

5

LE SECRET PROFESSIONNEL COMME PRISME DE LECTURE DE L'ARRÊT *MANZANO DIAZ* *C. BELGIQUE*, OU LA CHRONIQUE DES LIAISONS DANGEREUSES ENTRE LE PARQUET DE CASSATION ET LE CONSEILLER-RAPPORTEUR

Lorraine GRISARD

avocate au barreau de Bruxelles
assistante à l'ULiège

Pierre MONVILLE

avocat au barreau de Bruxelles
assistant à l'ULiège

Sommaire

Introduction	178
Section 1	
Les enseignements de l'arrêt <i>Manzano Diaz</i> et le lien avec le secret professionnel des magistrats	179
Section 2	
Le secret professionnel des magistrats	184
Section 3	
Les rapports entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général près la Cour de cassation : une violation du secret professionnel ?	189
Conclusion	198

Introduction

1. L'arrêt *Manzano Diaz c. Belgique*¹ de la Cour européenne des droits de l'homme a déjà été largement commenté². Il examine la question des rapports entre le parquet général près la Cour de cassation belge et le siège de ladite Cour.

2. Il est particulièrement intéressant dans la mesure où la Cour européenne, pleinement informée par le gouvernement belge³, reprend *in extenso* dans son arrêt la procédure qui existe en pratique au sein de la Cour de cassation et qui n'est réglementée, il faut le dire, par aucun texte de loi⁴. Ainsi, la collaboration entre le parquet de cassation et la Cour de cassation lors de la formation de l'arrêt de cassation y est décrite avec précision.

3. Dans la présente contribution, nous envisagerons l'arrêt et les rapports entre l'avocat général et le siège de la Cour exclusivement sous un angle : celui de la violation, ou non, du secret professionnel des magistrats, qui n'est abordé, nous le verrons, que de manière incidente dans l'arrêt de la Cour européenne.

4. Cette question mérite effectivement réflexion : le fait que le ministère public participe à la formation de l'arrêt de cassation⁵ ne va pas de soi, au regard du secret professionnel du magistrat.

¹ Cour eur. D.H., 18 mai 2021, *Manzano Diaz c. Belgique*, req. n° 26402/17.

² M.-A. BEERNAERT et J.-Fr. VAN DROOGENBROECK, « Le dialogue entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général près la Cour de cassation à l'épreuve du revirement opéré par l'arrêt *Manzano Diaz c. Belgique* », *J.T.*, 2021, n° 40, pp. 857-863; R. VALKENEERS, « Mag het Hof van Cassatie opnieuw ademhalen? Het recht op eerlijk (cassatie)proces na het Straatsburgse arrest *Manzano Diaz* », *Limb. Rechtsl.*, 2021, n° 3, pp. 181-200; Fr. KONING, « *Manzano Diaz c. Belgique* : un arrêt qui pose questions », *Dr. pén. entr.*, 2022/1, pp. 46-61; Fr. CLOSE, « L'«*amicus curiae*» et la loyauté de la procédure en cassation », *J.L.M.B.*, 2021, n° 38, pp. 1719-1732; B. VANMARCKE et F. VANSILLETTE, « La participation de l'avocat général à la rédaction de l'avant-projet d'arrêt de la Cour de cassation : *Strasbourg locuta, causa finita?* », *Rev. trim. dr. h.*, 2022, pp. 351-371.

³ Dans un précédent arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, le gouvernement belge n'avait pas été aussi transparent : il avait ainsi manifestement occulté la pratique des échanges préalables entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général dans son mémoire. Voy. Cour eur. D.H., 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, req. nos 42758/98 et 45558/99; B. VANMARCKE et F. VANSILLETTE, « La participation de l'avocat général à la rédaction de l'avant-projet d'arrêt de la Cour de cassation : *Strasbourg locuta, causa finita?* », *op. cit.*, p. 361.

⁴ La procédure de formation de l'arrêt de cassation et les liens avec le parquet général y sont décrits précisément, ce qui a fait dire à certains qu'il s'agit là d'une vraie « révélation », puisqu'il s'agit de la première fois qu'elle est dévoilée et couchée sur papier, alors qu'elle n'est pas légalement organisée (Fr. KONING, « *Manzano Diaz c. Belgique* : un arrêt qui pose questions », *op. cit.*, pp. 46-61). Marie-Aude Beernaert et Jean-François van Drooghenbroeck soulignent la « sincérité exemplaire » dont a fait preuve le gouvernement belge en expliquant à la Cour européenne la procédure en cassation telle qu'elle existe en pratique (« Le dialogue entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général près la Cour de cassation à l'épreuve du revirement opéré par l'arrêt *Manzano Diaz c. Belgique* », *op. cit.*, p. 860).

⁵ La procédure implique notamment, nous le verrons, la communication du projet d'arrêt, un document de la Cour, à l'avocat général qui n'est pas un juge à la Cour de cassation mais un membre du ministère public.

5. Pour la clarté de l'exposé, nous rappellerons d'abord brièvement dans les lignes qui suivent les enseignements de l'arrêt. Nous analysons ensuite les contours du secret professionnel du magistrat, pour enfin nous demander dans quelle mesure l'«entre-soi»⁶ qui existe entre le parquet de cassation et le siège de la Cour est conforme ou non aux principes régissant le secret professionnel du magistrat.

Section 1

Les enseignements de l'arrêt *Manzano Diaz* et le lien avec le secret professionnel des magistrats

A. Les griefs invoqués par le requérant et la position du gouvernement

6. Nous ne reviendrons pas sur les antécédents de la procédure et les raisons qui ont amené le requérant, M. Manzano Diaz, à se pourvoir en cassation et à saisir ensuite la Cour européenne des droits de l'homme pour aboutir à l'arrêt portant son nom⁷.

7. Retenons qu'au stade de la procédure en cassation, le requérant faisait notamment valoir que les conclusions de l'avocat général à la Cour de cassation dans son affaire ne lui avaient pas été communiquées dans le délai légal et déduisait du caractère verbal de ces conclusions que l'avocat général aurait discuté de l'affaire avec le conseiller-rapporteur avant l'audience publique, le cas échéant en vue de préparer l'arrêt à intervenir, et ce, sur la base d'un projet d'arrêt établi par ledit conseiller-rapporteur. La Cour de cassation considéra que ce moyen ne pouvait entraîner la cassation de la décision attaquée et était dès lors irrecevable⁸.

8. Le requérant s'est ému de la position radicale de la Cour de cassation devant la Cour européenne des droits de l'homme : selon lui, la procédure en cassation belge méconnaissait le principe de l'égalité des armes et le principe du contradictoire (sur le pied de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme [ci-après, «la Convention»]), en raison de la communication du projet d'arrêt du conseiller-rapporteur à l'avocat général sans communication aux parties, ainsi qu'en raison de la discussion éventuelle qui avait eu lieu entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général sans la présence des parties (§§ 28 et s. de l'arrêt).

⁶ Pour reprendre l'expression de François Koning («*Manzano Diaz c. Belgique*: un arrêt qui pose questions», *op. cit.*, pp. 46-61).

⁷ Voy. les antécédents repris dans l'arrêt et les nombreux commentaires doctrinaux mentionnés ci-avant.

⁸ Cour eur. D.H., 18 mai 2021, *Manzano Diaz c. Belgique*, préc., §§ 11 et s.

9. Notons d'emblée que le requérant n'invoquait pas de grief relatif à une potentielle violation du secret professionnel du conseiller-rapporteur lorsqu'il communique le projet d'arrêt à l'avocat général.

10. Le gouvernement estimait quant à lui que le parquet de cassation agit comme *amicus curiae* et non comme partie à la procédure, de sorte qu'il n'est pas question de problème d'égalité des armes. Il considérait aussi que le projet d'arrêt du conseiller-rapporteur qui est communiqué à l'avocat général n'est pas une pièce produite par une partie qui serait susceptible d'influencer la décision, mais un document de travail interne à la formation du jugement couvert par le secret, qui échappe au principe du contradictoire (§§ 31 et s. de l'arrêt).

