

Les parties, leurs avocats et la Cour de cassation

GILLES GENICOT

Avocat au barreau de Liège
Maître de conférences à l'ULiège

et

JACQUELINE OOSTERBOSCH

Avocate à la Cour de cassation
Bâtonnière de l'Ordre des avocats à la Cour de cassation

*« La direction du procès par les parties est un postulat de notre droit judiciaire
et les praticiens de ce pays y sont attachés »*

Charles Van Reepinghen

1. Les droits de la défense et les vertus de la contradiction sont cruciaux : ce n'est pas le dédicataire de ces lignes qui nous démentira. Le contrôle de légalité déferé à la connaissance de la Cour de cassation ne saurait bien sûr y échapper. Il n'en demeure pas moins que, confrontés à l'étape très particulière du pourvoi en cassation, ces nobles préceptes prennent une coloration assez spécifique, dont nous voudrions, avec un regard de praticiens, contribuer à éclairer certains enjeux.

Nul besoin de souligner ici le rôle fondamental de la Cour de cassation, indispensable tant à la cohérence du parcours judiciaire d'un conflit – qui suppose, en dernier ressort, une instance régulatrice unique – qu'à l'unité de la jurisprudence et à la correcte interprétation du droit (1). Pour autant, « la fonction de cassation n'a pas naturellement vocation à susciter un

(1) Nous renvoyons particulièrement, d'une manière générale, à P. GÉRARD, H. BOULARBAH et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2012 ; C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, 2^e éd., J.L.M.B., Opus 8, Bruxelles, Larcier, 2018 ; B. MAES et P. WOUTERS (dir.), *Procéder devant la Cour de cassation – Procederen voor het Hof van Cassatie*, coll. Cassatio, KnopsPublishing/Barreau de cassation, 2016 ; P. GÉRARD et M. GRÉGOIRE, « Introduction à la méthode de la Cour de cassation », *Rev. dr. ULB*, 1999, pp. 101-185.

débat contradictoire »(2), l'enjeu direct du pourvoi n'étant pas le sort du litige qui oppose les parties : c'est la *décision* à laquelle ce litige a donné lieu qui en constitue l'objet principal. C'est la légalité de cette décision qui est déférée à la Cour, et non le litige en tant que tel ; partant, « tout se passe comme si, marquée par son caractère objectif, la fonction de cassation, qui n'amène pas la Cour à se prononcer sur les prétentions des parties, n'impliquait pas de soi l'exigence d'un débat contradictoire »(3). En effet, ainsi qu'on l'a très pertinemment noté :

« En se dirigeant vers la Cour de cassation, les parties délaissent quelque peu leurs prétentions en conflit : devant la Cour, elles n'assistent pas à leur procès, mais bien à celui d'une décision juridictionnelle dont l'une d'entre elles souhaite que la légalité soit contrôlée. L'enjeu de ce procès est donc bien le sort de cette décision qu'il est au pouvoir de la Cour de contrôler (et, le cas échéant, de censurer), en servant, de surcroît, l'idéal de maintien de l'unité de la jurisprudence et de l'interprétation du droit. Caractérisée par cette dimension objective, l'instance en cassation représente donc bien moins la confrontation de protagonistes que celle de thèses que chacune des parties et le ministère public vont suggérer à la Cour d'adopter dans l'exercice de son contrôle. Ainsi amenées à alimenter la réflexion des magistrats du siège, les parties s'y emploient en empruntant des voies parallèles, bien plus qu'à la faveur d'un détour par un débat contradictoire qui les opposerait. *De son côté, tirant parti des ressources que lui offrent ces diverses interventions, la Cour n'est pas, quant à elle, tenue de soumettre à la contradiction des parties toute analyse qui, procédant de l'exercice de ce pouvoir, se démarquerait peu ou prou des argumentations qu'elles lui ont soumises*(4). »

2. En matière civile (au sens large), à laquelle se limite la présente étude, les thèses et argumentations en question sont conçues et portées par les avocats à la Cour de cassation, dont c'est la mission essentielle. Ils doivent bien entendu servir au mieux les intérêts des clients qui les mandatent, dans cette phase spécifique de leur parcours procédural, mais leur travail consiste surtout à porter un regard neuf sur un dossier dont ils n'ont pas précédemment connu, aiguisé par leur expérience et leur connaissance de la technique de cassation et de la jurisprudence de la Cour dans

(2) D. DE ROY, « Aspects procéduraux de la substitution de motifs par la Cour de cassation en matière civile », in *Rapport de la Cour de cassation 2006*, p. 175.

(3) J. VAN COMPERNOLLE, « Contradiction et égalité des armes dans l'instance de cassation : une évolution inachevée », in *Cour de cassation de Belgique. 175^e anniversaire*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 118. Sur le principe du contradictoire en général, voy. l'étude approfondie de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Faire l'économie de la contradiction ? », *R.C.J.B.*, 2013, pp. 203-248.

(4) D. DE ROY, « Aspects procéduraux de la substitution de motifs par la Cour de cassation en matière civile », *op. cit.* ; souligné par nos soins.

la matière concernée(5). Dans cette tâche, ils sont certes amenés à user de toute la sagacité et l'imagination possibles afin de redresser, par le biais d'un pourvoi victorieux, un procès mal jugé, donnant aux parties l'occasion d'un nouveau débat, mieux instruit peut-être, devant le juge de renvoi. Mais l'essentiel de leur travail consiste, en amont, à émettre un avis motivé sur la possibilité de former utilement un pourvoi, et sur les chances de succès de celui-ci, et dans ce cadre ils doivent souvent s'employer à dissuader leur client d'entreprendre un recours voué à l'échec. Ils entament dès lors régulièrement, avec ce dernier et son conseil au fond, une discussion au cours de laquelle ils peuvent être amenés à devoir faire preuve de pédagogie, voire de fermeté. À l'inverse, ce peut aussi être pour eux l'occasion de s'ouvrir aux suggestions pertinentes qui leur seraient soufflées par ceux qui connaissent intimement le dossier, pour l'avoir vécu ou suivi depuis ses débuts. Cette dialectique est souvent enrichissante pour les uns comme pour les autres(6), tant il est évident qu'on ne peut traiter efficacement un dossier en droit que si on le cerne correctement en fait.

Au fil des échanges avec le client et/ou l'avocat correspondant, une véritable *stratégie* est parfois mise en place. Parmi les moyens possibles qui auront été identifiés, certains s'avéreront plus performants que d'autres ; certains sont susceptibles d'entraîner une cassation instructive, sur une question de droit, là où d'autres, y compris ceux auxquels le client serait

(5) Sur la mission des avocats à la Cour de cassation, voy. not. récemment J. OOSTERBOSCH, « L'évolution du barreau de cassation », in *Le Code judiciaire a 50 ans. Et après ? – 50 jaar Gerechtelijk Wetboek. Wat nu ? Hommage Ernest Krings & Marcel Storme*, Bruxelles, Larcier/Cour de cassation, 2018, p. 363.

(6) Le barreau de cassation est par ailleurs un précieux allié de la Cour elle-même. Ainsi que l'observait un ancien premier président de la Cour lors de la prestation de serment d'un avocat, « le système de la cassation, tel que nous le connaissons, ne saurait fonctionner sans l'assistance d'un barreau spécialisé de grande qualité. Les membres de ce barreau ont certes pour mission d'assurer le succès du recours extraordinaire qui leur est confié ou de défendre au mieux les droits de la partie qui a obtenu gain de cause devant le juge du fond. Mais ils ne peuvent remplir pleinement cette mission s'ils n'ont à l'esprit que dans les matières où ils ont le monopole de la représentation des parties, la Cour ne peut aller au-delà des moyens qui lui sont présentés. Ce sont ces moyens qui permettent à la Cour de se prononcer sur de nouvelles questions. C'est pourquoi l'heureuse évolution du droit en ces matières dépend avant tout de la science des avocats à la Cour de cassation, de leur finesse d'analyse, de leur talent d'exposition et de rédaction » (P. MARCHAL, cité par I. VEROUGSTRATE, « Juge de cassation », in *Imperat Lex. Liber Amicorum Pierre Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 8). Dans le même sens, M. le procureur général Cornil indiquait, dans sa mercuriale de 1950 : *La Cour de cassation. Considérations sur sa mission* (p. 32), « que les avocats à la Cour de cassation remplissent un rôle essentiel non seulement parce qu'ils savent ce qu'ils peuvent demander, mais aussi comment ils peuvent le faire, conformément aux lois de procédure », de sorte « que grâce au barreau de cassation, les avocats constituent une chambre des requêtes, en ce qu'ils effectuent un tri judicieux parmi les affaires qui leur sont soumises par les parties » (E. KRINGS, « La cassation n'est pas un troisième degré de juridiction », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 131 ; l'éminent auteur conclut (p. 142) qu'« il n'est pas excessif de dire que compte tenu de la culture judiciaire qui prévaut dans notre pays, le barreau de cassation est une garantie tant en faveur des parties que du bon fonctionnement de la Cour »). Qu'on nous pardonne de reproduire ici ces éloges...

plus sensible – on pense notamment aux questions de motivation ou de foi due aux actes – se révèlent bancals ou trop fragiles⁽⁷⁾. L’avocat à la Cour de cassation n’oubliera jamais que son passage dans le dossier n’est que transitoire et éphémère : son rôle est de faire en sorte que, si cela est possible, le procès puisse être à nouveau – et mieux – jugé au fond après cassation. Quel est l’intérêt de proposer un moyen pris d’une violation des droits de la défense lorsque l’issue du litige apparaît certaine, pourvu que le moyen dont le juge s’est saisi d’office sans rouvrir les débats, alors qu’il aurait dû le faire, soit formellement invoqué en prosécution de cause par la partie adverse, ce que bien entendu elle ne manquera pas de faire ? Les « tours de carrousel » ne profitent à personne. L’avocat à la Cour de cassation doit pouvoir l’affirmer à ses correspondants.

Il reste que le justiciable doit conserver la plus entière maîtrise de « son » procès, et de la matière litigieuse dont celui-ci se constitue. Les avocats à la Cour de cassation y contribuent, avec l’indispensable éclairage des conseils au fond, en élaborant en amont une stratégie, un angle d’attaque, dans la phase si particulière du pourvoi. Deux questions ont récemment mis en lumière le rôle difficile mais essentiel de ces officiers ministériels : d’une part, l’affinement des contours du *principe du contradictoire* dans la procédure en cassation, où il occupe par nature une place moindre que devant les juridictions de fond (I) ; d’autre part, le vœu, émis par d’aucuns, que la Cour de cassation puisse *soulever d’office des moyens en matière civile*, ce qui, à notre estime, porterait atteinte au rôle traditionnel assigné au pourvoi, ainsi qu’à la concertation conduite avec le client et son conseil, de laquelle a pu émerger le souhait, conscient et délibéré, de limiter les questions déferées à la Cour et la manière dont elles le seront ; on y associera, en guise de clin d’œil de la modernité à la tradition, le souhait d’une procédure *entièrement écrite* (II).

(7) Comme on l’a pertinemment relevé, si l’on souhaite faire trancher une question de principe et si, par ailleurs, la décision critiquée est entachée, par exemple, d’un vice de motivation évident, « il peut être opportun de ne pas invoquer ce vice de motivation et de se limiter à soumettre à la Cour la question de principe » (P. A. FORIERS, « La rédaction et la recevabilité des moyens de cassation en matière civile », in B. MAES et P. WOUTERS (dir.), *Procéder devant la Cour de cassation – Procederen voor het Hof van Cassatie*, op. cit., p. 404, qui rappelle (p. 405) qu’il convient en toute hypothèse d’éviter la multiplication des moyens et qu’« il est toujours préférable de se concentrer sur les moyens les plus solides »).

I. LES PARADOXES DE LA CONTRADICTION

3. Les garanties découlant du droit à un procès équitable, et notamment le principe du contradictoire (8), s'appliquent bien entendu à la procédure en cassation. Ainsi qu'on l'a déjà indiqué, elles y reçoivent toutefois une acception spécifique, en raison tant de la nature du rôle dévolu à la Cour de cassation que des caractéristiques de la procédure suivie devant elle (9). Pour déterminer si le principe du contradictoire, corollaire indispensable du respect des droits de la défense (10), a été méconnu, *le critère essentiel est de savoir si l'orientation donnée au litige par le juge a été de nature à surprendre objectivement la partie qui s'en plaint*. Il convient, pour l'apprécier, de tenir compte de tout ce que celle-ci *aurait dû raisonnablement prévoir* dans le cadre du litige considéré. L'observation vaut pareillement pour le pourvoi en cassation, où ces prévisions seront principalement l'œuvre de l'avocat à la Cour de cassation lui-même.

