

**Rapport annuel
de la Cour de cassation de Belgique**

2002 – 2003

Commission du rapport annuel

I. Verougstraete – J.-F. Leclercq – A. Bossuyt – Th. Erniquin

Avant-propos	15
Vorwort	17
CHAPITRE I - Présentation de la Cour de cassation.....	21
SECTION 1 - Les missions de la Cour	21
SECTION 2 - La procédure en cassation.....	22
SECTION 3 - L'organisation de la Cour	23
§ 1. Les magistrats du siège	23
§ 2. Les magistrats du ministère public.....	24
§ 3. Les référendaires	25
§ 4. Le service de la documentation et de la concordance des textes	25
§ 5. Le greffe	26
§ 6. Secrétariat du premier président.....	26
§ 7. Informatique	26
Annexe au chapitre I: personnel du greffe de la Cour de cassation au 31 décembre 2002	27
CHAPITRE II - Evénements marquants et relations extérieures.....	30
SECTION 1 - Evénements marquants de l'année judiciaire 2002-2003	30
SECTION 2 - Relations extérieures	30
CHAPITRE III - Quelques arrêts importants.....	32
SECTION 1 - Arrêts en matière civile	32
§ 1. Arrêts en matière de responsabilité extracontractuelle	32
A. Précisions relatives au caractère réparable du dommage subi par un employeur du secteur public du fait de l'incapacité temporaire de travail d'un agent causée par la faute d'un tiers : arrêts des 24 septembre 2002 (P.01.0455.N), 9 avril 2003 (P.03.0049.F) et 10 avril 2003 (C.01.0329.F)	32
B. L'auteur d'une infraction intentionnelle ne peut se prévaloir des imprudences ou négligences commises par la victime : arrêt du 6 novembre 2002 (P.01.1108.F), avec les conclusions de M. l'avocat général J. Spreutels	33
C. L'article 18 de la loi relative aux contrats de travail ne peut atténuer la responsabilité parentale édictée par l'article 1384, alinéa 2, du Code civil : arrêt du 14 février 2003 (C.00.0354.N).....	34
D. La perte de revenus tirés de prestations au noir ne constitue pas un dommage licite réparable : arrêt du 14 mai 2003 (P.02.1204.F), avec les conclusions de M. l'avocat général J. Spreutels.....	35
§ 2. Autres arrêts en matière civile.....	36
A. Limitation des intérêts moratoires dans la mesure où le retard est imputable à une faute du créancier : arrêt du 17 octobre 2002 (C.01.0272.F)	36
B. L'entrepreneur spécialisé n'est pas présumé avoir eu connaissance des vices cachés affectant la chose dont l'entretien lui a été confié : arrêt du 5 décembre 2002 (C.01.0316.F)	37
C. L'article 16, alinéa 4, de la loi du 10 mars 1925 sur les distributions d'énergie électrique n'intéresse pas à l'ordre public et un tiers qui a connaissance de l'existence d'une servitude apparente au moment où il acquiert un bien ne peut se prévaloir du	

défaut de transcription de l'acte constitutif dans le registre du conservateur des hypothèques : arrêt du 13 décembre 2002 (C.99.0485.N)	38
D. Point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité des avocats : arrêt du 20 mars 2003 (C.02.0065.F)	40
E. L'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'implique pas le droit à l'adoption: arrêts des 10 avril 2003 et 5 juin 2003 (C.02.0112.F et C.01.0567.F).....	40
F. La demande de renouvellement d'un bail commercial doit-elle émaner de l'ensemble des locataires ? – arrêt du 11 avril 2003 (C.99.0368.N), avec les conclusions de M. l'avocat général G. Dubrulle	41
G. La théorie du « respect dû aux anticipations légitimes d'autrui » ne peut justifier le rejet d'une action en répétition de l'indu : arrêt du 26 mai 2003 (S.01.0108.F), avec les conclusions de M. le premier avocat général J.-F. Leclercq	42
H. Le fait qu'une cession porte sur une créance issue d'un contrat synallagmatique n'implique pas de dérogation en ce qui concerne l'exception de compensation: arrêt du 26 juin 2003 (C.01.0528.F), avec les conclusions de M. l'avocat général X. De Riemaeker.....	43
SECTION 2 - Arrêts en matière commerciale	45
§ 1. Faillite.....	45
A. Honoraires des curateurs : arrêt du 11 octobre 2002 (C.01.0235.N), avec les conclusions de M. l'avocat général délégué D. Thijs	45
B. L'hypothèque établie en vertu d'un mandat hypothécaire durant la période suspecte, en garantie d'une créance existante, n'est pas opposable à la masse : arrêt du 24 octobre 2002 (C.00.0042.N).....	45
C. Qualité et intérêt du curateur pour agir en vue de la réparation d'un « préjudice collectif » : arrêts du 24 octobre 2002 (C.00.0476.N et C.00.0477.N), avec les conclusions de M. l'avocat général G. Dubrulle	46
D. Déclaration de faillite après un sursis provisoire de paiement : arrêt du 10 janvier 2003 (C.01.0418.N), avec les conclusions de M. l'avocat général D. Thys	47
§ 2. Arrêts en matière d'assurance	48
A. Action récursoire de l'assureur pour les décaissements relatifs à un accident de la circulation provoqué par un conducteur dont le permis de conduire délivré à l'étranger n'est pas valable en Belgique : arrêt du 8 novembre 2002 (C.00.0159.N), avec les conclusions de M. l'avocat général délégué D. Thijs	48
B. Obligation de couverture de l'assureur en cas de faute intentionnelle d'une personne dont l'assuré est civilement responsable: arrêts du 25 mars 2003 (P.02.0607.N et P.02.1097.N), avec les conclusions de M. l'avocat général M. De Swaef.....	48
§ 3. Autres arrêts en matière commerciale	50
A. La notion de vendeur en matière de pratiques du commerce : arrêt du 13 septembre 2002 (C.01.0220.N).....	50

B. Pouvoir de l'assemblée générale de décider, en cours d'exercice, la distribution d'un dividende prélevé sur les réserves disponibles : arrêt du 23 janvier 2003 (C.01.0536.F)	51
C. Application dans le temps de la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale : arrêt du 28 février 2003 (C.00.0603.N).....	52
SECTION 3 - Arrêts en matière de droit public et administratif	53
A. Un recours en annulation devant le Conseil d'Etat n'est pas ouvert contre la désignation ou la nomination d'un membre du personnel de l'enseignement libre subventionné : arrêt du 6 septembre 2002 (C.02.0177.N), avec conclusions de M. l'avocat général G. Bresseleers	53
B. Une association de communes est soumise à la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales : arrêt du 14 octobre 2002 (C.00.0363.N).....	54
C. Retrait d'un arrêté ministériel entaché d'une illégalité manifeste : arrêt du 2 décembre 2002 (C.98.0460.N).....	55
D. Les prélèvements sur les recettes publicitaires de la R.T.B.F. constituent un impôt : arrêt du 20 mars 2003 (C.01.0269.F), avec les conclusions de M. l'avocat général X. De Riemaecker	56
E. L'abstention du pouvoir exécutif de prendre un règlement peut constituer une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil même lorsque aucun délai ne lui est imparti : arrêt du 27 mars 2003 (C.02.0293.F, C.02.0307.F et C.02.0308.F).....	58
F. Portée de l'autorité de chose jugée attachée à un arrêt du Conseil d'Etat rejetant la demande de suspension contre un arrêté royal d'expulsion : arrêt du 16 avril 2003 (P.03.0438.F).....	58
SECTION 4 - Arrêts en matière fiscale	59
§ 1. Arrêts en matière de T.V.A.	59
A. Déduction de la T.V.A. sur des livraisons de biens et prestations de services relatifs à la nue-propriété d'un bien destiné à la réalisation de l'activité imposable : arrêt du 11 octobre 2002 (C.01.0103.N), avec les conclusions de M. l'avocat général délégué D. Thijs.....	59
B. Etendue du contrôle du juge des saisies en cas d'opposition à une retenue opérée par l'administration fiscale sur les sommes dues au titre de restitution d'un excédent en matière de T.V.A. : arrêt du 3 janvier 2003 (C.00.0116.N), avec les conclusions de M. l'avocat général délégué D. Thijs	60
C. Obligation de consignation préalable des sommes dues dans le cadre des litiges en matière de T.V.A. : arrêt du 3 janvier 2003 (C.00.0318.N), avec les conclusions de M. l'avocat général délégué D. Thijs.....	61
§ 2. Arrêts en matière de douanes et accises.....	62
A. Recouvrement <i>a posteriori</i> des droits à l'importation ou à l'exportation : arrêt du 8 novembre 2002 (C.00.0356.N), avec les conclusions de M. l'avocat général délégué D. Thijs.....	62
B. Le privilège du fisc prévu par l'article 313, § 2, de la loi générale en matière de douanes et accises s'étend à l'ensemble des marchandises entreposées au nom du	

débiteur et prime le privilège du porteur de warrant : arrêt du 27 mars 2003 (C.00.0416.N).....	64
§ 3. Autres arrêts en matière fiscale	65
A. Saisie-arrêt simplifiée en matière fiscale et action du receveur devant le juge des saisies aux fins d'entendre déclarer le tiers détenteur débiteur des causes de la saisie : arrêt du 12 septembre 2002 (C.01.0070.N), avec les conclusions de M. l'avocat général délégué D. Thijs.....	65
B. Irrégularité d'un commandement signifié en l'absence d'un incontestablement dû : arrêts des 10 octobre 2002 (C.01.0067.F), avec les conclusions de M. l'avocat général A. Henkes, et 21 février 2003 (C.01.0287.N), avec les conclusions de M. l'avocat général délégué D. Thijs.....	67
C. La déduction limitée des frais de déplacement entre le domicile et le lieu de travail est applicable lorsque le contribuable exerce une partie de son activité professionnelle à son domicile : arrêt du 21 novembre 2002 (F.01.0064.F).....	68
D. Moment auquel il y a lieu de se placer pour déterminer si une option d'achat portant sur des actions octroyée à un salarié constitue un avantage de toute nature imposable : arrêt du 16 janvier 2003 (F.01.0060.F).....	69
E. Un grief pris, dans le cadre d'un litige non soumis à la loi du 15 mars 1999 relative au contentieux en matière fiscale, de l'absence de titre pour établir une imposition fondée sur l'illégalité et l'absence d'entrée en vigueur d'un règlement-taxé, peut être invoqué à tout moment devant la cour d'appel : arrêt du 13 mars 2003 (F.01.0074.F), avec les conclusions de M. l'avocat général A. Henkes	70
F. Déductibilité des frais liés à l'octroi de chèques-repas : arrêt du 8 mai 2003 (F.01.0053.F), avec les conclusions de M. l'avocat général A. Henkes	71
G. Absence de droit à restitution des droits d'enregistrement perçus sur une décision de justice ultérieurement anéantie par un jugement d'accord : arrêt du 23 mai 2003 (C.00.0465.N).....	73
H. Les frais accessoires liés à l'acquisition d'un terrain affecté à une exploitation peuvent constituer des frais professionnels déductibles dans le chef de contribuables non soumis à l'arrêté royal du 8 octobre 1976 relatif aux comptes annuels des entreprises : arrêt du 12 juin 2003 (F.02.0001.F), avec les conclusions de M. l'avocat général A. Henkes	74
I. Caractère non déductible des coûts liés à une opération financière ne se rattachant pas à l'activité sociale d'une société commerciale : arrêts du 19 juin 2003 (F.01.0066.F et F.01.0079.F)	75
SECTION 5 - Arrêts en matière pénale	76
A. Délai de huit jours dans lequel la récusation doit être jugée : arrêt du 17 septembre 2002 (P.02.0386.N, P.02.0602.N et P.02.662.N), avec les conclusions de M. l'avocat général P. Duinslaeger.....	76
B. Le refus du juge du fond de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage n'est pas une contestation de compétence contre laquelle un pourvoi en cassation immédiat est ouvert : arrêt du 24 septembre 2002 (P.02.0853.N)	77

C. La chambre des mises en accusation n'a pas le pouvoir d'entendre le juge d'instruction hors la présence des parties lorsqu'elle est appelée à statuer sur le règlement de la procédure : arrêt du 25 septembre 2002 (P.02.0954.F), avec les conclusions de M. l'avocat général J. Spreutels	77
D. Régime transitoire de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 relatif à l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités, tel qu'il a été modifié par la loi du 2 juin 1998, en ce qui concerne les faillis non réhabilités : arrêt du 2 octobre 2002 (P.02.0778.F).....	78
E. Refus d'un formalisme excessif en matière répressive : arrêts des 9 octobre 2002 (P.02.1311.F) et 16 octobre 2002 (P.02.0957.F et P.02.0683.F)	79
F. Requête de mise en liberté provisoire en application de l'article 12, § 5, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage : arrêt du 10 décembre 2002 (P.02.1579.N).....	82
G. Application de la loi pénale dans le temps : arrêt du 8 janvier 2003 (P.02.1314.F)	83
H. Crime de droit international et compétence universelle : arrêt du 12 février 2003 (P.02.1139.F), avec les conclusions contraires de M. le procureur général J. du Jardin	84
I. Responsabilité pénale des personnes physiques et des personnes morales – notion de faute sciemment et volontairement commise: arrêt du 4 mars 2003 (P.02.1249.N), avec les conclusions de M. l'avocat général M. De Swaef	85
J. De la seule circonstance que le prévenu a déposé une plainte contre un membre de la juridiction de jugement, il ne peut se déduire un défaut d'impartialité dans le chef des autres magistrats qui siègent habituellement avec lui : arrêt du 9 avril 2003 (P.03.0072.F).....	86
K. Computation du délai d'appel contre l'ordonnance de la chambre du conseil statuant sur le règlement de la procédure : arrêt du 9 avril 2003 (P.03.0330.F)	86
L. Recevabilité d'un moyen pris, en matière pénale, de la violation de la foi due à un acte rédigé dans une langue autre que celle de la procédure : arrêt du 16 avril 2003 (P.02.1611.F).....	87
M. Irrecevabilité du pourvoi dirigé contre une décision relative à l'assistance judiciaire pour la délivrance de copie de pièces d'un dossier en matière pénale : arrêt du 16 avril 2003 (P.03.0441.F).....	87
N. Repérage téléphonique et localisation de télécommunications – champ d'application de l'article 88bis, § 1 ^{er} , du Code d'instruction criminelle : arrêt du 16 avril 2003 (P.03.0507.F)	88
O. Maintien provisoire du mineur dans son milieu à la condition d'accomplir une prestation éducative ou philanthropique : arrêt du 21 mai 2003 (P.03.0524.F).....	88
SECTION 6 - Arrêts en matière sociale	89
§ 1. Arrêts en matière d'accidents du travail.....	89
A. Notion d'accident du travail intentionnellement provoqué par la victime : arrêt du 25 novembre 2002 (S.01.0172.F), avec les conclusions de M. le premier avocat général J.-F. Leclercq	89

