

Le ministère public près la Cour de cassation : des apparences aux réalités

GILLES GENICOT

Avocat à la Cour de cassation

OLIVIER BONFOND

Avocat au barreau de Liège-Huy

1. On le sait : la Cour de cassation remplit un rôle fondamental dans notre système juridique, 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. Elle est amenée à trancher entre les thèses et argumentations que lui soumettent les parties, mais également son ministère public, lequel est « entendu dans toutes les causes »⁽¹⁾ : « caractérisée par [sa] dimension objective, l'instance en cassation représente [...] bien moins la confrontation de protagonistes que celle de thèses que chacune des

(1) Art. 1105, al. 2, C. jud. L'article 142, alinéa 1^{er}, du même Code précise que « [l]es fonctions du ministère public près la Cour de cassation sont exercées, sous l'autorité du ministre de la Justice, par le procureur général », « assisté par un premier avocat général et des avocats généraux qui exercent leurs fonctions sous sa surveillance et sa direction ». Sur le rôle et la mission du parquet près la Cour de cassation, sa méthode de travail et l'élaboration des conclusions qu'il prend, voy. récemment R. MORTIER et B. INGHELS, « L'audience à la Cour de cassation », in P. E. CORNIL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *L'audience*, Limal, Anthemis, 2023, p. 173, spéc. pp. 180-193, et, plus spécialement encore, sur la fonction et l'apport de l'avocat général, p. 181, n^{os} 15-16, et p. 190, n^o 24. Voy. également les mercuriales classiques de MM. les procureurs généraux PIRET (« Le parquet de cassation », *J.T.*, 1994, pp. 621-631) et DU JARDIN (« Le ministère public dans ses fonctions non pénales », *J.T.*, 2004, pp. 725-740), ainsi que D. VANDERMEERSCH, « La place et le rôle du ministère public près la Cour de cassation dans l'instance de cassation en matière pénale », *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, pp. 780-792.

parties et le ministère public vont suggérer à la Cour d'adopter dans l'exercice de son contrôle »⁽²⁾.

Les garanties découlant du droit à un procès équitable, et notamment le principe du contradictoire⁽³⁾, s'appliquent d'évidence à la procédure en cassation, en tenant compte de ses particularités et en s'y parant d'une coloration spécifique, en raison tant de la nature du rôle dévolu à la Cour de cassation que des caractéristiques de la procédure suivie devant elle⁽⁴⁾. L'un des soussignés a contribué, il y a quelques années, à en explorer certains aspects⁽⁵⁾ ; nous voudrions ici nous concentrer sur d'autres traits particuliers de la procédure en cassation, creuset d'un « dialogue » – feutré – entre les conseils des parties et les magistrats à la Cour (au premier rang desquels le conseiller-rapporteur et l'avocat général chargé de rendre ses conclusions). Précisons qu'à notre sens, ce « dialogue » est par nature écrit : les audiences, brèves, ne sont nullement le cénacle d'un échange d'arguments oraux⁽⁶⁾.

(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) Sur lequel, voy. not. J. DU JARDIN, « Le droit de défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation (1990-2003) », *J.T.*, 2003, p. 609, spéc. pp. 620-624, et l'étude approfondie de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Faire l'économie de la contradiction ? », *R.C.J.B.*, 2013, pp. 203-248.

(4) Voy. not. J. DE CODT, « La présentation des moyens de cassation », in B. MAES et P. WOUTERS (eds), *Procéder devant la Cour de cassation – Procederen voor het Hof van Cassatie*, coll. Cassatio, KnopsPublishing/Barreau de cassation, 2016, pp. 166-167 ; 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 cassatieprocedure », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 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 ; 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*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 121.

(5) G. GENICOT et J. OOSTERBOSCH, « Les parties, leurs avocats et la Cour de cassation », in *Luttons. Liber amicorum Patrick Henry*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 155-184.

(6) Comp. A. HOC et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Droit judiciaire*, t. 2 « Procédure civile », vol. 2 « Voies de recours », Bruxelles, Larcier, 2021, p. 326, n° 9.235 : pour ces auteurs, « il n'est pas exclu [que] l'audience puisse devenir le lieu d'un vrai dialogue entre la Cour, le ministère public et les avocats » (ils prennent appui sur l'article 1106, alinéa 3, du Code judiciaire, issu de la loi du 10 avril 2014 modifiant ledit Code en ce qui concerne la procédure devant la Cour de cassation et la procédure en récusation, aux termes duquel, « 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 aux avocats, ou aux parties non représentées par un avocat, ayant déposé la requête en cassation ou un mémoire en réponse » – nous n'avons jamais eu l'occasion, dans notre pratique, d'en être témoins). M. le président de section émérite Parmentier ajoute que « rien n'empêche, nous semble-t-il, la Cour ou le ministère public de poser des questions à l'audience, en laissant, le cas échéant, aux parties un délai pour y répondre », sans donc les avoir prévenues en amont ; là encore, nous n'avons jamais vécu le cas (C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, 2^e éd., coll. J.L.M.B. Opus 8, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 29, n° 20). L'audience à la Cour de cassation présente par ailleurs cet avantage, par comparaison avec ce qui prévaut au Conseil d'État, que le recours n'est pas rejeté automatiquement si le demandeur n'est ni présent ni représenté (art. 1108 C. jud. : « La cour juge tant en l'absence qu'en présence des avocats et des parties ») – et les avocats savent gré à la Cour de sa compréhension lorsqu'ils doivent la prier de bien vouloir

2. Devant la Cour de cassation, le ministère public est systématiquement appelé à donner un avis sur les mérites d'un pourvoi, dans toutes les matières. Son rôle est alors très différent de celui qui est le sien devant les juridictions de fond. L'article 141 du Code judiciaire en est le témoin lorsqu'il indique que le « procureur général près la Cour de cassation n'exerce pas l'action publique, sauf lorsqu'il intente une action dont le jugement est attribué à la Cour de cassation ». Dans toutes les autres hypothèses, soit dans l'immense majorité des cas, le ministère public n'est en aucune manière partie à la cause. Il intervient en qualité d'*amicus curiae*, uniquement animé par l'intérêt de la loi et l'unité de la jurisprudence. Il conseille la Cour quant aux thèses en présence, thèses qui portent sur la légalité de la décision attaquée, mais ne prend pas fait et cause pour l'une ou l'autre des parties. Ainsi qu'a pu le souligner l'un des dédicataires du présent ouvrage, le ministère public jouit, dans cet exercice, « d'une réelle marge de manœuvre », car il « n'est en effet pas soumis aux mêmes contraintes que le juge et dispose, lorsqu'il rédige ses conclusions, d'une liberté de parole plus affirmée » et, ainsi, de la possibilité « d'exprimer plus librement les déterminants de ses choix interprétatifs »⁽⁷⁾. Et il faut bien sûr rappeler « l'impérieuse nécessité, outre celle de ne pas confondre le moyen et l'arrêt, de ne pas confondre l'avis du ministère public et l'arrêt »⁽⁸⁾.

Si, à première vue, la spécificité du rôle du ministère public près la Cour de cassation apparaît ainsi relativement simple à appréhender, la réalité est cependant plus complexe. Après en avoir posé les jalons et rappelé l'évolution qu'il a connue (I), nous ferons part de quelques réflexions que nous inspire le « dialogue feutré » que nous évoquions (II).

excuser leur absence... Pour une présentation approfondie de ce point d'orgue de toute procédure, voy. R. MORTIER et B. INGHELS, « L'audience à la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 173, spéc. pp. 193-198.

(7) A. HENKES, « Le droit fiscal est d'ordre public ! » *So what?* De la relativité de l'ordre public en droit fiscal et du rôle de la Cour », Discours prononcé à l'occasion de la Rentrée solennelle de la Cour de cassation, 1^{er} septembre 2016, pp. 106 et 109. Voy. également R. MORTIER et B. INGHELS, « L'audience à la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 190, n° 24 : « Dans une juridiction établie non pas dans le simple intérêt des parties, mais surtout dans l'intérêt de la loi, et dont les décisions ont un caractère quasi normatif et transcendent le cas concret, l'analyse de l'avocat général à la suite de l'étude du conseiller-rapporteur est ainsi parfaitement justifiée. L'avocat général s'exprime dans l'intérêt du droit et, par son analyse plus complète de la question juridique, il permettra également à la règle de droit, qui est souvent formulée de manière concise et abstraite dans l'arrêt, d'être clarifiée dans les conclusions pour les parties. Par le souci de clarté et de pédagogie, ces conclusions devraient, pour tout lecteur intéressé, rendre ainsi la décision prise par la Cour mieux ou plus correctement comprise. Le parquet près la Cour contribue ainsi à la formation de l'image doctrinale de la Cour de cassation. C'est aussi pourquoi il est décrit comme *amicus curiae* ».