Rappelant qu'il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que le demandeur ne saurait « se prétendre surpris du fait qu'on lui oppose que la règle qu'il a lui-même invoquée comme étant applicable, ne l'est pas parce qu'une de ses conditions d'application n'est pas remplie », M. le président de Codt synthétise excellemment la situation comme suit :

« Les motifs que le juge peut suppléer d'office, ce sont de simples arguments de droit qui complètent la thèse d'une des parties et qui se déduisent des faits et des pièces dans le débat. Ces arguments ne constituent pas des moyens distincts parce qu'ils sont inclus dans les prétentions des parties. Le juge peut donc s'en servir sans ordonner la réouverture des débats. Par contre, celle-ci s'impose lorsque le juge entend s'appuyer sur une norme ou un fondement juridique de nature à bouleverser le système de défense d'une partie, ou s'il entend déduire du dossier des conséquences imprévisibles à propos desquelles aucun débat n'a eu lieu, ou s'il croit devoir faire application d'un usage ou d'une règle de droit étranger dont la mise en œuvre n'a pas été sollicitée. Il

(8) Lequel constitue une « condition essentielle du procès équitable », dès lors que, « sans contradiction, il ne peut en effet y avoir de réelle défense » (J. DU JARDIN, « Le droit de défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation (1990-2003) », *J.T.*, 2003, p. 609, ici p. 624 ; voy. les pages 620 à 624 sur le principe du contradictoire en matière civile). Sur ce principe, voy. l'étude approfondie de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Faire l'économie de la contradiction ? », *op. cit.*, pp. 203-248.

(9) Voy. not. D. De Roy, « Aspects procéduraux de la substitution de motifs par la Cour de cassation en matière civile », *op. cit.*, pp. 172-177 ; P. LEMMENS, « De waarborgen van een eerlijk proces in een cassatie-procedure », in *Liber amicorum Lucien Simont*, *op. cit.*, p. 149 ; P. MARCHAL, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et le système des cours de cassation », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 597.

(10) Lesquels peuvent conduire à des solutions qui paraissent, formellement, *contra legem* : J. KIRKPATRICK, « Un principe général du droit plus fort que la loi : le respect du droit de défense en cas de décision judiciaire fondée sur un moyen pris d'office », in *Imperat Lex. Liber amicorum Pierre Marchal*, *op. cit.*, p. 281.

est évident que le juge ne méconnaît pas (les) droits de la défense du seul fait qu'il adopte un raisonnement distinct de celui tenu par les parties. Outre que le juge n'est pas tenu de soumettre à leur contradiction le raisonnement par lequel il s'est convaincu, il faut rappeler que le dossier de la procédure ne se réduit pas aux conclusions ou aux réquisitions des parties et que le juge peut fonder sa conviction sur tout autre élément du dossier que celles-ci ont pu librement contredire. En somme, le critère décisif serait la prévisibilité de la mise en jeu de la règle de droit » (11).

4. En vertu de l'article 1097 du Code judiciaire, lorsque le ministère public près la Cour de cassation estime devoir opposer d'office *au pourvoi* une fin de non-recevoir déduite de la violation d'une règle intéressant l'ordre public, il en avise les parties au plus tard quinze jours avant l'audience, de sorte que celles-ci puissent faire valoir leurs observations à cet égard (12). Lorsque les conclusions de l'avocat général sont écrites, elles sont déposées par celui-ci au greffe pour être jointes au dossier de la procédure et une copie en est jointe à l'avis de fixation adressé par le greffier aux avocats et aux parties non représentées, quinze jours au moins avant l'audience (articles 1105, alinéa 3, et 1106, alinéa 2, du Code judiciaire). En pratique, cette copie est déjà adressée aux avocats à la Cour de cassation par courriel, par les soins du greffe, dès le dépôt des conclusions, ce qui permet un gain de temps dans leur analyse et leur transmission au client et/ou à l'avocat correspondant.

La Cour européenne des droits de l'homme a, à plusieurs reprises, condamné la Belgique pour violation de l'article 6, paragraphe 1^{er}, de

(11) J. DE CODT, « La présentation des moyens de cassation », in B. MAES et P. WOUTERS (dir.), *Procéder devant la Cour de cassation – Procederen voor het Hof van Cassatie*, op. cit., pp. 166-167 ; dans le même sens, D. LÉONARD, « La distinction entre le motif et le moyen, invoqués d'office par le juge, du point de vue des droits de la défense, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Mélanges John Kirkpatrick*, op. cit., p. 495, spéc. pp. 508-514, qui, dans la lignée de Motulsky, distingue (p. 514), d'une part, les « arguments de droit qui permettent au juge de faire droit à une demande ou de la rejeter, en complétant le système de défense d'une partie », lesquels « ne sont pas de nature à provoquer la surprise légitime des plaideurs auxquels ils sont opposés, parce que ces arguments ne constituent qu'un chaînon manquant au système de défense de la partie adverse ou parce qu'ils se trouvent implicitement inclus dans les prétentions de la partie adverse », et, d'autre part, les « normes ou fondements juridiques qui, s'il avaient été invoqués par une partie, viendraient bouleverser le système de défense de l'adversaire », les « conséquences imprévisibles tirées des pièces des dossiers soumis au juge, mais à propos desquelles aucun débat n'a eu lieu », et les « usages et [...] règles de droit étranger dont l'application n'a pas été demandée ».

(12) L'avis est adressé par pli judiciaire aux parties qui ont comparu sans avocat et par lettre missive aux avocats. Une copie de ce pli et de cette lettre missive est jointe au dossier de la procédure. Si le ministère public opposant une fin de non-recevoir ne justifie pas avoir fait la notification prescrite, la cour ordonne celle-ci et remet l'affaire à une audience ultérieure. Ces dispositions sont originellement issues d'une loi du 20 juin 1953 ; la préoccupation est donc ancienne, et l'hypothèse n'est pas exceptionnelle. Il s'agit en général de fins de non-recevoir « partielles » (au pourvoi en tant qu'il est dirigé contre tel défendeur, ou contre telle décision lorsqu'il en vise plusieurs). Nous n'approfondirons pas cette question ici. Pour une application récente : Cass., 26 mars 2015, *Pas.*, n° 222, avec les concl. av. gén. VANDEWAL.

la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, relatif au droit à un procès équitable, en raison notamment du fait qu'auparavant, la procédure ne prévoyait pas formellement que les parties – le plus souvent le demandeur – puissent répondre aux conclusions du ministère public devant la Cour de cassation, ce qui, selon les juges de Strasbourg, constituait une méconnaissance du droit à un débat contradictoire (13). Les arrêts en question ont « imprim(é) au contentieux de cassation une dimension “subjective” sans cesse plus accentuée, entraînant, dans le déroulement de la procédure, une incidence renforcée du droit de la défense et de l'égalité des armes » (14).

5. Le législateur a réagi par la loi du 14 novembre 2000 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne, notamment, l'intervention du ministère public dans la procédure devant la Cour de cassation (15). Cette loi a modifié les articles 1097, 1105 et 1107 du Code judiciaire. Elle a précisé les modalités de l'avis que le ministère public doit donner aux avocats et aux parties lorsqu'il soulève une fin de non-recevoir au pourvoi (article 1097, alinéa 1^{er}), permis aux parties d'être entendues à l'audience *non plus avant, mais après* que le ministère public a donné ses conclusions (article 1107, alinéa 1^{er}) et de connaître avant l'audience le contenu de ces conclusions lorsqu'elles sont écrites (article 1105, alinéa 3), et a formellement ouvert aux parties le droit de répondre par une note aux conclusions du parquet, après avoir, le cas échéant, demandé la remise de la cause (article 1107, alinéas 2 et 3) (16). Précisons que, lorsque les conclusions du ministère

(13) Arrêts *Borgers* du 30 octobre 1991 (en matière pénale), *Vermeulen* du 20 février 1996 (en matière civile) et *Van Orshoven* du 25 juin 1997 (en matière disciplinaire). La réception doctrinale de l'arrêt *Borgers* fut généralement fort critique, comme le rappellent J. VELU et R. ERGEC (*Convention européenne des droits de l'homme*, R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2^e éd. par R. ERGEC, 2014, p. 504, n° 473, note 2330). Pour une synthèse des réactions, J. DU JARDIN, « Justice must not only be done ; it must also be seen to be done », in *Imperat Lex. Liber Amicorum Pierre Marchal*, op. cit., p. 37. Voy. ég., plus généralement, sur les relations entre la procédure en cassation et les droits fondamentaux, les excellentes études de P. LEMMENS, « De waarborgen van een eerlijk proces in een cassatieprocedure », in *Liber amicorum Lucien Simont*, op. cit., p. 149, et de F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « La Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme. Les voies de la banalisation », in *Imperat Lex. Liber amicorum Pierre Marchal*, op. cit., p. 121.

(14) J. VAN COMPERNOLLE, « Contradiction et égalité des armes dans l'instance de cassation : une évolution inachevée », op. cit., p. 119.

(15) Voy. J. DU JARDIN, « L'intervention du ministère public dans la procédure en cassation telle qu'elle est réglée par la loi du 14 novembre 2000 », in *Liber amicorum Lucien Simont*, op. cit., p. 89, et « Le ministère public près la Cour de cassation, son impartialité au-delà – ou en dépit – des apparences », in *Mélanges John Kirkpatrick*, op. cit., p. 261.

(16) Cette évolution a permis à la Belgique d'anticiper une éventuelle condamnation par la Cour de Strasbourg, à laquelle la France n'échappa point : dans son arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002, elle a décidé, à l'unanimité, que le principe de l'égalité des armes était méconnu en raison de ce que le requérant – qui n'était pas représenté par un avocat – n'avait pas pu, devant le Conseil d'État de France, « prendre connaissance des conclusions de la commissaire du gouvernement, du fait de l'absence de convocation », et n'avait pas non plus été informé, « avant l'audience, [du] sens de ces conclusions », ce qui « l'a privé de la possibilité

public sont écrites – et, partant, déposées au greffe en temps utile et transmises aux parties et/ou à leurs avocats conjointement à l’avis de fixation, quinze jours au moins avant l’audience –, il n’y a pas lieu de remettre l’instruction de la cause ou de mettre la cause en prosécution : les parties peuvent alors, au plus tard à l’audience, et exclusivement en réponse aux conclusions du ministère public, déposer une note dans laquelle elles ne peuvent soulever de nouveaux moyens (article 1107, alinéa 2)(17).

Tout cela constitue évidemment un progrès, mais il faut rappeler que son fondement n’allait pas de soi :

« La conception suivant laquelle, dans l’exercice de sa mission d’*amicus curiae*, le ministère public entrerait dans un débat contradictoire avec les parties est profondément erronée. Les conclusions prises par l’avocat général ne sont pas destinées à la discussion ; elles sont données à la Cour. Si les parties peuvent aujourd’hui y répliquer – ce qui est un progrès –, c’est moins par souci du contradictoire que dans le but de permettre à la Cour, quand il est fait usage de cette faculté, de recueillir un ultime éclairage sur les questions de recevabilité et sur les questions de droit proposées par les moyens. Le ministère public ne se voit pas reconnaître (et ne souhaite pas se voir reconnaître) la possibilité de répliquer à son tour par un nouvel avis ou un avis complémentaire, ni de répondre aux notes de délibéré des parties. Cette attitude est [...] justifiée par la position occupée par l’avocat général qui n’est pas une partie ni même assimilable à une partie, mais exclusivement un *amicus curiae*. Le ministère public suit un chemin parallèle à celui emprunté par chacune des parties [...], mais ces chemins ne se croisent pas réellement » (18).

6. Lorsque c’est le *défendeur* qui, dans son mémoire en réponse, souleve une fin de non-recevoir au pourvoi, le demandeur peut y réagir par

de déposer une note de délibéré pour y répliquer ». La Cour en a déduit que la cause du requérant n’avait pas fait l’objet d’un examen équitable dans le cadre d’un procès contradictoire, et que l’article 6, § 1^{er}, de la Convention avait dès lors été violé (§§ 50 et 51).