11. Le gouvernement soutenait encore que la communication à l'avocat général du projet d'arrêt établi par le conseiller-rapporteur et les contacts qu'ils peuvent entretenir à ce stade sont précisément de nature à renforcer les droits de la défense. L'interdiction qui serait faite au ministère public de prendre connaissance des premières propositions du conseiller-rapporteur et d'échanger avec lui constituerait un recul pour les droits de la défense (§ 36 de l'arrêt).

B. Rappel des étapes de la procédure en cassation

12. L'arrêt *Manzano Diaz* a le mérite de détailler le déroulement de la procédure en cassation belge (§§ 19 et s. de l'arrêt), selon les explications fournies par le gouvernement belge.

13. Pour une bonne compréhension de la suite de l'exposé, nous reprenons ces étapes telles que décrites par le gouvernement ci-après, auxquelles nous ajouterons quelques commentaires ou que nous compléterons lorsqu'il échet⁹:

- le conseiller-rapporteur examine d'abord le dossier et rédige un document préparatoire contenant des propositions qui prennent en pratique la forme d'un avant-projet d'arrêt (ce document inclut le cas échéant d'éventuelles variantes);
- ce dossier, qui comprend l'avant-projet d'arrêt, est transmis à l'avocat général¹⁰. *Cette transmission de l'avant-projet constitue la première partie de la « problématique »* (voy. *infra*);
- l'avocat général analyse à son tour le dossier et examine les propositions du conseiller-rapporteur. C'est à ce moment-ci qu'a lieu un éventuel échange de vues avec le conseiller-rapporteur. *Cet échange de vues n'est pas réglé par la loi*;

⁹ En italique.

¹⁰ Ce point est réglé par l'article 1105 du Code judiciaire, qui indique que « le greffier transmet le dossier au procureur général ». L'article 1105 est du reste lacunaire quant à la manière dont le procureur général doit rendre son avis. Il se contente d'indiquer que « le ministère public est entendu dans toutes les causes » et que s'il prend des conclusions écrites, celles-ci doivent être déposées au greffe au plus tard le jour où le greffier notifie la date de fixation aux parties.

- selon la doctrine, l'avocat général joue également le rôle de « vérificateur » en signalant au conseiller-rapporteur les erreurs matérielles ou flagrantes qu'il aurait pu constater¹¹ ;
- l'avocat général prépare des conclusions écrites ou orales au terme de cet examen et de cet échange de vues éventuel ;
- en parallèle, le conseiller-rapporteur prépare un ou plusieurs projets d'arrêt. Les conseillers examinent le dossier en vue de préparer l'audience et le futur délibéré. Ils s'échangent des notes et le cas échéant, des projets d'arrêts alternatifs. À ce stade, selon le gouvernement, le ministère public est tenu à l'écart des échanges entre membres du siège et ne participe plus à la réflexion sur la solution à apporter au pourvoi ;
- les conclusions écrites éventuelles du ministère public sont communiquées aux parties avant l'audience (conformément à l'art. 1105 C. jud.) ;
- lors de l'audience, le ministère public prend la parole soit pour se référer à ses conclusions écrites, soit pour faire part de ses conclusions orales ;
- l'affaire est ensuite prise en délibéré. Le gouvernement indique que le ministère public n'assiste pas au délibéré. En pratique, la majorité des arrêts sont rendus le jour même et sont donc préparés à l'avance¹².

C. La décision de la Cour européenne des droits de l'homme

14. La Cour européenne des droits de l'homme examine le grief sur le pied de l'article 5, § 4, de la Convention¹³ et rappelle que le principe du contradictoire et celui de l'égalité des armes exigent un juste équilibre entre les parties, de sorte qu'il importe qu'une partie ne se retrouve pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires. Le droit à une procédure contradictoire implique en principe le droit de se voir communiquer et de discuter de toute pièce ou observation présentée au juge, fût-ce par un magistrat indépendant tel que l'avocat général à la Cour de cassation belge, en vue d'influencer sa décision.

15. La Cour rappelle les spécificités du parquet de cassation, indiquant qu'il n'exerce pas l'action publique sauf dans de rares cas, et n'est pas partie à l'instance en cassation. Il n'a pas la qualité de défendeur. Il exerce en toute indépendance les fonctions de conseiller de la Cour de cassation. Il a pour tâche d'assister la Cour de cassation et de veiller au maintien de l'unité de la jurisprudence. Compte tenu de ces éléments, elle considère que le principe de l'égalité des armes ne trouve pas à s'appliquer (aucune partie adverse n'étant partie à la

¹¹ L. HUYBRECHTS, « De werkwijze van het Hof van Cassatie en wat zijn magistraten denken », in *Amicus curiae. Liber amiconum Marc De Swaef*, Anvers, Intersentia, 2013, p. 222.

¹² *Ibid.*, p. 224 ; Fr. KONING, « *Manzano Diaz c. Belgique* : un arrêt qui pose questions », *op. cit.*, p. 57.

¹³ La Cour précise que l'article 5, § 4, constitue une *lex specialis* par rapport à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention, parce qu'en l'espèce, il s'agissait de faire examiner la légalité de la privation de liberté de M. Manzano Diaz. Voy. pp. 6, 8 et 9 de l'arrêt.

procédure en cassation). Le fait que l'avocat général ne fasse pas partie du siège de la Cour de cassation n'y change rien, selon la Cour européenne (voy. § 44 de l'arrêt).

16. En revanche, elle soutient que dès lors que l'avis de l'avocat général est destiné à conseiller et partant, influencer la Cour de cassation, le principe du contradictoire doit être respecté (§ 45 de l'arrêt).

1. Au sujet de la communication du projet d'arrêt par le conseiller-rapporteur à l'avocat général et des discussions (ou échanges de vues) entre ces derniers

17. La Cour considère, et cet élément nous intéresse particulièrement dans le cadre de la présente contribution, « que le projet d'arrêt élaboré par le conseiller-rapporteur, qui est un magistrat de la formation du jugement, ne constitue pas une pièce produite par une partie et susceptible d'influencer la décision juridictionnelle, mais un élément établi au sein de la juridiction *dans le cadre du processus d'élaboration de la décision finale*. Partant, un tel document de travail interne à la formation du jugement, couvert par le secret, ne saurait être soumis au principe du contradictoire » (§ 46 de l'arrêt) (nous soulignons).

18. Autrement dit, les juges de Strasbourg reconnaissent que le projet d'arrêt est un document établi dans le cadre de la formation du jugement, et qu'il est couvert par le secret. C'est ainsi de manière incidente, pour ne pas dire fortuite, que le secret professionnel (ou plus spécifiquement le secret du délibéré, voy. *infra*) est évoqué dans l'arrêt *Manzano Diaz*.

19. Du reste, la Cour indique ensuite – de manière étonnante – que « [p]ar ailleurs, [elle] n'aperçoit aucune raison de douter de l'affirmation du gouvernement suivant laquelle aucune discussion n'est intervenue en l'espèce entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général après la transmission du projet d'arrêt ». Cette seule considération suffit à jeter un doute sur la portée de l'arrêt et l'ampleur du revirement de jurisprudence qu'il amorce. La Cour européenne aurait-elle conclu à la violation de l'article 6 de la Convention si le gouvernement avait affirmé que des discussions étaient intervenues entre eux (comme c'est généralement le cas en pratique)¹⁴?

¹⁴ Nous renvoyons à ce que certains auteurs ont écrit à ce sujet : M.-A. BEERNAERT et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le dialogue entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général près la Cour de cassation à l'épreuve du revirement opéré par l'arrêt *Manzano Diaz c. Belgique* », *op. cit.*, p. 861, § 20.

2. Au sujet de l'absence de communication des conclusions de l'avocat général avant l'audience et de la connaissance de la Cour de cassation des conclusions de l'avocat général avant l'audience

20. La Cour rappelle que l'avocat général ne doit pas être considéré comme l'adversaire du requérant et estime en substance que ce dernier reste en défaut d'apporter des éléments concrets de nature à étayer l'allégation suivant laquelle la Cour de cassation aurait pris connaissance des conclusions de l'avocat général avant l'audience ou qu'elle aurait pris sa décision avant la présentation publique de ces conclusions lors de l'audience. En conséquence, elle décide que le requérant n'est pas dans une situation de net désavantage par rapport à quiconque du fait de ne pas avoir eu connaissance des conclusions de l'avocat général avant l'audience publique (§ 50 de l'arrêt).