(8) C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, *op. cit.*, p. 218, n° 174.

I. UN RÔLE INDISPENSABLE, DONT LES CONDITIONS D'EXERCICE ONT ÉVOLUÉ

3. Si l'on accepte le postulat selon lequel la justice belge, c'est encore l'État belge qui en parle le mieux, la procédure en cassation se déroule aujourd'hui, selon les explications données par le gouvernement belge lui-même à la Cour européenne des droits de l'homme, de la manière suivante :

« Tout d'abord, le conseiller-rapporteur examine le dossier et rédige un document préparatoire contenant des propositions qui prennent, en pratique, la forme d'un avant-projet d'arrêt – parfois aussi qualifié de “projet d'arrêt”. Ce document inclut des notes et, le cas échéant, des projets de variantes.

Il s'agit d'un premier avis du conseiller-rapporteur.

Le dossier est alors transmis au ministère public avec les propositions du conseiller-rapporteur. L'avocat général procède alors à son tour à une analyse approfondie du dossier. Il examine les propositions du conseiller-rapporteur. Le cas échéant, l'avocat général a un échange de vues avec ce dernier quant aux solutions à envisager, il formule des suggestions et les confronte à l'opinion du conseiller-rapporteur.

Au terme de cet examen et de cet échange de vues éventuel, l'avocat général prépare des conclusions écrites ou une note destinée à constituer le support de ses conclusions orales. Parallèlement, le conseiller-rapporteur met au point ses propositions et prépare un ou plusieurs projets d'arrêt s'il estime que la solution à adopter peut être sujette à discussion.

Les membres du siège reçoivent communication des pièces essentielles, parmi lesquelles figurent la décision attaquée, les mémoires des parties, les conclusions écrites éventuelles du ministère public[,] ainsi que le texte des propositions du conseiller-rapporteur. Les conseillers examinent le dossier en vue de préparer l'audience et le futur délibéré. Ils s'échangent des notes et, le cas échéant, des projets d'arrêt alternatifs. À ce stade, le ministère public est tenu à l'écart des échanges entre membres du siège et ne participe plus, avec le conseiller-rapporteur, à la réflexion sur la solution à apporter au pourvoi.

Le greffier avertit les parties de l'audience au moins quinze jours à l'avance. Les conclusions écrites éventuelles du ministère public leur sont communiquées.

À l'audience, le conseiller-rapporteur fait un bref rapport en rappelant les données procédurales de la cause. Le ministère public prend ensuite la parole soit pour se référer à ses conclusions écrites, soit pour faire part de ses conclusions orales qu'il présente sur la base de notes. Les parties peuvent répliquer aux conclusions du ministère public. Lorsque le ministère public a pris des conclusions écrites, les parties peuvent déposer une note au plus tard à l'audience. Chaque partie peut par ailleurs en toute hypothèse demander à l'audience que

l'affaire soit remise pour répondre verbalement ou par écrit aux conclusions écrites ou verbales du ministère public.

Enfin, l'affaire est prise en délibéré. Le ministère public n'assiste pas au délibéré et est tenu totalement à l'écart de la délibération. En général, la Cour rend ses arrêts le jour même après en avoir délibéré. L'arrêt répond aux moyens régulièrement formés par les parties à l'instance en cassation mais il ne répond pas aux conclusions du ministère public »⁽⁹⁾.

4. Cette pratique aujourd'hui en vigueur est le fruit d'une évolution marquée par plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme condamnant la Belgique au regard des exigences posées par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) en matière de droit à un procès équitable⁽¹⁰⁾.

Dans une première affaire tranchée par un arrêt du 17 janvier 1970, la Cour européenne avait à connaître d'un grief formulé par un ressortissant belge, M. Delcourt, à l'encontre du rejet de deux pourvois qu'il avait introduits devant la Cour de cassation, rejets prononcés le 21 juin 1965. M. Delcourt affirmait dans son recours strasbourgeois que M. l'avocat général Dumon, qui avait conclu au rejet des pourvois à l'audience, avait participé au délibéré de la Cour et que cette participation constituait une violation de l'« égalité des armes », garantie par l'article 6, § 1^{er}, de la Convention.

La participation du ministère public au délibéré était, à l'époque, permise par l'article 39 de l'arrêté du Prince souverain du 15 mars 1815, aux termes duquel, « en matière de cassation, le ministère public a le droit d'assister à la délibération lorsqu'elle n'a pas lieu à l'instant et dans la même salle d'audience, mais il n'a pas voix délibérative »⁽¹¹⁾.

5. Se fondant sur la spécificité du ministère public près la Cour de cassation – que la Cour européenne présente « en somme [comme] un

(9) Cour eur. D.H., arrêt *Manzano Diaz c. Belgique*, 18 mai 2021, n° 26402/17, §§ 20-24. Voy. également, pour une description détaillée de l'examen du pourvoi (procédure et pratiques), A. Hoc et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Droit judiciaire*, t. 2 « Procédure civile », vol. 2 « Voies de recours », *op. cit.*, pp. 316-321, n° 9.235.

(10) Pour plus de développements, nous nous permettons de renvoyer à G. GENICOT et J. OOSTERBOSCH, « Les parties, leurs avocats et la Cour de cassation », *op. cit.*, pp. 160-165, et aux références qui y sont citées, notamment aux études de M. le procureur général J. du Jardin. L'intitulé de la présente contribution se veut du reste un hommage à son inspirante analyse « 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. 261).

(11) Notons qu'au moment où la Cour européenne a statué, cette disposition avait été remplacée par l'article 1109, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire du 10 octobre 1967, au contenu quasiment identique (« Le ministère public a le droit d'assister à la délibération à moins qu'il se soit lui-même pourvu en cassation ; il n'a pas voix délibérative »).

auxiliaire et un conseiller de la Cour » –, sur « son entière indépendance à l'égard du ministre de la Justice » et sur le fait que « le parquet de cassation n'est pas [...] l'adversaire virtuel des accusés et prévenus dont la condamnation ou l'acquittement peuvent donner lieu à un pourvoi, et il ne devient pas leur adversaire effectif quand il conclut devant la Cour au rejet de leur thèse », la Cour européenne avait – unanimement – conclu qu'il n'y avait pas eu de violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention.

Elle avait cependant épinglé « une série d'éléments » permettant de « comprendre la manière de voir du requérant », et plus particulièrement :

- « en premier lieu, la nette distinction que l'on doit établir, d'après le Gouvernement belge, entre le parquet de cassation et celui des juridictions du fond, ne ressort pas toujours très clairement des textes légaux. Les mêmes vocables, tel le terme "ministère public", servent à désigner des institutions différentes, ce qui prête aisément à confusion. De plus, les parquets de première instance, d'appel et de cassation semblent former à certains égards un corps unique. Ainsi, l'article 154 de la loi du 18 juin 1869, remplacé récemment par l'article 400 du Code judiciaire de 1967, dispose que le procureur général à la Cour de cassation "exerce sa surveillance sur les procureurs généraux près les cours d'appel". Seul un examen de la pratique révèle que ce contrôle ne comporte aucun pouvoir d'immixtion dans la conduite d'affaires déterminées, mais uniquement celui de donner des avis généraux de nature doctrinale » ;
- « le parquet de cassation a parfois la qualité de partie demanderesse ; il lui arrive, par exemple, d'intenter une action publique ou disciplinaire contre des magistrats (*cf.* aussi l'article 90 de la Constitution, relatif à la mise en jugement des ministres). En outre, ses membres se recrutent parfois parmi ceux du parquet des juridictions du fond. Aussi se peut-il que certains justiciables aient assez naturellement tendance à considérer comme un adversaire un procureur ou avocat général qui se prononce pour le rejet de leurs pourvois. Ils peuvent y être d'autant plus enclins qu'ils se voient souvent privés d'un véritable débat contradictoire devant la cour suprême, car le parquet de première instance ou d'appel exerce très rarement le droit de réponse, d'ailleurs limité, que la loi lui confère dans les instances de cassation. Et l'on conçoit qu'ils puissent éprouver une impression d'inégalité si, après avoir entendu un membre du parquet de cassation conclure dans un sens défavorable à leur

thèse à l'issue de l'audience publique, ils le voient se retirer avec les magistrats du siège afin d'assister au délibéré dans le secret de la chambre du conseil » ;

- « sur ce dernier point, la législation belge peut en effet paraître de prime abord “insolite” [...] et elle ne semble pas avoir aujourd'hui d'équivalent dans les autres États membres du Conseil de l'Europe, du moins en matière pénale. Il n'est pas sans intérêt de noter en outre que l'avocat général de la Cour de [j]ustice des Communautés européennes, dont les fonctions ressemblent beaucoup à celles du parquet de la Cour de cassation de Belgique, ne participe pas aux délibérés » ;
- « les considérations qui précèdent ont une certaine importance qu'il ne faut pas sous-estimer. Si l'on se réfère à l'adage “*justice must not only be done; it must also be seen to be done*”, elles permettent de douter que le système litigieux soit très heureux. Elles ne suffisent cependant pas à établir l'existence d'une atteinte au droit à un procès équitable. En regardant au-delà des apparences, la Cour n'aperçoit aucune réalité contraire à ce droit »⁽¹²⁾.