(17) Cass., 7 février 2012, *Pas.*, n° 89 (en matière pénale) ; dans cette espèce, la veille de l’audience, le demandeur fit savoir à la Cour au moyen d’une télécopie qu’il demanderait la remise afin de répondre aux conclusions écrites du ministère public ; il réitéra cette demande à l’audience ; les conclusions écrites ayant été, en temps utile, déposées et notifiées aux parties, il ne pouvait plus être fait application que de l’article 1107, alinéa 2, lequel permet de déposer *au plus tard à l’audience* une note, et non de la possibilité prévue à l’article 1107, alinéa 3, qui permet à une partie d’encore demander une remise à l’audience ; cette dernière possibilité existe en effet *uniquement si le ministère public a conclu verbalement à l’audience* (ou lorsque ses conclusions écrites n’ont pas été déposées en temps utile au greffe ou notifiées en copie aux parties). La Cour fixe alors le délai dans lequel cette note doit être déposée, et elle ne peut avoir égard à un écrit qui serait déposé en dehors de ce délai (Cass., 30 mars 2011, *Pas.*, n° 238, *Rev. dr. pén.*, 2011, p. 807). La note en réponse visée à l’article 1107, alinéa 3, ne peut par ailleurs contenir aucun moyen autre que ceux qui ont été invoqués dans un mémoire régulièrement déposé (Cass., 28 mai 2013, *Pas.*, n° 327).

(18) P. GÉRARD, « Retour sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme relative à la Cour de cassation. Plaidoyer pour un revirement », in *Imperat Lex. Liber amicorum Pierre Marchal*, *op. cit.*, p. 71. L’auteur renvoie à l’analyse de la loi du 14 novembre 2000 par M. le procureur général du JARDIN (« L’intervention du ministère public dans la procédure en cassation... », *op. cit.*, pp. 97-98).

un *mémoire en réplique* ; c'est la seule hypothèse où cette faculté lui est offerte par l'article 1094, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire(19). Pour le surplus, et cette fois en vertu d'un usage constant (que ne consacre certes formellement aucune disposition légale), il est loisible aux parties de rédiger une « note de plaidoirie anticipée » en vue de rencontrer, non pas des conclusions défavorables du ministère public, mais (pour le demandeur) les objections élevées par le *mémoire en réponse du défendeur* quant à la recevabilité et au fondement de l'un ou l'autre moyen et (pour le défendeur) ladite note du demandeur(20). Selon J. Kirkpatrick, « le fondement légal de cette pratique se trouve dans le droit, consacré par l'article 1086 du Code judiciaire, de plaider devant la Cour de cassation » mais également, lorsque le mémoire en réponse oppose une fin de non-recevoir à un moyen, « dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et dans le respect du principe du contradictoire »(21). À au moins deux reprises, les première et troisième chambres néerlandaises de la Cour ont pourtant estimé, très curieusement, qu'aucune disposition légale ne prévoit la possibilité de déposer une note de plaidoirie anticipée en réaction à un mémoire en réponse, et qu'une telle note est dès lors irrecevable(22). Il faut espérer qu'il s'agit là d'errements qui demeureront isolés.

(19) Cass., 31 mai 1996, *Bull.*, n° 201 : en matière civile, la Cour n'a pas égard à l'écrit intitulé « mémoire en réplique » préalablement signifié à l'avocat du défendeur et remis au greffe de la Cour à l'intervention de l'avocat du demandeur, lorsque le défendeur n'a pas opposé de fin de non-recevoir au pourvoi ; un tel écrit est irrecevable. La solution paraît bien sévère : la Cour aurait pu retenir que, nonobstant son intitulé impropre, l'écrit en question constituait une *note de plaidoirie anticipée* qui, elle, est parfaitement recevable.

(20) C'est notamment au moyen d'une note de plaidoirie anticipée que le demandeur fera le cas échéant valoir que le mémoire en réponse est tardif et, partant, irrecevable. Dans le même ordre d'idées, le conseil du défendeur, s'il est consulté trop tard, n'établira pas un mémoire en réponse, qu'il sait irrecevable (art. 1093, al. 1^{er} et 2, du Code judiciaire), mais bien (parfois) une note de plaidoirie, afin d'espérer pouvoir malgré tout faire valoir ses arguments. En vain, toutefois : la Cour n'a pas égard à une note de plaidoirie que déposerait la partie défenderesse qui n'a pas répondu dans le délai (Cass., 17 mars 2011, R.G. n° C.10.0019.F). Une note de plaidoirie peut par ailleurs avoir comme objet principal, sinon exclusif, de porter à la connaissance de la Cour un développement nouveau dans le litige objet du pourvoi (modification d'une circonstance de fait importante, nouvelle décision intervenue, etc.).

(21) J. KIRKPATRICK, « La recevabilité des notes de plaidoirie déposées devant la Cour de cassation en matière civile avant les conclusions du ministère public », note sous Cass., 3 novembre 2011, *J.T.*, 2012, p. 281, n° 3. L'auteur ajoute que « même lorsque la note de plaidoirie a pour objet de formuler des observations sur le mémoire en réponse qui ne concernent pas la recevabilité du moyen, le dépôt d'une note de plaidoirie anticipée se justifie par le souci de l'avocat du demandeur de porter ses observations à la connaissance du conseiller rapporteur et du ministère public sans attendre l'audience pour que ceux-ci puissent en tenir compte lorsqu'ils entreprendront l'étude du dossier. Enfin, cette pratique ménage le temps de la Cour, car lorsqu'on lui donne la parole à l'audience, l'avocat à la Cour de cassation qui a déposé une note se borne à s'y référer ».

(22) Cass., 3 novembre 2011, *Pas.*, n° 591 ; 30 janvier 2012, *Pas.*, n° 73 (qui juge irrecevable la note de plaidoirie de la demanderesse au motif qu'elle constituerait « en réalité une réplique à la réponse de la défenderesse au moyen »). Voy. déjà Cass., 22 septembre 2011, *Pas.*, n° 488, et la note de B. VERLOOY, « Pleitnota's voor het Hof van Cassatie in burgerlijke zaken », *R.A.B.G.*, 2012, p. 384, mais l'hypothèse était ici différente : la défenderesse avait déposé un mémoire en réponse opposant une fin de non-recevoir au

Ni la note en réponse aux conclusions du ministère public, expressément prévue par le Code, ni la note de plaidoirie anticipée, qui ne l'est pas, ne constituent des pièces de la procédure à proprement parler, que la Cour devrait formellement viser⁽²³⁾ et auxquelles elle devrait expressément répondre le cas échéant⁽²⁴⁾. Elles n'en constituent pas moins des outils importants, précisément en vue d'assurer la contradiction et d'alimenter davantage la réflexion de la Cour. L'avocat à la Cour de cassation appréciera l'opportunité de déposer pareille note, selon le « danger » que présente l'argument qu'elle viserait à réfuter et la solidité de la réponse qui peut lui être réservée. Cette faculté permet précisément d'éviter de devoir plaider, et contribue dès lors à militer en faveur d'une procédure qui pourrait être, en règle, entièrement écrite (voy. *infra*). Bien entendu, de telles notes ne peuvent, du point de vue du demandeur, développer des moyens que sa requête ne contiendrait pas (article 1080 du Code judiciaire) et, du point de vue du défendeur, compléter un mémoire en réponse lacunaire⁽²⁵⁾.

pourvoi ; les demandeurs y avaient répondu par un mémoire en réplique ; la défenderesse a alors elle-même réagi à celui-ci par une note de plaidoirie dans laquelle elle invoquait *d'autres moyens de défense* quant à l'irrecevabilité du pourvoi en cassation. La Cour a logiquement jugé cette note irrecevable, « aucune disposition légale ne prévoyant la possibilité de déposer une "note de plaidoirie" en réponse à un mémoire en réplique » ; le défendeur est en effet tenu de présenter *en même temps et dans un unique mémoire en réponse* toutes les considérations qu'il entend développer en réponse au pourvoi.

(23) Les arrêts de la Cour ne visent jamais formellement le mémoire en réponse, sauf pour indiquer que la Cour n'y a pas eu égard (par exemple en raison de ce qu'il oppose une fin de non-recevoir au pourvoi, fût-elle partielle, mais n'a pas été signifié à l'avocat du demandeur avant son dépôt au greffe, ainsi que l'impose en pareil cas l'art. 1092, al. 4, C. jud.). La sanction est alors implacable : le mémoire en réponse est irrecevable (pour un exemple récent, Cass., 16 mai 2019, n° C.18.0419.F). La Cour statue bien entendu sur les fins de non-recevoir (au pourvoi ou à l'un ou l'autre moyen) qu'aurait opposées le défendeur, mais pour le surplus elle n'a pas à rencontrer les arguments que celui-ci fait valoir en défense. Les conclusions écrites du ministère public, en revanche, s'y réfèrent parfois (en général pour en épouser l'argumentation et conclure au rejet). Rappelons que le défendeur n'a aucunement l'obligation de répondre au pourvoi : la Cour juge tant en l'absence qu'en présence des avocats et des parties (art. 1108 C. jud.) et tous ses arrêts sont réputés contradictoires (art. 1113, al. 1^{er}). Le lecteur d'un arrêt saura qu'un mémoire en réponse a été déposé en constatant que le défendeur était assisté et représenté par un avocat à la Cour de cassation.

(24) B. Maes regrette que la loi du 10 avril 2014, dont il va être question, ne soit pas davantage prolixe à cet égard : « *Jammer is dan wel dat de nieuwe wet nergens [...] preciseerd hoe de eiser kan repliceren hetzij op een door het openbaar ministerie of het Hof ingeroepen middel van niet-ontvankelijkheid tegen het cassatieberoep (hypothese van art. 1097), hetzij op een door het openbaar ministerie of het Hof ingeroepen niet-ontvankelijkheid van een cassatiemiddel (hypothese van art. 1097/1). Meer algemeen heeft de wetgever niet gemeend het gebruik van "replik-" of "pleit-nota's" formeel te regelen. Dit is kennelijk een gemiste kans om die leemtes op te vullen* » (B. MAES, « De hervorming van de cassatieprocedure in civiele zaken en in tuchtzaken », in B. MAES et P. WOUTERS (dir.), *Procéder devant la Cour de cassation – Procederen voor het Hof van Cassatie*, op. cit., p. 313 ; du même auteur, « Eigentijds procederen in cassatie : back to the future ? », in *Le Code judiciaire à 50 ans. Et après ? – 50 jaar Gerechtigelijk Wetboek. Wat nu ? Hommage Ernest Krings & Marcel Storme*, Bruxelles, Larcier/Cour de cassation, 2018, p. 527).

(25) Le défendeur doit proposer dans un unique mémoire en réponse toutes les considérations qu'il entend développer en réponse au pourvoi ; la Cour ne peut avoir égard à un « mémoire en réponse ampliatif » ou complémentaire qu'il viendrait à déposer (Cass., 31 mars 2011, *Pas.*, n° 242 ; 3 avril 2009, *Pas.*, n° 236 ;

La loi du 10 avril 2014 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la procédure devant la Cour de cassation et la procédure en récusation (26) a poursuivi dans ce sillage, favorisant davantage encore, sous l'influence déterminante de la Cour européenne des droits de l'homme, les droits de la défense et la contradiction. L'article 1097, alinéa 3, prévoit désormais que la Cour ordonne, par un arrêt, la remise de la cause si elle entend examiner *d'office* une fin de non-recevoir au pourvoi. Ceci consacre la pratique existante, avec ce progrès que la remise de la cause est ordonnée *par un arrêt* – motivé – et non par une simple indication verbale à l'audience (27). Depuis la loi du 6 juillet 2017 (28), ceci s'applique également à l'hypothèse où la Cour envisage de prononcer d'office une *cassation sans renvoi* sans que le ministère public ait relevé cette possibilité dans des conclusions écrites (29).

7. Qu'en est-il à présent des fins de non-recevoir *aux moyens eux-mêmes*, nettement plus fréquentes que celles opposées au pourvoi dans son ensemble ? En synthèse, « un moyen irrecevable est un moyen qui n'entraîne pas la cassation et sur la pertinence duquel la Cour, en règle, ne se prononce pas. L'irrecevabilité du moyen peut résulter, en substance,

14 mars 2008, *Pas.*, n° 184 ; 14 décembre 2006, *Pas.*, n° 650 ; 2 mars 2006, *Pas.*, n° 119 ; 29 septembre 2003, *Pas.*, n° 460), pas plus qu'à une note de plaidoirie par laquelle le défendeur voudrait simplement compléter sa réponse.

(26) Sur cette loi : P. GÉRARD, « La réforme de la procédure en cassation en matière civile par la loi du 10 avril 2014 », *J.T.*, 2014, p. 689 et in B. MAES et P. WOUTERS (dir.), *Procéder devant la Cour de cassation – Procederen voor het Hof van Cassatie*, op. cit., p. 290 ; A. MEULDER, « La loi du 10 avril 2014 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la procédure devant la Cour de cassation et la procédure en récusation : *capita selecta* », *J.T.*, 2015, p. 333.