B. Trajets assimilés au chemin du travail : arrêt du 13 janvier 2003 (S.00.0007.F), avec les conclusions de M. le premier avocat général J.-F. Leclercq	90
C. Trajet normal en matière d'accident sur le chemin du travail : arrêt du 27 janvier 2003 (S.00.0122.F), avec les conclusions de M. le premier avocat général J.-F. Leclercq.....	91
§ 2. Arrêts en matière de contrat de travail	91
A. Succession de contrats de travail à durée déterminée et présomption de l'article 10 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail : arrêt du 2 décembre 2002 (S.02.0060.N).....	91
B. Droit du représentant de commerce à la commission : arrêt du 2 décembre 2002 (S.01.0116.N).....	92
C. Effets du congé donné par un mandataire de l'employeur ayant excédé son pouvoir : arrêt du 13 janvier 2003 (S.02.0025.F).....	93
D. Absence d'influence d'une situation de grève sur l'appréciation de la faute grave : arrêt du 27 janvier 2003 (S.02.0071.F)	94
E. Le non-respect des dispositions de la loi du 3 juillet 1978 déterminant les seuils de rémunération en ce qui concerne les clauses de non-concurrence applicables aux contrats de travail d'ouvrier et d'employé est sanctionné de nullité relative que seul le travailleur peut soulever : arrêt du 30 juin 2003 (S.02.0098.F), avec les conclusions de M. le premier avocat général J.-F. Leclercq.....	94
§ 3. Arrêts en matière de chômage	96
A. Notion de « cohabitation » au sens de la réglementation du chômage : arrêt du 7 octobre 2002 (S.01.0109.F), avec les conclusions de M. le premier avocat général J.-F. Leclercq.....	96
B. Situation du chômeur ayant pris en charge des ascendants : arrêt du 24 février 2003 (S.01.0141.F).....	97
§ 4. Autres arrêts en matière sociale	98
A. Droit à l'aide sociale des étrangers en séjour illégal, candidats à la régularisation : arrêt du 7 octobre 2002 (S.00.0165.F), avec les conclusions de M. le premier avocat général J.-F. Leclercq.....	98
B. Champ d'application de la sécurité sociale des travailleurs salariés dans les entreprises de transport : arrêt du 9 décembre 2002 (S.01.0096.F), avec les conclusions de M. le premier avocat général J.-F. Leclercq.....	99
C. Le délégué syndical suppléant ne bénéficie de la protection particulière prévue en faveur des membres de la délégation syndicale qui exerce les missions du comité pour la prévention et la protection au travail que dans la mesure où et aussi longtemps qu'il remplace le délégué syndical effectif : arrêt du 10 février 2003 (S.02.0068.F), avec les conclusions de M. le premier avocat général J.-F. Leclercq.....	100
D. Moment auquel prend cours la décision de révision d'office du montant des allocations aux handicapés suite à une séparation de fait ou à la fin de la cohabitation : arrêt du 7 avril 2003 (S.01.0135.F), avec les conclusions de M. le premier avocat général J.-F. Leclercq.....	101

E. Détachement et mise à disposition : arrêt du 2 juin 2002 (S.02.0039.N)	102
SECTION 7 - Arrêts en matière judiciaire.....	104
§ 1. Arrêts en matière d'astreinte	104
A. Moment de l'exigibilité de l'astreinte : arrêts du 28 mars 2003 (C.99.0446.N et C.02.0288.N), avec les conclusions de M. l'avocat général délégué D. Thijs dans l'affaire C.99.0446.N	104
B. L'astreinte n'est encourue, en matière pénale, qu'après la signification de l'arrêt qui rejette le pourvoi en cassation : arrêt du 28 mars 2003 (C.02.0248.N), avec conclusions de M. l'avocat général délégué D. Thijs	106
§ 2. Autres arrêts en matière judiciaire	106
A. L'opposition d'intérêts en première instance, condition de l'appel: arrêt du 10 octobre 2002 (C.99.0516.N).....	106
B. Application de l'article 807 du Code judiciaire en degré d'appel: arrêts du 29 novembre 2002 (C.00.0156.N et C.00.0729.N), avec les conclusions de M. l'avocat général délégué D. Thijs.....	107
C. La décision par laquelle un juge se déclare incompétent et renvoie la cause au juge qu'il désigne comme compétent ne peut faire l'objet d'un appel immédiat : arrêt du 13 février 2003 (C.00.0441.N).....	109
D. La durée d'un plan de règlement judiciaire peut être prorogée, mais uniquement au cours de l'écoulement du délai : arrêt du 20 février 2003 (C.02.0418.F)	110
E. Invalidité d'une saisie conservatoire sur un navire dont la propriété a été transférée après la naissance de la créance maritime : arrêt du 27 mars 2003 (C.02.0100.N) ...	110
F. Recevabilité de l'appel d'une décision rejetant une action <i>propter rem</i> en cas de cession de l'immeuble avant la prononciation de cette décision : arrêt du 24 avril 2003 (C.00.0567.F et C.01.0004.F), avec les conclusions de M. l'avocat général X. De Riemaecker	112
G. Les effets d'une élection de domicile en première instance ne s'étendent pas aux instances ultérieures de la procédure : Arrêt du 30 mai 2003 (C.00.0670.N), avec les conclusions de M. l'avocat général G. Dubrulle	113
H. Rectification de la feuille d'audience et d'un arrêt de la Cour rendu en matière civile en cas d'erreur matérielle évidente : arrêt du 16 juin 2003 (S.03.0031.F)	114
CHAPITRE IV - PRINCIPES GENERAUX DU DROIT	115
SECTION 1 - Introduction, qualification et evolution du 'principe general du droit'	115
Introduction.....	115
§ 1. Qualification du principe général du droit	115
§ 2. Evolution du principe général du droit.....	116
SECTION 2 - Principes généraux du droit	117
§ 1. Droit public et droit administratif.....	117
§ 2. Droit judiciaire privé	120
§ 3. Procédure pénale	125
§ 4. Droit matériel, spécialement droit privé	127
§ 5. Droit pénal.....	129

§ 6. Droit fiscal.....	131
§ 7. Droit disciplinaire.....	134
SECTION 3 - Règles qui ne sont pas reconnues en tant que principes généraux du droit ..	135
§ 1. Droit public et administratif	135
§ 2. Organisation judiciaire et droit de la procédure civile	135
§ 3. Droit de la procédure pénale	136
§ 4. Droit matériel, spécialement droit privé.....	137
§ 5. Droit pénal.....	139
§ 6. Droit fiscal.....	139
§ 7. Droit disciplinaire.....	140
SECTION 4 - Hiérarchie des normes : quelle est la place du principe général du droit par rapport à la disposition légale ?.....	140
§ 1. Antécédents	140
§ 2. Principes généraux du droit ayant une valeur constitutionnelle.....	141
§ 3. Principes généraux du droit ayant une valeur légale	143
SECTION 5 - Quand peut-on admettre des principes généraux du droit du point de vue de la technique de cassation ?.....	144
§ 1. Condition de recevabilité d'un moyen de cassation.....	144
§ 2. Allégation de la violation d'un principe général du droit	145
A. ... lorsque le principe n'est libellé dans aucun texte de loi.....	145
B. ... lorsque le principe est libellé dans un texte de loi.....	145
C. Irrecevabilité du moyen de cassation.....	145
§ 3. Allégation de la violation d'un adage ou d'une règle qui n'est pas reconnue en tant que principe général du droit.....	146
SECTION 6 - Principes généraux du droit et droit international et européen.....	146
§ 1. Existence de principes généraux du droit dans le droit public international.....	146
§ 2. Principes généraux dans le droit communautaire.....	150
A. Etat.....	150
B. Principes généraux du droit admis dans l'ordre juridique communautaire	151
C. Compétence de la Cour de cassation de contrôler un principe général du droit international et communautaire	157
SECTION 7 - En droit comparé.....	157
§ 1. En France.....	157
§ 2. Aux Pays-Bas	158
A. Principes généraux du droit – notion et classification.....	158
B. Contrôle de la loi à la lumière des principes généraux du droit	160
CHAPITRE V - Le pourvoi en cassation immédiat contre des décisions non définitives au sens de l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle	162
Introduction.....	162
SECTION 1 - Législation	162
§ 1. Texte originaire	162
A. Disposition légale	162

B. But	163
C. Portée	163
§ 2. Nouveaux textes	165
A. La loi Franchimont	165
B. Loi portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale	165
§ 3. Cas particuliers	166
A. Dissociation de la décision rendue sur l'action publique et de la décision rendue sur l'action civile	166
B. Dissociation de la décision rendue sur certains éléments de la culpabilité et/ou de la peine	167
C. Dissociation de la décision rendue sur l'action publique et sur les mesures de nature civile qui relèvent de l'action publique	167
SECTION 2 - Arrêts ou jugements rendus sur la compétence	167
§ 1. Législation.....	167
§ 2. Contestation de compétence	168
§ 3. Pourvoi en cassation.....	168
SECTION 3 - Arrêts de la chambre des mises en accusation relatifs aux voies de recours particulières dans le cadre de l'information ou de l'instruction.....	168
§ 1. Législation.....	168
A. Consultation du dossier répressif	168
B. Levée d'actes d'information ou d'instruction	169
C. Accomplissement d'actes d'instruction complémentaires	170
§ 2. Pourvoi en cassation.....	171
SECTION 4 - Arrêts de la chambre des mises en accusation rendus sur l'appel des ordonnances de la chambre du conseil	172
§ 1. Législation.....	172
§ 2. Appel.....	173
A. Ordonnances qui ne sont pas susceptibles d'appel.....	173
B. Ordonnances qui sont susceptibles de faire l'objet d'un appel de la part de l'inculpé	173
§ 3. Pourvoi en cassation.....	174
A. Généralités	174
B. Ministère public et partie civile	175
C. Inculpé	175
§ 4. Applications	176
A. Ordonnances statuant sur une irrégularité, une omission ou une cause de nullité visées à l'article 131, § 1 ^{er} , du Code d'instruction criminelle, à condition que le moyen ait été invoqué par conclusions écrites devant la chambre du conseil	176
B. Ordonnances de renvoi prévues aux articles 129 et 130 du Code d'instruction criminelle, en cas d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique, à condition que le moyen ait été invoqué par conclusions écrites devant la chambre du conseil, sauf	

lorsqu'il s'agit de causes d'irrecevabilité ou d'extinction acquises postérieurement aux débats devant la chambre du conseil	177
C. Ordonnances de renvoi dans la mesure où elles sont entachées d'irrégularités, d'omissions ou de causes de nullité	180
SECTION 5 - Arrêts relatifs au contrôle de l'instruction judiciaire	183
§ 1. Législation.....	183
§ 2. Pourvoi en cassation.....	183
SECTION 6 - Arrêts rendus en application de l'article 235bis du Code d'instruction criminelle.....	183
§ 1. Législation.....	183
§ 2. Compétence de la chambre des mises en accusation	184
§ 3. Pourvoi en cassation.....	185
SECTION 7 - Arrêts de la chambre des mises en accusation portant renvoi à la cour d'assises.....	186
§ 1. Législation.....	186
§ 2. Pourvoi en cassation.....	186
SECTION 8 - Jugements et arrêts qui, rendus sur l'action civile, statuent sur le principe de la responsabilité.....	186
SECTION 9 - Problèmes particuliers.....	188
§ 1. Droit transitoire	188
§ 2. Signification.....	188
§ 3. Pourvoi en cassation contre l'ordonnance de renvoi après la décision définitive... 188	
SECTION 10 - Formules utilisées par la Cour	189
§ 1. Pourvoi en cassation ordinaire	189
§ 2. Pourvoi en cassation contre un arrêt de renvoi au tribunal de police ou correctionnel	189
§ 3. Pourvoi en cassation contre un arrêt de renvoi devant la cour d'assises.....	189
§ 4. Pourvoi en cassation après la décision définitive.....	189
Conclusion.....	190
CHAPITRE VI - Discours prononcé par Monsieur Jean du Jardin, procureur général, à l'audience solennelle de rentrée le 1^{er} septembre 2003 : Le droit de défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation (1990-2003) (traduction).....	191
SECTION 1 - Le concept de "droit de défense"	193
§ 1. Le concept de "droit de défense".....	193
§ 2. Le droit de défense, en tant que <i>principe général du droit</i>	194
§ 3. La reconnaissance du droit de défense par la Convention européenne des droits de l'homme.	196
SECTION 2 - Le droit de défense au cours du procès pénal.	197
§ 1. Les limites mises au secret de l'instruction, en fonction du droit de défense.....	197
§ 2. La présomption d'innocence, corollaire du droit de défense	198
§ 3. La problématique de la preuve et le droit de défense.....	201
§ 4. Les présomptions en matière pénale	201