6. La procédure applicable devant la Cour de cassation devait pourtant être remise en cause plus de vingt ans plus tard dans un arrêt *Borgers* du 30 octobre 1991, rendu en matière pénale, la Belgique se voyant cette fois condamnée pour une – double – violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention, l'une tenant à la participation du ministère public au délibéré et l'autre à l'impossibilité de répondre aux conclusions rendues à l'audience par ce même ministère public.

Tombèrent ainsi sous le feu des critiques les articles 1107 et 1109, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire applicables à l'époque.

L'article 1107 était rédigé de la manière suivante : « Après le rapport, les avocats présents à l'audience sont entendus. Leurs plaidoiries 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. Le ministère public donne ensuite ses conclusions, après quoi aucune note ne sera reçue ».

(12) Cour eur. D.H., arrêt *Delcourt c. Belgique*, 17 janvier 1970, n° 2689/65, §§ 30-31.

L'article 1109, alinéa 1^{er}, disposait quant à lui que « le ministère public a le droit d'assister à la délibération à moins qu'il se soit lui-même pourvu en cassation ; il n'a pas voix délibérative ».

7. Après avoir pourtant rappelé « que les constatations de l'arrêt *Delcourt* au sujet de l'indépendance et de l'impartialité de la Cour de cassation et de son parquet conservent leur entière validité », la Cour européenne, abandonnant la vision de la neutralité *erga omnes* du ministère public qu'elle avait admise dans ledit arrêt *Delcourt* – malgré le ressenti, voire le ressentiment, que pouvait éprouver le justiciable dont le ministère public n'épousait pas la thèse –, a cette fois considéré que l'avis donné sous forme de conclusions « ne saurait passer pour neutre du point de vue des parties à l'instance en cassation : en recommandant l'admission ou le rejet du pourvoi d'un accusé, le magistrat du ministère public en devient l'allié ou l'adversaire objectif ».

Elle a ensuite conclu que :

- « en l'espèce, l'audience du 18 juin 1985 devant la Cour de cassation se termina sur les conclusions de l'avocat général tendant au rejet du pourvoi de M. Borgers [...]. À aucun moment celui-ci ne put y répondre : avant, il n'en connaissait pas la teneur, faute d'en avoir reçu communication au préalable ; après, la loi l'en empêchait. L'article 1107 du [C]ode judiciaire interdit même le dépôt de notes écrites après l'intervention du ministère public » ;
- « on n'aperçoit point ce qui justifie de telles restrictions aux droits de la défense. Dès lors que le parquet avait présenté des conclusions défavorables au requérant, celui-ci avait un intérêt certain à pouvoir les discuter avant la clôture des débats. Que seules les questions de droit ressortissent à la compétence de la Cour de cassation n'y change rien » ;
- « ensuite et surtout, le déséquilibre s'accroît encore du fait de la participation, avec voix consultative, de l'avocat général au délibéré de la Cour. Pareille assistance, prêtée en toute objectivité, peut offrir une certaine utilité pour la rédaction des arrêts, quoique celle-ci relève au premier chef de la Haute juridiction elle-même. On conçoit mal cependant qu'elle puisse rester cantonnée aux questions de forme, au demeurant souvent indissociables du fond, si elle a également pour but, comme l'affirme aussi le Gouvernement, de contribuer au maintien de l'unité de la jurisprudence. Quand

bien même elle s’y serait limitée en l’espèce, l’avocat général pouvait légitimement sembler disposer en chambre du conseil d’une occasion supplémentaire d’appuyer, à l’abri de la contradiction du requérant, ses conclusions de rejet du pourvoi » ;

- « en conclusion, eu égard aux exigences des droits de la défense et de l’égalité des armes ainsi qu’au rôle des apparences dans l’appréciation de leur respect, la Cour constate une violation de l’article 6 par. 1 (art. 6-1) »⁽¹³⁾.

8. Tant la Cour de cassation que le ministère public se plièrent immédiatement à l’enseignement de cet arrêt, la Cour européenne reconnaissant à plusieurs reprises au fil des années qu’« à compter de l’arrêt *Borgers c. Belgique* du 30 octobre 1991 [...], la Cour de cassation donnait la parole une seconde fois aux parties ou à leurs conseils, après que le représentant du ministère public eut présenté ses conclusions. Ceux-ci pouvaient en outre solliciter le report de la cause en vue de disposer d’un délai de réflexion supplémentaire pour la préparation de leur réplique, laquelle pouvait prendre aussi la forme d’une “note en délibéré”. Une telle demande était systématiquement accueillie par la Cour de cassation. Dans les rares cas où les conclusions du ministère public étaient consignées dans un écrit et communiquées avant l’audience aux membres du siège, une copie était également envoyée aux parties avant l’audience. Le Comité des [m]inistres du Conseil de l’Europe a pris acte de ces aménagements prétoriens de la procédure dans sa Résolution intérimaire DH (98) 133 du 22 avril 1998 »⁽¹⁴⁾.

C’est la loi du 14 novembre 2000⁽¹⁵⁾ qui a gravé ces « aménagements prétoriens » dans le marbre. Cette intervention législative était d’autant plus nécessaire que la Belgique fut encore condamnée par la Cour européenne, pour les mêmes motifs que ceux énoncés dans l’affaire *Borgers*, dans des arrêts rendus cette fois en matières civile⁽¹⁶⁾ et disciplinaire⁽¹⁷⁾.

(13) Cour eur. D.H. (ass. plén.), arrêt *Borgers c. Belgique*, 30 octobre 1991, n° 12005/86, §§ 27-29. On lira avec intérêt les opinions dissidentes de plusieurs juges, considérant qu’un revirement de la jurisprudence initiée par l’arrêt *Delcourt* ne se justifiait en aucune manière.

(14) Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, nos 42758/98 et 45558/99, 17 février 2005, § 36.

(15) Loi du 14 novembre 2000 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l’intervention du ministère public dans la procédure devant la Cour de cassation et, en matière civile, devant les juges du fond et modifiant les articles 420bis et 420ter du Code d’instruction criminelle, *M.B.*, 19 décembre 2000.

(16) Cour eur. D.H., arrêt *Vermeulen c. Belgique*, 20 février 1996, n° 19075/91, §§ 33-34.

(17) Cour eur. D.H., arrêt *Van Orshoven c. Belgique*, 25 juin 1997, n° 20122/92, § 41. On notera que la Cour européenne a abouti à un constat de violation de l’article 6, § 1^{er}, sur le seul motif de l’impossibilité de répondre aux conclusions du ministère public. Le moyen pris de sa participation au délibéré, bien que soulevé par le requérant, n’a pas été examiné.

Cette loi a ajouté à l'article 1105 du Code judiciaire l'alinéa suivant :
« Lorsque [les] conclusions [du ministère public] sont écrites, elles sont déposées au greffe pour être jointes au dossier de la procédure au plus tard le jour où le greffier notifie la date de fixation aux parties. Dans ce cas, une copie des conclusions est jointe à l'avis adressé par le greffier en application de l'article 1106, alinéa 2 ».

Elle a également inséré dans ce même code un nouvel article 1107, aux termes duquel :

« Après le rapport, le ministère public donne ses conclusions.

Ensuite, les parties sont entendues. Leurs plaidoiries 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.

Lorsque les conclusions du ministère public sont écrites, les parties peuvent, 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.

Chaque partie peut demander à l'audience que l'affaire soit remise pour répondre verbalement ou par une note à ces conclusions écrites ou verbales du ministère public. La Cour fixe le délai dans lequel cette note doit être déposée ».