21. La Cour rappelle également qu'une partie ne saurait tirer du droit à l'égalité des armes le droit de se voir communiquer, préalablement à l'audience, des conclusions qui ne l'ont pas été à une autre partie, ni au rapporteur, ni aux juges de la formation du jugement (§ 51 de l'arrêt).

22. La Cour conclut à la non-violation de l'article 5, § 4, de la Convention.

23. Par cet arrêt, la Cour rompt avec sa jurisprudence antérieure¹⁵, même s'il faut constater que l'arrêt n'est pas un arrêt de principe car il n'est pas rendu par la Grande chambre de la Cour.

24. L'arrêt n'est pas exempt de toute critique, tant s'en faut. Il comporte des ambiguïtés, des contradictions et incohérences sur lesquelles nous ne reviendrons pas dans le cadre de la présente contribution dès lors qu'elles touchent davantage à la violation du droit au procès équitable plutôt qu'à la question d'une potentielle violation du secret professionnel.

25. Nous nous contenterons de relever que la Cour se prononce sur le pied de l'article 5 de la Convention, et passe ainsi sous silence toute la jurisprudence antérieure de la Grande chambre relative à l'article 6 qui avait mis à l'index dans une certaine mesure les rapports entre l'avocat général et le siège de la Cour de cassation¹⁶.

¹⁵ Nous renvoyons pour le détail aux nombreux commentaires doctrinaux précités.

¹⁶ B. VANMARCKE et F. VANSILLETTE, «La participation de l'avocat général à la rédaction de l'avant-projet d'arrêt de la Cour de cassation: *Strasbourg locuta, causa finita?*», *op. cit.*, pp. 367 et s.

Section 2

Le secret professionnel des magistrats

A. Contours et champ d'application du secret professionnel du magistrat

26. Le secret professionnel peut s'entendre «de tout ce qui est confié par une personne à un confident nécessaire (par exemple le magistrat) ou à un confident choisi (par exemple le médecin) ou de ce que le confident découvre ou déduit, ou encore qui parvient à sa connaissance en raison de l'état de sa profession, de sa fonction ou mission temporaire»¹⁷.

27. Tout magistrat est soumis au secret professionnel, parce qu'il est dépositaire, par sa profession, des secrets qu'on lui confie, pour reprendre les termes de l'article 458 du Code pénal, qui sanctionne la violation du secret professionnel.

28. Quand débute le secret professionnel du magistrat? Quand prend-il fin?

29. La réponse à ces questions dépend en réalité de la réponse à une autre interrogation : quels faits ou informations sont couverts par le secret professionnel? Autrement dit, il est plutôt question de champ d'application matériel que temporel. À cet égard, deux notions de base doivent être rappelées :

- en principe, toutes les informations révélées à la justice sont secrètes par nature. Elles ne perdent leur caractère secret que lorsque les faits sont publics¹⁸ ou sont devenus publics, bien que ce point de vue soit contesté par une partie de la doctrine¹⁹;
- tant les informations recueillies par le magistrat *dans l'exercice qu'à l'occasion de ses fonctions* sont couvertes par le secret²⁰.

¹⁷ X. DE RIEMAECKER, «Les magistrats», in *Le secret professionnel*, Bruxelles, la Charte, 2002, p. 154.

¹⁸ Il est ainsi enseigné que la phase publique de la procédure judiciaire, en raison de sa publicité, n'est pas couverte par le secret professionnel (X. DE RIEMAECKER, *ibid.*, p. 155).

¹⁹ Pierre Lambert considère que la révélation par un magistrat de faits connus ou parfois simplement soupçonnés leur donne une caution indéniable qu'il ne lui appartient pas d'apporter. Voy. P. LAMBERT, «Les autres catégories professionnelles», in *Secret professionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 255-256.

²⁰ Ainsi, les faits qui ne deviendront publics qu'ultérieurement, une fois que le débat a lieu devant le juge du fond, sont aussi couverts par le secret professionnel, puisqu'il s'agit de choses apprises dans l'exercice et en raison de la profession qui n'ont pas (encore) été révélées au cours d'une audience publique (X. DE RIEMAECKER, «Les magistrats», *op. cit.*, p. 155).

30. Le secret du délibéré, qui constitue une application particulière²¹ du secret professionnel, plus large²², porte sur les opinions des magistrats au cours de la délibération et sur le processus décisionnel lui-même. « Il s'oppose, d'une part, à ce que soient divulguées les opinions individuelles de ceux qui ont pris part au processus décisionnel²³. Il interdit, d'autre part, que l'on fasse connaître de quelles manières ont été posées les questions et dans quel ordre elles ont été résolues »²⁴.

31. Ce secret du délibéré porte, en outre, sur le contenu même de la décision – et sur les projets de décision²⁵ – à intervenir avant que celle-ci ne soit prononcée. Ainsi, nous rappelle Jacques Englebert, « Il n'appartient pas à un juge de divulguer, à une partie ou à un tiers (en ce compris un autre juge qui ne siège pas en la cause), le contenu d'une décision, ni avant la fin du délibéré, ni même avant que celle-ci n'ait été rendue publique par son prononcé »²⁶.

32. Quatre exceptions à cette obligation de secret (y inclus le secret du délibéré) existent, les deux premières étant prévues par l'article 458 du Code pénal :

- lorsque le magistrat est appelé à témoigner en justice (ou devant une commission d'enquête parlementaire) ;
- lorsqu'une loi, un décret ou une ordonnance l'oblige ou l'autorise à faire connaître ces secrets ;
- l'obligation au secret tombe au nom de l'exercice des droits de la défense lorsque le magistrat est appelé à se défendre en justice²⁷ ;
- enfin, nous devons y ajouter une exception jurisprudentielle sur laquelle nous reviendrons : lorsque le magistrat est dans la nécessité absolue de

²¹ B. INGHELS et Fr. STÉVENART-MEEÛS, « Le colloque singulier entre magistrats de l'Ordre judiciaire sur un dossier en cours : une violation du secret du délibéré ou un secret prudemment partagé ? », in *L'entreprise et le secret*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 311.

²² Bien que certains mettent en doute le fait que le secret du délibéré ferait nécessairement partie du secret professionnel et serait nécessairement sanctionné par l'article 458 du Code pénal. Voy. à ce sujet P. MARTENS, « Solitude du juge et cohérence du droit », *J.T.*, 2013, n° 41, p. 807. Par ailleurs, il est également vrai que la *ratio legis* du secret du délibéré et la *ratio legis* du secret professionnel du magistrat ne sont pas les mêmes. Ils protègent des intérêts différents : en effet, le secret du délibéré a pour objectif d'assurer l'indépendance des juges et l'autorité morale de leurs décisions, tandis que le secret professionnel du magistrat tend davantage à protéger la vie privée du justiciable. En ce sens, voy. Fr. BLOCKX, « Het geheim van het beraad, het beroepsgeheim van de magistratuur en het delen van informatie die onder het beroepsgeheim valt », note sous Cass., 1^{re} ch., 10 mai 2012, *R.W.*, 2012-2013, n° 32, pp. 1257-1263.

²³ La Belgique ne connaît en particulier pas les « dissenting opinions » dont la Cour européenne des droits de l'homme, notamment, est familière.

²⁴ J. ENGLEBERT, « Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants », *D.A.O.R.*, 2009, n° 91, p. 277.

²⁵ À l'occasion de l'affaire *Fortis*, une magistrate a été condamnée pour violation du secret professionnel et du secret du délibéré pour avoir transmis une partie de projet d'arrêt à un magistrat émérite en cours de délibération. Voy. *infra* et Cass., 2^e ch., 13 mars 2012, *N.j.W.*, 2012, n° 268 et la note de C. CONINGS.

²⁶ J. ENGLEBERT, « Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants », *op. cit.*, p. 282.

²⁷ X. DE RIEMAECKER, « Les magistrats », *op. cit.*, pp. 157 et 165.

communiquer une information couverte par son secret afin d'exercer sa mission confidentielle, à savoir l'examen, le délibéré et l'élaboration d'un projet de décision²⁸. Cela rejoint la théorie de «l'état de nécessité» comme cause de justification du délit de révélation du secret professionnel²⁹.