(27) L'hypothèse n'est guère fréquente, puisqu'elle suppose que ladite fin de non-recevoir n'ait été opposée ni par le défendeur ni par le ministère public. Elle se produit cependant parfois (par ex. Cass., 8 novembre 2002, *Pas.*, n° 595).

(28) Loi du 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice, *M.B.*, 24 juillet 2017.

(29) En vertu de l'art. 1109/1, al. 2, du Code judiciaire, la Cour peut désormais, d'une manière générale – soit en dehors des décisions rendues sur la compétence – prononcer une cassation sans renvoi, « sauf s'il y a lieu de renvoyer la cause conformément à l'article 1110 » (en d'autres termes : sauf s'il y a lieu de renvoyer la cause, soit devant une juridiction souveraine du même rang que celle qui a rendu la décision cassée, soit devant la même juridiction, autrement composée, de sorte que cette « restriction » n'a en définitive aucune portée). L'hypothèse est très rare. Rappelons par ailleurs que l'al. 4 de l'art. 1110 impose, depuis ladite loi du 6 juillet 2017, à la juridiction de renvoi de *se conformer à l'arrêt de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par elle*, aucun recours en cassation n'étant admis contre la décision de cette juridiction en tant que celle-ci est conforme à l'arrêt de cassation. Cette réforme sonne le glas de ce que l'on appelait autrefois les « arrêts de rébellion ». Sa pertinence pourrait être discutée, mais tel n'est pas ici notre propos. L'avocat à la Cour de cassation doit la garder à l'esprit et parfois mettre son client en garde : dans un dossier où l'on peut articuler des critiques « formelles » raisonnablement solides, il peut être indiqué de ne pas y adjoindre une critique de droit incertaine, dont l'issue pourrait *in fine* s'avérer défavorable au client en « cadennassant » le litige dans un sens non conforme à ses intérêts.

de sa mauvaise rédaction ou d'une imperfection liée à l'instrument qui le contient, de sa tardiveté, de son imprécision, de son inadéquation par rapport au pourvoi, de son inconstitutionnalité, de son défaut d'intérêt, de son absence de base légale ou de sa nouveauté » (30). Rappelons brièvement les causes d'irrecevabilité des moyens (31) ; est irrecevable le moyen :

- qui ne vise que la violation de dispositions légales qui ne suffiraient pas, s'il était fondé, à entraîner la cassation (32) ;
- qui est pris de la violation d'une disposition légale étrangère au grief allégué, ou identifiée de manière inexacte ou incomplète ; ainsi en est-il des soi-disant principes généraux du droit qui n'ont en réalité jamais été reconnus comme tels par la Cour (33) ;
- qui n'indique pas, pour chacune des critiques qu'il élève, *en quoi* les dispositions légales qu'il vise ont été méconnues (34) ou qui, reprochant un défaut de réponse aux conclusions, ne précise pas exactement la localisation du passage pertinent et n'identifie pas le moyen, la défense ou l'exception à laquelle il n'aurait pas été répondu (35) ;
- qui est pris de la violation de la foi due à une pièce alors que celle-ci n'est ni reproduite intégralement dans l'arrêt attaqué ni jointe au pourvoi dans une copie certifiée conforme par les conseils des parties (ou, le cas échéant et à défaut, par l'avocat à la Cour de cassation du demandeur lui-même), ou qui soulève une irrégularité de procédure alors que la pièce dont celle-ci résulterait ne figure pas au dossier de la procédure ;
- qui est *nouveau* : on sait le volume d'encre que cette notion, qui fut au cours des dernières années revisitée et affinée, a fait couler (36) ;

(30) J. DE CODT, « La présentation des moyens de cassation », in B. MAES et P. WOUTERS (dir.), *Procéder devant la Cour de cassation – Procederen voor het Hof van Cassatie*, op. cit., p. 139. L'éminent auteur s'en explique ensuite en détail (pp. 139-148), dans une étude centrée sur les pourvois en matière répressive, mais dont l'essentiel des enseignements vaut aussi en matière civile.

(31) Pour un exposé complet, voy. P. GÉRARD, H. BOULARBAH et J.-Fr. VAN DROOGENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, op. cit., pp. 206-237 ; C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, op. cit., pp. 138-181.

(32) Voy. not. Cass., 8 janvier 2010, *Pas.*, n° 14.

(33) Voy. A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2005, p. 725. Pour le surplus, les exemples de ces règles sont nombreux et nous ne saurions les détailler dans le cadre limité de cette contribution.

(34) Voy. par ex. Cass., 4 mars 2010, *Pas.*, n° 150 ; 16 juin 2014, *Pas.*, n° 431.

(35) Cass., 23 octobre 2013, *Pas.*, n° 544 ; 11 février 2004, *Pas.*, n° 73.

(36) Voy. P. A. FORIERS, « La rédaction et la recevabilité des moyens de cassation en matière civile », in B. MAES et P. WOUTERS (dir.), *Procéder devant la Cour de cassation – Procederen voor het Hof van Cassatie*, op. cit., p. 412 ; L. SIMONT et P. A. FORIERS, « Office du juge et moyen nouveau dans la jurisprudence récente », in *Liber amicorum Ludovic De Gryse*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 411 ; B. WYLLEMAN, « L'obligation du juge civil

en synthèse, est nouveau le moyen (i) qui est fondé sur la violation de dispositions qui ne sont ni d'ordre public ni impératives, (ii) qui n'a pas été soumis au juge du fond, (iii) dont celui-ci ne s'est pas saisi de sa propre initiative, et (iv) dont il n'était pas tenu de se saisir(37) ;

- qui critique des décisions qui gisent en fait et, partant, relèvent du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond et échappent à la compétence de la Cour qui, comme l'on sait, « ne connaît pas du fond des affaires » en vertu de l'article 147, alinéa 2, de la Constitution(38) ; il serait plus exact de considérer qu'un tel moyen « ne peut être accueilli » : la distinction du fait et du droit est œuvre particulièrement délicate, contingente et parfois mouvante, et la Cour s'autorise – fort heureusement d'ailleurs – à opérer un contrôle marginal, au regard de certaines notions de droit, des déductions en fait du juge du fond(39) ; est de même irrecevable le moyen qui obligerait la Cour à procéder à une vérification de fait, pour laquelle elle est sans pouvoir, ou qui présuppose l'existence d'un fait non formellement constaté par l'arrêt attaqué (moyen mélangé de fait et de droit) ;
- qui, *même s'il est en soi fondé*, est dépourvu d'intérêt, notamment s'il affronte des considérations *surabondantes* de la décision attaquée, laquelle demeure justifiée par d'autres considérations non critiquées ou vainement critiquées(40) ; il en résulte que, si la décision est justifiée par plusieurs ordres de motifs ou fondements distincts, il faut pouvoir les attaquer tous afin de prétendre à son anéantissement, et, « si cela n'est pas possible, un avis négatif doit être émis »(41) ; il en va de la responsabilité de l'avocat à la Cour de cassation, qui doit parvenir à le faire admettre au correspondant et/ou au client ;

de soulever d'office les fondements juridiques et les moyens de droit », in *Rapport annuel 2017 de la Cour de cassation de Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 168-206.

(37) Voy. not. Cass., 14 février 2014, *Pas.*, n° 121, avec les concl. proc. gén. HENKES, alors avocat général ; 22 janvier 2015, n° C.14.0203.F ; 26 janvier 2017, *Pas.*, n° 58.

(38) Voy. p. ex. Cass., 7 novembre 2014, *Pas.*, n° 678.

(39) Qu'il suffise de penser aux notions de faute, de dommage et de lien causal (Cass., 19 février 2007, *Pas.*, n° 337) ou de présomptions de l'homme.

(40) Voy. par ex. Cass., 6 décembre 2013, *Pas.*, n° 664 ; 24 novembre 2008, *Pas.*, n° 658. Sur l'irrecevabilité des critiques dirigées contre des considérations surabondantes de la décision – ce qui est très fréquent, et qu'il faut donc souvent indiquer au client et/ou au correspondant –, voy. not. P. GÉRARD, « Le moyen qui, fût-il fondé, ne peut entraîner la cassation de la décision attaquée, est irrecevable à défaut d'intérêt », note sous Cass., 17 juin 2011, *R.C.J.B.*, 2012, pp. 457-462.

(41) P. A. FORTIERS, « La rédaction et la recevabilité des moyens de cassation en matière civile », *op. cit.*, p. 416.

- qui, dans une matière étrangère à l'ordre public, critique une décision conforme aux demandes formulées par la partie demanderesse dans ses conclusions d'appel (42).

8. Parmi les causes d'irrecevabilité à défaut d'intérêt, la *substitution de motifs* bénéficie d'un traitement procédural spécifique (43). Par ce mécanisme propre à la technique de cassation, d'un maniement complexe et qui recèle nombre de pièges, « la Cour de cassation, lorsque le dispositif de la décision attaquée est légal, conforme au droit mais que les motifs, c'est-à-dire la justification juridique qui en est donnée par le juge, sont erronés en droit, substitue à ces motifs donnés par le juge du fond et critiqués par le pourvoi, un motif de droit, fondé uniquement sur des éléments de fait constatés dans la décision attaquée ou dans les pièces auxquelles la Cour peut avoir égard, qui justifie légalement la décision attaquée et rejette le pourvoi, en déclarant le moyen irrecevable à défaut d'intérêt » (44). Par sa mise en œuvre, « la Cour "découvre" un fondement juridique du dispositif attaqué, que les parties n'ont pas nécessairement pu déceler à la lecture de la décision attaquée et qui suffit à rejeter la prétention du demandeur en cassation, en déclarant le moyen irrecevable » (45). Ce risque est en général aperçu au stade de la consultation préalable, mais il demeure parfois difficile à prévoir. Il paraît indispensable que le demandeur puisse s'exprimer si son pourvoi devait échouer en raison d'une substitution de motifs, que ce soit par une note de plaidoirie répondant au mémoire en réponse si c'est le défendeur qui suggère celle-ci, ou, à plus forte raison,

(42) Cass., 29 janvier 2015, *Pas.*, n° 69 ; 3 mai 2013, *Pas.*, n° 277 ; 16 mars 2012, *Pas.*, n° 175, avec les concl. av. gén. GENICOT ; 1^{er} mars 2012, *Pas.*, n° 142.

(43) D'une manière générale, « un moyen est dénué d'intérêt lorsque la Cour de cassation constate que, pour une raison ou une autre, il critique des motifs de la décision attaquée peut-être erronés mais qui n'ont aucunement influencé la légalité de son dispositif, celui-ci étant soutenu ou susceptible d'être soutenu par un autre motif exprimé par la décision elle-même ou susceptible d'être déduit des constatations qu'elle comporte. [...] Les principales applications de ces principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation sont la substitution de motifs et la surabondance du motif critiqué, mais ce ne sont pas les seules » (P. GÉRARD, « Le moyen qui, fût-il fondé, ne peut entraîner la cassation de la décision attaquée, est irrecevable à défaut d'intérêt », *op. cit.*, pp. 453-454).

(44) A. DECROËS, « La substitution de motifs par la Cour de cassation », *Ann. Dr. Louvain*, 1998, p. 425, ici p. 464. Dans cette ample étude, l'auteur plaide déjà pour la soumission de la substitution de motifs au principe du contradictoire (pp. 474-479).

(45) D. DE ROY, « Aspects procéduraux de la substitution de motifs par la Cour de cassation en matière civile », in *Rapport de la Cour de cassation 2006*, p. 177. L'auteur évoque (p. 178) le « procédé par lequel la Cour, tout en suggérant qu'un moyen pourrait être déclaré fondé, en tant qu'il est dirigé contre certains motifs d'une décision, au demeurant légale, assigne à celle-ci un fondement juridique autre, qu'elle substitue au motif critiqué par le moyen, dans la mesure où l'y autorisent les éléments de fait auxquels elle peut avoir égard. Justifiée par le motif substitué, la décision se trouve immunisée contre les effets d'un moyen qui eût pu être déclaré fondé, mais qui, ainsi rendu inapte à entraîner la cassation, est dépourvu d'intérêt et considéré comme irrecevable ».

par une note en réponse aux conclusions du ministère public – ou à la Cour elle-même – si c'est au stade ultérieur que cet écueil surgit.

Dans son arrêt *Clinique des Acacias c. France* du 13 octobre 2005⁽⁴⁶⁾, la Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs censuré la technique de la substitution de motifs pratiquée par la Cour de cassation – en France comme en Belgique – afin de valider la décision attaquée en prenant appui sur un motif de droit *que le demandeur en cassation n'avait pas eu la possibilité de discuter*.

