interprétées de manière arbitraire et de vérifier si le juge a pu légitimement déduire des faits qu'il est ou non question de force majeure ou d'excuse légitime¹⁰.

La force majeure est une notion exigeante qui suppose qu'il soit démontré que le défaut est imputable à un événement imprévisible et insurmontable. Elle n'est

8 O. MICHIELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 284-293.

9 C.C., 21 décembre 2017, n° 148/2017, point B.35.2.

10 C.C., 21 décembre 2017, n° 148/2017, point B.35.3.

guère nouvelle et la jurisprudence¹¹ en a cerné la portée. Il n'en est pas de même pour l'excuse légitime.

Celle-ci a été définie restrictivement par la Cour de cassation¹² comme toute circonstance invoquée pour expliquer l'absence du défaillant pour laquelle on peut faire preuve de compréhension sans que l'on puisse cependant lui reprocher une faute ou une négligence.

La Cour constitutionnelle, quant à elle, en se fondant sur les travaux préparatoires de la loi, retient que la notion « d'excuse légitime » doit être interprétée en tant qu'elle couvre des cas qui ne peuvent être assimilés à des hypothèses de force majeure et où l'opposant avait connaissance de la citation, mais invoque un motif faisant apparaître que son absence ne signifiait pas qu'il souhaitait renoncer à son droit de comparaître et de se défendre, ou se soustraire à la justice.

L'on perçoit que la définition apportée par la Cour constitutionnelle à la notion d'excuse légitime veille à laisser au juge une certaine marge d'appréciation, elle-même contenue par les limites du principe de légalité.

La Cour constitutionnelle estime de surcroît que les nouvelles modalités procédurales qui encadrent l'opposition, et qui se rapprochent de la procédure en réhabilitation¹³, ne contreviennent pas à l'article 13 de la Constitution qui implique un droit d'accès au juge compétent. En effet, la Cour insiste sur le fait qu'il appartient au législateur de décourager les abstentions injustifiées sans toutefois qu'il ne soit porté atteinte aux droits du prévenu de comparaître, avec s'il échet, l'assistance d'un conseil, s'il est démontré qu'il voulait faire entendre sa défense et qu'il n'a pas voulu se dérober à l'exercice de l'action publique.

Pour la Cour, les conditions cumulatives¹⁴ qui encadrent les hypothèses dans lesquelles le juge peut déclarer l'opposition non avenue – à savoir, d'une part, la preuve, qui doit être rapportée avec certitude par la partie publique ou la partie civile, de la prise de connaissance par l'opposant de la citation et, d'autre part, le fait que le prévenu ne démontre pas à suffisance l'existence d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime, sans qu'il ne soit toutefois tenu d'en apporter la preuve – ne heurtent pas le droit d'accès à un tribunal.

11 Voy. par exemple, Cass., 12 février 2013, *Pas.*, 2013, n° 98 ; Cass., 12 janvier 2012, *Pas.*, 2012, n° 33 ; Cass., 8 avril 2009, *Pas.*, 2009, n° 248 ; Cass., 3 mai 2011, *Pas.*, 2011, n° 292 ; Cass., 29 juin 2010, *Pas.*, 2010, n° 472 ; Cass., 27 avril 2010, *Pas.*, 2010, n° 285.

12 Cass., 25 avril 2017, n° P.17.0066.N ; D. VANDERMEERSCH, « Les voies de recours après la loi Pot-pourri II », in *La loi Pot-pourri II, un an après*, Larcier, 2017, p. 246 ; M-A. BEERNAERT, H. D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Bruges, la Charte, 8^e éd., 2017, p. 1476 ; D. VANDERMEERSCH, « L'excuse légitime au secours des plus démunis » obs. sous Corr. Liège, 3 janvier 2018, *J.L.M.B.*, 2018, pp. 572-573.