33. Ces principes étant rappelés, voyons à présent dans quelle mesure les magistrats peuvent avoir des contacts entre eux sans violer le secret professionnel, dans l'objectif toujours de déterminer si les rapports entre le magistrat du parquet de cassation et le magistrat du siège de la Cour de cassation posent problème au regard du secret professionnel.

B. Les contacts avec les autres magistrats : violation du secret professionnel ou secret professionnel partagé ?

34. Deux magistrats peuvent-ils partager les secrets qu'ils recueillent dans l'exercice ou à l'occasion de leur fonction ? La réponse est-elle différente en fonction de la position hiérarchique du premier magistrat par rapport au second ? Qu'en est-il entre un magistrat du siège et un magistrat du parquet ?

35. La réponse à ces questions fait écho au concept de secret professionnel partagé. Celui-ci indique en théorie que la révélation d'un secret n'est pas punissable si elle est faite à un autre professionnel qui est lui aussi tenu au secret³⁰. Le secret ne saurait se partager qu'avec les personnes tenues au même devoir et comportant les mêmes sanctions juridiques³¹.

36. Cette notion a surtout émergé dans le domaine médical où il est considéré que deux médecins traitant un même patient doivent pouvoir se communiquer, sans commettre d'infraction, les données relatives à leurs interventions respectives. Il existe toutefois une limite de taille au secret partagé : la mise en péril des intérêts du patient, pour reprendre l'exemple du domaine médical. Ainsi, il a été jugé que le partage du secret médical est exclu entre un médecin traitant et les médecins-conseils des compagnies d'assurance du patient³².

²⁸ Cass., 2^e ch., 13 mars 2012, *J.T.*, 2013, n^o 41, p. 816, *N.j.W.*, 2012, n^o 268, pp. 597-599, *R.W.*, 2012-2013, n^o 32, pp. 1255-1257. *Voy. infra.*

²⁹ La Cour de cassation a rappelé dans son arrêt du 24 janvier 2007 que la violation du secret du délibéré pouvait être excusée si elle était justifiée par l'état de nécessité, moyennant des conditions strictes : «L'état de nécessité ne peut être admis comme cause de justification que s'il réunit plusieurs conditions, à savoir que la valeur du bien sacrifié doit être inférieure ou à tout le moins équivalente à celle du bien que l'on prétend sauvegarder, que le droit ou l'intérêt à sauvegarder soit en péril imminent et grave, qu'il soit impossible d'éviter le mal autrement que par l'infraction et que l'agent n'ait pas volontairement créé par son fait le péril dont il se prévaut» (Cass., 2^e ch., 24 janvier 2007, R.G. n^o P.061399.F). *Voy. aussi* D. KIGANAHÉ, «La protection pénale du secret professionnel», in *Le secret professionnel*, Bruxelles, la Charte, 2002, p. 56.

³⁰ D. KIGANAHÉ, *ibid.*, p. 30.

³¹ P. LAMBERT, «Les autres catégories professionnelles», *op. cit.*, p. 143.

³² D. KIGANAHÉ, «La protection pénale du secret professionnel», *op. cit.*, pp. 30-31 ; Gand, 12 avril 1965, *Pas.*, 1966, t. II, p. 181.

37. Cela veut-il dire que le partage du secret est envisageable entre deux magistrats, quels qu'ils soient, à partir du moment où ils sont tous deux tenus au même secret³³ ?

38. Rien n'est moins sûr, si l'on se réfère aux enseignements de deux arrêts rendus dans l'affaire *Fortis* et qui permettent de mieux appréhender les contours du secret professionnel du magistrat durant le délibéré.

39. D'une part, une conseillère à la cour d'appel de Bruxelles avait communiqué une partie du projet d'arrêt en vue d'une révision linguistique à un magistrat émérite. La cour d'appel de Gand a condamné la première pour violation du secret professionnel sur le pied de l'article 458 du Code pénal³⁴. La magistrate s'est ensuite pourvue en cassation.

40. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi et a décidé que : « Quiconque qui est tenu au secret professionnel n'enfreint pas l'article 458 du Code pénal s'il communique des informations relevant du secret professionnel à des tiers mus par le même objectif et pour le compte du même mandant et si cette communication est par ailleurs nécessaire et pertinente dans le cadre de la mission du dépositaire du secret ». La Cour conclut que : « En considérant qu'il ne peut s'agir d'un secret professionnel dit partagé ou confié parce que la transmission d'éléments de l'affaire *Fortis* par la demanderesse n'était absolument pas nécessaire pour exercer sa mission confidentielle, à savoir l'examen, le délibéré et l'élaboration d'un projet de décision, l'arrêt justifie légalement sa décision »³⁵.

41. Ainsi, à l'estime de la Cour de cassation, le partage d'un projet d'arrêt à un magistrat émérite³⁶ viole le secret professionnel.

42. D'autre part, la présidente du tribunal de commerce de Bruxelles avait communiqué à une collègue du même tribunal un projet de décision en lui demandant un avis juridique sur la notion de « balance des intérêts », et s'était entretenue avec elle à ce sujet³⁷. Dans un arrêt du 21 janvier 2013³⁸, la cour d'appel de Bruxelles l'a condamnée pour violation du secret professionnel, en reprenant les enseignements de la Cour de cassation dans l'arrêt précité.

43. L'arrêt précise que « [...] Madame H. [à qui le secret a été confié] n'était pas saisie de la cause dans laquelle Madame D.T. siégeait en qualité de juge unique de référé. Le juge doit traiter ses dossiers personnellement ou avec

³³ Notons qu'il est admis que la révélation du secret est autorisée aux autorités disciplinaires du professionnel. Voy. D. KIGANAHE, *ibid.*, p. 31.

³⁴ Gand, 14 septembre 2011, *T. Straff.*, 2012/5, pp. 354-366.

³⁵ Cass., 2^e ch., 13 mars 2012, *J.T.*, 2013, n° 41, p. 816, *N.j.W.*, 2012, n° 268, pp. 597-599, *R.W.*, 2012-2013, n° 32, pp. 1255-1257.

³⁶ La circonstance que le magistrat n'était plus en fonction n'a pas été jugée pertinente par la cour d'appel de Gand, parce qu'elle n'est pas suffisante pour juger de l'existence d'un éventuel secret professionnel partagé. Voy. Gand, 14 septembre 2011, *T. Straff.*, 2012/5, p. 361, point 5.1.2.

³⁷ P. MARTENS, « Solitude du juge et cohérence du droit », *J.T.*, 2013, n° 41, p. 805.

³⁸ Bruxelles, 1^{re} ch., 21 janvier 2013, *J.T.*, 2013, n° 41, p. 817.

les collègues qui composent le siège. Pour la préparation du délibéré, il peut faire appel aux collaborateurs de sa juridiction et qui sont sous son contrôle, comme les référendaires. La discussion avec, ou la communication d'écrits préparatoires ou de projets de décision à d'autres magistrats de sa juridiction ou d'autres juridictions inférieures ou supérieures, même dans le but d'une révision linguistique, constitue une violation du secret professionnel. À moins d'être un juge concerné par la cause, personne ne peut intervenir dans la délibération, voire essayer de l'influencer. [...] L'intervention de Madame H. n'était en outre ni nécessaire ni pertinente pour l'exercice de la mission du dépositaire du secret. [...]».

44. Nous pouvons donc conclure de la lecture de ces deux décisions qu'il n'est pas permis à un magistrat de partager des informations sur un dossier en cours, et plus spécifiquement un projet d'arrêt, avec un autre magistrat, qu'il soit de rang inférieur, supérieur ou égal, à moins de pouvoir justifier d'un état de nécessité.

45. Jacques Englebert est du même avis lorsqu'il indique que «la notion de secret partagé ne pourra jamais justifier qu'un magistrat confie sous le sceau de la confiance, tout ou partie du secret des délibérations à un autre magistrat qui ne participe pas à la cause débattue»³⁹.