La loi précitée du 10 avril 2014 a appliqué cet enseignement en insérant dans le Code judiciaire un article 1097/1 aux termes duquel « l'article 1097 est applicable lorsqu'il apparaît au ministère public ou à la Cour qu'un moyen pourrait s'avérer irrecevable *après substitution d'un motif de droit* à celui dont il dénonce l'illégalité »⁽⁴⁷⁾. La fin de non-recevoir opposée au moyen et déduite d'une substitution de motifs doit dès lors obligatoirement être préalablement soumise à la contradiction⁽⁴⁸⁾. Précisons qu'une remise de la cause ne devra pas être prononcée si le défendeur, dans son mémoire en réponse, a lui-même suggéré ladite substitution de motifs, exercice qui n'est pas si rare lorsqu'il s'agit de répondre à un pourvoi : la portée pratique de la règle est limitée à l'hypothèse où c'est la Cour qui, *motu proprio*, envisage pareille substitution. En effet, si c'est le ministère public qui entend la suggérer, il le fera très généralement au travers de conclusions écrites et, en pareil cas, le demandeur n'attendra pas qu'une remise de la cause soit ordonnée : il veillera, dans toute la mesure du possible, à rencontrer cette suggestion et à se défendre à son encontre au travers d'une note en réponse aux conclusions du parquet, qu'il lui est toujours possible de déposer, on l'a vu, en application de l'article 1107, alinéas 2 et 3, du Code judiciaire. Pareille procédure n'enfreint pas l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la C.E.D.H.⁽⁴⁹⁾

(46) *J.T.*, 2005, p. 677, obs. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « La substitution de motifs astreinte à la contradiction » (qui observe *in fine* que, par cet arrêt, « seules les substitutions de motifs pratiquées à l'initiative de la Cour sont visées ; force est de constater qu'elles ne sont heureusement pas légion »). Il y eut ultérieurement d'autres arrêts dans le même sens.

(47) Voy. par ex. Cass., 18 mars 2016, *Pas.*, n° 190 (remise précédemment ordonnée par arrêt du 22 janvier 2016). Avant même l'avènement de l'obligation inscrite à l'article 1097/1 du Code judiciaire, depuis la loi du 10 avril 2014, la Cour avait adapté sa manière de traiter une substitution de motifs soulevée d'office en ordonnant, avant de statuer sur la recevabilité du moyen, la remise de la cause pour permettre aux parties et au ministère public de prendre position (Cass., 19 mars 2007, *Pas.*, n° 145 ; 26 juin 2008, *Pas.*, n° 402 ; 23 avril 2009, *Pas.*, n° 274).

(48) J. VAN COMPERNOLLE, « Contradiction et égalité des armes dans l'instance de cassation : une évolution inachevée », in *Cour de cassation de Belgique. 175^e anniversaire*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 120-124.

(49) Lorsque le représentant du ministère public présente ses conclusions pour la première fois oralement à l'audience publique devant la Cour de cassation, tant les parties à l'instance que les juges et le public

9. Selon certains, il eût été indiqué d'étendre la remise de la cause, afin de permettre aux parties – et spécialement au demandeur – de faire valoir leurs observations, à *toutes* les hypothèses où soit le ministère public, soit la Cour, soulève d'office une fin de non-recevoir, non seulement au pourvoi, *mais également aux moyens*(50). Cela nous semblerait déraisonnable, et c'est ici que nous touchons aux « paradoxes » d'une contradiction formalisée à l'excès. Le parallèle avec l'obligation faite au juge du fond de rouvrir les débats s'il entend fonder sa décision sur un moyen (de fait ou de droit) non invoqué par les parties ne convainc guère, car il s'agit alors de soumettre à la contradiction tout élément déterminant l'issue au fond du litige, le fondement de l'action ; les causes d'irrecevabilité des moyens de cassation, qui relèvent de la technique de cassation, sont d'une autre nature. Elles doivent être préalablement aperçues par l'avocat à la Cour de cassation, et il lui appartient, soit d'y objecter dans les développements du moyen concerné, soit, si elles sont trop sérieuses, de déconseiller la présentation dudit moyen. Ceci fait partie de la « stratégie » qu'il élabore avec le client et/ou le correspondant.

Le législateur a opté pour une voie médiane en prévoyant, dans ce même article 1097/1, que l'article 1097 est applicable lorsqu'il apparaît au ministère public ou à la Cour qu'un moyen pourrait s'avérer irrecevable *sur la base d'un élément que le demandeur ne pouvait prévoir*. Ceci constitue une nouveauté. On l'a d'emblée relevé : le critère ainsi retenu « laisse, il est vrai, un large pouvoir d'appréciation à la Cour sur le point de savoir si la fin de non-recevoir envisagée est de nature à vraiment surprendre le demandeur, mais s'il y a une crainte à nourrir c'est de voir la Cour user de ce pouvoir de manière excessivement restrictive plutôt que l'inverse »(51).

en découvrent le sens et le contenu à cette occasion ; « en conséquence, aucun manquement au principe de l'égalité des armes ne se trouve établi, les requérants ne pouvant 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 l'autre partie à l'instance ni au rapporteur ni aux juges de la formation de jugement » (arrêt *Wynen c. Belgique* du 5 novembre 2002, § 38, renvoyant *mutatis mutandis* aux arrêts *Nideröst-Huber c. Suisse* du 18 février 1997, § 23, et *Kress c. France* du 7 juin 2001, § 73).

(50) B. MAES, « Naar een vernieuwde en versnelde cassatieprocedure », in *Liber amicorum Ludovic De Gryse*, *op. cit.*, pp. 394-395.

(51) P. GÉRARD, « La réforme de la procédure en cassation en matière civile par la loi du 10 avril 2014 », *op. cit.*, p. 693, n° 23 ; dans le même sens, B. MAES, « De hervorming van de cassatieprocedure in civiele zaken en in tuchtzaken », *op. cit.*, p. 313 (« *het criterium van 'onvoorzienbaarheid' laat een beoordelingsruimte voor het Hof, dat hopelijk hieraan geen al te restrictieve invulling zal geven* »). D. DE ROY observe pour sa part (« Aspects procéduraux de la substitution de motifs par la Cour de cassation en matière civile », *op. cit.*, p. 176) que, réserve faite d'une substitution de motifs à laquelle la Cour choisirait de procéder d'office, « la procédure en cassation rend exceptionnel le risque de surprendre les parties. La décision par laquelle la Cour statue sur le pourvoi ne repose normalement pas sur des éléments que n'ont pas livrés les parties ou le ministère public et qu'il y aurait donc lieu de soumettre à débat dans le respect de la contradiction ».

L'expérience semble bien confirmer qu'une remise de la cause pour ce motif est rarissime(52). L'exemple cité, repris dans l'exposé des motifs de la loi du 10 avril 2014, est celui où, saisie d'un moyen pris de la violation d'une norme dont le caractère d'ordre public est généralement admis en doctrine, voire fut déjà reconnu par la Cour, celle-ci déciderait de le rejeter comme nouveau au motif que, tout bien considéré, la norme en question n'est ni d'ordre public ni impérative(53) ; autant dire une hypothèse on ne peut plus exceptionnelle.

10. Le principe est que le juge est tenu de veiller à ce que tous les éléments *susceptibles d'influencer la solution du litige* – tous ceux-ci, mais rien que ceux-ci, par opposition aux éléments dépourvus d'incidence sur la décision – fassent l'objet d'un débat contradictoire entre les parties(54). Le droit à une procédure contradictoire au sens de l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention, tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour, implique non seulement la faculté de prendre connaissance des observations produites par l'autre partie, ainsi que de les discuter(55), mais également, plus généralement, le droit pour les parties à un procès de se voir communiquer et de pouvoir discuter et contredire tout argument, toute pièce ou observation présentée au juge (fût-ce par un magistrat indépendant), et de nature à influencer sa décision(56). Cela était déjà consacré par notre Cour de cassation, mais endéans certaines limites(57).

(52) Jusqu'en 2016, on ne décelait aucun cas d'application. M^{me} le conseiller Regout (« Quelques évolutions récentes de la procédure en cassation en matière civile », in *Cour de cassation de Belgique. Rapport annuel 2016*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 202) lançait alors l'idée que « peut-être le barreau pourrait-il utilement signaler à la Cour les cas dans lesquels celle-ci a surestimé les talents divinatoires de ses membres ? » : la chose n'est vraiment pas aisée...

(53) P. GÉRARD, « La réforme de la procédure en cassation en matière civile par la loi du 10 avril 2014 », *loc. cit.* ; A. FETTWIS, « La fin de non-recevoir au moyen, soulevée d'office par la Cour de cassation, et le principe de la contradiction », in *Liber Spei et Amicitiae Ivan Verougstraete*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 196-197.

(54) J. VELU et R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, 2^e éd. par R. ERGEC, *op. cit.*, p. 505, n° 474 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Faire l'économie de la contradiction ? », *op. cit.*, p. 209, citant l'arrêt *Verdu Verdu c. Espagne* du 15 février 2007, J.T., 2007, p. 543, obs. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK ; dans le même sens, Cass., 13 septembre 1999, *Bull.*, n° 455.

(55) Voy. not. l'arrêt *Wynen c. Belgique* du 5 novembre 2002, § 32.

(56) A. FETTWIS, « La fin de non-recevoir au moyen, soulevée d'office par la Cour de cassation, et le principe de la contradiction », *op. cit.*, pp. 180-181 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Le droit de se défendre soi-même contre les conclusions du parquet de cassation », note sous l'arrêt *Voisine c. France* du 8 février 2000, *RTDH*, 2001, p. 829.

(57) Cass., 13 septembre 1999, *Bull.*, n° 455, *R.C.J.B.*, 2000, p. 744, note S. VAN DROOGHENBROECK, « La réplique au ministère public : *quousque tandem* ? », pp. 748-771, qui confronte cette décision à l'arrêt *Vermeulen* de la Cour de Strasbourg du 20 février 1996 (conceptions formelle et matérielle du principe du contradictoire) et en appelle à une intervention législative. La Cour de cassation précise que toutefois, en matière civile, les parties au procès ne peuvent tirer ni de l'article 6.1 de la C.E.D.H. ni du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense « un droit illimité de contredire, après la clôture des débats, l'avis donné au juge par un magistrat indépendant du ministère public », ce droit se limitant « à ce qui est nécessaire pour garantir lesdits droits et, notamment, le droit à un examen équitable de la cause et cette nécessité doit être appréciée à la lumière de l'intégralité de la procédure ». En l'espèce, le demandeur avait sollicité une réouverture

Quoique vague et imprécise, on peut naturellement admettre et approuver cette notion « d'élément que le demandeur ne pouvait prévoir ». Outre l'exemple cité plus haut, on pourrait aussi penser à l'hypothèse où survient, postérieurement au pourvoi, un développement susceptible d'influer sur la recevabilité – mais plus probablement sur le fondement ! – des critiques articulées par celui-ci : nouvelle décision dans la même cause, évolution législative avec effet rétroactif, arrêts récents de la Cour de justice de l'Union européenne ou de la Cour constitutionnelle, par exemple. Il restera à établir que les parties pouvaient légitimement *ignorer* ces développements, sans quoi il ne saurait s'agir *d'un élément que le demandeur ne pouvait prévoir* au sens de l'article 1097/1. Si elles ne les ignorent pas, ce qui sera sans doute le plus souvent le cas, c'est à elles qu'il appartient de prendre *l'initiative* d'en informer la Cour au moyen d'une note de plaidoirie, en exposant au besoin les conséquences que, selon elles, il convient d'en tirer quant au sort du pourvoi pendant.

11. Il ne serait pas souhaitable, à notre estime, que cette évolution de la procédure en cassation conduise à penser qu'il serait opportun de soumettre à la contradiction *toute fin de non-recevoir au moyen*, autre qu'une substitution de motifs, que la Cour envisagerait de soulever d'office.

Moyen imprécis, inopérant, nouveau, s'érigeant contre une appréciation en fait ou irrecevable à défaut d'intérêt : ces écueils devront avoir été aperçus *en amont*. « Normalement, le demandeur et son conseil doivent anticiper les réponses qui peuvent être apportées au pourvoi non seulement quant au fondement des moyens, mais aussi quant à leur recevabilité. C'est pourquoi, selon moi, la Cour n'a pas de "dette de contradiction" envers le demandeur lorsqu'elle déclare un moyen irrecevable au motif qu'il n'invoque pas, parmi les dispositions légales violées, telle disposition alors que la question de savoir si cette disposition doit être visée pour que le moyen soit recevable est controversée en doctrine et n'a pas encore été tranchée explicitement » (58).

des débats devant les juges du fond afin de lui permettre de répondre à une référence à deux arrêts de la Cour de cassation figurant dans l'avis du ministère public, et la Cour admit que ceci pût lui être refusé.