13 Voy. l'article 630 du Code d'instruction criminelle.

14 Voy. aussi Cass., 14 décembre 2016, R.G. n° P.16.1155.F.

6. En ce qui concerne le défaut réitéré qui conduira pareillement le juge à déclarer l'opposition non avenue, la Cour constitutionnelle convient qu'il peut être justifié qu'une absence soit appréciée plus sévèrement à l'égard d'une partie qui a déjà fait défaut et qui, par son opposition, a pris l'initiative de provoquer un débat contradictoire. Cependant, la Cour constitutionnelle retient que l'opposition ne peut être déclarée non avenue si une cause de force majeure justifie l'absence de l'opposant au cours de la procédure d'opposition¹⁵.

Les enseignements de la Cour de cassation

7. Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation rappelle d'emblée qu'une opposition ne peut être considérée comme non avenue que s'il est établi que l'opposant a eu connaissance de la citation dans la procédure par défaut. La Cour précise que « en tant qu'il (le demandeur) considère que doit être rapportée la preuve du fait que l'opposant a eu connaissance de la signification de la citation à comparaître et non de cette seule citation, de même qu'en tant qu'il considère que la connaissance de la citation ne peut intervenir que par sa signification, le moyen manque en droit ». Le message est clair et doit être approuvé sans réserve, dès lors qu'il correspond au libellé du texte de l'article 187, § 6, 1^o, du Code d'instruction criminelle et à l'enseignement de la Cour constitutionnelle, la partie publique ou la partie civile devant apporter la preuve de la prise de connaissance de la citation et non de la signification de celle-ci.

S'il revient au juge du fond d'apprécier souverainement si l'opposant a eu connaissance de la citation dans la procédure par défaut, la Cour de cassation contrôlera toutefois si ce juge a pu légalement déduire des circonstances sur lesquelles il fonde sa décision que cette condition est rencontrée¹⁶.

Ce contrôle marginal opéré par la Cour est fondamental, car il imposera aux juges du fond de veiller à motiver avec soin leurs décisions en tant que celles-ci portent la preuve de la prise de connaissance de la citation.

Dans l'affaire qui lui fut soumise, la Cour de cassation, sur la base des constatations réalisées par la cour d'appel de Bruxelles et qu'elle énumère dans son arrêt, a estimé que la décision contestée rencontrait cette condition légale.

8. Au-delà de la motivation retenue par la cour d'appel de Bruxelles - qui est spécifique au cas d'espèce et qui, critiquée en fait devant la Cour de cassation, se heurte à une irrecevabilité du moyen - l'arrêt commenté nous paraît indiquer au juge du fond les circonstances sur lesquelles il peut se fonder pour refuser au prévenu défaillant le bénéfice de la cause d'excuse légitime ou de la force majeure.

15 La Cour, dans cet arrêt du 21 décembre 2017, n° 148/2017, cite *Doc. parl.*, 2015-2016, Doc. 54-1418/001, p. 81 et Doc. 54-1418/005, pp. 110-111.

16 Cass., 6 juin 2018, R.G. n° P. 18.0254.F.

En effet, alors que le demandeur en cassation soutenait que le juge ne peut prendre en considération des circonstances de fait antérieures au moment de la prise de connaissance de la citation pour exclure l'existence d'un cas de force majeure ou d'une cause d'excuse légitime, la Cour de cassation retient qu'aucune « disposition légale n'interdit au juge du fond d'avoir égard à des circonstances antérieures à la prise de connaissance de la citation par l'opposant, pour apprécier l'admissibilité de la force majeure ou de l'excuse légitime invoquée par ce dernier ». Par ailleurs, la Cour de cassation estime que pour autant que le juge du fond ne méconnaisse pas la signification usuelle des notions de « force majeure » et d' « excuse légitime », il peut avoir égard aux mêmes circonstances factuelles, sans se prononcer par des motifs distincts, pour statuer sur les mérites de ces deux notions.