9. Il s'agit des dispositions légales encore applicables à l'heure actuelle, pleinement approuvées au sein même de la Cour⁽¹⁸⁾ et dont la conformité aux exigences conventionnelles en matière de droit à un procès équitable n'a plus été remise en cause à Strasbourg. D'aucuns relèvent que le libellé de ce texte, de par la juxtaposition de ses alinéas 2 et 3, serait quelque peu contradictoire⁽¹⁹⁾ ; nous ne le pensons pas. En pratique, lorsque le ministère public conclut par écrit, c'est par une « note en réponse » que l'avocat, s'il souhaite réagir – c'est assez rare –, le fera ; il dispose du temps nécessaire. Il ne se concevrait que tout à fait exceptionnellement

(18) « [Il] est désormais possible aux parties de répondre verbalement ou par écrit aux conclusions du ministère public. Ce point nous paraît essentiel pour garantir le respect des droits de la défense et guide notre pratique. Depuis lors, et puisqu'il émet cet avis dans le seul intérêt de la loi, l'avocat général donne à la partie qui se voit opposer un rejet de sa thèse la possibilité d'y répondre, sans qu'il ait lui-même la possibilité d'encore réagir : c'est dire qu'il ne devient pas partisan, et que les parties, et elles seules, ont toujours le dernier mot devant la Cour » (R. MORTIER et B. INGHELS, « L'audience à la Cour de cassation », in P. E. CORNIL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK [dir.], *L'audience*, *op. cit.*, p. 173, ici p. 183).

(19) A. HOC et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Droit judiciaire*, t. 2 « Procédure civile », vol. 2 « Voies de recours », *op. cit.*, pp. 326-327, n° 9.235 ; P. VANLERSBERGHE, M. GRÉGOIRE et M. SERVAIS, « La procédure consécutive à l'introduction du pourvoi en cassation : morceaux choisis », in C. DE BAETS et J. OOSTERBOSCH (eds), *Procéder devant la Cour de cassation – Procederen voor het Hof van Cassatie*, 2^e éd., KnopsPublishing/Barreau de cassation, 2023, p. 393, ici p. 404, n° 24.

qu'il attende l'audience pour solliciter une remise pour y répondre – cela étant, rien ne le lui interdit⁽²⁰⁾ et cela s'est, du reste, déjà vu⁽²¹⁾. Il n'arrive par ailleurs jamais – à notre connaissance et expérience – qu'une remise soit demandée pour ensuite répondre *verbalement* à des conclusions (par hypothèse elles-mêmes verbales) : ce sera au moyen d'une note écrite.

On aurait cependant tort de croire que le débat est clos. Nous nous proposons à présent de faire part de quelques réflexions que nous inspire l'intervention du ministère public dans le cadre de la procédure en cassation.

(20) L'article 1107, alinéa 3, du Code judiciaire l'autorise même expressément. On peine donc à comprendre la Cour lorsque, dans un arrêt du 7 février 2012 (R.G. n° P.11.1732.N, *Pas.*, 2012, n° 89), confrontée à une demande de remise faite à l'audience par le conseil du demandeur afin de répondre à des conclusions écrites du ministère public, déposées au greffe le 19 janvier, date à laquelle le demandeur fut informé de ce dépôt, « c'est-à-dire en temps utile, conformément à l'article 1105, alinéa 3, du Code judiciaire » (?), elle lui rétorqua lapidairement qu'« il n'y a aucune raison de remettre l'examen de la cause ou de mettre celle-ci en prosécution. Cela ne constitue pas une violation de l'article 6 » de la CEDH. La note qui accompagne le sommaire de cet arrêt révèle que, 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, le demandeur ayant réitéré cette demande à l'audience. Dans ses conclusions verbales additionnelles concernant cette demande de remise, M. le procureur général Duinslaeger, alors avocat général, précisa que les conclusions écrites avaient été déposées en temps utile et qu'elles avaient été notifiées en temps utile aux parties, de sorte qu'à son estime, il ne pouvait plus être fait application que de l'article 1107, alinéa 2, du Code judiciaire qui permet de déposer « au plus tard à l'audience » une note, et non pas de la possibilité prévue à l'article 1107, alinéa 3, du Code judiciaire qui permet à une partie d'encore demander une remise à l'audience ; selon l'éminent magistrat, « cette dernière possibilité n'existe en effet uniquement que si le ministère public a conclu verbalement à l'audience ou lorsque les conclusions écrites n'ont pas été déposées en temps utile au greffe ou notifiées en copie aux parties ». Il nous paraît que c'est là ajouter au texte de l'article 1107, alinéa 3, une précision qu'il ne contient pas.

(21) Une affaire dont nous reparlerons plus loin en témoigne. Elle était fixée le 17 juin 2022. Le 1^{er} juin, les conseils des parties ont reçu de longues conclusions écrites (21 p.) de M. le procureur général Henkes soutenant que lui semblaient irrecevables les moyens pris, notamment, de la violation du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne au motif qu'ils ne visaient pas également leurs lois d'approbation, ou de la violation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, mais sans viser concurrentement l'acte d'approbation de celle-ci (soit la décision du Conseil de l'Union approuvant la Charte). Le temps pressait et la question était d'importance ; il convenait du reste qu'elle soit tranchée en audience plénière, car l'accueil de ces fins de non-recevoir eût abouti à une solution contraire à celle retenue par la première chambre néerlandophone de la Cour dans un arrêt du 4 décembre 2020 (*J.T.*, 2021, p. 848, note P. A. FORIERS) qui avait écarté une telle fin de non-recevoir et examiné les moyens soulevés. Le conseil des demandeurs le suggéra et l'obtint, et sollicita que l'affaire soit fixée à une date laissant un délai raisonnable pour exposer dans une note tous les arguments utiles afin de contrer la solution préconisée par les conclusions de M. le procureur général. Le dossier fut renvoyé à l'audience – plénière donc – du 15 septembre 2022. La suite de ces péripéties est à lire un peu plus loin.

II. QUELQUES QUESTIONS RÉCEMMENT MISES EN LUMIÈRE

Ces questions et réflexions concernent, d'une part, les conclusions du ministère public et, d'autre part, sa participation au processus d'élaboration des arrêts de la Cour.

A. En ce qui concerne les conclusions du ministère public

1) Une souhaitable généralisation des conclusions écrites

10. S'il est appelé à conclure dans toutes les causes, le ministère public choisit librement entre les conclusions orales, présentées lors de l'audience, et les conclusions écrites, qui sont transmises aux parties avant cette audience⁽²²⁾. Il n'est en effet « pas tenu de prendre de conclusions écrites »⁽²³⁾. M. le procureur général du Jardin soulignant sur ce point qu'il « ne résulte [...] nullement des arrêts de la CEDH que les conclusions du ministère public doivent être écrites, les exigences européennes minimales ne l'imposant pas »⁽²⁴⁾. M. le président de section émérite Parmentier indique que « les conclusions écrites sont généralement réservées aux affaires qui posent des questions de principe ou qui présentent un intérêt particulier pour l'évolution du droit ou de la jurisprudence de la Cour »⁽²⁵⁾.

Il n'en demeure pas moins, ainsi que le souligne Mme le conseiller Regout, qu'« on peut se demander si les règles du contradictoire et les droits de la défense sont bien respectés lorsque l'avis verbal du parquet, qui est communiqué pour la première fois à l'audience, est longuement développé, éventuellement références à l'appui. Il n'est pas aisé pour un

(22) Cass., 12 février 2015, R.G. n° C.15.0017.F, *Pas.*, 2015, n° 107 ; 8 novembre 2000, n° P.00.0898.F, *Pas.*, 2000, p. 1708 (« aucune disposition légale ni aucun principe général du droit n'oblige[nt] le ministère public près la Cour à déposer des conclusions écrites ; les droits de la défense ne sont pas méconnus par le fait que le ministère public, qui n'est pas partie à la cause, ne présente pas ses conclusions par écrit, dès lors que le demandeur a eu le loisir d'y répondre à l'audience avant la clôture des débats ») ; 1^{er} avril 1998, R.G. n° P.98.0278.F, *Pas.*, 1998, n° 185.

(23) Voy. not. Cass., 3 mars 2009, R.G. n° P.09.0079.N, *Pas.*, 2009, n° 169. Et aucune disposition légale ni aucun principe général du droit ne confèrent aux parties le droit d'obtenir copie des notes préparatoires écrites du ministère public qui conclut oralement ; aucune violation des droits de la défense et du principe du contradictoire ne saurait être déduite de la circonstance que le ministère public près la Cour aurait, lors de ses conclusions orales, rapidement lu à voix haute une note écrite, car cette circonstance vaut pour toutes les parties et également pour la Cour et, de surcroît, n'empêche pas les parties de prendre connaissance du point de vue du ministère public (Cass., 30 juin 2015, R.G. n° P.15.0277.N, *Pas.*, 2015, n° 457 ; 13 février 2018, R.G. n° P.17.1023.N, *Pas.*, 2018, n° 95) – ajoutons : et d'y répondre le cas échéant.

(24) 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*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 96.