(58) P. GÉRARD, « La réforme de la procédure en cassation en matière civile par la loi du 10 avril 2014 », *loc. cit.*, avec réf. à Cass., 14 février 2005, *Pas.*, n° 89, avec les concl. proc. gén. LECLERCQ, alors premier avocat général (moyen irrecevable car il fait grief à la décision attaquée de violer diverses dispositions d'une loi étrangère et n'invoque pas la violation de la règle de conflit applicable) ; Cass., 4 avril 2009, *R.C.J.B.*, 2009, p. 248, note J. ETIENNE (moyen irrecevable car il fait grief à la décision attaquée d'appliquer une disposition légale nationale et invoque uniquement la violation de dispositions conventionnelles, mais non celle du principe général du droit de la primauté du droit communautaire sur toutes les normes nationales).

M. le président de section honoraire Albert Fettweis a consacré, à cette question précise, une étude particulièrement éclairante et qui conclut dans le même sens(59). Il y expose (p. 188, n° 12) qu'il résulte des enseignements de la Cour européenne des droits de l'homme que, « lorsqu'une cour de cassation soulève d'office, dans son délibéré, un moyen n'ayant fait antérieurement l'objet d'aucun débat et sans permettre aux parties de présenter des observations à ce sujet, elle prive la partie qui en est préjudiciée d'un procès équitable, lorsque l'élément soulevé d'office par la cour présente les trois caractéristiques suivantes :

- il est *décisif* ou déterminant pour l'issue du litige ;
- il est *de nature à surprendre* la partie concernée dans l'exercice de sa défense car il *n'était pas suffisamment prévisible* ;
- il *méritait d'être discuté* par les parties car *il était sujet à contestation* ».

Plaidant pour « une obligation de contradiction mesurée, adaptée à la spécificité de notre procédure en cassation » (pp. 194-198, n° 21-22), l'éminent auteur relève que la Cour « est amenée très régulièrement, lors de son délibéré, à déclarer un moyen, en tout ou en partie, irrecevable », et il estime que « l'obligation qui serait faite à la Cour de soumettre à la contradiction des parties toutes les fins de non-recevoir aux moyens qu'elle soulève d'office, désorganiserait sérieusement son fonctionnement autant qu'elle risquerait de dénaturer sa mission ». Il suggère dès lors d'appliquer les critères précités : « Le moyen soulevé d'office doit être soumis à la contradiction lorsqu'il est *décisif*, qu'il est *de nature à surprendre* une partie et qu'il *mérite d'être débattu* » (p. 195, n° 21). Nous rejoignons cette suggestion.

La fin de non-recevoir à un moyen de cassation sera toujours décisive – à l'égard de ce moyen du moins – et méritera en soi toujours d'être débattue, au regard des règles propres à la technique de cassation. Elle comportera évidemment une incidence effective sur le litige. Le deuxième de ces critères, *de nature à surprendre*, suppose en revanche quelques développements. On vise par là l'élément que le demandeur « ne pouvait

(59) A. FETTWEIS, « La fin de non-recevoir au moyen, soulevée d'office par la Cour de cassation, et le principe de la contradiction », in *Liber Spei et Amicitiae Ivan Verougstraete, op. cit.*, pp. 179-199. Voy. ég., du même auteur, « Le juge gardien de la contradiction, de la célérité du procès et de la loyauté procédurale, un subtil équilibre », in *Le Code judiciaire à 50 ans. Et après ? – 50 jaar Gerechtigelijk Wetboek. Wat nu ? Hommage Ernest Krings & Marcel Storme*, Bruxelles, Larcier/Cour de cassation, 2018, p. 413 (étude transversale mais relative au juge du fond et non au juge de cassation).

raisonnablement prévoir » (60). Cela sera par définition extrêmement rare. On observe avec pertinence que :

- « dans la grande majorité des cas, les fins de non-recevoir au moyen soulevées d'office par la Cour sont prévisibles pour le demandeur en cassation qui, assisté obligatoirement en matière civile dans notre pays d'un conseil hautement spécialisé en technique de cassation, doit veiller à ce que son moyen soit performant et puisse être reçu par la Cour » (61) ;
- « il appartient au demandeur d'anticiper les réponses qui peuvent être apportées à son pourvoi. Il lui incombe de s'assurer que le moyen n'est pas nouveau, mélangé de fait ou contraire à l'argumentation soumise au juge du fond [...]. Si ces objections ne sont pas soulevées par le défendeur au pourvoi, qui peut n'être pas représenté devant la Cour de cassation, elles peuvent évidemment l'être par la Cour elle-même *sans induire pour le demandeur aucun effet de surprise* : en attaquant un arrêt, *le demandeur doit anticiper les réponses qui peuvent tenir en échec son argumentation et aucune exigence de l'avertir ne pèse alors sur le juge de cassation* » (62).

12. On observera incidemment que la loi du 10 avril 2014 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la procédure devant la Cour de cassation a par ailleurs ajouté un troisième alinéa à l'article 1106 du Code judiciaire précisant que, le cas échéant, le greffier joint à l'avis de fixation *les questions que la Cour ou le ministère public envisagent de poser à l'audience*

(60) Étant observé que le texte de l'art. 1097/1 du Code judiciaire ne reprend pas, de manière regrettable à notre sens, l'adverbe « raisonnablement ».

(61) A. FETTWIS, « La fin de non-recevoir au moyen, soulevée d'office par la Cour de cassation, et le principe de la contradiction », *op. cit.*, p. 196. L'auteur conclut (p. 197) que, « dans la grande majorité des fins de non-recevoir opposées aux moyens, autres que celles résultant d'une substitution de motifs, [...] le critère "de nature à surprendre" ou "d'absence de prévisibilité suffisante" ne sera pas rencontré ». Dans le même sens, A. MEULDER, « La loi du 10 avril 2014 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la procédure devant la Cour de cassation et la procédure en récusation : *capita selecta* », *J.T.*, 2015, p. 338.

(62) E. BARADUC, « Le juge civil de cassation, le moyen relevé d'office et le principe de la contradiction », in *Mélanges Jean Buffet. La procédure en tous ses états*, LPA, 2004, p. 7, n° 24, cité par A. FETTWIS, « La fin de non-recevoir au moyen, soulevée d'office par la Cour de cassation, et le principe de la contradiction », *loc. cit.* Dans le même sens, dans son opinion en partie dissidente et en partie concordante sous l'arrêt *Wynen* précité – lequel concerne l'absence de possibilité pour le demandeur, en matière pénale, de répondre au mémoire en réponse du défendeur, dès lors qu'au moment où celui-ci lui est communiqué et déposé, le délai de deux mois qui lui est imparti pour soutenir son pourvoi est nécessairement expiré –, M. le juge P. Lemmens observe que « le cadre du litige devant la Cour de cassation était connu d'avance, et rien n'empêchait les requérants de développer une argumentation complète dans leur mémoire à l'appui du pourvoi, *en veillant [...] à anticiper l'argumentation éventuelle de leur adversaire* » (souligné par nos soins), qui plus est lorsque celle-ci « leur était largement connue pour se l'être vu opposer devant les juges du fond » (ce qui n'est naturellement pas toujours le cas ; tout dépend de la teneur du moyen soulevé). Il en va donc de la responsabilité du conseil du demandeur.

aux avocats, ou aux parties non représentées par un avocat, ayant déposé la requête en cassation ou un mémoire en réponse. Cette faculté, qui évoque les « plaidoiries interactives » devant les juridictions de fond, n'est pour ainsi dire – à notre connaissance – jamais utilisée (63). En 2016, M^{me} le conseiller Regout notait que, d'après les informations qu'elle avait pu recueillir, « cette possibilité n'aurait été utilisée tout au plus qu'une fois à ce jour » (64). Il n'en reste pas moins que l'on peut, en soi, approuver cette mesure « intéressante » (65), en ce qu'elle vise à introduire « une forme de “culture du débat” en cassation » (66). Cette possibilité pourrait s'avérer utile en prévision d'une fin de non-recevoir au moyen : M. le Président de section honoraire Fettweis est d'avis qu'« ainsi, outre la prononciation d'un arrêt de remise avant dire droit et l'interpellation des parties par le président à l'audience, la Cour disposerait d'une troisième manière, plus économe en temps que les deux premières, puisque se situant avant l'audience, d'inviter les parties à présenter leurs observations *sur les fins de non-recevoir envisagées d'office par la Cour* » (67).

Il revient donc aux membres du barreau de cassation d'identifier les pièges, et de les déjouer. L'un des exercices fréquents lors de l'analyse d'un dossier consiste d'ailleurs, une fois identifié un moyen envisageable, à se « mettre dans la peau du défendeur » et à imaginer ce qui pourrait y être opposé. Si l'objection paraît insurmontable, on conclura que le moyen en question est trop faible et on y renoncera. Si elle peut être jugulée, on le rédigera en conséquence, en veillant par exemple, dans la requête, à « contourner l'obstacle » au moyen des développements du moyen. Outre qu'elle est de nature à solidifier la critique et à diminuer les risques d'échec, cette petite gymnastique est toujours intellectuellement stimulante. Au stade de l'avis préalable, l'avocat à la Cour de cassation se doit de déceler les faiblesses potentielles du moyen qu'il suggère ; le regard neuf qu'il porte sur le dossier qu'on lui soumet le lui permet.

(63) B. MAES, « Eigentijds procederen in cassatie: back to the future ? », in *Le Code judiciaire a 50 ans. Et après ? – 50 jaar Gerechtelijk Wetboek. Wat nu ? Hommage Ernest Krings & Marcel Storme*, Bruxelles, Larcier/Cour de cassation, 2018, p. 529, qui a l'impression que la Cour n'est guère enthousiaste à ce propos.

(64) M. REGOUT, « Quelques évolutions récentes de la procédure en cassation en matière civile », in *Cour de cassation de Belgique. Rapport annuel 2016*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 201.

(65) P. GÉRARD, « La réforme de la procédure en cassation en matière civile par la loi du 10 avril 2014 », *op. cit.*, p. 692, n° 17, et in *Procéder devant la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 290.

(66) B. MAES, « Naar een vernieuwde en versnelde cassatieprocedure », in *Liber amicorum Ludovic De Gryse*, *op. cit.*, p. 395 ; voy. ég. A. MEULDER, « La loi du 10 avril 2014 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la procédure devant la Cour de cassation et la procédure en récusation : *capita selecta* », *loc. cit.*

(67) A. FETTWEIS, « La fin de non-recevoir au moyen, soulevée d'office par la Cour de cassation, et le principe de la contradiction », *op. cit.*, 2011, p. 199 (souligné par nos soins).

L'avis mettra toujours l'accent sur les réserves dont les critiques dégagées doivent être assorties, et sur les objections auxquelles elles risquent de se voir confrontées.

13. Permettre aux parties d'objecter à une fin de non-recevoir à l'un des moyens, c'est aussi, qu'on le veuille ou non, les « contraindre » à le faire. Telle est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles, à notre sens, les remises à cette fin devraient demeurer exceptionnelles. En effet, s'il y a remise de la cause et invitation faite aux parties de prendre position, l'avocat à la Cour de cassation sera bien évidemment plus ou moins tenu, à l'égard de son correspondant, de le faire et donc de rédiger une note ; le client ne comprendra pas et n'admettra pas qu'il se taise, ce qu'il serait pourtant peut-être parfois tenté de faire si la fin de non-recevoir paraît fondée. L'autre écueil serait de devoir bon gré mal gré « sortir du bois », justifier comme l'on pourra la situation, au risque de devoir mettre à nu les faiblesses du moyen qui étaient dûment pressenties dans l'avis préalable(68), ou de devoir reconnaître à demi-mot qu'un moyen est mal ficelé alors que, peut-être, cela aurait pu être évité(69). Offrir au demandeur la possibilité de s'exprimer sur une telle question potentiellement délicate risquerait donc de s'avérer contre-productif et contraire à l'intérêt bien compris du client(70), ressemblant ainsi à un cadeau empoisonné. Il est permis de ne pas y être très favorable, et de souhaiter que cela demeure rarissime.

En somme, tout ouvrir, formellement, à la contradiction, institutionnaliser celle-ci à outrance, n'est pas forcément de bonne politique stratégique. D'une manière générale, les parties, « en vertu du principe dispositif, ne peuvent être contraintes à des actes dont, dans la maîtrise et la direction qu'elles ont de la défense de leur cause, elles ne veulent pas nécessairement »(71). Institutionnalisée et trop fréquemment mise en œuvre, la dette de contradiction deviendrait une *obligation* de contradiction : par le biais d'une réouverture des débats, le justiciable n'est pas

(68) Moyen irrecevable à défaut d'intérêt pour être dirigé contre un motif surabondant, moyen nouveau... Très souvent, l'objection aura été prévue et la recevabilité du moyen sera « pré-justifiée » dans les développements du pourvoi ; rien d'autre ne pourrait être dit en cas de remise de la cause.