46. Pour être tout à fait complet, nous mentionnerons encore la règle énoncée par le «Guide pour les magistrats», édicté par le Conseil supérieur de la justice en réaction à l'affaire *Fortis*: il prévoit en page 12 que «[l]e magistrat traite de manière confidentielle l'information dont il prend connaissance dans le cadre de l'exercice de sa fonction. Le secret professionnel n'empêche pas une concertation avec des magistrats-collègues, mais avec prudence»⁴⁰.

47. À l'aune de ce document, une concertation serait possible entre magistrats-collègues, pendant le délibéré, avec pour seule balise, un impératif de «prudence». Cette disposition est floue et n'apporte évidemment aucune sécurité juridique aux magistrats. En tout état de cause, elle ne permet pas de délimiter davantage les contours du secret professionnel partagé entre magistrats. Paul Martens suggère d'établir une déontologie du partage, afin de préciser davantage cette notion de «prudence»⁴¹.

³⁹ J. ENGLEBERT, «Le secret du délibéré: rappel de quelques principes à l'usage des délibérants», *op. cit.*, p. 284.

⁴⁰ «Guide pour les magistrats. Principes, valeurs et qualités», p. 12, disponible sur le site du Conseil supérieur de la Justice.

⁴¹ P. MARTENS, «Solitude du juge et cohérence du droit», *op. cit.*, p. 809.

Section 3

Les rapports entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général près la Cour de cassation : une violation du secret professionnel ?

48. Dans ce chapitre, nous tenterons d'analyser dans quelle mesure les rapports entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général près la Cour de cassation posent problème ou non au regard du secret professionnel.

49. Pour ce faire, nous reviendrons tout d'abord un instant sur le statut particulier du procureur général près la Cour de cassation, vis-à-vis du siège de la Cour. Ensuite, calquant notre raisonnement sur celui de l'arrêt *Manzano Diaz*, nous reprendrons, étape par étape, le déroulement de la procédure devant la Cour de cassation et vérifierons si les enseignements de la jurisprudence du *Fortisgate* en matière de violation du secret professionnel s'appliquent *mutatis mutandis* aux échanges entre le magistrat du siège de la Cour et celui du parquet de cassation.

A. Le statut du procureur général, *amicus curiae* de la Cour de cassation ?

50. Le statut particulier du ministère public près la Cour de cassation – parfois qualifié d'« *amicus curiae* »⁴² – dont on dit qu'il est chargé de donner de manière indépendante un avis impartial sur la solution du litige, remonte, si pas à la nuit des temps, aux origines mêmes de l'institution⁴³. Selon la formulation retenue par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Manzano Diaz*, il exerce en toute indépendance les fonctions de conseiller à la Cour de cassation et n'est pas partie à l'instance en cassation⁴⁴.

⁴² Au sujet de l'origine de la figure de l'*amicus curiae* et de son évolution, voy. L. HUYBRECHTS, « De werkwijze van het Hof van Cassatie en wat zijn magistraten denken », *op. cit.*, pp. 219-237. Voy. également R. VALKENEERS, « Mag het Hof van Cassatie opnieuw ademhalen? Het recht op eerlijk (cassatie)proces na het Straatsburgse arrest *Manzano Diaz* », *op. cit.*, pp. 181-200.

⁴³ L'arrêté du Prince souverain (Guillaume d'Orange-Nassau) du 15 mars 1815 contenant le règlement organique de la procédure en cassation prévoyait déjà ce rôle particulier: « Même en matière criminelle, le procureur général près la Cour ne peut être considéré comme partie; il ne donne que des conclusions, à moins qu'il n'ait demandé lui-même la cassation. Dans ce cas il présente son réquisitoire, qui, déposé au greffe, est remis sans autre formalité au rapporteur désigné par le premier président, et distribué ensuite avec le rapport entre les membres du parquet » (art. 37) (arrêté du 15 mars 1815 du Prince souverain contenant le règlement organique de la Cour de cassation, *Pasin.*, 1814-1815, p. 486).

⁴⁴ §§ 14 et s. de l'arrêt. Quant à la question de savoir si le ministère public est une partie au procès et son évolution dans la jurisprudence de la Cour européenne, voy. R. VALKENEERS, « Mag het Hof van Cassatie opnieuw ademhalen? Het recht op eerlijk (cassatie)proces na het Straatsburgse arrest *Manzano Diaz* », *op. cit.*, pp. 181-200. Nous ne nous y attarderons pas dans la mesure où cette question est moins pertinente pour la présente contribution axée sur le (non-)respect du secret professionnel.

51. Les dispositions pertinentes qui régissent le parquet de cassation sont les articles 141 et 142 du Code judiciaire. L'article 141 indique que « [l]e procureur général près la Cour de cassation n'exerce pas l'action publique, sauf lorsqu'il intente une action dont le jugement est attribué à la Cour de cassation ». L'article 142 nous intéresse plus particulièrement. Il prévoit que « [l]es fonctions du ministère public près la Cour de cassation sont exercées, sous l'autorité du ministre de la Justice, par le procureur général. Le procureur général est assisté par un premier avocat général et des avocats généraux qui exercent leurs fonctions sous sa surveillance et sa direction ».

52. L'indépendance du ministère public près la Cour de cassation est toutefois relative. Dans l'arrêt *Borgers c. Belgique*, la Cour européenne des droits de l'homme avait bien cerné la problématique en relevant que l'avocat général, en « recommandant l'admission ou le rejet du pourvoi d'un accusé, en devient l'allié ou l'adversaire objectif »⁴⁵.

53. D'autres considérations de principe mettent à mal l'idée que le parquet de cassation serait pleinement objectif et indépendant dans l'exercice de ses fonctions.

54. Il n'est en tout cas pas indépendant de l'exécutif. En effet, l'article 142, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire précité précise que le ministère public agit sous l'autorité du ministre de la Justice, donc du pouvoir exécutif. Les membres du ministère public sont par ailleurs révocables par le Roi (art. 153 de la Constitution), là où les juges sont nommés à vie⁴⁶.

55. Quant à la position de l'avocat général vis-à-vis du siège de la Cour de cassation, il n'est plus contesté qu'il ne fait pas partie du siège de la Cour, et ne fait donc pas partie de la formation du jugement. La Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme l'avait déjà exprimé dans l'arrêt *Slimane Kaïd c. France*⁴⁷; l'arrêt *Manzano Diaz* le répète⁴⁸.

⁴⁵ Cour eur. D.H., 30 octobre 1991, *Borgers c. Belgique*, req. n° 12005/86, § 26.

⁴⁶ Art. 152 de la Constitution.

⁴⁷ Cour eur. D.H., 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France*, req. n°s 21/1997/1805/1008 et 22/1997/806/1009, § 105; Fr. KONING, « *Manzano Diaz c. Belgique*: un arrêt qui pose questions », *op. cit.*, p. 60.

⁴⁸ Voy. § 44 de l'arrêt: « Ensuite, la circonstance, évoquée par le requérant, que l'avocat général à la Cour de cassation ne fait pas partie du siège de la Cour de cassation, ne suffit pas à démontrer en quoi il devrait du coup être considéré comme son adversaire dans la procédure en cassation [...] ».

B. Les échanges entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général passés au révélateur de la jurisprudence du Fortisgate

1. Les prémisses

56. Sans rentrer encore dans les détails de la procédure devant la Cour de cassation, nous estimons pouvoir tenir pour acquis les éléments suivants qui découlent des arrêts dans l'affaire *Fortis* précédemment analysés :

- Un conseiller-rapporteur n'enfreindrait pas l'article 458 du Code pénal s'il communiquait des informations relevant du secret professionnel « à des tiers mus par le même objectif et pour le compte du même mandant » (voy. *supra*). Or, force est de constater que le conseiller-rapporteur et l'avocat général ne sont pas mus par le même objectif (ils ne remplissent pas le même rôle⁴⁹). Ils n'ont pas, en outre, le même mandant, même s'il n'est pas aisé de déterminer le sens de ce terme dans ce contexte particulier. Certains considèrent que le mandant est le bénéficiaire du secret, soit le justiciable, et donc les parties au procès elles-mêmes⁵⁰. Nous pensons que le « mandant » est dans ce cas-ci davantage à considérer dans un sens organique : le mandant de l'avocat général est le pouvoir exécutif (qui le nomme et le révoque), tandis que le mandant du conseiller-rapporteur est le pouvoir judiciaire, dès lors que les juges sont nommés à vie⁵¹.
- Si un magistrat est condamné pour avoir transmis à un tiers (magistrat ou magistrat émérite) des informations non nécessaires pour exercer sa mission, à savoir « l'examen, le délibéré et l'élaboration d'un projet de décision », il en serait de même, *a fortiori*, pour un magistrat du siège qui transmettrait un projet d'arrêt et d'autres informations à un membre du ministère public rattaché constitutionnellement et légalement au pouvoir exécutif⁵².
- Un conseiller-rapporteur pourrait difficilement justifier la communication de la moindre information à l'attention du procureur général près la Cour de cassation, dans le processus de formation de la décision, en excipant

⁴⁹ Le fait que l'arrêt de cassation puisse s'écarter des conclusions de l'avocat général démontre que les deux intervenants ne sont pas nécessairement mus par le même objectif, même si l'avocat général est considéré comme le « conseiller » de la Cour de cassation.