§ 5. Le témoignage - conditions d'admissibilité	202
A. Le droit de défense et le témoignage anonyme	203
B. La loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins	205
§ 6. La preuve illégalement obtenue	205
§ 7. Le retrait des pièces du dossier et le droit de défense	207
§ 8. L'admissibilité de la preuve	209
§ 9. La procédure de purge dans l'intérêt, notamment, du droit de défense	210
§ 10. L'expertise dans le cours du procès pénal.	212
§ 11. Les énonciations obligatoires de la citation	215
SECTION 3 - Le droit de défense et le principe du contradictoire au pénal	216
§ 1. Le principe du contradictoire	216
§ 2. Le principe du contradictoire en matière pénale	217
§ 3. Le droit de défense et la requalification.....	220
§ 4. La conviction du juge et les éléments de fait non soumis à contradiction.....	220
§ 5. Poursuite d'une personne morale et de la personne habilitée à la représenter	221
§ 6. Le droit de défense et l'exigence du délai raisonnable	221
§ 7. Le droit de défense vis-à-vis de la motivation de la peine – art. 195, C.I.cr.....	223
§ 8. Le droit de défense et la chose jugée au pénal.	224
SECTION 4 - Le principe du contradictoire en matière civile	225
§ 1. Le principe du contradictoire	225
§ 2. Le droit de réplique, composante du droit de défense.....	226
§ 3. La communication de pièces pendant le délibéré.....	227
§ 4. Le droit de se faire représenter en justice.....	228
§ 5. Le principe dispositif, expression essentielle du droit de défense	231
§ 6. Le droit de défense et le dépôt de conclusions.....	232
SECTION 5 - Droit de défense et procédure disciplinaire	234
§ 1. Droit de défense et procédure disciplinaire.	234
§ 2. Le principe du contradictoire en matière disciplinaire	235
SECTION 6 - Le droit de défense devant la Cour de cassation	235
SECTION 7 - Encore quelques questions particulières, où intervient le droit de défense. .	235
§ 1. Le droit de défense de l'assureur de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs	235
§ 2. Le droit de défense et la procédure de faillite.	236
§ 3. Caractère contradictoire de la procédure en matière fiscale.	237
§ 4. Récusation et droit de défense:.....	238
§ 5. Le droit de défense devant les autorités ecclésiastiques	238
Conclusions	239
CHAPITRE VII - De lege ferenda – Propositions du ministère public	242
A. Propositions antérieures.	242
B. Nouvelles propositions	244
CHAPITRE VIII - Rapport des activités du parquet près la Cour de cassation au cours de l'année judiciaire 2002-2003.....	250

SECTION 1 - Rapport sur le fonctionnement au cours de l'année judiciaire 2002-2003 ...	250
§ 1. Le personnel du parquet et de son secrétariat	250
A. Organigramme des magistrats du parquet (pas de modification).....	250
B. Organigramme des référendaires, magistrats délégués et attachés au service de la documentation et de la concordance des textes.....	250
C. Organigramme du secrétariat (pas de modification)	251
§ 2. Les tâches des magistrats et de leurs collaborateurs	251
A. Les tâches judiciaires des magistrats	251
B. Inventaire des tâches des référendaires, des magistrats délégués et des attachés au service de la documentation et de la concordance des textes au profit du parquet....	254
C. Les conclusions prises par le ministère public au cours de l'année judiciaire 2001-2002.....	255
§ 3. Autres tâches du parquet	259
§ 4. Inventaire des tâches du secrétariat	262
A. Informatisation de la jurisprudence	262
B. Le projet Phenix.....	262
SECTION 2 - Propositions d'optimisation du fonctionnement du parquet et de son secrétariat	263
§ 1. L'assistance juridique	263
§ 2. L'assistance administrative	263
Conclusion.....	264
CHAPITRE IX - La cour de cassation en chiffres.....	265
Introduction.....	265
SECTION 1 - Chiffres de l'année 2002	266
§ 1. Données globales pour l'année civile 2002.....	266
§ 2. Données par matières	267
A. Dossiers C.....	267
B. Dossiers D.....	268
C. Dossiers F	269
D. Dossiers P.....	270
E. Dossiers S	271
F. Demandes d'assistance judiciaire	272
§ 3. Les résultats des pourvois en cassation	273
§ 4. Les résultats par chambres et par sections	274
A. Première chambre	274
B. Deuxième chambre.....	275
C. Troisième chambre	276
SECTION 2 - Chiffres du premier semestre 2003	277
SECTION 3 - Perspectives	278
Annexe - Composition de la Cour de cassation au 1^{er} septembre 2003.....	279

AVANT-PROPOS

Cet avant-propos est consacré à un sujet qui n'intéresse pas seulement la Cour de cassation, mais que le pouvoir judiciaire tout entier tient à coeur. Il s'agit de l'informatisation des cours et tribunaux. Qu'un tel sujet soit abordé dans le rapport annuel, destiné au Parlement et au Gouvernement mais aussi à la communauté juridique dans son ensemble, ne peut étonner. La Cour de cassation, par sa mission particulière et la place qu'elle occupe à la tête du pouvoir judiciaire, se doit d'être le porte-parole de ce pouvoir lorsque l'intérêt général est en jeu.

Si l'on veut une administration de la justice qui réponde aux nécessités d'aujourd'hui, il faut doter les cours et tribunaux de moyens humains et matériels adéquats. De nos jours, l'équipement suppose la présence d'un appareillage informatique performant. Or, les différents systèmes informatiques dont disposent nos juridictions sont depuis longtemps dépassés et souvent ils sont incompatibles. Ce vieillissement des matériels et leur incompatibilité provoquent un surcroît de travail improductif, une déperdition d'énergie et de grandes pertes de temps. Ils empêchent l'exploitation rationnelle des possibilités de l'informatique et font obstacle à l'introduction de procédures simplifiées et plus rapides. La survivance d'anciennes méthodes et l'attachement à la routine en sont les conséquences.

On pourra peut-être y porter remède. Il existe actuellement un projet Phénix (ainsi dénommé d'après Phoenix, l'oiseau fabuleux, unique de son espèce, qui vivait plusieurs siècles et, brûlé, renaissait de ses cendres) dont le cahier des charges a été approuvé par le Conseil des ministres du 1^{er} juin 2001. Ce projet a pour objectif d'équiper les cours et tribunaux, ainsi que les parquets, d'un système informatique intégré, permettant l'usage intensif, rationnel et sûr de l'informatique (note en bas de page : pour plus d'informations sur le projet Phénix, voir sur la Toile le site [www. Juridat.be](http://www.Juridat.be)). Pour l'ensemble de l'ordre judiciaire, ce projet est primordial.

Le pouvoir judiciaire est étroitement associé à la réalisation de ce projet. Le président de la Cour de cassation en préside le comité directeur et des représentants de toutes les composantes de l'ordre judiciaire participent, avec ceux du Service public fédéral Justice et de la firme qui a obtenu le marché, à la conduite du projet et aux groupes de travail constitués en vue de sa réalisation.

Celle-ci progresse péniblement. La complexité du projet le laissait prévoir. De nouvelles questions, des difficultés qui ne sont pas seulement techniques, surgissent chaque jour et il faut les résoudre, sans tarder, par la négociation. Les membres de l'ordre judiciaire qui se sont engagés dans le projet y investissent généreusement leur savoir, leur force de travail, leur temps et leur réserve de patience.

Ce projet ambitieux, dont de nombreux aspects se rattachent à des intérêts qui ne concordent pas toujours, n'aboutira que par la collaboration effective de ceux qui y participent. Il est, avant tout, tributaire de la collaboration continue et loyale des trois pouvoirs de l'Etat.

Le système en projet ne pourra, en effet, se réaliser sans l'intervention, à bref délai, du législateur. Celui-ci devra aménager un budget et prévoir des fonctions spécialisées en informatique dans l'organisation judiciaire. Il lui faudra légiférer en vue de protéger la vie privée des justiciables, de préserver le caractère confidentiel des données et de garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire. Celui-ci doit être seul à contrôler le système, dès lors que l'informatique judiciaire ne peut être utilisée à d'autres fins. Le système ne peut servir à contrôler de l'extérieur l'activité juridictionnelle ou à l'influencer de quelque manière que ce soit. Les cours et tribunaux doivent conserver, sans partage, la maîtrise de leurs dossiers. Il en a toujours été ainsi et l'introduction de nouvelles techniques ne peut servir de prétexte pour changer cela. La garantie de son indépendance dans l'usage de ces techniques revêt pour le pouvoir judiciaire une telle importance qu'il ne pourra collaborer à la mise en œuvre du projet si cette garantie ne lui est pas donnée par la loi.

Il appartiendra au législateur d'adapter les procédures civiles et pénales, notamment pour permettre l'introduction du dossier électronique. Il pourrait saisir cette occasion pour simplifier ces procédures.

Cette collaboration entre les pouvoirs de l'Etat devra être continue. Elle ne pourra s'arrêter à la mise sur pied du système Phénix mais devra se poursuivre pour assurer son maintien.

Elle devra se faire en bonne intelligence, c'est-à-dire que tous devront tendre au même objectif, sans nourrir de desseins secrets. Cela implique une information réciproque et complète.

Le projet Phénix offre au pouvoir judiciaire belge et aux justiciables une chance qu'il faut saisir. Sa réalisation permettra d'accélérer les procédures et de supprimer, là où il existe, l'arriéré, ce fléau dont les conséquences pour les personnes et l'économie sont incalculables. La justice sera plus transparente, puisque tous ceux qui seront impliqués dans une procédure pourront en vérifier l'état sans devoir se déplacer. Plus proche et ouverte, la justice sera aussi plus efficace.

Le coût de ce système informatique, complètement intégré, qui permettra de suivre un dossier judiciaire à travers toutes les instances, depuis sa constitution jusqu'à sa clôture, sera largement compensé par les économies qui en résulteront.

Il n'y a pas de démocratie sans un pouvoir judiciaire indépendant et efficace. Si l'on reconnaît cette vérité, on doit en tirer les conséquences.

Le premier président,
Pierre Marchal

VORWORT

Dieses Vorwort ist einem Thema gewidmet, das nicht nur dem Kassationshof, sondern der gesamten rechtsprechenden Gewalt sehr am Herzen liegt: Es handelt sich um die Informatisierung der Gerichtshöfe und der Gerichte. Es ist nicht verwunderlich, dass ein solches Thema zur Sprache gebracht wird in einem Jahresbericht, der für das Parlament, die Regierung und die gesamte Rechtsgemeinschaft bestimmt ist. Der Kassationshof hat aufgrund seines besonderen Auftrags und seiner Stellung an der Spitze der rechtsprechenden Gewalt die Pflicht, als Sprachrohr dieser Staatsgewalt für das Gemeinwohl aufzutreten.

Damit die Rechtspflege den heutigen Bedürfnissen entsprechen kann, muss den Gerichtshöfen und Gerichten gut geschultes Personal und eine moderne Ausrüstung zur Verfügung gestellt werden. Letztere setzt in erster Linie ein leistungsstarkes EDV-System voraus. Bis zum heutigen Tag verfügen unsere Rechtsprechungsorgane jedoch nur über unterschiedliche EDV-Systeme, die seit langem überholt und nicht immer miteinander vereinbar sind. Diese Situation bringt unnütze Arbeit, Energie- und Zeitverlust mit sich. Sie verhindert eine rationelle Nutzung der Möglichkeiten der Informatik und behindert die Einführung vereinfachter und schnellerer Verfahren. Dies Alles hat zur Folge, dass an alten Methoden und an der Routine festgehalten wird.

Dieser Situation kann vielleicht abgeholfen werden. Zurzeit gibt es ein Phönix-Projekt (nach dem mythischen Vogel Phönix benannt, der mehrere Jahrhunderte lebte, sich auf seinem Nest verbrannte und dann aus seiner Asche verjüngt wieder aufstand), dessen Lastenheft am 1. Juni 2001 vom Ministerrat gebilligt worden ist. Dieses Projekt zielt darauf ab, die Gerichtshöfe und Gerichte sowie die Staatsanwaltschaften mit einem integrierten EDV-System auszurüsten, anhand dessen eine intensive, rationelle und sichere Nutzung der Informatik ermöglicht werden soll.¹ Dieses Projekt ist für die Gesamtheit des gerichtlichen Standes äußerst wichtig.

Die rechtsprechende Gewalt ist wesentlich an der Verwirklichung dieses Projektes beteiligt. Der Präsident des Kassationshofes führt den Vorsitz des Leitungsausschusses und sowohl im Leitungsausschuss als auch in den Arbeitsgruppen arbeiten Vertreter des föderalen öffentlichen Dienstes Justiz und aller Einheiten des gerichtlichen Standes Seite an Seite mit den Vertretern des EDV-Unternehmens, das den Auftrag erhalten hat, zusammen.

Die Verwirklichung des Projektes geht nur mühsam voran, was aufgrund der Komplexität des Projektes zu erwarten war. Täglich tauchen neue Fragen oder Schwierigkeiten auf, die nicht

¹ Nähere Informationen zum Phönix-Projekt sind auf der Website www.Juridat.be zu finden.

nur technischer Art sind, aber umgehend einer Lösung – über die wieder verhandelt werden muss - bedürfen. Die Mitglieder des gerichtlichen Standes, die an diesem Projekt mitarbeiten, investieren großzügig ihre Kenntnis, Arbeitskraft, Zeit und Geduld in dieses Projekt.

Dieses ehrgeizige Projekt mit zahlreichen Aspekten, die nicht immer mit vereinbaren Interessen verbunden sind, kann nur durch eine wirksame Zusammenarbeit aller Betroffenen erfolgreich abgeschlossen werden. Es hängt vor allem von einer dauerhaften und loyalen Zusammenarbeit der drei Staatsgewalten ab.

Ohne das baldige Eingreifen des Gesetzgebers kann dieses neue System jedoch nicht verwirklicht werden. Der Gesetzgeber muss einen Haushaltsplan vorsehen und für den Einsatz von spezialisierten Informatikern im Gerichtswesen sorgen. Außerdem müssen angemessene Rechtsvorschriften zum Schutz des Privatlebens, zur Wahrung der Vertraulichkeit der Daten und zur Gewährleistung der Unabhängigkeit der rechtsprechenden Gewalt vorgesehen werden. Diese Unabhängigkeit setzt voraus, dass das System vollständig unter der Aufsicht der rechtsprechenden Gewalt steht. Es darf nicht zu anderen Zwecken verwendet werden als zu denen, für die es bestimmt ist. Es darf auch nicht dazu dienen, die Rechtsprechungstätigkeit von außen zu kontrollieren oder sie auf irgendeine Weise zu beeinflussen. Die Gerichtshöfe und die Gerichte müssen ihre Akten weiterhin selbstständig und ohne Eingreifen von Drittpersonen verwalten. So ist es immer gewesen und die Einführung neuer Techniken darf nicht als Vorwand dazu dienen, dies zu ändern. Für die rechtsprechende Gewalt ist die Gewährleistung ihrer Unabhängigkeit bei der Nutzung dieser Techniken von so grundlegender Bedeutung, dass sie - wenn diese Unabhängigkeit nicht gesetzlich verankert ist - an der Verwirklichung dieses Projektes nicht mitarbeiten kann.

Des Weiteren wird der Gesetzgeber die Zivil- und Strafverfahren anpassen müssen, insbesondere um die Einreichung elektronischer Akten zu ermöglichen. Er könnte diese Gelegenheit nutzen, um die Verfahren zu vereinfachen.