(69) On pense surtout au moyen irrecevable à défaut de précision.

(70) Dans le même ordre d'idées, lorsque l'on est consulté afin de répondre à un pourvoi et qu'on s'aperçoit que celui-ci a toutes les chances d'être accueilli, on s'abstiendra de répondre : s'échiner à réfuter l'irréfutable est maladroit, car cela montre bien, entre les lignes, que l'on n'a rien de convaincant à opposer. En pareil cas, il est plus prudent de laisser la Cour trancher les mérites du pourvoi.

(71) J. DU JARDIN, « Le ministère public près la Cour de cassation, son impartialité au-delà – ou en dépit – des apparences », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 275.

seulement invité à s'exprimer, il est sommé de le faire. Dans la procédure en cassation en matière civile, il ne faut s'engager dans cette voie qu'avec une extrême prudence : ce qui, le plus souvent, aura fait l'objet d'explications données par l'avocat à la Cour de cassation à son correspondant et/ou au client, et d'une décision, le cas échéant « stratégique », mûrement réfléchi par celui-ci ou ceux-ci, peut gagner à ne pas devoir être dévoilé dans un écrit de procédure, précisément afin de mieux garantir, dans certaines hypothèses, les droits de défense tant actuels que futurs du justiciable. Du reste, « la contradiction des débats, au même titre que les autres garanties du procès équitable, sont, à semblables conditions, susceptibles de renonciation » (72).

II. LE MAINTIEN DE LA TRADITION, DANS UN ÉLAN DE MODERNITÉ

14. En vertu de l'article 1080 du Code judiciaire, la requête en cassation doit, en matière civile, à peine de nullité, être signée tant sur la copie que sur l'original par un avocat à la Cour de cassation et contenir *l'exposé des moyens de la partie demanderesse*, ses conclusions et l'indication des dispositions légales dont la violation est invoquée. Si l'arrêt ou le jugement attaqué contient plusieurs chefs, la requête doit énoncer l'indication précise de ceux contre lesquels le pourvoi est dirigé (article 1082, alinéa 1^{er}), et la cour ne peut connaître que des chefs de la décision indiqués dans la requête introductive (article 1095) (73).

De tout ceci résulte l'importance fondamentale, en matière civile, du *moyen* développé dans la requête. Il s'agit de « l'élément essentiel du pourvoi : il détermine la saisine de la Cour en traçant et limitant le droit de

(72) J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Pour les droits de la défense aussi : *iura vigilantibus* », obs. sous Cass., 16 février 2007, *J.T.*, 2008, p. 175 ; il appartient aux parties, et à elles seules, de juger si tel ou tel élément mérite effectivement la discussion (opinion dissidente commune des juges Lorenzen et Villiger sous l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Verdu Verdu c. Espagne* du 15 février 2007, *J.T.*, 2007, p. 545).

(73) Il ressort de ces dispositions « que la Cour de cassation ne possède en principe d'autres pouvoirs que ceux qui résultent de l'initiative des parties, traduite par les termes du pourvoi. Or, le pourvoi, voie de recours extraordinaire, est par essence limité, contrairement à la plénitude d'effet qui caractérise les voies de recours ordinaires, tel l'appel qui élève normalement au second degré tout le litige, sauf limitation expresse de sa portée par la partie appelante » (concl. av. gén. WERQUIN précédant Cass., 14 mai 2004, *Pas.*, n° 262). On peut ajouter que les éventuelles plaidoiries des parties ne peuvent porter *que sur les questions de droit proposées dans les moyens de cassation* (art. 1107, al. 1^{er}), ou bien sûr sur les fins de non-recevoir opposées au pourvoi ou aux moyens.

contrôle que lui ouvre la requête », et « la décision de la Cour ne peut [...] être comprise qu'à la lumière du moyen sur lequel elle statue » (74).

Le demandeur joue un rôle actif dans le cadre du pourvoi qu'il rédige, participant ainsi pleinement de la fonction de cassation au sens où l'entendent les droits belge et français. C'est lui qui, par les moyens qu'il choisit de développer, conditionne les interventions du défendeur puis du ministère public, et oriente le contrôle auquel il a décidé d'inviter la Cour à procéder. Celle-ci n'exerce en effet son contrôle de légalité des décisions qui lui sont déférées que dans la stricte mesure qu'imposent les termes du (ou des) moyen(s) pris par le demandeur à l'appui de son pourvoi. Il en résulte – hormis, récemment, de rares voix divergentes (75) – que l'exclusion du moyen relevé d'office en matière civile est affirmé d'une manière constante et de longue date (76). Le pourvoi doit nécessairement comporter au moins un moyen (77) et la Cour ne statuera que sur celui-ci. De ce qu'en matière civile (et dans les autres matières où la procédure civile est applicable), la Cour ne soulève pas de moyen d'office, il résulte que « le rôle du moyen est donc essentiel parce qu'il limite les questions soumises à la Cour. Le moyen joue par ailleurs un rôle déterminant lorsqu'il s'agit d'apprécier la portée d'un arrêt de la Cour tant sur le plan de la science du droit que sur celui de l'étendue d'une éventuelle cassation. Il permet de déterminer ce sur quoi la Cour s'est réellement prononcée » (78).

15. D'aucuns y voient une rupture de l'égalité des armes entre les parties : « Par la substitution de motifs procédant d'un moyen de pur droit, la Cour conforte la décision attaquée au profit du défendeur alors que l'exclusion traditionnelle du relevé d'office du moyen de droit l'empêche de censurer au profit du demandeur une décision pourtant entachée

(74) C. STORCK, « Considérations sur le moyen de cassation en matière civile », in *Liber Spei et Amicitiae Ivan Verougstraete*, op. cit., p. 97, spéc. pp. 98 et 100.

(75) Notamment celle du professeur VAN DROOGHENBROECK, voy. not. son « plaidoyer pour le relevé d'office des moyens de cassation en matière civile », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 868-872.

(76) Voy. not. C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, op. cit., pp. 130-132 ; F. RIGAUD, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, pp. 152-153 ; concl. Proc. gén. LECLERCQ précédant Cass., 23 mai 1929, *Pas.*, 1929, I, 194, et Cass., 28 mai 1936, *Pas.*, 1936, I, 273 ; concl. Proc. gén. CORNIL précédant Cass., 11 janvier 1952, *Pas.*, 1952, I, 249 ; A. MEEÛS, « L'étendue de la cassation en matière civile », *R.C.J.B.*, 1986, p. 271.

(77) Cass., 6 novembre 2014, *Pas.*, n° 674.

(78) P. A. FORIERS, « La rédaction et la recevabilité des moyens de cassation en matière civile », in B. MAES et P. WOUTERS (dir.), *Procéder devant la Cour de cassation – Procederen voor het Hof van Cassatie*, coll. Cassatio, KnopsPublishing/Barreau de cassation, 2016, p. 403.

d'illégalité »(79). Il existe pourtant entre les deux mécanismes une différence essentielle : le motif qu'il est au pouvoir de la Cour de substituer à celui que le moyen critique figure *au sein même de l'arrêt attaqué* – ou peut se déduire des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard –, et participe de la notion, centrale dans la technique de cassation, du défaut d'intérêt. Ouvrir à la Cour la possibilité de soulever d'office, en matière civile, un moyen de cassation qui pourrait, le cas échéant, s'écarter radicalement du cadre tracé par le demandeur dans son pourvoi mettrait assurément à mal le principe dispositif, duquel il résulte que *c'est au demandeur et à lui seul*, avec l'assistance spécialisée dont il bénéficie en cette matière, de délimiter les questions qu'il entend soumettre à la Cour et la manière dont il souhaite les lui soumettre, autrement dit de déterminer la stratégie qu'il poursuit. La Cour doit examiner si le demandeur démontre l'illégalité du *dispositif* de l'arrêt qu'il attaque ; lorsqu'elle « substitue, aux motifs critiqués sur lesquels le juge a fondé ce dispositif, des motifs propres à en faire apparaître la légalité », elle « ne soulève pas un moyen » mais ne fait « que se conformer à sa mission de vérifier le bien-fondé de l'accusation dirigée contre la décision attaquée »(80).

Les exigences du procès équitable ne sauraient suffire à tenir en échec ce principe, essentiel en procédure civile : dès lors précisément qu'elle épouse le cadre tracé par le demandeur lui-même, l'instance de cassation ne saurait être inéquitable à son détriment. Le procès est à la libre disposition des parties(81), et c'est précisément « le rôle dévolu à l'initiative des parties dans la procédure en cassation (qui) est la plus puissante justification de la prohibition du moyen d'office en matière civile »(82).

(79) J. VAN COMPERNOLLE, « Contradiction et égalité des armes dans l'instance de cassation : une évolution inachevée », in *Cour de cassation de Belgique. 175^e anniversaire*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 125, selon qui il s'agit d'une « asymétrie dont on peut sérieusement se demander si elle est compatible avec le principe constitutionnel d'égalité combiné avec les exigences du procès équitable consacrées par la jurisprudence de la Cour européenne ».

(80) C. STORCK, « Considérations sur le moyen de cassation en matière civile », *op. cit.*, p. 105.

(81) A. MEEÛS, « L'étendue de la cassation en matière civile », *op. cit.*, pp. 271-272. L'absence de relevé d'office de moyens en matière civile a naturellement des conséquences sur l'étendue de la cassation, puisque celle-ci est, en règle, limitée à la portée du moyen en vertu duquel elle est prononcée (voy. aussi E. KRINGS, « L'étendue de la cassation », *Act. Dr.*, 1995, p. 909).

(82) C. STORCK, « Considérations sur le moyen de cassation en matière civile », *op. cit.*, p. 102, et les réf. citées. Cette étude, qui constitue un plaidoyer solide et convaincant en ce sens, souligne avec pertinence, d'une part, qu'« un moyen de cassation, entendu comme un grief déduit contre une décision judiciaire de la violation alléguée d'une disposition légale, diffère substantiellement d'un moyen, fût-il de droit, élevé à l'appui ou à l'encontre d'une prétention » et, d'autre part, que « la Cour qui opère une substitution de motifs, en présence comme en l'absence du défendeur au pourvoi, ne le fait pas en faveur ou à l'avantage de ce défendeur ; elle préserve la chose jugée parce que celle-ci n'est pas affectée d'une illégalité qui seule peut justifier qu'il y soit porté atteinte », le constituant ayant « entendu que la chose jugée ne subisse que les

16. Outre la justification légale qui paraît évidente, liée à la mission même de la Cour, les avocats à la Cour de cassation sont à nouveau ici en première ligne. On observe judicieusement que le relevé d'office « semble peu compatible avec un système où la partie est obligatoirement représentée par un avocat à la Cour, dont le rôle de filtre a été maintes fois souligné » (83). On l'a déjà indiqué : ils portent sur le dossier qui leur est soumis un regard neuf, vierge, et développent une *stratégie* en étroite collaboration avec l'avocat de fond – conjugaison d'une compétence spécifique, d'une part, et d'une fine connaissance du dossier et du client, d'autre part –, au fil de laquelle l'orientation de cette phase particulière qu'est le pourvoi se dessine, et leur intervention conditionne la qualité du travail de la Cour. Il est indispensable que ceci reste, en matière civile, à la maîtrise des parties et de leurs conseils, à qui il revient d'élaborer le sésame permettant au client de parvenir au sommet d'« un escalier étroit et raide et où le ticket de recevabilité est réclamé impitoyablement » (84). L'intervention, en matière civile, d'un avocat spécialisé, qui a conçu et rédigé des moyens qui seuls saisissent la Cour, rend au demeurant théorique l'hypothèse où il existerait une autre critique, tout à fait différente (85), qui était performante et n'a pas été aperçue.

Enfin, si le relevé d'office en matière civile devait être consacré, devrait-on admettre que le demandeur puisse ne présenter *aucun moyen* et laisser la Cour les imaginer elle-même ? Tout le mécanisme du contrôle de cassation s'en trouverait dénaturé. Ou dira-t-on que la Cour ne peut soulever un moyen d'office que s'il y a *déjà* des moyens dans la requête ? Mais alors, pourquoi cette précaution qui, elle, dénaturerait ce contrôle d'office souhaité, qui par définition ne devrait supposer que l'introduction d'un pourvoi, acte devenant matériel et non intellectuel ? Et qui n'aperçoit que les avocats à la Cour de cassation seraient alors, inévitablement, très souvent « sommés » de formaliser un pourvoi, en vue de provoquer – à l'instar de la matière pénale, où d'autres impératifs sont en jeu et qui obéit à une procédure nettement différente – un « contrôle d'office » voué à

strictes atteintes nécessaires à la préservation, dans l'intérêt du citoyen, de l'exacte et uniforme application de la loi » (pp. 105-106 et 108).