In casu, la cour d'appel de Bruxelles a pu adéquatement fonder le rejet de l'existence d'une cause d'excuse légitime ou d'un cas de force majeure sur le comportement délibérément adopté par l'opposant qui fit le choix de se rendre illégalement en Turquie ce qui justifia, au-delà des poursuites dirigées contre lui dans ce pays, une détention administrative avant son rapatriement vers la Belgique. Pour la Cour de cassation, les juges d'appel ont pu légalement déduire de ce comportement que « l'opposant s'est placé, par son fait personnel, volontairement et en parfaite connaissance de cause, dans la situation qui lui valut de ne plus comparaître devant la cour. Il y va d'une négligence coupable dans son chef qui exclut, en l'espèce, que soit admise la force majeure ou l'excuse légitime ».

Il est encore intéressant d'observer que la Cour de cassation n'a pas suivi son avocat général qui, dans ses conclusions, retenait que l'attitude adoptée par le conseil de l'opposant, qui, pour rappel, avait sollicité la disjonction de la cause en ce qui concerne son client pour par la suite quitter la barre, témoignait de la volonté du prévenu de comparaître et de ne pas se soustraire à la justice.

En effet, pour la Haute Cour, le prévenu s'est, par sa faute, mis dans la situation où il lui était impossible, pour une durée indéterminée, d'assister en personne à son procès.

Ce point de l'arrêt ne doit pas être sous-estimé.

Nous rappellerons que la Cour européenne des droits de l'homme est d'avis qu'il « n'incombe pas à l'accusé de prouver qu'il n'entendait pas se dérober à la justice ni que son absence s'expliquait par un cas de force majeure. En même temps, il est loisible aux autorités nationales d'évaluer si les excuses fournies par l'accusé pour justifier son absence étaient valables ou si les éléments versés au dossier permettaient de conclure que son absence était indépendante de sa volonté »¹⁷. Il nous paraît pouvoir se déduire de la position adoptée par la Cour strasbourgeoise, transposée dans le contexte national, que le seul fait pour le prévenu de ne

17 Cour eur. D.H., *Lena Atanasova c. Bulgarie*, 26 janvier 2016.

pas avoir renoncé à assister à son procès est insuffisant pour statuer sur les mérites d'une opposition dès lors que les motifs qui justifient son absence sont appréciés par le juge au travers du prisme des notions juridiques de la « force majeure » et de l' « excuse légitime ».

Une négligence coupable dans le chef de l'opposant - quand bien même il manifeste, par l'exercice même de son recours, la volonté d'assister à son procès - permet de retenir que son absence qui en est la conséquence et qui n'est pas justifiée, au regard des exigences de l'article 187, § 6, 1^o, du Code d'instruction criminelle, entraînant la sanction procédurale que commine cette disposition, ne heurte pas son droit d'accès à un tribunal.

En revanche, dans un arrêt prononcé le 6 juin 2018¹⁸, la Cour de cassation retient que « la seule circonstance que l'absence de l'opposant résulte de sa propre négligence – *qui n'est pas qualifiée de coupable* - n'exclut pas l'existence d'une excuse légitime ». Dans le cas d'espèce, les juges d'appel avaient déclaré l'opposition non avenue rejetant l'argumentation du prévenu qui alléguait qu'il ne s'était pas présenté à l'audience de remise parce que la date ne lui avait pas été communiquée par son conseil. L'arrêt de la cour d'appel constatait encore qu'il appartenait au prévenu, après la remise décidée en présence de son avocat, de s'informer de l'évolution de la procédure. Sur le fondement de ces considérations, la Cour de cassation a estimé que « les juges d'appel n'ont pu, légalement, ni exclure l'existence d'une excuse légitime ni conclure à une renonciation du droit à comparaître ».

Si c'est avant tout la motivation retenue par la cour d'appel qui n'a pas convaincu la Cour de cassation - dans une cause où il n'est pas inutile de signaler que le prévenu avait été condamné en instance à une peine de travail de 300 heures pour se voir infliger, par défaut, en appel une peine d'emprisonnement ferme de 4 ans – il n'en reste pas moins que cet arrêt autorise le juge du fond à considérer l'excuse avancée par le défaillant comme légitime et propre à justifier la non-comparution de ce dernier si le motif invoqué n'emporte ni renonciation au droit à comparaître ni volonté de se soustraire à la justice.