⁵⁰ B. INGHELS et Fr. STÉVENART-MEEÛS, « Le colloque singulier entre magistrats de l'Ordre judiciaire sur un dossier en cours : une violation du secret du délibéré ou un secret prudemment partagé? », *op. cit.*, p. 315 ; Fr. BLOCKX, « Het geheim van het beraad, het beroepsgeheim van de magistratuur en het delen van informatie die onder het beroepsgeheim valt », *op. cit.*, p. 1262.

⁵¹ Là où les membres du parquet peuvent être révoqués par le Roi (art. 153 de la Constitution), les juges sont nommés à vie, et leur place dépend ensuite du pouvoir judiciaire. Voy. l'article 152, alinéa 2, de la Constitution qui dispose que : « Aucun juge ne peut être privé de sa place ni suspendu que par un jugement ».

⁵² Fr. KONING, « *Manzano Diaz c. Belgique* : un arrêt qui pose questions », *op. cit.*, p. 60.

d'un état de nécessité⁵³. Au contraire, il n'est pas seul, siégeant de manière collégiale avec les autres magistrats de la Cour, et dispose de l'appui de référendaires pour préparer les dossiers et les arrêts de cassation⁵⁴.

2. Le déroulement étape par étape de la procédure devant la Cour de cassation

a) *La rédaction de documents préparatoires par le conseiller-rapporteur*

57. Comme nous l'avons vu, le conseiller-rapporteur examine d'abord le dossier et rédige un document préparatoire contenant des propositions qui prennent en pratique la forme d'un avant-projet d'arrêt, voire d'éventuelles variantes.

58. Nous voudrions d'emblée préciser que ce travail n'a de sens qu'après le dépôt dans les deux mois du pourvoi du mémoire en cassation du demandeur. Il est extrêmement rare⁵⁵ que la requête en cassation contienne l'énoncé des griefs formulés par le requérant à l'encontre de la décision attaquée. Il est dès lors inconcevable que le conseiller-rapporteur procède à un premier examen du dossier, étant dans l'impossibilité de deviner quels moyens seront dirigés contre quels dispositifs du jugement ou de l'arrêt déféré à la censure de la Cour.

59. Ce qui signifie *ipso facto* que toutes les étapes ultérieures de la procédure que nous allons passer en revue (jusqu'au moment où l'affaire est appelée à l'audience) se dérouleront à l'insu du demandeur en cassation – la partie qui a le plus intérêt à voir son pourvoi être accueilli – qui ne dispose en outre d'aucun moyen légal de réagir dès lors qu'habituellement, le seul acte de procédure qu'il puisse accomplir est précisément la rédaction d'un seul et unique mémoire en cassation.

b) *La transmission du dossier par le conseiller-rapporteur au procureur général près la Cour de cassation*

60. Le dossier transmis par le conseiller-rapporteur à l'*amicus curiae* contient l'avant-projet d'arrêt ou ses variantes. Cette transmission ne peut s'analyser que comme émanant d'un magistrat du siège de la Cour de cassation à un magistrat du parquet, qui ne fait pas partie du siège (voy. *supra*).

⁵³ Ainsi, même si nous admettons volontiers que l'intervention de l'avocat général est «bénéfique», car elle renforce la qualité des arrêts de cassation ou assure la cohérence de la jurisprudence, force est de constater qu'elle n'est pas nécessaire et que d'autres solutions permettraient d'arriver au même résultat.

⁵⁴ Certains soulignent la nécessité d'analyser d'abord si les informations transmises et couvertes par le secret ne l'ont pas été dans l'intérêt du justiciable. Nous ne pensons dès lors pas que les échanges entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général ont nécessairement lieu dans l'intérêt du justiciable. Du reste, seul le justiciable est juge de son intérêt et lui seul a le choix de ses moyens de défense. Il faut réserver l'hypothèse du moyen d'office.

⁵⁵ C'est l'hypothèse qui se présente lorsque le parquet est demandeur en cassation.

61. On peut dès lors légitimement se demander si le magistrat du siège ne viole pas déjà son secret professionnel, eu égard au fait que celui à qui le projet d'arrêt est transmis n'est pas un magistrat-collègue, mais fait partie de la magistrature debout, et dépend ainsi du pouvoir exécutif. Pour rappel, l'arrêt *Manzano Diaz* décrit à juste titre le projet d'arrêt comme un élément établi au sein de la juridiction « dans le cadre du processus d'élaboration de la décision finale » (§ 46 de l'arrêt). Il souligne qu'il s'agit là d'un document de travail interne à la formation du jugement qui est « couvert par le secret »⁵⁶.

62. L'obligation au secret comporte toutefois des exceptions comme nous l'avons vu *supra*. Parmi celles-ci figure l'autorisation de la loi, prévue à l'article 458 du Code pénal. Ne doit-on pas considérer que la communication du dossier est autorisée par la loi en vertu de l'article 1105 du Code judiciaire (« le greffier transmet le dossier au procureur général »)? Il est vrai toutefois que la loi est particulièrement laconique et ne précise pas que peut figurer un projet d'arrêt dans le « dossier » qui est transmis au parquet de cassation.

c) *Les échanges en vue de la formation de l'arrêt*

63. Après la transmission du dossier et du projet d'arrêt a lieu un échange de vues entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général. Ces discussions ne sont pas prévues par la loi et nous pouvons suivre François Koning⁵⁷ lorsqu'il fait observer qu'il n'y a aucun fondement légal à toute la procédure que nous allons analyser (jusqu'au moment où l'affaire est fixée devant la Cour).

64. Elles ne sont en tout état de cause pas justifiées par un état de nécessité quelconque ni encore moins par l'intérêt du justiciable⁵⁸ qui est mis complètement à l'écart de ces discussions. En ce sens, il nous semble qu'elles ne rentrent pas dans la théorie du secret professionnel partagé.

65. Luc Huybrechts précise que lors de ces échanges, et bien que ceci ne soit à nouveau pas organisé par la loi, l'avocat général a un rôle de « vérifica-

⁵⁶ Pour en déduire que ce document interne ne saurait alors être soumis au principe du contradictoire. La Cour européenne fait par ailleurs erronément référence dans son § 46 à l'arrêt *Marc-Antoine c. France* qui avait trait à la position du rapporteur public du Conseil d'État de France. Ce dernier est un réel juge, membre de la formation de jugement, et n'est donc pas assimilable à la position du ministère public près la Cour de cassation belge. Voy. en ce sens Fr. KONING, « *Manzano Diaz c. Belgique*: un arrêt qui pose questions », *op. cit.*, p. 54.

⁵⁷ Fr. KONING, *ibid.*, pp. 51 à 53.

⁵⁸ Certains suggèrent en effet d'exclure toute violation du secret professionnel à partir du moment où l'intérêt du justiciable est préservé (Fr. BLOCKX, « Het geheim van het beraad, het beroepsgeheim van de magistraat en het delen van informatie die onder het beroepsgeheim valt », *op. cit.*, pp. 1257-1263). Si nous transposons cela à la procédure en cassation, nous estimons qu'il est exclu de penser que les échanges entre le parquet et le siège ont lieu dans l'intérêt du justiciable, puisque ce dernier est tenu à l'écart de ces échanges, qui ne sont au demeurant pas organisés par la loi et dont le justiciable n'est pas informé.

teur», à savoir qu'il fait part au conseiller-rapporteur des fautes manifestes ou omissions qu'il détecterait dans le projet d'arrêt⁵⁹.