Die Zusammenarbeit zwischen den Staatsgewalten muss nachhaltig sein: Sie darf nach Aufbau des Systems nicht aufhören, sondern muss im Hinblick auf seine Aufrechterhaltung fortgesetzt werden.

Diese Zusammenarbeit muss auch in gutem Einvernehmen erfolgen. Alle müssen das gleiche Ziel vor Augen haben und sich dafür einsetzen, ohne einander etwas zu verheimlichen. Dies setzt gegenseitige und vollständige Information voraus.

Das Phönix-Projekt bietet der belgischen rechtsprechenden Gewalt und den Rechtsuchenden eine einmalige Chance. Wird diese Chance genutzt, werden die Verfahren beschleunigt, so dass der Rückstand – ein Übel mit schweren menschlichen und wirtschaftlichen Folgen -, dort wo er besteht, abgebaut werden kann. Die Arbeitsweise der Justiz wäre dann wesentlich durchschaubarer, weil alle an einem Verfahren Beteiligten den Stand des Verfahrens überprüfen könnten, ohne sich an einen anderen Ort zu begeben. Mehr Nähe und Transparenz steigern die Effizienz der Justiz.

Die Kosten für dieses vollständig integrierte EDV-System, anhand dessen eine Gerichtsakte von ihrer Anlegung bis zu ihrer Schließung durch alle Instanzen hindurch verfolgt werden kann, würden größtenteils durch die entsprechenden Einsparungen kompensiert.

Ohne eine gut funktionierende und unabhängige rechtsprechende Gewalt gibt es keine Demokratie. Wer diese Wahrheit anerkennt, muss auch die Konsequenzen daraus ziehen.

Der Erste Präsident

Pierre Marchal

CHAPITRE I - PRESENTATION DE LA COUR DE CASSATION¹

SECTION 1 - LES MISSIONS DE LA COUR

Il y a pour toute la Belgique une Cour de cassation². Elle a pour mission de veiller à l'interprétation et à l'application exactes de la loi et, par là, d'assurer l'unité de la jurisprudence. C'est une garantie fondamentale, d'une part, du maintien de l'Etat de droit et, d'autre part, de l'égalité des citoyens devant la loi, éléments essentiels d'une véritable démocratie. C'est aussi le gage de la sécurité juridique.

En vertu de l'article 608 du Code judiciaire, la Cour de cassation connaît des décisions rendues en dernier ressort qui lui sont déférées pour contravention à la loi ou pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité. Les principaux cas d'ouverture à cassation sont la violation de la loi³, l'incompétence ou l'excès de pouvoir, les vices de forme⁴, les vices de la motivation⁵ et la violation de la foi due aux actes⁶. La Cour ne connaît pas du fond des affaires en ce sens qu'elle n'a pas à apprécier les faits et que, si elle casse la décision attaquée, elle renvoie en principe la cause à un autre juge du fond. Le contrôle de la Cour porte également sur la conformité des décisions au droit international directement applicable.

Le contrôle de la Cour de cassation concerne les décisions en matières civile, commerciale, sociale, pénale, fiscale et disciplinaire⁷. En dehors de cette mission de contrôle, la Cour statue sur les conflits d'attribution entre les autorités administratives et les autorités judiciaires. Elle exerce également le pouvoir disciplinaire sur les juges des juridictions d'appel et sur ses propres membres.

La Cour de cassation accomplit ainsi deux tâches essentielles. La première consiste à veiller à l'évolution harmonieuse et équilibrée du droit grâce à des décisions qui peuvent à la fois promouvoir le progrès tout en posant des balises dans cette évolution. Il s'agit de la tâche de formation du droit. La seconde consiste, par la censure de décisions individuelles, à mettre à néant les jugements et arrêts attaqués qui méconnaissent des règles de procédure ou de fond. Les normes dont le respect est contrôlé dans de pareils cas sont fréquemment évidentes. Dès lors, cette tâche de la Cour relève de la protection des droits individuels mais ne contribue que

¹ Pour une présentation détaillée des missions et du fonctionnement de la Cour ainsi qu'une description de certains de ses services, on se référera utilement au rapport annuel 1997-1998, pp. 20 à 73, et au rapport annuel 2000-2001, pp. 30 à 36.

² Article 147, alinéa 1^{er}, de la Constitution.

³ Méconnaissance ou interprétation erronée de la loi, violation des règles de preuve.

⁴ Irrégularité de la composition du siège, absence de publicité, défaut de mentions essentielles dans la décision.

⁵ Absence de motifs, motifs contradictoires, défaut de réponse aux conclusions des parties.

⁶ Interprétation d'un acte de procédure ou d'une pièce probante dans un sens qui est inconciliable avec les termes de l'écrit.

⁷ La Cour exerce également certaines compétences particulières qui ne seront pas abordées dans le présent chapitre.

faiblement à la formation du droit. Dans beaucoup d'Etats européens, cette catégorie d'affaires n'est pas admise devant une cour suprême.

SECTION 2 - LA PROCEDURE EN CASSATION

La loi détermine, suivant les matières, le délai pour se pourvoir en cassation. En règle générale, ce délai est, en matière civile, de trois mois depuis la signification de la décision attaquée et, en matière pénale, de quinze jours depuis la date de la décision.

En matière civile, commerciale, sociale et disciplinaire, les pourvois doivent être introduits par une requête signée par un avocat à la Cour de cassation et énonçant les moyens du demandeur, c'est-à-dire les griefs qu'il fait valoir contre la décision attaquée. Dans ces matières, de même qu'en matière fiscale, la Cour ne soulève jamais de moyen de cassation d'office au soutien d'un pourvoi, mais peut par contre développer d'office des moyens d'irrecevabilité ou de non-fondement.

En matière pénale, en revanche, le pourvoi peut être formé sans l'intervention d'un avocat à la Cour de cassation par une simple déclaration au greffe de la juridiction qui a rendu la décision et le demandeur n'est pas tenu de faire valoir des moyens. La Cour vérifie toujours si la décision est conforme à la loi et si elle a été régulièrement rendue. Le cas échéant, elle casse la décision sur un moyen qu'elle soulève d'office.

Des règles particulières régissent les pourvois en matière fiscale. L'assistance d'un avocat du barreau de cassation n'est pas requise pour cette catégorie d'affaires.

Le défendeur peut déposer un mémoire en réponse dans le délai fixé par la loi suivant les matières.

A l'expiration de ce délai, un conseiller-rapporteur est désigné. Celui-ci examine le dossier et établit un rapport. Le dossier est ensuite communiqué à l'avocat général qui prépare ses conclusions après avoir éventuellement conféré avec le conseiller rapporteur. Lorsque l'avocat général a terminé la préparation de ses conclusions, il remet le dossier au président de section, lequel fixe l'affaire.

Avant l'audience, les membres du siège de la section saisie reçoivent la copie des documents essentiels, parmi lesquels un projet d'arrêt établi par le conseiller rapporteur, et ils préparent le délibéré, notamment par des échanges de notes. A l'audience, après le rapport du conseiller rapporteur et les conclusions du ministère public, les parties ont la parole mais les avocats ne plaident pratiquement jamais.

L'arrêt est, de manière générale, rendu le jour même. Il est prononcé dans la langue de la procédure, qui est celle de la décision attaquée. Si celle-ci est rédigée en allemand, le premier

président décide si l'instance de cassation aura lieu en français ou en néerlandais. Les arrêts rendus dans une de ces deux langues sont traduits dans l'autre langue par le service de traduction.

La Cour prononce soit un arrêt de rejet, soit un arrêt de cassation. Celle-ci peut être totale ou partielle, suivant la portée du moyen qui l'a entraînée.

En cas de cassation, le renvoi se fait en principe devant une juridiction du même rang que celle qui a rendu la décision attaquée. Cependant, certains arrêts rendus sur la compétence renvoient la cause directement au juge compétent. Dans de rares cas, la cassation est prononcée sans renvoi.

La juridiction de renvoi n'est, en règle, pas liée par la décision de la Cour. Mais en cas de nouveau pourvoi sur la même question de droit, la Cour statue en chambres réunies et, s'il y a nouvelle cassation, le second juge de renvoi doit se conformer à la décision de la Cour sur cette question de droit.

La diffusion des arrêts de la Cour de cassation et des conclusions du ministère public est assurée par leur publication au «*Pasicrisie* » et dans «*Arresten van het Hof van Cassatie* ». Tous les arrêts publiés peuvent aussi être consultés sur dans les quinze jours de leur prononciation sur le site Internet du pouvoir judiciaire www.cass.be ou www.juridat.be. Certains arrêts importants sont commentés dans le rapport annuel de la Cour (voy. *infra* le chapitre III).

Il existe à la Cour de cassation un bureau d'assistance judiciaire qui peut accorder aux plaideurs dont les ressources sont limitées le bénéfice de la procédure gratuite, en tout ou en partie, et l'assistance d'un avocat à la Cour dans les cas où elle est requise. Les conditions d'octroi de l'assistance judiciaire peuvent être consultées sur le site Internet de la Cour ou obtenues au greffe.

SECTION 3 - L'ORGANISATION DE LA COUR

§ 1. Les magistrats du siège

Trente conseillers composent la Cour de cassation. La moitié des magistrats est de langue française et l'autre moitié de langue néerlandaise, six d'entre eux devant être bilingues. Un conseiller doit en outre justifier de la connaissance de la langue allemande. Cinq conseillers doivent être recrutés parmi les magistrats des juridictions sociales. Actuellement, il est satisfait à toutes ces conditions et le cadre est complet.

Les conseillers sont nommés par le Roi sur la présentation d'un des candidats en présence par le Conseil supérieur de la Justice. Dans le cadre de la procédure de nomination, l'assemblée générale de la Cour donne un avis motivé sur chacun des candidats. Ceux-ci doivent avoir exercé des fonctions juridiques depuis quinze ans au moins, dont les dix dernières en qualité de magistrat de l'ordre judiciaire.

Le premier président est désigné par le Roi pour un mandat de sept ans, non immédiatement renouvelable, sur présentation par le Conseil supérieur de la Justice d'un candidat qui doit être conseiller à la Cour de cassation. Sa présentation est précédée de l'avis motivé de l'assemblée générale de la Cour.

Celle-ci désigne en son sein le président qui appartient actuellement à l'autre rôle linguistique.

Les quatre présidents de section sont également choisis par l'assemblée générale parmi deux candidats présentés de manière motivée par le premier président.

La Cour comprend trois chambres : la chambre civile, qui traite les affaires civiles, administratives, fiscales, commerciales et disciplinaires, la chambre pénale et la chambre sociale. Les autres affaires sont distribuées entre les chambres.

Chaque chambre est divisée en deux sections, l'une de langue française, l'autre de langue néerlandaise. Chaque section est assistée par des membres du ministère public qui collaborent à l'instruction préliminaire et donnent un avis dans toutes les causes mais n'assistent pas au délibéré.

Les sections siègent en règle au nombre de cinq conseillers. Lorsque la solution du pourvoi paraît s'imposer, la cause peut toutefois être soumise à une formation restreinte de trois conseillers.

Dans les conditions prévues par la loi, les chambres se réunissent en audience plénière, les deux sections d'une chambre siégeant ensemble. Il s'agit, le plus souvent, d'assurer le maintien de l'unité de la jurisprudence. La Cour siège, dans certains cas, en chambres réunies.

Le service administratif du premier président, du président et de la Cour est assuré par un secrétaire de cabinet, choisi parmi les greffiers. L'ampleur des tâches à assumer nécessite l'assistance d'un rédacteur et de trois employés.

§ 2. Les magistrats du ministère public

Le parquet près la Cour de cassation comprend treize magistrats dont sept sont de langue néerlandaise et six de langue française ; trois d'entre eux sont bilingues et un des magistrats

du parquet doit justifier de la connaissance de la langue allemande. Actuellement, le parquet est renforcé par un magistrat délégué de langue néerlandaise.

Les conditions de nomination des membres du ministère public sont les mêmes que pour les magistrats du siège.

Le procureur général est désigné parmi les avocats généraux par le Roi, sur la présentation du Conseil supérieur de la Justice, pour un mandat de sept ans non immédiatement renouvelable. Le premier président et le procureur général doivent appartenir à des rôles linguistiques différents.

Le premier avocat général est désigné par le Roi sur la présentation motivée de deux candidats par le procureur général.

Le secrétariat du parquet est chargé du service administratif. Il comprend, outre le secrétaire en chef qui en assure la direction, un secrétaire-chef de service, un secrétaire et quatre secrétaires adjoints, assistés par plusieurs rédacteurs et employés. En plus de ses fonctions strictement administratives, le secrétariat assiste les magistrats du parquet dans les tâches de documentation. Il procède également à une première vérification des pièces des pourvois en matière répressive et à l'enregistrement dans le système informatique de la Cour des données relatives à ces pourvois.

§ 3. Les référendaires

La Cour et son parquet sont assistés par des référendaires dont le nombre est au minimum de cinq et au maximum de trente. Le cadre des référendaires est actuellement fixé à quinze. Ils sont recrutés par la voie d'un concours très exigeant organisé par la Cour. Sur les quinze référendaires actuellement en fonction, dix relèvent du rôle néerlandais et cinq du rôle français.

Les référendaires préparent le travail des magistrats du siège et du parquet. Ils rédigent un avant-projet d'arrêt dans certains dossiers. Ils participent également aux tâches de documentation ainsi qu'à celles de traduction et de publication des arrêts.

§ 4. Le service de la documentation et de la concordance des textes

Des magistrats des juridictions de fond et des parquets et auditorats près ces juridictions peuvent être délégués, de leur consentement et pour un délai déterminé, au service de documentation de la Cour. Leur nombre est fixé à huit. Ils sont chargés de faire des recherches de législations, de doctrine et de jurisprudence, ainsi que de rédiger des études juridiques.

Les attachés au service de la concordance des textes sont diplômés de l'enseignement supérieur – juristes, philologues ou linguistes – ayant une connaissance approfondie du français et du néerlandais. Ils traduisent les arrêts d'une langue dans l'autre. Ils sont recrutés sur la base d'un examen organisé par la Cour.

§ 5. Le greffe

Le greffe est placé sous la direction du greffier en chef, qui doit être licencié en droit et bilingue légal. Entre autres tâches, les greffiers assurent la réception des pourvois et des pièces, suivent le déroulement de la procédure, contrôlent l'exactitude du texte des arrêts et font le calcul des frais. Le greffe est également chargé de la gestion du système informatique de la Cour.