S'il nous fallait, à ce stade, concilier l'arrêt commenté avec cet arrêt du 6 juin 2018, nous aurions tendance à dire que plus le degré de négligence dans le chef de l'opposant est grand, plus le juge du fond pourra justifier aisément le refus de reconnaître au prévenu défaillant le bénéfice de la cause d'excuse légitime ou de la force majeure.

C'est tout particulièrement devant les cours d'appel que ce débat prendra toute son importance dès lors que la Cour constitutionnelle a estimé qu'« En prévoyant que le juge d'appel est saisi du fond de l'affaire, l'article 187, § 9, garantit à celui qui a été condamné par un jugement qui a déclaré son opposition non avenue de

¹⁸ Cass., 6 juin 2018, R.G. P.18.0404.F/3.

conserver la possibilité d'être rejugé et d'obtenir une nouvelle décision sur l'action publique. Le législateur a dès lors pu considérer qu'une absence de décision par la juridiction d'appel sur la cause de non-comparution ne portait pas une atteinte discriminatoire au droit à un procès équitable »¹⁹.

Le droit pour le prévenu d'assister à son procès

9. L'article 6 de la Convention européenne des droits l'homme, lu comme un tout, reconnaît à l'accusé le droit de participer réellement à son procès. Cela inclut, entre autres, le droit, non seulement d'y assister, mais aussi d'entendre et de suivre les débats²⁰.

Si la Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'aborder, dans son principe, la problématique de « la partie inapte au procès »²¹, dans l'arrêt commenté, la Cour appréhende concrètement le sort qu'il convient de réserver à la cause lorsque le prévenu est, par sa faute, dans l'impossibilité pour une durée indéterminée d'assister en personne à son procès.

La Cour estime que ni la Convention européenne des droits de l'homme, ni le Pacte de New York, ni le Code d'instruction criminelle, ni le droit à un procès équitable, ni le principe du respect des droits de la défense n'ont pour portée ou pour effet « d'imposer au juge de suspendre le procès jusqu'au moment où l'intéressé sera à nouveau en mesure de comparaître personnellement, ni de lui interdire de considérer qu'il appartenait au prévenu, au regard des circonstances qui lui sont imputables, de prendre les mesures utiles en vue de continuer à se faire représenter par le conseil dont il a fait le choix ou un autre défenseur ».

10. La Cour de cassation nous paraît aller au-delà du constat que nous avons fait à l'époque lorsque nous écrivions que « s'il est de l'honneur des juridictions de veiller scrupuleusement aux droits de la défense du prévenu, au rang desquels figure le droit pour ce dernier d'assister à son procès, encore faut-il que le juge du fond puisse apprécier concrètement les motifs qui justifient l'absence de la personne poursuivie et seules des raisons fondées sur un empêchement légitime qui rend impossible la présence du prévenu devraient permettre la remise de la cause »²². En effet, il nous faut ajouter que pour la Cour de cassation aucune disposition ou principe de droit national ou international, d'une part, n'impose au juge

19 C.C., 17 mai 2018, n° 56/2018 ; comp. avec Cass., 18 octobre 2017, *Rev. dr. pén. crim.*, 2018, p. 750 qui permet aux juges d'appel de se prononcer sur le caractère non avenue de l'opposition en raison des incidences de la décision d'instance sur le calcul de la prescription de l'action publique. La Cour de cassation précise que « lorsque le juge d'appel décide légalement que l'opposition a été, à tort, déclarée non avenue, la cause de suspension de la prescription prévue par l'article 24, dernier alinéa, du titre préliminaire du Code de procédure pénale et retenue par le premier juge, cesse ses effets ».

20 Cour eur. D.H., *Marcello Viola c. Italie*, 5 octobre 2006.

21 Cass., 4 juin 2013, *Rev. dr. pén.*, 2014, p. 108.

22 O. MICHIELS, « Le droit pour le prévenu de comparaître personnellement devant les juridictions répressives », note sous Cass., 4 juin 2013, *Rev. dr. pén.*, 2014, p. 118 ; voy. aussi voir Cour eur. D.H., *Kamasinski c. Autriche*, 19 septembre 1989.

de suspendre le procès dans l'attente d'une nouvelle comparution personnelle du prévenu et, d'autre part, ne lui interdit de constater que le prévenu n'a pris les mesures qui s'imposaient pour se faire représenter.