(25) C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, op. cit., pp. 28-29, n° 20.

avocat, fût-il même spécialisé, de répondre avec précision à un avis circonstancié, lu parfois assez rapidement à l'audience. Le risque de méconnaissance du respect du contradictoire et des droits de la défense des parties est d'autant plus grand que, pendant la phase préparatoire du projet d'arrêt, il n'est pas exclu que le ministère public ait des contacts avec le conseiller rapporteur »⁽²⁶⁾. Au demeurant, fussent-elles verbales, les conclusions du ministère public sont bien entendu toujours logées dans un écrit, lu à l'audience ; il ne paraît pas manquer grand-chose pour que cet écrit, de toute évidence déjà raisonnablement formalisé, le soit tout à fait.

11. La généralisation des conclusions écrites est certainement souhaitable⁽²⁷⁾, et du reste appelée de leurs vœux par certains avocats généraux eux-mêmes⁽²⁸⁾ – d'autant que les conclusions du ministère public contiennent très souvent de précieuses recherches légistiques et références doctrinales et jurisprudentielles. L'apport de ces conclusions est d'autant plus important que la Cour n'est pas tenue d'y répondre, qu'elles soient orales ou écrites, et que les arrêts rendus par la Cour de cassation sont, soulignait M. le procureur général du Jardin, « généralement concis – “la Cour dit le droit ; elle ne l'explique pas”, dit-on d'une manière assez lapidaire –, tandis que l'avis du ministère public, fait de raisonnement, de comparaisons et de citations de textes, constitue une analyse plus large du problème posé, conduisant, le cas échéant, à un avis qui pourra s'avérer contraire à la décision finalement prise »⁽²⁹⁾. Tant et si bien que « de telles conclusions constituent des éléments, et parfois des monuments, de doctrine. En tout cas, elles jettent un éclairage particulièrement net sur l'arrêt qu'elles précèdent »⁽³⁰⁾ et, si elles sont écrites, elles laissent une

(26) 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*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 220.

(27) Mme le conseiller Regout (*loc. cit.*) plaiderait déjà pour un recours « de principe » aux conclusions écrites « sauf s'il y a une urgence telle qu'il lui est impossible matériellement de rédiger et de communiquer un avis écrit en temps utile ». Les professeurs Beernaert et van Drooghenbroeck abondent : « pour prémunir au maximum la Belgique de la condamnation d'un dialogue [entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général] profitable au justiciable et à l'État de droit depuis des siècles, la généralisation des conclusions écrites, et à ce titre préalablement communiquées aux parties, devrait encore se renforcer, si ce n'est même être inscrite, avec mesure et discernement, dans le Code judiciaire. C'est à ce prix, nous paraît-il, que ce vertueux dialogue que le conseiller-rapporteur et l'avocat général nouent habituellement devra définitivement son brevet de conventio[n]nalité » (« Le dialogue entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général près la Cour de cassation à l'épreuve du revirement opéré par l'arrêt *Manzano Diaz c. Belgique* », *J.T.*, 2021, p. 857, ici p. 863).

(28) R. MORTIER et B. INGHELS, « L'audience à la Cour de cassation », in P. E. CORNIL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *L'audience, op. cit.*, p. 173, ici pp. 192-193 et pp. 196-197.

(29) 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 », *op. cit.*, p. 91.

(30) J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Lire et comprendre un arrêt de la Cour de cassation de Belgique », in C. CHAINAIS, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, A. SALETTI et B. HESS (dir.), *Quel avenir pour les juridictions suprêmes ? Études de droit comparé sur la cassation en matière civile*, Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 427, ici p. 431, n° 9.

précieuse trace des enseignements qu'elles recèlent, au bénéfice tant des conseillers que des avocats, mais également, en aval, des interprètes des arrêts (doctrine et juges du fond)⁽³¹⁾.

Tant Mme le conseiller Regout que M. le procureur général Henkes ont mis en lumière le fait que le ministère public s'applique, depuis plusieurs années, à recourir le plus souvent possible aux conclusions écrites⁽³²⁾ – M. le procureur général soulignant cependant qu'il serait difficile de maintenir le cap « d'une certaine systématisme dans le dépôt de conclusions écrites en matière civile, dès lors que son cadre rétrécissant, il n'est plus en mesure de garantir ce service chronophage »⁽³³⁾. Tout dépend, par ailleurs, du tempérament et des habitudes des avocats généraux, certains recourant plus volontiers que d'autres aux conclusions écrites.

12. Une solution, qui contribuerait à permettre que les conclusions soient « en règle » écrites, serait naturellement de dispenser le ministère public de conclure – même verbalement – dans certaines affaires. Les exemples qui reviennent régulièrement concernent les pourvois qui invoquent une violation de l'obligation de motivation ou de la foi due aux pièces sur lesquelles la décision attaquée s'est fondée.

Sans doute, ces pourvois ne sont-ils apparemment pas de nature à mettre en péril « l'unité du droit ou de la jurisprudence », puisque la réponse de la Cour consistera, au cas par cas, à décider si les violations alléguées sont ou non établies, selon la lecture qu'elle fera de la décision attaquée (et, le cas échéant, des conclusions du demandeur). Reste que, si la jurisprudence de la Cour est clairement fixée sur la portée de l'obligation de motivation inscrite dans l'article 149 de la Constitution, ou sur le fait qu'une violation de la foi due à un acte requiert que la décision attaquée ait fait « mentir » ledit acte, cette jurisprudence et les critères

(31) M. REGOUT, « *Verba volant, scripta manent*. Quant aux conclusions du parquet près la Cour de cassation en matière civile », *op. cit.*, p. 222. À telle enseigne, remarque M. le procureur général Henkes, que « l'on ne peut que regretter qu'à l'exception de la littérature professionnelle de qualité, les commentateurs de tout bord d'un arrêt de la Cour [...] isolent celui-ci des conclusions écrites du ministère public qui le précèdent, et qu'ils ne paraissent pas consulter. Pourtant elles éclairent l'arrêt et lui donnent toute sa densité. Le feraient-ils, ces commentateurs s'en trouveraient mieux informés, leurs communications s'en trouveraient plus exactes et le débat public plus riche. Évidemment, lire ces conclusions (notamment) demande un peu de temps... » (A. HENKES, « "Le droit fiscal est d'ordre public !" *So what?* De la relativité de l'ordre public en droit fiscal et du rôle de la Cour », Discours prononcé à l'occasion de la Rentrée solennelle de la Cour de cassation, 1^{er} septembre 2016, p. 10, note 30).

(32) M. REGOUT, « *Verba volant, scripta manent*. Quant aux conclusions du parquet près la Cour de cassation en matière civile », *op. cit.*, p. 215.

(33) A. HENKES, « "Le droit fiscal est d'ordre public !" *So what?* De la relativité de l'ordre public en droit fiscal et du rôle de la Cour », *op. cit.*, p. 127.

théoriques qui s'en dégagent sont toujours susceptibles d'évoluer, et il se concevrait difficilement que semblable évolution se fasse en l'absence du conseiller privilégié de la Cour, une question de principe pouvant toujours se présenter aux détours d'un chemin. La ligne de démarcation serait délicate à fixer. Nous ne serions dès lors pas favorables à ce que le ministère public soit dispensé de devoir conclure dans certaines affaires supposées « simples »⁽³⁴⁾ – sans compter que leurs protagonistes l'admettraient sans doute difficilement et pourraient être prompts à y voir une différence de traitement malaisément justifiable.

13. En revanche, nous nous autorisons à formuler le vœu que, dans chaque affaire, les (conseils des) parties puissent avoir connaissance, en amont de l'audience, de la *teneur* des conclusions qui seront prises lors de celle-ci (cassation sur tel moyen ou telle branche ; rejet pour tel motif, sans développements). Ceci suffirait à leur donner – de même d'ailleurs qu'à la Cour – le précieux éclairage nécessaire quant à l'orientation envisagée. C'est d'ailleurs la pratique suivie à la Cour de cassation de France, avec l'aval exprès de la Cour de Strasbourg : « l'avocat général informe avant le jour de l'audience les conseils des parties du sens de ses propres conclusions et, lorsque, à la demande desdits conseils, l'affaire est plaidée, ces derniers ont la possibilité de répliquer aux conclusions en question oralement ou par une note en délibéré [...]. Eu égard au fait que seules des questions de pur droit sont discutées devant la Cour de cassation et que les parties y sont représentées par des avocats hautement spécialisés, une telle pratique est de nature à offrir à celles-ci la possibilité de prendre connaissance des conclusions litigieuses et de les commenter dans des conditions satisfaisantes »⁽³⁵⁾. À l'heure de la généralisation des communications électroniques entre le greffe et les avocats, ce vœu ne serait, pensons-nous, guère difficile à exaucer, à l'avantage de tous.