§ 6. Secrétariat du premier président

Les tâches assumées par le secrétariat du premier président ont été détaillées dans les rapports annuels 1997-1998 (pp. 70-73) et 1998-1999 (50-53).

§ 7. Informatique

La Cour a joué un rôle directeur dans l'informatisation de l'ordre judiciaire. Des membres de la Cour, du parquet et du greffe s'emploient à assurer l'encadrement et le développement du projet Phénix, de même qu'ils assument d'importantes fonctions en rapport avec le site Internet de l'ordre judiciaire⁸.

Sur le plan interne, un greffier assure la gestion du système informatique de la Cour.

⁸ www.juridat.be.

ANNEXE AU CHAPITRE I: PERSONNEL DU GREFFE DE LA COUR DE CASSATION
AU 31 DECEMBRE 2002

§ 1. Effectif du personnel

A. CADRE LEGAL

- Loi du 2 juillet 1974 fixant le cadre des greffiers de la Cour de cassation, modifiée par la loi du 6 mai 1997 visant à accélérer la procédure devant la Cour de cassation, article 30.

Un greffier en chef (pourvu)

Un greffier-chef de service (pourvu)

Six greffiers (pourvu)

Quatre commis-greffiers (pourvu)

- Arrêté royal du 4 septembre 2002 fixant le cadre organique du greffe de la Cour de cassation :

Dix rédacteurs (huit nommés)

Quinze employés (douze nommés, dont un est actuellement délégué en tant que commis-greffier en remplacement d'un greffier délégué au C.T.I.)

- Trois agents administratifs (pourvu)

B. PERSONNEL HORS CADRE

Un gestionnaire des bâtiments

Un employé (chauffeur du premier président)

Un agent administratif (en remplacement de l'agent administratif détaché)

Huit employés contractuels

Quatre employés contractuels (dont deux employés détachés du tribunal de première instance)

C. ABSENCES TEMPORAIRES

Un greffier (délégué au C.T.I. du S.P.F. Justice)

Un rédacteur (délégué au S.P.F. Justice, service des bâtiments et matériels, mais demeurant attaché fonctionnellement au service de la gestion des bâtiments du palais de justice de Bruxelles)

Un agent administratif (délégué au S.P.F. Justice, attaché au cabinet du ministre de la Justice)

D. OBSERVATIONS RELATIVES A L'EVOLUTION DES EFFECTIFS DU PERSONNEL

Depuis le 31 décembre 2002, la nomination à titre définitif de trois agents contractuels a permis de compléter le cadre. Toutefois, deux employés ont, entre-temps, été promus rédacteurs, de sorte que les dix places de rédacteurs prévues au cadre sont actuellement pourvues. La procédure de nomination pour les deux places d'employés ainsi devenues vacantes est en cours. Selon toute probabilité, ces deux places seront pourvues par la nomination de deux membres du personnel contractuel actuellement en fonction au greffe de la Cour. Ainsi, cinq employés contractuels (en service au 31 décembre 2002) auront fait l'objet d'une nomination au cadre statutaire.

Au 15 juin, un employé contractuel supplémentaire a été engagé pour compenser les absences de cinq membres du personnel qui ont opté pour le régime de quatre jours par semaine. Trois autres membres du personnel travaillent sous ce régime sans qu'il existe de compensation. Les autres membres du personnel contractuels ont été engagés pour pallier les absences liées aux diverses délégations vers d'autres services.

§ 2. Répartition des membres du personnel entre les services (effectifs réels)

A. DIRECTION GENERALE

Un greffier en chef

Un greffier-chef de service

Un rédacteur principal (secrétaire principal)

B. GREFFE

1. *Gestion des rôles et des dossiers*

Un greffier adjoint délégué

Un rédacteur principal

Deux employés (contractuels)

2. *Service de la comptabilité (correspondance, délivrance des expéditions, copies, etc.)*

Un employé (contractuel)

3. *Service des audiences*

Quatre greffiers

Quatre greffiers adjoints (dont un occupé pour partie à la gestion du réseau informatique)

Deux rédacteurs principaux

Neufs employés (dont deux contractuels)

4. *Secrétariat du premier président*

Un greffier (secrétaire de cabinet)

Un rédacteur principal

Trois employés (dont deux contractuels)

5. *Service de la documentation*

Trois rédacteurs principaux

Deux employés principaux

6. *Service des expéditions et de la distribution du courrier externe et interne, audiences*

Trois agents administratifs (dont un contractuel)

7. *Service de la gestion des bâtiments judiciaires*

Un gestionnaire des bâtiments

Un rédacteur principal

Un employé (contractuel)

8. *Service d'accueil du palais de justice*

Quatre employés (dont deux contractuels et deux détaché du greffe du tribunal de première instance)

9. *Chauffeur du premier président*

Un employé (contractuel)

CHAPITRE II - EVENEMENTS MARQUANTS ET RELATIONS EXTERIEURES

SECTION 1 - EVENEMENTS MARQUANTS DE L'ANNEE JUDICIAIRE 2002-2003

La Cour a reçu la prestation de serment et procédé à l'installation en qualité de conseiller de M. Benoît Dejemeppe, jusqu'alors procureur du Roi de Bruxelles, à l'audience solennelle du 14 novembre 2002.

M. le premier président Pierre Marchal a accédé à l'éméritat le 31 juillet 2003. Une séance d'hommage lui a été consacrée le 26 juin 2003.

Le 11 août 2003 est survenu le décès de Maître René Bützler, ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats à la Cour de cassation.

La Cour a reçu la prestation de serment et procédé à l'installation en qualité de référendaire de MM. P. Lecroart et S. Lierman à l'audience du 26 août 2003.

A l'audience solennelle du 1^{er} septembre 2003, la Cour a reçu la prestation de serment et procédé à l'installation en qualité de conseiller de M. Philippe Gosseries, jusqu'alors président de chambre à la cour du travail de Mons.

SECTION 2 - RELATIONS EXTERIEURES

La Cour et le parquet ont été représentés par certains de leurs membres ou collaborateurs à plusieurs manifestations dont certaines organisées à l'étranger, à savoir :

- 10^e Réunion des juges des Cours européennes du travail, tenue à Stockholm le 2 septembre 2002 – Monsieur Storck, conseiller ;
- « Partenaires pour la protection des droits de l'homme : renforcer l'interaction entre la Cour européenne des Droits de l'Homme et les juridictions nationales », colloque tenu à Strasbourg les 9 et 10 septembre 2002 – Monsieur Lahousse, président de section ;
- 11^e Colloque des juges européens des brevets, tenu à Copenhague du 17 au 20 septembre 2002 – Monsieur Verougstraete, président ;
- Conférence internationale « Internet pour le droit », tenue à Montréal du 2 au 4 octobre 2002 – Monsieur Verougstraete, président ;
- Rencontre « Justice et liberté dans l'Union européenne, Mémorial Magistrat José Maria Lidon », tenue à Bilbao le 7 novembre 2002 – Monsieur Marchal, premier président ;
- 3^e Réunion du Conseil Consultatif des Juges européens, tenue à Strasbourg du 13 au 15 novembre 2002 – Monsieur Lahousse, président de section ;
- 50^e Anniversaire de la coopération entre la Cour de justice et les juridictions nationales, célébré à Luxembourg le 3 décembre 2002 – Monsieur Marchal, premier président ;

- Mission en Russie du 19 au 27 avril 2003 – Messieurs Marchal, premier président, du Jardin, procureur général, Verougstraete, président, et Boes, président de section ;
- Mission au Canada (Québec) relative à l'informatisation du pouvoir judiciaire, du 29 avril au 2 mai 2003 – Monsieur Verougstraete, président ;
- 11th Annual International Judicial Conference on Courts of Ultimate Appeal: Issues of Judicial Independence, organisé par The Center For Democracy à Washington D.C. du 21-23 mai 2003 – Monsieur Marchal, premier président ;
- Mission à la Cour de Justice des Communautés européennes, à Luxembourg, le 7 mai 2003, relative à l'informatisation de la documentation – Monsieur Verougstraete, président ;
- « European Commercial Judges Forum », organisé à Londres du 5 au 7 juin 2003 – Monsieur Verougstraete, président, Madame Matray, conseiller ;
- 2^{ème} conférence de l'Association des juges de droit européen de la concurrence, tenue à la Cour de Justice des Communautés européennes à Luxembourg les 13 et 14 juin 2003 – Madame Bossuyt, référendaire ;
- 17^{ème} conférence internationale organisée par « The International Society for the reform of Criminal law », tenue à La Haye du 24 au 28 août 2003 – Monsieur Forrier, président de section.

La Cour a par ailleurs accueilli cinq magistrats de la Cour suprême du Tchad pour un stage organisé du 3 au 12 décembre 2002, ainsi que Monsieur Paul Jersey, chief Justice of Queensland (Australie), le 9 juillet 2003.

Enfin, Messieurs Verougstraete et Dirix ont organisé le 27 juin 2003 à la Cour de cassation un réunion regroupant des magistrats et professeurs d'université des Etats membres de l'Union européenne sur le thème « The principles of European Insolvency Law », en collaboration avec le « Onderzoekcentrum Onderneming & Recht » de Nimègue. Au cours de cette réunion, l'ouvrage clôturant trois années de recherches a été remis à M. A. Zenner, secrétaire d'Etat.

CHAPITRE III - QUELQUES ARRETS IMPORTANTS

SECTION 1 - ARRETS EN MATIERE CIVILE

§ 1. Arrêts en matière de responsabilité extracontractuelle

A. PRECISIONS RELATIVES AU CARACTERE REPARABLE DU DOMMAGE SUBI PAR UN EMPLOYEUR DU SECTEUR PUBLIC DU FAIT DE L'INCAPACITE TEMPORAIRE DE TRAVAIL D'UN AGENT CAUSEE PAR LA FAUTE D'UN TIERS : ARRETS DES 24 SEPTEMBRE 2002 (P.01.0455.N), 9 AVRIL 2003 (P.03.0049.F) ET 10 AVRIL 2003 (C.01.0329.F)

Par une série d'arrêts rendus en 2001¹, la Cour a développé une jurisprudence antérieure² en décidant qu'un employeur du secteur public qui, en exécution d'une obligation statutaire, continue de payer le traitement d'un agent pendant la période où celui-ci subit une incapacité temporaire de travail consécutive à la faute d'un tiers, est fondé à réclamer à ce tiers, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, le remboursement des sommes ainsi payées, pour autant qu'il subisse un préjudice du fait de ces paiements effectués sans contrepartie. C'est, en règle, le cas, sauf lorsqu'il résulte des dispositions légales ou réglementaires applicables que la dépense doit rester définitivement à sa charge.

Dans la première espèce, le jugement attaqué avait décidé que cette condition n'était pas remplie dès lors que le traitement avait été payé sans respecter une disposition statutaire prévoyant qu'un tel paiement ne peut intervenir qu'au titre d'avance et moyennant la subrogation de l'administration, avant le premier paiement, dans les droits de l'agent concerné contre l'auteur responsable. Après avoir constaté que cette subrogation n'avait pas eu lieu, les juges d'appel avaient rejeté, pour ce motif, la demande d'indemnisation de l'autorité administrative. Devant la Cour, celle-ci soutenait que cette décision procédait d'une violation des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Par son arrêt du 24 septembre 2002, la Cour a accueilli ce moyen. Elle a décidé que la circonstance que le paiement du traitement intervient sans que soient respectées certaines dispositions d'un statut administratif n'exclut pas nécessairement que ce paiement constitue un préjudice indemnisable dans le chef de l'autorité administrative. En effet, celle-ci peut également subir un préjudice si elle paie certaines indemnités à son agent, victime, en dehors de ses obligations légales ou statutaires.

¹ V. cass., 19 février 2001, C.99.0014.N (*Bull. et Pas.*, 2001, I, n° 97); 19 février 2001, C.99.0228.N (*Bull. et Pas.*, 2001, I, n° 99); 19 février 2001, C.00.0242.N (*Bull. et Pas.*, 2001, I, n° 100); 20 février 2001, P.98.1629.N (*Bull. et Pas.*, 2001, I, n° 101); 13 juin 2001, P.01.0431.F (*Bull. et Pas.*, 2001, I, n° 357), évoqués dans le rapport annuel 2000-2001, 42-45.

² V. cass., 15 mars 1985, *Bull. et Pas.*, 1985, n° 431.

Le deuxième arrêt, du 9 avril 2003, concernait une décision par laquelle les juges d'appel avaient estimé que l'employeur du secteur public ne démontrait pas avoir subi un dommage spécifique du fait de l'indisponibilité temporaire de son agent, dommage qui aurait pu consister dans l'obligation de modifier l'organisation du service, d'en réduire les prestations ou de supporter soit la rémunération d'un travailleur engagé pour remplacer l'agent momentanément indisponible, soit le paiement d'heures supplémentaires ou de déplacements requis d'un de ses collègues.

La Cour a également cassé cette décision. En effet, pour obtenir une indemnisation, l'employeur du secteur public n'est pas tenu d'établir qu'il subit un dommage distinct de celui résultant de la circonstance qu'il a payé la rémunération de son agent indisponible et les charges qui s'y rapportent sans avoir bénéficié de prestations de travail en contrepartie.

L'arrêt du 10 avril 2003 confirme cet enseignement en précisant que le juge saisi de la demande de réparation du dommage subi par l'employeur du secteur public ne doit pas constater que ce dommage est indépendant de l'exécution d'une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle.

B. L'AUTEUR D'UNE INFRACTION INTENTIONNELLE NE PEUT SE PREVALOIR DES IMPRUDENCES OU NEGLIGENCES COMMISES PAR LA VICTIME : ARRET DU 6 NOVEMBRE 2002 (P.01.1108.F), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL J. SPREUTELS

Après avoir condamné le prévenu, au pénal, pour des infractions de faux en écritures, usage de faux et escroquerie, l'arrêt attaqué n'avait fait droit à la réclamation de la partie civile qu'à concurrence des deux tiers du préjudice qu'elle justifiait avoir subi, au motif qu'elle avait commis des négligences et des imprudences en relation causale avec ce préjudice tel qu'il s'était réalisé. Il en résultait pratiquement que l'auteur de l'escroquerie était autorisé à conserver pour partie les fruits de ses actes pénalement réprimés. Le pourvoi de la partie civile s'insurgeait contre une telle solution qu'elle estimait en contradiction avec le principe général du droit *fraus omnia corrumpit*.