La Cour de cassation n'a, dès lors, pas sanctionné les juges d'appel qui, pour justifier l'absence d'excuse légitime et la poursuite du procès, ont constaté, d'une part, que c'est en raison de la faute du prévenu que ce dernier n'a pu comparaître et, d'autre part, qu'après avoir fait le choix de se faire représenter, le prévenu y a délibérément renoncé.

La boucle est ainsi bouclée. L'absence d'excuse légitime, qui a conduit la cour d'appel à dire l'opposition non avenue, rejaillit sur le droit du prévenu d'assister en personne à son procès dès lors que les juges d'appel ont estimé que les circonstances de la cause ne justifiaient ni son absence dans la procédure par défaut ni que la cause soit remise pour lui permettre de comparaître.

Conclusion

11. Les débats sur le caractère avénu ou non de l'opposition n'ont certainement pas fini d'agiter les prétoires. Il n'en demeure pas moins que l'arrêt annoté témoigne que tant la Cour constitutionnelle que la Cour de cassation s'accordent sur les grands principes qui régissent les hypothèses dans lesquelles le juge peut déclarer l'opposition non avenue. En effet, les deux hautes juridictions rappellent que le juge du fond doit, d'une part, vérifier que la preuve de la prise de connaissance par l'opposant de la citation est rapportée et, d'autre part, apprécier l'existence d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime. Reste la définition qu'il convient d'apporter à la notion d'« excuse légitime ». Assurément, la Cour de cassation, dans l'arrêt commenté²³, rejette l'idée que l'excuse légitime doit, *ipso facto*, être retenue lorsque les circonstances de la cause permettent tout au plus de retenir que l'opposant n'a ni renoncé à comparaître et à se défendre ni eu l'intention de se soustraire à la justice. La Cour constitutionnelle estime, quant à elle, que cette condition doit être interprétée en ce sens que « le recours en opposition reste effectif pour les prévenus défaillants qui n'ont ni renoncé à comparaître et à se défendre ni eu l'intention de se soustraire à la justice ». Il suffit que l'opposant « fasse état » d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime et donc qu'il démontre à suffisance l'existence de ce motif, sans qu'il soit tenu d'en apporter la preuve²⁴. Selon nous, la position adoptée par la Cour constitutionnelle s'inscrit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, comme il a été dit, retient également qu'« il est loisible aux autorités nationales d'évaluer si les excuses fournies par l'accusé pour justifier son absence étaient valables ou si les éléments versés au dossier permettaient de conclure que son absence était

23 Comp. avec Cass., 6 juin 2018, R.G. P. 18.0404.F/2.

24 C.C., 21 décembre 2017, n° 148/2017, point B. 39.2.

indépendante de sa volonté »²⁵. Or, tel semble être le cas de l'article 187, § 6, du Code d'instruction criminelle qui, s'il était interprété trop largement, pourrait, tout simplement, être vidé de sa substance.

Quant au droit fondamental pour le prévenu d'assister au procès, la Cour de cassation pose comme principe que, si ce dernier est par sa faute dans l'impossibilité de comparaître, notamment en raison de son incarcération à l'étranger, le juge n'est pas tenu de suspendre le procès et il ne lui est pas interdit de considérer qu'il appartenait à l'intéressé de prendre les mesures utiles en vue de continuer à se faire représenter. Rien n'empêche toutefois le juge saisi d'apprécier, au regard des circonstances objectives de la cause et des particularités de la procédure engagée, si c'est à bon escient que le prévenu se prévaut du droit de comparaître en personne.

Olivier MICHIELS,
Conseiller à la cour d'appel de Liège,
Chargé de cours à l'ULiège
Le 10 juillet 2018

25 Cour eur. D.H., *Lena Atanasova c. Bulgarie*, 26 janvier 2016.