2) Les pièges d'une absence de réponse de la Cour aux conclusions du ministère public

14. Le fait que la Cour ne soit pas tenue, ainsi qu'on l'a déjà indiqué, de répondre aux conclusions du parquet⁽³⁶⁾ est parfois de nature à compliquer la compréhension des arrêts, et spécialement des inflexions, voire revirements, de jurisprudence qu'ils peuvent receler.

(34) Dans le même sens, R. MORTIER et B. INGHELS, « L'audience à la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 197.

(35) Cour eur. D.H., arrêt *Reinhardt et Slimane-Kaid c. France*, 31 mars 1998, § 106.

(36) Cass., 15 décembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 612, avec les concl. av. gén. LOOP.

Une illustration récente en matière de taxes communales, et plus précisément de publication des règlements-taxes adoptés par les communes wallonnes, mérite d'être évoquée. Le problème concernait la portée de l'article L1133-1 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, et la question de savoir si l'affiche annonçant l'adoption du règlement et la possibilité de prendre connaissance de l'intégralité dudit règlement devait être ou non accessible en permanence au public.

Dans un arrêt du 8 novembre 2018⁽³⁷⁾, la Cour, statuant sur conclusions contraires du ministère public, avait dit pour droit qu'il ne suivait pas de cette disposition « que l'affichage, qui ne reproduit pas l'intégralité du règlement ou de l'ordonnance, doit être accessible en permanence au public ».

La même question se reposa quelques semaines plus tard, et M. le procureur général Henkes, alors premier avocat général, souligna que l'arrêt du 8 novembre 2018, « inédit pour l'heure, a été rendu sur des conclusions contraires du ministère public. La présente cause, qui soulève la même question que celle tranchée dans l'arrêt précité [...], et dont la portée relative à un principe fondamental de la démocratie locale – le caractère permanent de l'affichage et son accessibilité – ainsi que l'incidence en pratique sont importantes, me donne l'occasion d'inviter respectueusement la Cour à revoir sa décision non encore implémentée en droit positif ».

Adhérent à cette supplique, la Cour décida cette fois que « l'affichage doit s'entendre d'un mode permanent de publication qui permet aux intéressés de prendre connaissance, à toute heure, de l'existence d'un règlement ou d'une ordonnance dont il leur appartiendra, s'ils le souhaitent, de s'informer de la teneur à l'endroit précisé par l'affiche. Le moyen, qui, en cette branche, soutient que l'affichage ne doit pas être en permanence accessible au public manque en droit »⁽³⁸⁾.

Ce deuxième arrêt, rendu six semaines après le premier, consacre une position que la doctrine soutenait de manière très large, voire unanime⁽³⁹⁾. Il n'en demeure pas moins que le revirement – particulièrement rapide – de la Cour, à défaut d'une motivation plus développée, a surpris les

(37) Cass., 8 novembre 2018, R.G. n° C.17.0604.F, *Pas.*, 2018, n° 618.

(38) Cass., 20 décembre 2018, R.G. n° F.17.0148.F, *Pas.*, 2018, n° 731.

(39) Voy. not. J.-P. MAGREMANNE et A. SCHEYVAERTS, « La publication d'un règlement-taxe communal », *R.G.F.*, 2010, p. 5 ; D. DÉOM et Ch. THIÉBAUT, « Le point sur la publication des règlements communaux », *Rev. dr. commun.*, 2015, p. 7 ; A. BORTOLOTTI, « Écueils à éviter lors de la rédaction et la publication d'un règlement-taxe », in *Le droit communal. État des lieux*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 134-135 ; voy. également Cass., 10 septembre 1992, R.G. n° F.1192.F, *Pas.*, 1992, n° 603.

praticiens et que, si de telles hypothèses ne se rencontrent que très rarement, elles illustrent ce que M. le procureur général Henkes appelait de ses vœux – et de manière prémonitoire – en 2016 : « l’affirmation du revirement pourrait [...] aller de pair avec une motivation plus approfondie », d’autant plus que, lorsque la Cour décide de ne pas suivre les conclusions du ministère public, « l’on a beau affirmer que dans ce cas de figure l’on sait ce que la Cour n’a en tout cas pas voulu, [...] cela ne nous apprend pas nécessairement pourquoi elle ne l’a pas voulu ni davantage sur ses raisons pourquoi elle a voulu le contraire »⁽⁴⁰⁾.

15. En guise de second exemple, nous reviendrons sur une affaire marquante, déjà évoquée ci-dessus (note 21). Il ne s’agit pas ici de discourir du fond de ce litige⁽⁴¹⁾, mais du sort étonnant qui fut réservé à la fin de non-recevoir opposée au pourvoi tant par les parties défenderesses que par le ministère public, au gré de longues conclusions, déduite de ce qu’un moyen invoquant la violation d’une disposition d’un traité européen, d’une convention conclue par l’Union européenne⁽⁴²⁾ ou de la Charte des droits fondamentaux de l’Union serait supposément irrecevable s’il ne vise pas également la loi belge d’assentiment au traité européen qui intègre cette disposition dans le droit belge, car ces traités ne formeraient une loi au sens de l’article 608 du Code judiciaire que conjointement avec la loi d’approbation. Les chambres francophones de la Cour adoptaient en effet classiquement cette position, mais la première chambre néerlandophone s’en était récemment écartée, au motif que le droit européen doit être considéré comme intégré au droit national⁽⁴³⁾.

Or, dans son arrêt du 15 septembre 2022, la Cour ne dit pas un mot de cette fin de non-recevoir – dont le lecteur ignore dès lors jusqu’à l’existence, s’il ne prend pas la peine de lire les conclusions du parquet. Elle l’écarte pourtant sans l’ombre d’un doute, puisqu’elle aborde le fond (pour rejeter le pourvoi) – se rangeant ainsi, en audience plénière, à la solution qu’avait adoptée la première chambre néerlandophone, et modifiant de

(40) A. HENKES, « “Le droit fiscal est d’ordre public !” *So what?* De la relativité de l’ordre public en droit fiscal et du rôle de la Cour », *op. cit.*, p. 127. Voy. également, sur la motivation des arrêts de la Cour et le raisonnement qu’elle met en œuvre, L. HUYBRECHTS, « De werkwijze van het Hof van Cassatie en wat zijn magistraten denken », in *Amicus curiae. Liber amicorum Marc De Swaef*, Anvers, Intersentia, 2013, p. 219.

(41) Le lecteur intéressé pourra en prendre connaissance en consultant l’arrêt de la Cour auquel il a donné lieu : Cass. (aud. plén.), 15 septembre 2022, R.G. n° C.19.0425.F, *J.L.M.B.*, 2022, p. 1557, obs. P.H.

(42) En l’espèce, la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matières civile et commerciale (Convention de Lugano II), signée à Lugano le 30 octobre 2007.

(43) Cass., 4 décembre 2020, R.G. n° F.19.0126.N, *J.T.*, 2021, p. 848, note P. A. FORIERS, « La recevabilité des moyens pris de la violation d’une convention internationale : un pas vers moins de formalisme ».

ce fait une règle qui paraissait admise jusque-là. Il est regrettable – et pour tout dire difficilement compréhensible – que la Cour n’ait pas pris soin de rencontrer cette fin de non-recevoir. Certes, on enseigne qu’en règle, elle n’est tenue dans son arrêt de répondre aux fins de non-recevoir opposées par le ministère public qu’à la double condition que, d’une part, la Cour les rejette et, d’autre part, elle ordonne la cassation⁽⁴⁴⁾ – *quod non*, donc, en l’occurrence. Mais, face à une question qui était bien entendu d’importance, sur le plan de la procédure en cassation et de la recevabilité de tels moyens, ne convenait-il pas, pédagogiquement, que la Cour, qui infléchissait en sa formation solennelle la rigueur autrefois de mise⁽⁴⁵⁾, s’en explique ?

On ne peut manquer d’ajouter à la surprise le constat que les conclusions du ministère public sont évoquées dans le *Rapport annuel 2022* de la Cour⁽⁴⁶⁾, au titre des « conclusions les plus importantes du ministère public » de l’année écoulée, sous le libellé « Le moyen pris de la violation d’un traité international qui ne vise pas simultanément la violation de la loi qui approuve ce dernier n’est pas recevable », sans préciser si la Cour a ou non fait droit à ces conclusions. Or elle ne l’a pas fait : le lecteur du rapport est ainsi amené à penser que la règle est celle-là, alors que ce n’est pas – ou plus – le cas. Il nous paraît qu’il eût été préférable d’indiquer, de manière neutre, en regard des conclusions en question, « Recevabilité du moyen pris de la violation d’un traité international qui ne vise pas simultanément la violation de la loi qui approuve ce dernier »...