De ce principe, dont la Cour a reconnu l'existence dans plusieurs arrêts³, il résulte que l'acte entaché de fraude ne peut jamais être opposé aux tiers ou aux parties ; la fraude implique, comme le dol, la volonté malicieuse, la tromperie, la déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain⁴. Pour la première fois, l'arrêt du 6 novembre 2002 consacre l'application de ce principe en matière de responsabilité délictuelle.

³ V. cass., 16 juin 1987, *Bull. et Pas.*, 1987, I, n° 627, et 25 avril 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 133 (à propos d'éléments de preuve irrégulièrement obtenus en matière pénale); cass., 25 octobre 1991, *Bull. et Pas.*, 1991, I, n° 112 (en matière de revendication de titres perdus ou volés); cass., 3 octobre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 386 (en matière d'urbanisme).

⁴ V. Cass., 23 janvier 1968, *Bull. et Pas.*, 1968, I, 649; conclusions de M. le procureur général J. Velu, alors avocat général, sous cass., 13 juin 1985, *Bull. et Pas.*, 1985, I, n° 623, pp. 1307-1308; cass., 3 octobre 1997, précité.

En vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil, lorsqu'un dommage a été causé par les fautes concurrentes de la victime et du prévenu, celui-ci ne peut, en règle, être condamné envers la victime à la réparation entière du dommage. Toutefois, précise l'arrêt du 6 novembre 2002, le principe général du droit *fraus omnia corrumpit* prohibe toute tromperie ou déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain. Ce principe exclut, dès lors, que l'auteur d'une infraction intentionnelle engageant sa responsabilité puisse prétendre à une réduction des réparations dues à la victime de cette infraction en raison des imprudences ou des négligences qu'elle aurait commises^{5/6}.

Ainsi que l'y invitaient les conclusions du ministère public, la Cour a déterminé de manière relativement large la portée du principe général, dont l'application n'exige ni que l'auteur de l'infraction tire profit de celle-ci ni qu'il s'agisse d'une infraction contre les biens. Par contre, la victime n'évitera un partage de responsabilité que si son propre comportement n'est pas intentionnel.

C. L'ARTICLE 18 DE LA LOI RELATIVE AUX CONTRATS DE TRAVAIL NE PEUT ATTENUER LA RESPONSABILITE PARENTALE EDICTEE PAR L'ARTICLE 1384, ALINEA 2, DU CODE CIVIL : ARRET DU 14 FEVRIER 2003 (C.00.0354.N)

La question à laquelle cet arrêt devait apporter réponse était de savoir si l'article 18, alinéa 1^{er}, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail peut tempérer la responsabilité des parents telle que celle-ci est déterminée par l'article 1384, alinéa 2, du Code civil.

En l'espèce, une femme avait amené son fils âgé de cinq ans sur son lieu de travail, un débit de boissons. Alors qu'elle exécutait ses prestations, l'enfant, qui séjournait dans la partie de l'immeuble servant d'habitation à l'employeur, y avait mis le feu. L'assureur contre le risque d'incendie, après avoir indemnisé le propriétaire dans les droits duquel il était subrogé, avait introduit une action en responsabilité contre la mère de l'enfant. Celle-ci avait invoqué l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978.

Considérant que la présomption de responsabilité établie par l'article 1384, alinéa 2, du Code civil est fondée sur le devoir des parents de donner à leurs enfants une éducation convenable et de les maintenir sous leur surveillance, la Cour a décidé que ce devoir est étranger à l'exécution du contrat de travail d'un parent. Dès lors, celui-ci ne peut s'affranchir de la responsabilité découlant de l'article 1384, alinéa 2, en rapportant la preuve qu'il n'a commis aucun dol, aucune faute lourde ou faute légère habituelle dans l'exécution du contrat de travail.

⁵ La Cour rejoint ainsi partiellement la jurisprudence de la Cour de cassation de France telle qu'elle résulte de l'arrêt du 27 mars 1973 (*Bull. crim.*, n° 150) et d'un ensemble d'arrêts ultérieurs mentionnés dans les conclusions du ministère public.

⁶ Comp., en matière contractuelle, cass., 23 septembre 1977, *Bull. et Pas.*, 1978, I, 100 (dol commis dans le cadre de la conclusion d'un contrat).

Cet arrêt peut être comparé à un arrêt du 25 janvier 1993⁷ relatif à la responsabilité d'un enseignant fondée sur l'article 1384, alinéa 4, du Code civil. En pareille occurrence, l'obligation d'exercer une surveillance fait partie de l'exécution du contrat de travail.

D. LA PERTE DE REVENUS TIRES DE PRESTATIONS AU NOIR NE CONSTITUE PAS UN DOMMAGE LICITE REPARABLE : ARRET DU 14 MAI 2003 (P.02.1204.F), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL J. SPREUTELS

La victime d'un accident de roulage avait introduit une réclamation pour la perte de rémunération consécutive à un grave préjudice corporel. L'indemnité qu'elle demandait à ce titre représentait non seulement la perte de la rémunération liée à un contrat de travail de salarié exécuté à temps plein dans le respect de la législation sociale, mais également la perte de la rémunération liée à un travail de la même importance presté au noir au service du même employeur et dont elle avait prouvé la réalité.

Sans avoir égard aux circonstances de fait postérieures à l'accomplissement de ces dernières prestations, et notamment à leur absence de déclaration au fisc, la cour d'appel avait rejeté cette partie de la demande au motif essentiel qu'elle était fondée sur l'obtention d'avantages financiers dont la cause présentait un caractère illicite ; les juges du fond avaient relevé à cet égard que les prestations litigieuses avaient été exécutées en infraction à des dispositions d'ordre public prises dans le domaine social en rapport avec la tenue des documents sociaux, le temps de travail et de repos ou la sécurité sociale des travailleurs. Ils avaient, dès lors, considéré que la lésion de l'intérêt patrimonial liée à la perte de ces avantages financiers était illégitime et, partant, irréparable.

Devant la Cour, la victime contestait ce raisonnement. Elle soutenait que les avantages litigieux ne pourraient être tenus pour illégitimes et, partant, que l'indemnisation en relation avec leur perte ne pourrait être exclue, que dans l'hypothèse où leur cause, c'est-à-dire les prestations de services, serait elle-même contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ce qui n'était pas le cas. En conséquence, l'auteur responsable ne pouvait, à son estime, échapper à son obligation de réparer intégralement le dommage causé par sa faute en se fondant sur la considération que les rémunérations concernées n'avaient pas été soumises à la perception de l'impôt ou des cotisations de sécurité sociale, circonstances dont il ne lui était pas permis de se prévaloir.

La Cour a rejeté le pourvoi. Elle a en effet décidé que la perception d'une rémunération provenant d'un travail au noir constitue, en règle, un avantage illicite dont la perte ne peut donner lieu à réparation.

La jurisprudence de la Cour est bien établie en ce sens que la lésion d'un intérêt ne peut donner ouverture à une action en réparation qu'à la condition qu'il s'agisse d'un intérêt

⁷ Bull. et Pas., 1993, n° 47.

légitime ou licite⁸. Dans ses conclusions, le ministère public en avait rappelé certaines applications⁹. Il soulignait également la précision apportée par l'arrêt du 2 avril 1998, selon lequel quiconque vise uniquement le maintien d'une situation contraire à l'ordre public n'a pas un intérêt licite, précision qui permet un rapprochement avec la jurisprudence de la Cour relative à la notion d'objet licite d'un contrat d'assurance¹⁰. Le ministère public soulignait cependant qu'en matière de responsabilité extracontractuelle, lorsqu'il s'agit uniquement d'obtenir des dommages-intérêts, il y a lieu d'assimiler au but de maintenir une situation illicite celui de réparer la perte de tout profit tiré d'une telle situation, ce qui, dans un cas tel celui de l'espèce, aboutit à une solution comparable à celle dégagée en pareille occurrence en France par la Cour de cassation¹¹, aux Pays-Bas par le Hoge Raad¹² et en Allemagne par le Bundesgerichtshof¹³. S'agissant, enfin, de la violation des dispositions légales ou réglementaires de droit social sur laquelle la cour d'appel avait fondé sa décision relative au caractère illicite des prestations, le ministère public relevait que, indépendamment du fait que les sanctions pénales qui les assortissent ne visent que l'employeur, ses préposés ou mandataires, à l'exclusion du travailleur, ces dispositions d'ordre public sont sanctionnées, sur le plan civil, par la nullité absolue du contrat. Si le travailleur, qui a consenti à travailler en violation de ces dispositions, ne peut être privé du bénéfice de l'exécution du contrat pour le passé, il ne peut réclamer ce bénéfice à l'employeur pour l'avenir. *A fortiori*, il ne peut réclamer une indemnisation pour la perte de rémunérations perçues en infraction à ces dispositions.

§ 2. Autres arrêts en matière civile

A. LIMITATION DES INTERETS MORATOIRES DANS LA MESURE OU LE RETARD EST IMPUTABLE A UNE FAUTE DU CREANCIER : ARRET DU 17 OCTOBRE 2002 (C.01.0272.F)

Régulièrement, la Cour censure des décisions qui énoncent que, lors même qu'il serait imputable à la négligence de la victime, le retard apporté à la réparation du dommage peut donner lieu à l'octroi d'intérêts compensatoires, c'est-à-dire d'intérêts qui sont destinés à indemniser le préjudice complémentaire causé par le retard apporté à la réparation du

⁸ Voy. cass., 15 février 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 364, 3 octobre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 387, 2 avril 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 188, publié dans les A.C. sous le même numéro avec les conclusions de M. l'avocat général M. De Swaef.

⁹ Ainsi, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, ne peut être prise en compte pour le calcul de l'indemnité la plus-value résultant de travaux réalisées en contravention aux prescriptions d'un plan d'aménagement communal ou sans le permis requis (voy. cass., 14 décembre 1979, *Bull. et Pas.*, 1980, I, 472, et 18 juin 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 323); ainsi encore, la personne qui procède à un captage d'eau dans des conditions illégales est sans titre ni droit pour exiger une indemnisation à charge du responsable d'une pollution (cass., 3 octobre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 387).

¹⁰ Selon cette jurisprudence, l'objet d'un contrat d'assurance n'est illicite, avec pour conséquence la nullité du contrat, que lorsqu'il crée ou maintient une situation illégale ou illicite (cass., 8 avril 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 199, et 14 septembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 470, avec les conclusions de M. l'avocat général A. Henkes, également mentionné dans le rapport annuel 2001, pp. 58-59).

¹¹ Voy., cass., fr. civ., 24 janvier 2002, *Bull. civ.*, II, n° 5.

¹² Arrêt du 24 novembre 2000, *N.J.*, 2001, n° 195.

¹³ Arrêt du 28 janvier 1986, *N.J.W.*, 1986, 1486.

dommage initial¹⁴. L'arrêt du 17 octobre 2002 est le premier par lequel la Cour décide que la même solution s'impose en matière d'intérêts moratoires¹⁵.

Il s'agissait, en l'espèce, d'intérêts alloués à partir du jour de la citation sur d'importants arriérés d'aliments. Le montant dû avait été fixé au terme d'une procédure qui s'était étendue sur près de vingt-cinq ans, dont quinze années d'inertie après que des enquêtes avaient été tenues à la demande du créancier d'aliments. La décision attaquée avait relevé que cette inertie avait été imputable à des difficultés probatoires étrangères au créancier, mais seulement pour une période donnée, et n'avait pas recherché si le retard était imputable au débiteur pour le surplus.

En vertu de l'article 1153, alinéa 1^{er}, du Code civil, dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais, en règle, que dans les intérêts légaux. L'arrêt énonce que le retard visé est celui qui est imputable à une faute du débiteur. Corrélativement, dans la mesure où il résulte de la faute du créancier, le retard ne peut donner lieu au paiement d'intérêts moratoires à charge du débiteur¹⁶. La circonstance que le créancier néglige fautivement de diligenter la procédure de recouvrement ne peut cependant entraîner qu'une limitation des intérêts moratoires, à l'exclusion d'une dispense totale de paiement de ceux-ci. En effet, le débiteur est en faute, sauf l'existence d'une cause étrangère, par le fait même de l'inexécution de son obligation de paiement à l'échéance ou, en tout cas, à la réception de la sommation.

B. L'ENTREPRENEUR SPECIALISE N'EST PAS PRESUME AVOIR EU CONNAISSANCE DES VICES CACHES AFFECTANT LA CHOSE DONT L'ENTRETIEN LUI A ETE CONFIE : ARRET DU 5 DECEMBRE 2002 (C.01.0316.F)

Un camion avait été impliqué dans un accident de la circulation peu de temps après avoir fait l'objet d'un entretien. Une expertise avait démontré qu'un vice affectait le système de freinage du véhicule dont le mauvais fonctionnement avait été à l'origine de l'accident. Les juges d'appel avaient déduit des constatations de l'expert que ce vice existait déjà au moment où le propriétaire du camion en avait repris possession après l'entretien et qu'il était indécélable pour ce dernier. Ils avaient ensuite établi un parallèle entre la responsabilité du garagiste et la garantie du vendeur à raison des vices cachés de la chose vendue et considéré que le garagiste professionnel et spécialisé devait être présumé avoir eu connaissance du vice. Il n'était dès lors pas requis, à leur estime, de rechercher si le garagiste assumait une

¹⁴ V. not. Cass., 18 septembre 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 316, et cass., 17 mai 1989, *Bull. et Pas.*, 1989, I, n° 533.

¹⁵ Par un arrêt du 27 juin 1994 (*Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 334), la Cour avait déjà décidé qu'il ne ressort pas de l'article 10 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs que le juge doit accorder des intérêts judiciaires sur la rémunération réclamée lorsqu'il constate que la prononciation tardive de la décision judiciaire est due à la négligence du travailleur. Il ne s'agissait toutefois pas d'un arrêt de principe.

¹⁶ On observera, à cet égard, que le constat que le comportement du créancier est objectivement inconciliable avec son droit de réclamer des intérêts ne pourrait suffire à justifier une limitation des intérêts moratoires. Il s'agirait, en effet, d'une application de la théorie de la « rechtsverwerking », théorie que la Cour a rejetée (v., not., cass., 6 novembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 456).

obligation de moyen ou une obligation de résultat en ce qui concernait la bonne exécution des travaux d'entretien qui lui avaient été confiés.