(83) C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, op. cit., p. 131, qui ajoute (p. 132) « qu'à l'heure où les Cours suprêmes des pays de l'Europe occidentale, y compris la Belgique, s'interrogent sur les modes de régulation du flux des affaires nouvelles en cassation, l'idée d'un relevé d'office nous paraît inopportune ».

(84) R. SOETAERT, « Un arrêt de cassation est-il lisible ? », *J.T.*, 1980, p. 366.

(85) Il peut arriver que la Cour remédie aux relatives imperfections de la critique formulée, sans s'en éloigner ni la travestir, et l'accueille. Ce faisant, elle imprime une dose de « réponse d'office » à son arrêt. Il n'y a pas lieu d'aller plus loin.

l'échec ? Ils ne parviendraient plus à juguler l'acrimonie de certains justiciables en leur affirmant, démonstration à l'appui, qu'un pourvoi ne peut être formé dans leur dossier tout simplement parce qu'aucun *moyen* ne peut être décelé à l'encontre de la décision qui les mécontente, ce qu'ils font très régulièrement et qui relève de l'essence même de leur mission. Il va de soi que, lorsque la solution retenue – que ce soit au fond, ou dans la jurisprudence de la Cour de cassation sur la question considérée – « paraît injustifiée à l'avocat à la Cour de cassation consulté, il est de son devoir de tenter, par un pourvoi, d'amener la Cour à la revoir » ; pour autant, il doit aussi faire preuve d'« une aptitude particulière à la communication pédagogique » afin de dissuader l'introduction d'un pourvoi voué à l'échec, et est régulièrement amené à devoir témoigner d'une grande force de persuasion pour convaincre le client et/ou l'avocat correspondant qu'un moyen n'a aucune chance d'être accueilli (86).

On l'aura compris : imaginer que là où l'intérêt public n'est en rien concerné, la maîtrise de la matière litigieuse, y compris en cassation, échappe aux parties et que la Cour, organe de censure, soit autorisée à « inventer » les instruments de cette censure ne nous paraît nullement conforme au mécanisme du pourvoi tel qu'il existe dans notre pays, et reviendrait à mettre sous le boisseau le rôle de conseil et de rédacteur avisé de l'avocat de cassation.

17. La règle que la Cour ne peut statuer que sur les moyens qui lui sont présentés, la place – réelle mais par définition restreinte – qu'y occupe le principe du contradictoire, lequel s'exerce ici au moyen de notes en réponse et non verbalement, nous permet, pour conclure, de souligner qu'une évolution globale de la procédure en cassation nous semblerait méritoire. Elle s'inscrirait dans la ligne de la thèse, ici soutenue, d'une maîtrise la plus complète possible de celle-ci par les parties et leurs conseils. Comme l'on sait, cette phase du procès est, en raison des spécificités de son objet, essentiellement écrite (87) : les arguments élevés à l'encontre, ou au soutien, d'une décision rendue en dernier ressort le sont

(86) J. OOSTERBOSCH, « L'évolution du barreau de cassation », in *Le Code judiciaire a 50 ans. Et après ? – 50 jaar Gerechtelijk Wetboek. Wat nu ? Hommage Ernest Krings & Marcel Storme*, Bruxelles, Larcier/Cour de cassation, 2018, pp. 366-367.

(87) La procédure est écrite, sauf aux parties qui en ont respecté les règles à faire développer oralement leurs moyens à l'audience par un avocat inscrit au tableau d'un barreau (art. 1086 C. jud.). On l'a rappelé : les éventuelles plaidoiries, qui interviennent désormais *après* que le ministère public a donné ses conclusions, ne peuvent porter que sur les questions de droit proposées dans les moyens de cassation ou sur les fins de non-recevoir opposées au pourvoi ou aux moyens (art. 1107, al. 1^{er}, C. jud.). Les plaidoiries devant la Cour de cassation, du moins en matière civile, sont tout à fait exceptionnelles.

nécessairement par écrit, seul l'écrit permettant de leur conférer la finesse et l'approfondissement souhaités. La pratique des notes en réponse aux conclusions du ministère public ou des notes de plaidoirie anticipée, que nous avons évoquée, le confirme. Pourquoi, dès lors, cette procédure ne pourrait-elle pas être, dans la plupart des cas, *entièrement écrite* (88) ? L'audience qui la ponctue n'a bien souvent pas d'autre intérêt que celui de connaître la teneur des conclusions du ministère public lorsqu'elles sont verbales, le surplus de la pièce étant déjà joué au travers des écrits échangés (89). En France, modèle du recours en cassation au sens où nous l'entendons dans notre pays, les avocats peuvent être entendus après le rapport du conseiller rapporteur, présenté oralement, mais uniquement *s'ils le demandent* et les parties peuvent aussi être entendues, mais *après y avoir été autorisées par le président* (90).

De lege ferenda, le demandeur devrait pouvoir opter pour une procédure entièrement écrite, tout en pouvant, le cas échéant, y renoncer et solliciter qu'une audience classique ait lieu (91). Ceci serait de nature à entraîner, tant pour les avocats que pour les magistrats, un gain de temps et d'efficacité. Cette orientation devrait nécessairement aller de pair avec l'existence, dans les dossiers qui ne feraient pas l'objet d'une audience, de conclusions *écrites* du ministère public, auxquelles, comme on l'a vu, il est loisible aux parties de réagir. À l'heure actuelle, aucune disposition légale ni aucun principe général du droit n'oblige le ministère public près la Cour, qui n'est pas partie à la cause, à déposer des conclusions écrites ; les droits de la défense ne sont pas méconnus par le fait qu'il ne présente pas ses conclusions par écrit, pour autant que le demandeur ait le loisir d'y répondre avant la clôture des débats, à l'audience ou par une note de plaidoirie (92). Il serait souhaitable que les conclusions du parquet soient,

(88) Ce qui ne poserait pas problème au regard de l'art. 6.1 de la C.E.D.H. (droit à un procès équitable) ; voy. P. LEMMENS, « De waarborgen van een eerlijk proces in een cassatieprocedure », in *Liber amicorum Lucien Simont*, op. cit., pp. 158-159.

(89) D'ailleurs, lorsque le client lui-même entend y assister – ce que bien sûr rien ne lui interdit –, il est généralement déçu, et il aura souvent l'impression d'avoir perdu son temps.

(90) Art. 1018 du Code de procédure civile. Les avocats ne demandent que rarement à être entendus, seulement dans les affaires les plus importantes (J. HÉRON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., coll. Domat droit privé, Paris, LGDJ/Lextenso, 2015, p. 713, n° 887). La Cour de cassation statue toujours après avis du ministère public (art. 1019 C. proc. civ.), lequel, chez nos voisins, parle en dernier.

(91) Il resterait à déterminer – nous n'investiguerons pas ici ces questions, qui dépassent le cadre de la présente étude – si cette suggestion pourrait également être faite par le défendeur, si elle serait contraignante pour la Cour, si le ministère public pourrait également le demander, voire si la Cour elle-même pourrait l'imposer.

(92) Cass., 8 novembre 2000, *Pas.*, n° 607. Selon M. le Procureur général du Jardin, « la loi faisant obligation au ministère public de donner son avis dans toutes les affaires, la faculté lui est néanmoins laissée de choisir entre conclusions orales ou écrites. Le nombre élevé des pourvois en cassation ne lui aurait pas

en règle et sauf rares exceptions(93), *écrites*, ce qui convient du reste mieux à un exposé qui, par nature, gît en droit et non en fait. Ainsi qu'on l'a judicieusement observé, cela aurait le grand avantage que les recherches doctrinales et jurisprudentielles effectuées par le parquet ne soient pas « perdues », le dossier en conservant la trace(94) ; tout bénéficie tant pour les conseillers que pour les avocats à la Cour de cassation, mais également, en aval, pour les interprètes des arrêts (doctrine et juges du fond)(95). Cela préserverait par ailleurs l'impératif du contradictoire et des droits de la défense : en présence de conclusions seulement verbales, communiquées pour la première fois à l'audience mais longuement développées, références à l'appui, il n'est naturellement « pas aisé pour un avocat, fût-il même spécialisé, (d'y) répondre avec précision »(96).

En contrepartie, il est suggéré, en vue de ne pas alourdir excessivement la tâche du ministère public – au risque d'accroître le délai de traitement des dossiers –, de lui permettre de ne plus devoir conclure dans toutes les affaires(97), par exemple celles qui ne mettent en jeu qu'une question de motivation ou de foi due aux actes(98). La ligne de démarcation serait cependant délicate à fixer ; à tout le moins pourrait-on penser, dans les dossiers simples, à des conclusions « stéréotypées », suffisantes à donner aux parties et à la Cour l'éclairage nécessaire quant à l'orientation envisagée. Il ne conviendrait en tout cas pas que le parquet – dont l'éclairage

permis, dans sa composition actuelle, de conclure par écrit dans chaque dossier. Ce serait, au demeurant, souvent sans intérêt pour l'unité et l'évolution du droit, ni un avantage pour les justiciables, la procédure étant d'autant retardée. Il ne résulte d'ailleurs nullement des arrêts de la CEDH que les conclusions du ministère public doivent être écrites, les exigences européennes minimales ne l'imposant pas » (J. DU JARDIN, « L'intervention du ministère public dans la procédure en cassation telle qu'elle est réglée par la loi du 14 novembre 2000 », in *Liber amicorum Lucien Simont*, *op. cit.*, p. 96).

(93) On vise par là les hypothèses exceptionnelles où ceci serait impossible : celles où un arrêt doit intervenir à bref délai en raison de la nature du litige ou de circonstances très particulières.

(94) M. REGOUT, « *Verba volant, scripta manent*. Quant aux conclusions du parquet près la Cour de cassation en matière civile », in *Liber Spei et Amicitiae Ivan Verougstraete*, *op. cit.*, pp. 213-214. L'auteur plaide (p. 215) pour que soit « généralis(é) encore davantage le recours aux conclusions écrites, l'avis verbal étant réservé aux cas où l'urgence ne permet pas de conclure par écrit », mais aussi pour que l'on « dispens(e) le ministère public de donner un avis même verbal lorsque la question soulevée est sans intérêt pour l'unité de la jurisprudence ou le développement du droit ».

(95) M. REGOUT, « *Verba volant, scripta manent*. Quant aux conclusions du parquet près la Cour de cassation en matière civile », *op. cit.*, p. 222.

(96) *Ibid.*, p. 220.

(97) Ce qu'impose à l'heure actuelle l'art. 1105, al. 2, C. jud.

(98) B. MAES, « Naar een vernieuwde en versnelde cassatieprocedure », in *Liber amicorum Ludovic De Gryse*, *op. cit.*, pp. 396-397 ; M. REGOUT, « *Verba volant, scripta manent*. Quant aux conclusions du parquet près la Cour de cassation en matière civile », *op. cit.*, pp. 224-225, qui constate que « le nombre d'avocats généraux est [...] trop faible pour qu'ils puissent rédiger des conclusions écrites dans tous les dossiers civils ».

est extrêmement utile pour la Cour (99), pour les parties, pour les juges du fond et pour la doctrine – ne soit tenu de conclure que dans les dossiers qui, à son estime, posent des questions de droit qui présentent un intérêt pour l'unité de la jurisprudence ou l'évolution du droit, ces critères étant à la fois trop vagues et trop restrictifs. La procédure en cassation est affaire de dialogue.

Ces trop longs développements se veulent un hommage à un confrère combatif, qui porte chevillées au corps les nobles exigences de la défense, laquelle doit rester à l'initiative de l'avocat dont elle constitue l'apanage. Ces exigences ne sont guère différentes devant la Cour de cassation, même si se joue devant elle une pièce d'une grande technicité qui se doit de concilier l'intérêt des parties, l'autorité de la loi et la cohérence de la jurisprudence, au bénéfice tant des justiciables que de l'appareil judiciaire dans son ensemble.

(99) La Cour n'est certes, en règle, pas tenue de répondre aux conclusions du ministère public (Cass., 15 décembre 2004, *Pas.*, n° 612, avec les concl. av. gén. Loop), mais il n'est évidemment pas contestable que celles-ci sont très précieuses, en ce qu'elles visent à éclairer la Cour sur les mérites du pourvoi.