B. En ce qui concerne l’élaboration des arrêts et les « avant-projets » d’arrêt

16. À l’occasion de la (fameuse) affaire *Manzano Diaz c. Belgique*, le gouvernement belge n’a pas fait mystère des communications qui sont susceptibles d’avoir lieu entre le conseiller-rapporteur et le membre du parquet en charge du dossier, en insistant toutefois sur ce que ce dernier n’a plus son mot à dire lorsque les conseillers ont pris le relais et qu’ils travaillent sur les propositions soumises par le conseiller-rapporteur et les

(44) F. CLOSE, « L’*amicus curiae* » et la loyauté de la procédure en cassation », *J.L.M.B.*, 2021, p. 1719, ici p. 1725, note 45.

(45) Un infléchissement bienvenu : il est ici question de dispositions du *droit primaire* de l’Union européenne, dotées d’un effet direct, en vigueur et applicables aux faits de l’espèce. Les griefs qui s’appuient sur celles-ci ne résultent pas d’une violation de la loi belge d’approbation.

(46) Bruxelles, Larcier, 2023, p. 307.

– éventuelles – conclusions écrites du ministère public. Le grief du requérant visait ici, en amont, le processus même d'élaboration des arrêts de la Cour, sous l'angle du principe du contradictoire et de l'égalité des armes. Dans son arrêt du 18 mai 2021, la Cour européenne – après avoir d'initiative déplacé la problématique sous l'angle, en l'espèce, de l'article 5, § 4, de la Convention, *lex specialis*, alors que c'est une violation de l'article 6, § 1^{er}, qui était invoquée – a décidé, à l'unanimité, que, si, certes, « le droit à une procédure contradictoire implique en principe le droit pour les parties à un procès de se voir communiquer et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge, fût-ce par un magistrat indépendant tel que l'avocat général à la Cour de cassation belge, en vue d'influencer sa décision »⁽⁴⁷⁾, il n'y avait pas de violation de cette disposition, dès lors que :

- « le requérant se plaint que la communication du projet d'arrêt du conseiller-rapporteur à l'avocat général, sans que ce projet ne lui ait été communiqué, ainsi que les échanges entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général avant l'audience publique ont emporté violation du principe de l'égalité des armes et du principe du contradictoire » ;
- « l'avocat général à la Cour de cassation n'a pas, en droit belge, la qualité de partie au procès » et il ne doit pas « être considéré comme [l']adversaire [du requérant] dans la procédure en cassation, condition préalable pour alléguer une rupture de l'égalité des armes » ;
- « le principe de l'égalité des armes ne peut pas être invoqué dans un cas comme celui de l'espèce où aucune partie poursuivante ou autre partie adverse n'était partie à la procédure devant la Cour de cassation » ;
- « en revanche, dès lors que l'avis de l'avocat général est destiné à conseiller et, partant, influencer la Cour de cassation, le principe du contradictoire doit être respecté » ;
- « le projet d'arrêt élaboré par le conseiller-rapporteur, qui est un magistrat de la formation de jugement chargé d'instruire le dossier, ne constitue pas une pièce produite par une partie et susceptible d'influencer la décision juridictionnelle, mais un élément établi au sein de la juridiction dans le cadre du processus d'élaboration de la décision finale. Partant, un tel document de travail interne à la

(47) Cour eur. D.H., arrêt *Manzano Diaz c. Belgique*, 18 mai 2021, n° 26402/17, § 41 ; arrêt *Venet c. Belgique*, 22 octobre 2019, n° 27703/16, § 42.

formation de jugement, couvert par le secret, ne saurait être soumis au principe du contradictoire » ;

- « pour établir ses conclusions et pour arrêter la position qu'il soumet publiquement à la formation de jugement, l'avocat général, qu'il partage ou non l'orientation du conseiller-rapporteur, s'appuie notamment sur le projet d'arrêt de celui-ci. En ce qu'elles intègrent l'analyse du conseiller-rapporteur, ces conclusions peuvent donc être de nature à permettre aux parties de percevoir les éléments décisifs du dossier et la lecture qu'en fait la juridiction. Cette particularité leur offre ainsi l'opportunité d'y répondre avant que les juges ne statuent. Par conséquent, il ne saurait être allégué que celle-ci porte en elle-même atteinte au caractère équitable de la procédure devant la Cour de cassation » ;
- « par ailleurs, la Cour n'aperçoit aucune raison de douter de l'affirmation du Gouvernement suivant laquelle aucune discussion n'est intervenue en l'espèce entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général après la transmission du projet d'arrêt »⁽⁴⁸⁾.

17. Le moins que l'on puisse dire est que cet arrêt *Manzano Diaz*, loin d'être passé inaperçu y compris hors de nos frontières⁽⁴⁹⁾, fut fraîchement accueilli. Ses commentateurs se sont à peu près tous étonnés de l'« inflexion » – assez manifeste, il est vrai – qu'il représente au regard de la jurisprudence antérieure de la Cour de Strasbourg relative à la procédure suivie devant les Cours de cassation, tant belge que française⁽⁵⁰⁾. Plusieurs voix se sont élevées contre ces communications « officieuses » entre le ministère public et le conseiller-rapporteur⁽⁵¹⁾ et ont pointé que les

(48) Cour eur. D.H., arrêt *Manzano Diaz c. Belgique*, 18 mai 2021, n° 26402/17, §§ 42-48. Pour une analyse de cet arrêt, voy. surtout M.-A. BEERNAERT et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le dialogue entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général près la Cour de cassation à l'épreuve du revirement opéré par l'arrêt *Manzano Diaz c. Belgique* », *J.T.*, 2021, p. 857, et F. CLOSE, « L'«*amicus curiae*» et la loyauté de la procédure en cassation », *op. cit.*

(49) G. LEROY, « Le siège et le parquet à la Cour de cassation : perspectives pour un nouveau dialogue », *J.C.P.*, 2022, n° 27, p. 1373 ; *Procédures*, 2021, nos 8-9, p. 17, obs. N. FRICERO.

(50) Ainsi, M.-A. BEERNAERT et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK (« Le dialogue entre le conseiller-rapporteur et l'avocat général près la Cour de cassation... », *op. cit.*) y voient un « revirement subreptice », « à bas bruit », mais « brutal », annonceur d'une « nouvelle orientation [...] dans la jurisprudence des juges de Strasbourg [qui] doit être saluée, en cela qu'il augure d'une meilleure perception et partant d'une revalorisation du rôle du ministère public près les cours de cassation », mais au prix d'un « changement de cap [qui] demeure difficile à interpréter, et partant hésitant ». Ils déplorent par ailleurs « les ambiguïtés dont [l'arrêt] est affecté ».

(51) B. VANMARCKE et F. VANSILLETTE, « La participation de l'avocat général à la rédaction de l'avant-projet d'arrêt de la Cour de cassation : *Strasbourg locuta, causa finita* ? », obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Manzano Diaz c. Belgique*, 18 mai 2021, *Rev. trim. D.H.*, 2022, pp. 351-371 ; R. VALKENERS, « Mag het Hof van Cassatie opnieuw ademhalen? Het recht op een eerlijk (cassatie)proces na het Straatsburgse arrest *Manzano Diaz* », *Limb. Rechtsl.*, 2021, pp. 181-200, qui conclut en ces termes (p. 199, n° 33) : « *Het arrest Manzano Diaz is*

« pratiques » ainsi mises en lumière « semblent difficilement compatibles avec l'interdiction qui s'impose à un magistrat de partager des informations sur un dossier en cours, et plus particulièrement de divulguer tout ou partie du secret des délibérations », et dès lors « ne semblent [...] pas pouvoir faire bon ménage avec le respect du secret professionnel du magistrat et celui du délibéré »⁽⁵²⁾. À ces « requêtes », des « mémoires en réponse » autorisés furent opposés⁽⁵³⁾. Quoi qu'il en soit, *statu quo* donc, et brevet de conventionalité du processus d'élaboration des décisions de la Cour ; mais au prix de critiques (parfois vives) sur lesquelles il faudra certainement revenir un jour, et dont il n'est pas exclu qu'elles stimulent une discussion interne au sein de la Cour. Le débat n'est assurément pas clos sur ce point, et nous n'avons pas ici vocation à l'alimenter plus avant.