La Cour a cassé le jugement attaqué après avoir relevé qu'aucune disposition légale ne fait peser sur l'entrepreneur spécialisé une présomption de connaissance du vice caché dont la chose qui lui a été confiée pour entretien demeure affectée après l'exécution de son ouvrage. Conformément au droit commun, l'entrepreneur n'encourt de responsabilité contractuelle qu'en cas de manquement à l'une des obligations découlant du contrat. Pour que celle-ci soit déclarée établie, le juge doit constater soit que l'entrepreneur a commis une faute dans l'exécution des travaux qui lui avaient été confiés, soit qu'il n'a pas atteint le résultat auquel il s'était engagé. Il importe, en conséquence, de rechercher si l'obligation dont l'inexécution est reprochée à l'entrepreneur est une obligation de moyen ou une obligation de résultat .

C. L'ARTICLE 16, ALINEA 4, DE LA LOI DU 10 MARS 1925 SUR LES DISTRIBUTIONS D'ENERGIE ELECTRIQUE N'INTERESSE PAS A L'ORDRE PUBLIC ET UN TIERS QUI A CONNAISSANCE DE L'EXISTENCE D'UNE SERVITUDE APPARENTE AU MOMENT OU IL ACQUIERT UN BIEN NE PEUT SE PREVALOIR DU DEFAUT DE TRANSCRIPTION DE L'ACTE CONSTITUTIF DANS LE REGISTRE DU CONSERVATEUR DES HYPOTHEQUES : ARRET DU 13 DECEMBRE 2002 (C.99.0485.N)

En vertu de l'article 16, alinéa 4, de la loi du 10 mars 1925 sur les distributions d'énergie électrique, les lignes électriques souterraines et les supports pour conducteurs aériens d'énergie électrique établis dans un terrain ouvert et non bâti doivent, à la demande du propriétaire, être enlevés par l'entreprise distributrice si celui-là use de son droit de se clore ou de bâtir ; les frais d'enlèvement de ces lignes et supports sont à charge de celui qui les a établis.

En l'espèce, une servitude conventionnelle avait été conclue entre les précédents propriétaires d'un terrain et une entreprise distributrice conférant à cette dernière le droit d'établir et entretenir des pylônes électriques sur le bien en contrepartie du paiement d'une somme unique et forfaitaire. A la demande de l'actuel propriétaire qui voulait en extraire l'argile, l'entreprise distributrice avait déplacé les pylônes. Un litige était né quant à la prise en charge des coûts liés à ce déplacement et la cour d'appel avait estimé qu'ils incombaient au propriétaire du terrain.

Devant la Cour, celui-ci soutenait que l'article 16, alinéa 4, de la loi du 10 mars 1925 sur les distributions d'énergie électrique constitue une loi particulière qui, conformément à l'article 650 du Code civil, établit une servitude légale d'utilité publique ; de telles servitudes touchant à l'ordre public, il ne peut être dérogé aux règles qui les gouvernent de sorte que, sans égard au fait qu'une convention soit produite en l'espèce pour établir l'existence d'une servitude conventionnelle et que cette éventuelle servitude soit opposable au propriétaire, le règlement de ladite servitude ne pouvait déroger aux dispositions relatives à la servitude légale en matière de distribution d'énergie électrique. Le propriétaire faisait ainsi grief à la cour d'appel d'avoir jugé qu'une convention dérogeant à l'article 16, alinéa 4, de la loi du 10 mars 1925 sur les distributions d'énergie électrique avait pu être régulièrement conclue.

La Cour a écarté ce point de vue. Elle a décidé que l'article 16, alinéa 4, de la loi du 10 mars 1925 sur les distributions d'énergie électrique n'est pas une règle d'ordre public dès lors qu'elle ne concerne pas les intérêts essentiels de l'Etat ou de la communauté et ne fixe pas les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société. Cette disposition n'interdit donc pas les conventions dérogatoires.

Cette affaire soulevait encore la question de savoir si un tiers qui, au moment où il acquiert un bien, a connaissance de l'existence d'une servitude apparente sur le bien, peut se prévaloir du défaut de transcription de l'acte qui la constitue.

Aux termes de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire, tous actes entre vifs à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, autres que les privilèges et hypothèques, y compris les actes authentiques visés aux articles 577-4, § 1^{er}, et 577-13, § 4, du Code civil, ainsi que les modifications qui y sont apportées, seront transcrits en entier sur un registre à ce destiné, au bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque-là, ils ne pourront être opposés aux tiers qui auraient contracté sans fraude.

L'acquéreur soutenait qu'il devait être considéré comme un tiers de sorte que seule la transcription de l'acte passé entre le propriétaire originaire et l'entreprise distributrice pouvait lui rendre opposable la servitude conventionnelle. Il contestait également que la circonstance que l'acheteur d'un bien foncier ait pu, au moment de son acquisition, constater l'existence de certains signes extérieurs d'une servitude, implique que cette servitude lui soit ainsi rendue opposable, l'article 1^{er} de la loi hypothécaire s'appliquant sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les servitudes apparentes et les servitudes non apparentes. En outre, le fait que certains signes extérieurs soient visibles ne permettrait pas de conclure à la mauvaise foi ou à la connaissance de la servitude dans le chef du tiers puisque de tels signes ne renseignent pas sur la nature du titre dont ils résultent dès lors qu'il peut s'agir d'une simple tolérance, d'un droit personnel ou d'un droit réel tel qu'une servitude.

La Cour a décidé que le tiers qui a connaissance de l'existence d'une servitude apparente au moment où il acquiert le bien qui en est grevé ne peut se prévaloir du défaut de transcription de l'acte constitutif dans le registre des hypothèques. Dès lors, ayant admis, sur la base de constatations en fait, que l'acquéreur avait connaissance de l'existence de la servitude conventionnelle au moment de l'achat du bien, les juges d'appel avaient pu, sans violer l'article 1^{er} de la loi hypothécaire, décider, d'une part, que celui-ci invoquait vainement que l'acte constitutif de cette servitude n'avait pas été transcrit et, d'autre part, que ladite servitude lui était opposable.

D. POINT DE DEPART DU DELAI DE PRESCRIPTION DE L'ACTION EN RESPONSABILITE DES AVOCATS : ARRET DU 20 MARS 2003 (C.02.0065.F)

Aux termes de l'article 2276*bis*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code civil, les avocats sont déchargés de leur responsabilité professionnelle et de la conservation des pièces cinq ans après l'achèvement de leur mission.

Faisant application de cette disposition, l'arrêt attaqué avait décidé qu'une action en responsabilité intentée contre un avocat n'était pas prescrite. Pour la cour d'appel, il convenait, en l'espèce, de fixer le point de départ du délai de prescription au jour de la réception de la lettre par laquelle cet avocat avait invité ses clients à reprendre possession de leurs dossiers en son cabinet, intervenue moins de cinq ans avant l'introduction de l'action, et non à compter de la lettre par laquelle il avait été déchargé de sa mission et invité à restituer les dossiers. En effet, à l'estime des juges du fond, il faut distinguer la fin du mandat de l'avocat de l'achèvement de sa mission; celle-ci comprend tous les actes matériels nécessaires à son accomplissement, dont la restitution du dossier qui, quelle que soit la manière dont se termine le contrat, constitue le dernier acte requis de l'avocat.

A l'appui de son pourvoi, l'avocat soutenait que, dans l'hypothèse où le client décide de mettre prématurément fin à la mission de son avocat, l'achèvement de cette mission coïncide nécessairement avec la prise de connaissance de cette décision.

La Cour a tout d'abord décidé que l'achèvement de la mission visé à l'article 2276*bis* du Code civil est une notion légale; dès lors, la méconnaissance de cette notion peut être invoquée dans le cadre d'un pourvoi en cassation. Elle a ensuite énoncé que la mission de l'avocat s'achève, notamment, lorsque le client met de façon non équivoque un terme à son mandat. Partant, elle a cassé la décision qui avait considéré que cette circonstance était sans incidence.

E. L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTES FONDAMENTALES N'IMPLIQUE PAS LE DROIT A L'ADOPTION : ARRETS DES 10 AVRIL 2003 ET 5 JUIN 2003 (C.02.0112.F ET C.01.0567.F)

En vertu de l'article 344, § 2, du Code civil, en cas d'adoption entre un Belge et un étranger, lorsque l'adopté a plus de quinze ans, chacune des parties doit satisfaire aux conditions que lui impose son statut personnel. En l'espèce concernée par le premier arrêt, le statut personnel de l'adopté était régi par la loi moldave, qui interdit l'adoption des personnes majeures. Le juge du fond avait dès lors refusé l'homologation de l'acte d'adoption.

Le moyen de cassation soutenait que l'application de la loi moldave doit être écartée en raison de sa contrariété à l'ordre public international belge, dès lors qu'elle est incompatible avec le droit au respect de la vie privée et familiale, sans distinction aucune fondée notamment sur la nationalité, la naissance ou l'âge, tel qu'il est consacré par les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Selon le

demandeur, le droit au respect de la vie privée comprend nécessairement le droit de consolider une vie familiale débutante et de consacrer juridiquement celle-ci, notamment par la voie de l'adoption lorsqu'elle est conforme à l'intérêt de toutes les personnes concernées.

L'arrêt du 10 avril 2003 rejette cette thèse, en énonçant qu'en tant qu'il reconnaît à toute personne le droit au respect de sa vie privée et familiale, l'article 8 de la Convention n'oblige pas les Etats à accorder à une personne le statut d'adoptant ou d'adopté. Cette décision est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dont l'arrêt *Fretté contre la France* du 26 février 2002 précise que la Convention ne garantit pas, en tant que tel, le droit d'adopter et que le droit au respect de la vie familiale présuppose l'existence d'une famille et ne protège pas le simple désir de fonder une famille¹⁷.

L'arrêt du 5 juin 2003 reproduit cet enseignement.

F. LA DEMANDE DE RENOUVELLEMENT D'UN BAIL COMMERCIAL DOIT-ELLE EMANER DE L'ENSEMBLE DES LOCATAIRES ? – ARRET DU 11 AVRIL 2003 (C.99.0368.N), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL G. DUBRULLE

En vertu de l'article 13 de la loi sur les baux commerciaux, le preneur a le droit d'obtenir, par préférence à toute autre personne, le renouvellement de son bail pour la continuation du même commerce, soit à l'expiration de celui-ci, soit à l'expiration du premier ou du deuxième renouvellement, pour une durée de neuf années, sauf accord des parties constaté par un acte authentique ou par une déclaration faite devant le juge ; ce droit est limité à trois renouvellements. L'article 14 de la même loi prescrit, à peine de déchéance, les formes et délais auxquels l'exercice de ce droit est soumis. Ainsi, la notification doit indiquer, à peine de nullité, les conditions auxquelles le preneur lui-même est disposé à conclure le nouveau bail et contenir la mention qu'à défaut de notification par le bailleur, suivant les mêmes voies et dans les trois mois, de son refus motivé de renouvellement, de la stipulation de conditions différentes ou d'offres d'un tiers, le bailleur sera présumé consentir au renouvellement aux conditions proposées.

Dans le cas d'espèce, alors que le bail avait été conclu avec plusieurs locataires, seul l'un d'eux avait introduit une demande de renouvellement. Le bailleur ayant conditionné le renouvellement à une augmentation du loyer, les preneurs l'avaient assigné en vue d'obtenir le renouvellement à des conditions inchangées. Les juges d'appel avaient déclaré leur demande « non valable », au motif qu'en cas de pluralité de preneurs, ceux-ci doivent demander conjointement le renouvellement du bail.

Cette question est débattue en jurisprudence et en doctrine. En accord avec l'opinion dominante, la Cour a décidé qu'en cas de pluralité de preneurs au jour de la demande de

¹⁷ Arrêt *Fretté contre la France* du 26 février 2002, considérant n° 32 (et les références citées). Cet arrêt, qui n'a pas encore fait l'objet d'une publication officielle, peut néanmoins être consulté sur le site Internet de la Cour européenne des droits de l'homme. Il a également été publié dans la *J.L.M.B.*, 2002, pp. 752 et s.

renouvellement du bail, celle-ci doit émaner de tous les preneurs. L'arrêt du 11 avril 2003 précise que l'article 14 de la loi sur les baux commerciaux, qui est une disposition impérative établie en faveur du bailleur¹⁸, autorise le preneur à proposer d'autres conditions mais non à changer les parties au contrat de bail.

Cette solution s'inscrit dans la ligne de deux précédents arrêts de la Cour. Elle a, en effet, décidé, par un arrêt rendu le 8 juillet 1954¹⁹, qu'en cas de pluralité de bailleurs, la demande de renouvellement doit être adressée à chacun d'eux et, dans un arrêt du 21 avril 1955, que, dans la même hypothèse, le refus d'un seul des bailleurs suffit pour empêcher la renouvellement²⁰.

G. LA THEORIE DU « RESPECT DU AUX ANTICIPATIONS LEGITIMES D'AUTRUI » NE PEUT JUSTIFIER LE REJET D'UNE ACTION EN REPETITION DE L'INDU : ARRET DU 26 MAI 2003 (S.01.0108.F), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. LE PREMIER AVOCAT GENERAL J.-F. LECLERCQ

Une caisse d'allocations familiales avait omis de notifier à l'allocataire sa décision de réduire les allocations familiales relatives à un enfant dont elle entendait désormais ne plus reconnaître le handicap et, également, de donner les instructions nécessaires au service chargé des paiements. Il en était résulté un important indu. Saisie de l'action en remboursement, la cour du travail avait distingué deux périodes : elle avait fait droit à la demande pour la période postérieure au moment auquel il avait dû apparaître de façon certaine à la mère de l'enfant qu'une intervention chirurgicale avait permis la guérison complète de celui-ci, mais avait débouté la caisse pour la période antérieure. Sa décision était fondée sur le principe du respect dû aux anticipations légitimes d'autrui, selon lequel la légitimité d'une expectative nourrie par quelqu'un à l'égard d'une autre personne a comme corollaire l'obligation pour cette dernière d'y réserver la suite attendue. Pour la période antérieure, à l'estime des juges du fond, l'intéressée avait légitimement pu penser que les allocations au taux majoré, en raison d'un handicap apparaissant comme non contesté, étaient définitivement acquises au bénéfice de son fils et, dès lors, nourrir l'expectative suivant laquelle la caisse ne lui réclamerait pas ultérieurement un indu ; il en résultait, pour la caisse, l'obligation de réserver une suite favorable à cette attente et, partant, de renoncer à la récupération de l'indu.