66. Le colloque singulier entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général ne s'arrête pas là et peut parfois aller beaucoup plus loin : « certains avocats généraux établissent systématiquement un projet d'arrêt, d'autres se bornent à faire connaître leur désaccord. Il arrive que le conseiller-rapporteur se rallie au projet de l'avocat général ; ce projet devient alors le projet du rapporteur »⁶⁰. Ce dernier élément est d'autant plus problématique qu'à notre estime, cela signifie que l'avocat général près la Cour de cassation participe d'une certaine manière au délibéré⁶¹.

67. À nouveau, de telles pratiques semblent difficilement compatibles avec l'interdiction qui s'impose à un magistrat de partager des informations sur un dossier en cours, et plus particulièrement de divulguer tout ou partie du secret des délibérations. Il y a d'ailleurs de quoi s'étonner de la place prépondérante que continue à jouer le ministère public dans la formation des décisions de la Cour de cassation, alors même que les magistrats qui la composent représentent souvent une somme de compétences et d'expériences que peu de leurs collègues d'instance peuvent revendiquer, qu'ils siègent systématiquement collégialement (et qui plus est toujours au minimum à cinq) et qu'ils peuvent s'adresser à une escouade de référendaires à qui ils peuvent demander de procéder à des études préalables. Autrement dit, le conseiller-rapporteur n'est pas si démuni face à la tâche qui l'attend et il semble disposer de toutes les ressources en interne pour mener à bien sa mission.

d) La poursuite du dialogue entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général jusqu'à l'examen de l'affaire en audience publique ?

68. À suivre les explications fournies par le gouvernement belge devant la Cour européenne des droits de l'homme, il faudrait considérer qu'après cet échange de vues à géométrie variable, les choses rentreraient dans l'ordre, dans la mesure où l'avocat général ne participe plus au travail d'élaboration de l'arrêt et se concentre sur la rédaction, soit exceptionnellement de conclusions

⁵⁹ L. HUYBRECHTS, « De werkwijze van het Hof van Cassatie en wat zijn magistraten denken », *op. cit.*, p. 222.

⁶⁰ M.-A. BEERNAERT et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le dialogue entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général près la Cour de cassation à l'épreuve du revirement opéré par l'arrêt *Manzano Diaz c. Belgique* », *op. cit.*, p. 859, § 8.

⁶¹ Frédéric Close n'est pas de cet avis et considère qu'il faut distinguer « l'avant-projet » qui est transmis à l'avocat général, et ensuite le « projet » d'arrêt, qui est le texte remanié qui sera remis aux membres de la chambre de la Cour dès avant l'audience, pour qu'ils puissent préparer celle-ci et le délibéré. « Il faut donc être clair » précise-t-il : « le magistrat du ministère public ne connaîtra pas le "projet" qui sera le fruit d'une concertation avant l'audience ». Il n'y aurait dès lors selon lui aucune interférence entre le ministère public et le siège de la Cour... Eu égard à ce qui précède, cette position nous paraît difficilement soutenable (Fr. CLOSE, « L'"amicus curiae" et la loyauté de la procédure en cassation », *op. cit.*, pp. 1723-1724).

écrites, soit de manière quasi systématique de « conclusions qui seront exposées oralement à l'audience sur la base d'une note préparée par lui »⁶². Aucun des commentateurs⁶³ de l'arrêt *Manzano Diaz* ne semble avoir pris pour argent comptant l'affirmation du gouvernement « suivant laquelle aucune discussion n'est intervenue entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général après la transmission du projet d'arrêt »⁶⁴.

69. Il suffit d'avoir assisté à une audience de la deuxième chambre pénale de la Cour de cassation pour en douter. S'il fallait admettre qu'à partir du moment où il transmet le dossier au président de la chambre avec une proposition de fixation, l'avocat général n'est plus impliqué dans le processus de formation de la décision, comment expliquer que la Cour – qui est censée découvrir à l'audience les conclusions données oralement – prenne l'affaire en délibéré séance tenante et soit en mesure de rendre son arrêt le jour même de l'audience publique ?

70. La seule explication raisonnable et acceptable est que le dialogue entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général se poursuit au-delà de la transmission du projet d'arrêt et que le point de vue qui sera adopté par l'avocat général est connu de tous (sauf des parties...) avant que ne débute l'audience. Quelle que soit la longueur ou la technicité de l'intervention de l'avocat général, aucun membre de la Cour ne semble vraiment surpris par les propos qui sont docement énoncés (ce qui n'est pas le cas du demandeur en cassation) comme si tout cela était avant tout une formalité. Faut-il en conclure que le délibéré a eu lieu en amont et que les conclusions données oralement par l'avocat général ont nécessairement été portées à la connaissance des éminents membres de la Cour ?

71. Il ne nous appartient pas de nous prononcer sur le bien-fondé de ces pratiques. Nous souhaitons simplement souligner qu'elles ne semblent à nouveau pas pouvoir faire bon ménage avec le respect du secret professionnel du magistrat et celui du délibéré.

e) *La participation de l'avocat général au délibéré*

72. Rappelons qu'auparavant, le ministère public participait au délibéré et y avait une voix consultative⁶⁵. La Cour européenne n'avait, dans un premier

⁶² Cour eur. D.H., 18 mai 2021, *Manzano Diaz c. Belgique*, préc., § 50.

⁶³ Voy. notamment M.-A. BEERNAERT et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le dialogue entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général près la Cour de cassation à l'épreuve du revirement opéré par l'arrêt *Manzano Diaz c. Belgique* », *op. cit.*, p. 859 et Fr. KONING, « *Manzano Diaz c. Belgique* : un arrêt qui pose questions », *op. cit.*, p. 54.

⁶⁴ Cour eur. D.H., 18 mai 2021, *Manzano Diaz c. Belgique*, préc., § 48.

⁶⁵ L'article 39 de l'arrêté du Prince souverain (Guillaume d'Orange-Nassau) du 15 mars 1815 prévoyait que « [...] En matière de cassation le ministère public a le droit d'assister à la délibération lorsqu'elle n'a pas lieu à l'instant et dans la même salle d'audience, mais il n'a pas voix délibérative ». Le Code judiciaire de 1967 avait ensuite prévu la même règle dans l'(ancien) article 1109. Voy. arrêté du 15 mars 1815 du

temps, pas explicitement condamné cette pratique⁶⁶. Ensuite, dans l'arrêt *Borgers c. Belgique*⁶⁷, elle avait considéré que la participation au délibéré accentuait le déséquilibre et constituait une rupture de l'égalité des armes. L'opinion du ministère public n'est pas neutre puisqu'en recommandant l'admission ou le rejet du pourvoi, il devient l'allié ou l'adversaire objectif de ce dernier (voy. *supra*). La Cour avait dès lors conclu à une violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention.

73. Cet arrêt de principe a obligé le législateur belge à supprimer la possibilité pour le ministère public de participer au délibéré, fût-ce avec voix consultative⁶⁸.

74. Sommes-nous toutefois certains qu'à l'heure actuelle, le ministère public près la Cour de cassation ne participe en rien au délibéré? Comme nous l'avons vu (voy. *supra*), le secret du délibéré ne porte pas uniquement sur les opinions des magistrats au cours de la délibération, mais aussi sur le processus décisionnel, et «il n'appartient pas à un juge de divulguer, à une partie ou à un tiers (en ce compris un autre juge qui ne siège pas en la cause), le contenu d'une décision, ni avant la fin du délibéré, ni même avant que celle-ci n'ait été rendue publique par son prononcé»⁶⁹.

75. Plusieurs éléments montrent qu'en réalité, le parquet de cassation participe encore d'une manière indirecte mais certaine au délibéré: ainsi, le fait que l'avocat général travaille étroitement avec le siège, qu'ils discutent et s'échangent des vues, qu'ils s'échangent des projets d'arrêts et des notes, que l'avocat général rédige parfois lui-même le projet d'arrêt, et que les arrêts de cassation sont généralement rendus le jour même de la délibération, est de nature à renforcer cette idée⁷⁰.