CONCLUSION

18. « La mission de la Cour est de veiller à l'interprétation et à l'application exacte de la loi et, par là, d'assurer l'unité de la jurisprudence et de veiller à la protection des droits individuels. C'est une garantie fondamentale, d'une part, du maintien de l'État de droit et, d'autre part, de l'égalité des citoyens devant la loi, éléments essentiels d'une véritable démocratie, elle-même un des socles de cet État de droit. C'est aussi le gage de la sécurité juridique ». En outre, « par sa jurisprudence, la Cour contribue aussi à la formation du droit en tendant à assurer l'évolution harmonieuse et équilibrée de celui-ci grâce à des décisions qui peuvent

een verrassend arrest, dat een breuk betekent met de gevestigde rechtspraak die het EHRM reeds over deze materie ten aanzien van Frankrijk velde. Verder lijkt dit arrest ook wat moeilijker te verzoenen met de eerdere rechtspraak van het EHRM, waarbij de rol van het Hof van Cassatie en diens OM meer systematisch werd afgebakend ». Voy. encore, cinglant à l'excès, mais au prix de certains parallèles inappropriés et d'une relative méprise quant au rôle du ministère public près la Cour, F. KONING, « *Manzano Diaz c. Belgique* : un arrêt qui pose questions », *Dr. pén. entr.*, 2022, pp. 46-61 – qui va jusqu'à stigmatiser (p. 61) une « procédure contraire aux droits humains les plus fondamentaux », rien de moins –, et, du même auteur, « Confirmation ministérielle de la participation du ministère public à la rédaction des projets d'arrêts de la Cour de cassation à l'abri de la contradiction », *Dr. pén. entr.*, 2023, pp. 211-219.

(52) L. GRISARD et P. MONVILLE, « Le secret professionnel comme prisme de lecture de l'arrêt *Manzano Diaz c. Belgique*, ou la chronique des liaisons dangereuses entre le parquet de cassation et le conseiller-rapporteur », in V. FRANSEN, P. HENRY et A. MASSET (dir.), *Le secret professionnel*, Liège, Anthemis, CUP, vol. 219, 2023, pp. 177-198, ici pp. 194-195. Ces auteurs soulignent pareillement (p. 183) que « la Cour rompt avec sa jurisprudence antérieure » dans un arrêt qui « comporte des ambiguïtés, des contradictions et incohérences ».

(53) R. MORTIER et B. INGHELS, « L'audience à la Cour de cassation », in P. E. CORNIL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *L'audience, op. cit.*, p. 173, spéc. pp. 180-193, et l'étude précitée de M. le président de section émérite F. CLOSE, « L'"*amicus curiae*" et la loyauté de la procédure en cassation ».

à la fois promouvoir le progrès tout en posant les balises de cette évolution »⁽⁵⁴⁾. Et la Cour est puissamment aidée, dans cette tâche, d'une part, par les analyses documentées que lui soumettent les parties dans leurs écrits et, d'autre part, par les conclusions que son ministère public livre à sa sagacité.

La place et le rôle de celui-ci demeurent, on l'a vu, discutés : à tout prendre, tout est peut-être aussi une question de terminologie. Le « ministère public », dans le regard du justiciable, c'est la partie poursuivante en matière pénale, le terme « partie » étant évidemment employé ici à dessein. À la Cour de cassation, il joue un tout autre rôle, ainsi que nous l'avons rappelé et souligné. Ne devrait-il dès lors pas porter un autre nom⁽⁵⁵⁾, davantage apte à sauvegarder les apparences d'impartialité qu'il se doit de revêtir, impartialité tant décriée – à tort, précisons-le – dans le sillage de l'arrêt *Manzano Diaz* ?

Une certitude demeure en effet : la procédure en cassation est affaire de dialogue. Il ne serait pas opportun que le parquet en soit écarté, tant l'éclairage qu'il apporte est incontestablement profitable, pour la Cour, les parties, les juges du fond et la doctrine. Il ne serait pas non plus indiqué qu'il 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 notions étant à la fois trop vagues et trop restrictives⁽⁵⁶⁾.

(54) A. HENKES, « “Le droit fiscal est d'ordre public !” *So what?* De la relativité de l'ordre public en droit fiscal et du rôle de la Cour », *op. cit.*, p. 10, et, du même auteur, « Préface. La requête en cassation – Une voie de recours extraordinaire au service de la justice », in C. DE BAETS et J. OOSTERBOSCH (eds), *Procéder devant la Cour de cassation – Procederen voor het Hof van Cassatie*, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 7-16. Voy. également C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, *op. cit.*, pp. 18-20.

(55) À l'instar, par exemple, du « rapporteur public » au Conseil d'État français ? En ce sens, et pour une réflexion tendant à une revalorisation du rôle du ministère public, voy. F. MOLINS, « Quel avenir pour le parquet général de la Cour de cassation ? », *J.C.P.*, 2023, n° 24, p. 1170.

(56) On les retrouve par ailleurs, désormais, au titre de critères conditionnant la *traduction* en néerlandais ou en français, respectivement, des arrêts de la Cour. Depuis sa modification par l'article 16 de la loi du 16 octobre 2022 visant la création du Registre central pour les décisions de l'ordre judiciaire et relative à la publication des jugements, contenant des assouplissements temporaires concernant la signature électronique par des membres ou entités de l'ordre judiciaire, et modifiant la procédure d'assises relative à la récusation des jurés (lui-même reproduit dans l'article 38 de la loi du 31 juillet 2023 visant à rendre la justice plus humaine, plus rapide et plus ferme IV), l'article 28 de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire ne prévoit la traduction dans l'autre langue que des seuls arrêts « que la Cour considère, conformément aux critères déterminés par le Roi après avis de la Cour, comme étant *suffisamment pertinents pour l'unité de la jurisprudence ou le développement du droit* » (mise en évidence ajoutée). Ces critères figurent dans un arrêté royal du 31 janvier 2024 relatif à la traduction des arrêts de la Cour de cassation (*M.B.*, 16 février 2024, mais qui produit ses effets le 30 septembre 2023). Nous sommes à cet égard pour le moins sceptiques, mais ce n'est pas ici le lieu d'en discourir.

19. Un dernier point, pour conclure : la procédure en cassation est, en raison des spécificités de son objet, essentiellement écrite⁽⁵⁷⁾. Les arguments élevés à l'encontre, ou au soutien, d'une décision rendue en dernier ressort le sont 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 le confirme. En pareil contexte, la tenue d'une audience physique peut passer pour « particulièrement désuète »⁽⁵⁸⁾ : elle n'a bien souvent pas d'autre intérêt que celui de prendre connaissance des conclusions du ministère public lorsqu'elles sont verbales, le surplus de la pièce étant déjà joué au travers des écrits échangés – et la Cour comprend sans peine, croyons-nous, que, lorsque les affaires dans lesquelles il intervient ont donné lieu à des conclusions écrites, l'avocat à la Cour peut être enclin à prier celle-ci d'excuser son absence à une audience qui n'apporterait aucun développement nouveau⁽⁵⁹⁾. D'où le souhait, ici esquissé, que la *teneur* des conclusions puisse être communiquée en amont aux (conseils des) parties. D'où aussi cet autre souhait, que l'un des soussignés a eu l'occasion d'exprimer ailleurs, d'une procédure qui pourrait être, en règle, entièrement écrite⁽⁶⁰⁾, gage de gain de temps et d'efficacité – mais pourvu, bien entendu, que les conclusions, si instructives, soient pareillement écrites. À moins, suggestion novatrice à laquelle nous souscrivons, d'envisager – du moins dans les matières civile, sociale et fiscale – des audiences en vidéoconférence⁽⁶¹⁾ ? Affaire à suivre...

(57) « 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.

(58) R. MORTIER et B. INGHELS, « L'audience à la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 198, n° 37.

(59) *A fortiori*, sans doute, lorsque l'avocat intervient aux côtés du défendeur et a eu la satisfaction de recevoir des conclusions écrites tendant au rejet du pourvoi adverse.

(60) G. GENICOT et J. OOSTERBOSCH, « Les parties, leurs avocats et la Cour de cassation », in *Luttons. Liber amicorum Patrick Henry*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 155, spéc. pp. 182-183.

(61) R. MORTIER et B. INGHELS, « L'audience à la Cour de cassation », *loc. cit.* : « Plus qu'ailleurs, la procédure devant la Cour de cassation nous paraît se prêter à ce mode de tenue des audiences. [...] En pratique, compte tenu du filtre joué par le barreau de cassation, les parties sont très rarement présentes et elles ne subiraient aucun grief de cette modalité. Leur accès à la justice ne s'en trouverait pas compromis. [...] Enfin, la tenue d'audiences en vidéoconférence serait sans doute aisée à mettre en œuvre en pratique, en concertation avec un barreau de cassation qui compte un nombre réduit de membres. Cette mesure leur permettrait de gagner en temps et en efficacité, sans porter atteinte aux droits de défense de leur client ».