Prince souverain contenant le règlement organique de la Cour de cassation, *Pasin.*, 1814-1815, p. 486; L. HUYBRECHTS, «De werkwijze van het Hof van Cassatie en wat zijn magistraten denken», *op. cit.*, p. 222.

⁶⁶ L'arrêt *Delcourt c. Belgique* du 17 janvier 1970 n'avait pas remis en cause la participation du ministère public au délibéré, considérant qu'il n'avait pas été démontré que le parquet de cassation avait méconnu, à l'audience ou lors du délibéré, son devoir d'impartialité et d'objectivité inhérent à ses fonctions. Cet arrêt n'était pas rendu en Grande chambre.

⁶⁷ Cour eur. D.H., 30 octobre 1991, *Borgers c. Belgique*, préc.; B. VANMARCKE et F. VANSILLETTE, «La participation de l'avocat général à la rédaction de l'avant-projet d'arrêt de la Cour de cassation: *Strasbourg locuta, causa finita?*», *op. cit.*, p. 360. L'arrêt *Vermeulen* a confirmé l'arrêt *Borgers*: Cour eur. D.H., 20 février 1996, *Vermeulen c. Belgique*, req. n° 19075/91. Voy. également Fr. KONING, «*Manzano Diaz c. Belgique*: un arrêt qui pose questions», *op. cit.*, pp. 50-51.

⁶⁸ La loi du 14 novembre 2000 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'intervention du ministère public dans la procédure devant la Cour de cassation et, en matière civile, devant les juges du fond et modifiant les articles 420bis et 420ter du Code d'instruction criminelle a supprimé la présence du ministère public près la Cour de cassation au moment du délibéré de la Cour et a prévu la possibilité pour les parties de répondre aux conclusions de l'avocat général.

⁶⁹ J. ENGLEBERT, «Le secret du délibéré: rappel de quelques principes à l'usage des délibérants», *op. cit.*, p. 282.

⁷⁰ Nous ne sommes pas les seuls à le constater. Voy. R. VALKENEERS, «Mag het Hof van Cassatie opnieuw ademhalen? Het recht op eerlijk (cassatie)proces na het Straatsburgse arrest *Manzano Diaz*», *op. cit.*, p. 197.

76. Au risque de lasser, tout ceci nous semble à nouveau difficilement conciliable avec le respect des règles qui garantissent le secret du délibéré.

77. Il convient encore de mentionner l'arrêt *Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France* du 31 mars 1998⁷¹ qui donne un relief particulier au débat. La Cour européenne avait condamné la France sur le pied de l'article 6 de la Convention en raison des rapports qu'entretenaient le parquet de cassation et le siège de la Cour, en tout point comparables à la procédure belge. Le conseiller-rapporteur transmettait également un rapport et un projet d'arrêt à l'avocat général, mais pas aux autres parties⁷². Le rapport transmis par le conseiller-rapporteur contenait deux volets : le premier volet contenait un exposé des faits, de la procédure et des moyens de cassation, et le second contenait une analyse juridique de l'affaire et un avis sur le mérite du pourvoi⁷³.

78. La Cour européenne précise dans son arrêt que le deuxième volet du rapport et le projet d'arrêt sont « légitimement couverts par le secret du délibéré »⁷⁴.

79. Elle condamne la France pour violation du droit au procès équitable en ces termes :

« [...] c'est l'intégralité dudit rapport ainsi que le projet d'arrêt qui furent communiqués à l'avocat général. Or celui-ci n'est pas membre de la formation de jugement. Il a pour mission de veiller à ce que la loi soit correctement appliquée lorsqu'elle est claire, et correctement interprétée lorsqu'elle est ambiguë. Il "conseille" les juges quant à la solution à adopter dans chaque espèce et, avec l'autorité que lui confèrent ses fonctions, peut influencer leur décision dans un sens soit favorable, soit contraire à la thèse des demandeurs [...].

Étant donné l'importance du rapport du conseiller-rapporteur, principalement du second volet de celui-ci, le rôle de l'avocat général et les conséquences de l'issue de la procédure pour M^{me} Reinhardt et M. Slimane-Kaïd, le déséquilibre ainsi créé, faute d'une communication identique du rapport aux conseils des requérants, ne s'accorde pas avec les exigences du procès équitable » (§ 105 de l'arrêt)⁷⁵.

80. Dès janvier 2002, la France a mis en place une nouvelle pratique de sorte que seul le premier volet du rapport – qui contient les données « brutes » –

⁷¹ Cour eur. D.H., 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France*, préc.

⁷² Voy. § 73 de l'arrêt *Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France* : « Le dossier déposé par le conseiller-rapporteur est transmis par le greffe, accompagné du rapport et du projet d'arrêt, à l'avocat général désigné par le procureur général pour suivre l'affaire ».

⁷³ § 105 de l'arrêt.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Autant dire que compte tenu de cette jurisprudence française, la Belgique (y compris les magistrats de cassation eux-mêmes) s'attendait à être purement et simplement condamnée en raison de cette même pratique par l'arrêt *Manzano Diaz*. Voy. R. VALKENEERS, « Mag het Hof van Cassatie opnieuw ademhalen? Het recht op eerlijk (cassatie)proces na het Straatsburgse arrest *Manzano Diaz* », *op. cit.*, p. 193.

est transmis à l'avocat général, tandis que l'autre est couvert désormais par le secret du délibéré⁷⁶.

81. Cette décision démontre bien que ce qui se passe en amont du prononcé de l'arrêt est couvert par le secret du délibéré, de sorte que la pratique belge à ce jour est certainement encore critiquable eu égard à cette obligation au secret.

82. Si l'on considère que le secret du délibéré est une valeur importante dans notre système juridique, il nous semble qu'au regard de ce qui précède et *a fortiori*, il faut alors considérer que toutes les informations échangées en amont du prononcé de l'arrêt sont confidentielles et couvertes par le secret⁷⁷. Dès lors, le conseiller-rapporteur ne devrait pas les transmettre à l'avocat général, à moins qu'il ne s'agisse de données brutes, telles les informations reprises dans le premier volet du rapport du conseiller-rapporteur français (voy. *supra*).

Conclusion

83. En l'état actuel, il ne peut être contesté que le déroulement de la procédure pénale devant la Cour de cassation pose problème du point de vue du non-respect par le magistrat du secret professionnel et du secret du délibéré.

84. Plusieurs voix se sont élevées⁷⁸ pour demander une intervention législative afin de mieux (re)définir le rôle du parquet de cassation et/ou d'encadrer les relations entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général.

85. Nous ne pouvons qu'appeler de nos vœux ce nécessaire travail de clarification qui permettra de baliser la nature et la teneur des contacts qui précèdent l'examen du dossier par la Cour de cassation en audience publique, tout en n'oubliant pas d'inclure dans cette réflexion l'intérêt légitime du justiciable d'être informé avant l'audience des questions que soulève le recours qu'il a exercé.

⁷⁶ B. VANMARCKE et F. VANSILLETTE, «La participation de l'avocat général à la rédaction de l'avant-projet d'arrêt de la Cour de cassation: *Strasbourg locuta, causa finita?*», *op. cit.*, p. 364.

⁷⁷ Dans le même sens, voy. R. VALKENEERS, «Mag het Hof van Cassatie opnieuw ademhalen? Het recht op eerlijk (cassatie)proces na het Straatsburgse arrest *Manzano Diaz*», *op. cit.*, p. 196.

⁷⁸ M.-A. BEERNAERT et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, «Le dialogue entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général près la Cour de cassation à l'épreuve du revirement opéré par l'arrêt *Manzano Diaz c. Belgique*», *op. cit.*, p. 863; Fr. KONING, «*Manzano Diaz c. Belgique*: un arrêt qui pose questions», *op. cit.*, p. 61 et R. VALKENEERS, «Mag het Hof van Cassatie opnieuw ademhalen? Het recht op eerlijk (cassatie)proces na het Straatsburgse arrest *Manzano Diaz*», *op. cit.*, p. 198.