La caisse avait attaqué cette décision. Elle soutenait que la répétition de l'indu ne requiert, comme seules conditions, que l'existence d'un paiement et le caractère indu de celui-ci et contestait l'application du principe dit du respect dû aux anticipations légitimes d'autrui, soulignant que la cour du travail n'en mentionnait, comme fondement, aucune disposition légale précise.

¹⁸ Voy. cass., 12 juin 1953, *Bull. et Pas.*, 1953, I, 797, 19 juin 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 551, et 6 mai 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 223.

¹⁹ *Bull. et Pas.*, 1954, I, 985.

²⁰ *Bull. et Pas.*, 1955, I, 902.

La Cour a accueilli le pourvoi. Elle a décidé qu'en fondant sa décision sur la théorie du « respect dû aux anticipations légitimes d'autrui », l'arrêt attaqué a violé les dispositions du Code civil relatives à la répétition de l'indu.

Dans ses conclusions, le ministère public exprimait de sérieux doutes quant à l'existence d'un principe général du droit correspondant à cette théorie, soulignant que son application se heurterait en toute hypothèse, en l'espèce, à un principe général supérieur, puisque de valeur constitutionnelle, étant le principe de légalité fondé sur l'article 159 de la Constitution. Sans doute, admettait-il, la primauté de ce principe peut avoir de fâcheuses conséquences du point de vue de l'équité, mais le droit commun de la responsabilité constitue, à cet égard, un utile tempérament²¹.

H. LE FAIT QU'UNE CESSION PORTE SUR UNE CREANCE ISSUE D'UN CONTRAT SYNALLAGMATIQUE N'IMPLIQUE PAS DE DEROGATION EN CE QUI CONCERNE L'EXCEPTION DE COMPENSATION : ARRET DU 26 JUIN 2003 (C.01.0528.F), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL X. DE RIEMAECKER

Une entreprise de courtage en assurances avait conclu avec diverses compagnies d'assurance des conventions classiques prévoyant, notamment, que le courtier avait droit aux commissions convenues sur les contrats souscrits par son intermédiaire jusqu'à leur expiration mais qu'aucune cession du portefeuille constitué de ces contrats ne pouvait avoir lieu avant l'apurement de la dette éventuelle du courtier relative aux primes d'assurance encaissées par lui pour le compte de la compagnie. A la suite de la faillite de l'entreprise de courtage, les curateurs avaient cédé le portefeuille malgré l'opposition de deux compagnies d'assurance, créancières de la faillite à raison d'un solde de primes encaissées. Nonobstant cette cession, les compagnies concernées avaient prétendu pouvoir conserver les commissions de courtage dues aux cessionnaires en compensation de leurs propres créances relatives à des primes encaissées auprès des assurés par la société faillie.

Saisie du litige, la cour d'appel avait décidé que la clause interdisant la cession du portefeuille était inopposable à la masse et, partant, que cette cession était valable. S'agissant de la compensation opérée entre les commissions périodiques dues sur les contrats d'assurance composant le portefeuille litigieux et les dettes relatives aux primes encaissées pour compte des compagnies, les juges du fond l'avaient admise pour la période antérieure à la cession eu égard à l'existence d'un lien de connexité étroite entre les dettes réciproques ; en revanche, ils avaient considéré que la compensation n'était plus possible en ce qui concerne les commissions dues après la cession du portefeuille.

La société venant aux droits des deux compagnies concernées a formé un pourvoi contre cette dernière décision.

²¹ Le ministère public faisait, à cette occasion, référence à un arrêt prononcé le 25 novembre 2002 (S.00.0036.F), ayant admis que le comportement de l'O.N.S.S., apprécié suivant le critère de l'organe d'un établissement public normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions, peut s'analyser en une erreur de conduite susceptible d'engager sa responsabilité extracontractuelle.

Par des arrêts des 25 mars 1965 et 13 septembre 1973²², la Cour a décidé que l'exception d'inexécution peut être opposée au cessionnaire de la créance née d'un contrat synallagmatique même si l'inexécution résulte de faits postérieurs à la signification, alors requise, de la cession de créance ; en effet, fondée sur l'interdépendance des obligations réciproques, l'exception d'inexécution est inhérente aux contrats synallagmatiques. Sur la base de cette jurisprudence, la demanderesse soutenait que la compensation entre une obligation et une créance connexes, en tant qu'elle est inhérente aux contrats synallagmatiques et fondée sur l'interdépendance d'obligations réciproques, est également opposable au cessionnaire de la créance née de ce contrat synallagmatique. En l'espèce, le cessionnaire n'aurait acquis, à l'intervention des curateurs de la société faillie, le droit de percevoir les commissions afférentes aux contrats d'assurance qui composaient le portefeuille cédé que pour sa valeur nette, c'est-à-dire après déduction des sommes dues au titre de primes encaissées.

La Cour a rejeté le moyen dans la mesure où il soutenait que la constatation d'un lien de connexité entre des obligations réciproques de nature à justifier que la compensation s'opèrent entre elles nonobstant la faillite d'un des débiteurs aurait une incidence sur les conditions auxquelles l'autre peut, en cas de cession de la créance du failli, opposer au cessionnaire l'exception fondée sur la compensation. Cette exception n'est, en effet, pas inhérente à la nature du contrat synallagmatique, son mécanisme ne supposant pas l'interdépendance des obligations réciproques. Dès lors, en cas de cession d'une créance née d'un tel contrat, les obligations qui en résultent ne sont plus réciproques et il n'est pas dérogé à l'article 1295 du Code civil qui prive le débiteur cédé du bénéfice de l'exception de compensation lorsque les conditions de celle-ci ne sont réunies qu'après que la cession lui a été rendue opposable²³. Dans ses conclusions, le ministère public avait souligné les caractéristiques qui distinguent la compensation *sensu stricto* de la compensation après faillite ; il inclinait à penser que la connexité objective qui crée, dans ce dernier cas, une étroite dépendance entre les obligations en présence justifie que l'on s'écarte de l'application des règles relatives à la cession de créance de la même manière que l'on s'écarte de celles relatives à la compensation.

²² *Bull. et Pas.*, 1965, I, 788, et 1974, I, 30.

²³ L'article 1295 du Code civil était applicable au litige dans la rédaction antérieure à sa modification par la loi du 6 juillet 1994. Cette disposition distinguait, quant au droit du débiteur cédé d'opposer l'exception de compensation au cessionnaire, selon qu'il avait accepté la cession, auquel cas toute compensation était interdite (ancien article 1295, alinéa 1^{er}), ou que – comme en l'espèce – la cession lui avait été signifiée, hypothèse dans laquelle il pouvait opposer toute compensation dont les conditions étaient réunies avant la signification (ancien article 1295, alinéa 2). L'actuel article 1295 reprend le principe de cette dernière règle, quel que soit le mode (notification ou reconnaissance) par lequel la cession de créance est rendue opposable au débiteur cédé.

SECTION 2 - ARRETS EN MATIERE COMMERCIALE

§ 1. Faillite

A. HONORAIRES DES CURATEURS : ARRET DU 11 OCTOBRE 2002 (C.01.0235.N), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL DELEGUE D. THUIS

L'article 479 de la loi du 18 avril 1851 sur la faillite dispose que les deniers provenant des ventes et recouvrements faits par les curateurs seront, sous la déduction des sommes arbitrées par le juge-commissaire, versés à la caisse des consignations dans les huit jours de la recette. En vertu de l'article 461 de cette loi, les honoraires des curateurs sont réglés par le tribunal de commerce, suivant la nature et l'importance de la faillite.

Faut-il considérer que les fonds nécessaires à la gestion, qui ne sont pas soumis à l'obligation de consignation, constituent des fonds personnels dont le curateur ne doit pas justifier l'emploi ?

Par son arrêt du 11 octobre 2002, la Cour a considéré qu'il résulte de la genèse de la loi que le législateur a imposé la consignation des fonds provenant des ventes et recouvrements réalisés par les curateurs pour éviter que ceux-ci ne les emploient à des fins personnelles, cette obligation ayant toutefois été levée en ce qui concerne les sommes qui, suivant l'estimation du juge-commissaire, sont nécessaires à la gestion de la faillite et demeurent en possession du curateur. Il découle du rapprochement des articles 461 et 479 de l'ancienne loi sur les faillites que le tribunal de commerce est seul compétent pour fixer les honoraires du curateur et qu'il n'appartient pas à ce dernier d'affecter de sa propre initiative les fonds qu'il détient régulièrement en vertu de l'article 479 à sa rémunération personnelle sans l'autorisation du tribunal.

B. L'HYPOTHEQUE ETABLIE EN VERTU D'UN MANDAT HYPOTHECAIRE DURANT LA PERIODE SUSPECTE, EN GARANTIE D'UNE CREANCE EXISTANTE, N'EST PAS OPPOSABLE A LA MASSE : ARRET DU 24 OCTOBRE 2002 (C.00.0042.N)

En vertu de l'article 445, alinéa 4, de l'ancienne loi sur les faillites (auquel correspond actuellement l'article 17, 3°, de la loi du 8 août 1997), toutes hypothèques conventionnelles et tous droits d'antichrèse constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées sont inopposables à la masse lorsqu'ils ont été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent cette époque.

En l'espèce, la question soulevée concernait l'opposabilité à la masse d'une hypothèque effectivement constituée pendant la période suspecte pour sûreté d'une dette antérieure, mais sur la base d'un mandat hypothécaire conféré par le débiteur avant le début de cette période.

La doctrine est divisée quant à la réponse à apporter à cette question et la Cour de cassation n'avait jamais eu l'occasion de se prononcer sur ce point avant l'arrêt du 24 octobre 2002.

Si l'on considère que l'octroi d'un mandat hypothécaire et son exécution, qui s'opère sans l'intervention du débiteur, forment un ensemble, il est possible de défendre l'idée que l'hypothèque ainsi constituée est opposable à la masse. En effet, dans ce cas, la constitution de l'hypothèque ne dissimule pas une tentative du débiteur d'avantager un créancier au détriment des autres dans la prévision d'une faillite imminente, ce qui est l'hypothèse envisagée par l'article 445, alinéa 4, de l'ancienne loi sur les faillites.

La Cour de cassation n'a pas suivi cette thèse. Dès lors que le mandat hypothécaire délivré par le débiteur en vue de permettre la constitution d'une hypothèque n'a pas pour conséquence que la constitution ultérieure de l'hypothèque a un effet rétroactif, elle a décidé que l'hypothèque ainsi constituée durant la période suspecte en vue de garantir des dettes antérieures n'est pas opposable à la masse, en application de l'article 445, alinéa 4, précité.

C. QUALITE ET INTERET DU CURATEUR POUR AGIR EN VUE DE LA REPARATION D'UN « PREJUDICE COLLECTIF » : ARRETS DU 24 OCTOBRE 2002 (C.00.0476.N ET C.00.0477.N), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL G. DUBRULLE

A la demande des curateurs de deux faillites, plusieurs personnes avaient été condamnées au paiement d'une indemnité substantielle au bénéfice de la masse de ces faillites pour avoir procédé à une augmentation de capital fictive en commettant des faux.

Devant la Cour, les intéressés faisaient notamment valoir que la seule absence d'augmentation de l'actif ne constitue pas un dommage collectif pour la réparation duquel les curateurs pourraient agir.

Par un arrêt du 5 décembre 1997²⁴, la Cour a confirmé sa jurisprudence constante et plus que séculaire²⁵. La mission générale du curateur consiste à poursuivre la réalisation de l'actif du failli et à distribuer le produit de cette réalisation. Lorsqu'il agit en justice au nom de la masse, le curateur exerce les droits qui sont communs à l'ensemble des créanciers, mais non les droits individuels de ceux-ci, lors même que ces droits individuels seraient cumulés. Sont communs à l'ensemble des créanciers les droits résultant du dommage causé par la faute de toute personne qui a eu pour effet d'aggraver le passif de la faillite ou d'en diminuer l'actif²⁶. En raison de la dépréciation du gage commun des créanciers qui en résulte, cette faute est la cause d'un préjudice collectif dans le chef de ces créanciers et porte atteinte aux droits qui, par nature, leur sont communs.

²⁴ *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 532.

²⁵ Voy., not., cass., 20 juin 1968, *Bull. et Pas.*, 1968, I, 1209 ; 8 avril 1976, *Bull.* 1976, I, 881 ; 12 février 1981, *Bull. et Pas.*, 1981, I, n° 347, avec les conclusions de M. l'avocat général Declercq ; 2 mars 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 127, avec les conclusions de Mme l'avocat général Liekendaël.

²⁶ Voy. également cass., 19 octobre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 544.

L'arrêt du 24 octobre 2002 s'inscrit dans le prolongement de cette jurisprudence.

Rejetant le pourvoi, la Cour a décidé qu'un préjudice collectif pouvait également exister lorsque, par le fait d'un tiers, l'actif qui devait être à la disposition des créanciers ne se retrouve pas effectivement dans la masse, ce fait constituant une atteinte à la confiance légitime des créanciers relativement au contenu de leur droit de recours à l'égard du patrimoine du failli. Partant, le curateur est légalement compétent pour agir en vue de l'indemnisation de ce préjudice.

En conséquence, ayant constaté qu'une augmentation de capital par apport de fonds avait été simulée par le biais d'agissements pénalement punissables, les juges du fond ont légalement décidé que, sans cette faute, l'actif aurait été plus important de sorte que les curateurs étaient fondés à réclamer l'indemnisation du préjudice en résultant.

D. DECLARATION DE FAILLITE APRES UN SURSIS PROVISOIRE DE PAIEMENT : ARRET DU 10 JANVIER 2003 (C.01.0418.N), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL D. THYS

Le jugement qui, par application de l'article 15 de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire, accorde le sursis provisoire, procure au débiteur une protection temporaire contre ses créanciers, sur la base d'une appréciation provisoire à propos de la continuité de l'entreprise. Un tel jugement ne se prononce cependant pas en ce qui concerne une éventuelle cessation persistante des paiements dans le chef du débiteur et n'a, partant, aucune autorité de chose jugée à l'égard de la décision ultérieure qui ordonne la fin du sursis provisoire, déclare la faillite et fixe la date de cessation de paiement.

L'article 15, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi précitée prévoit que le tribunal peut, en l'absence de mauvaise foi manifeste, accorder un sursis provisoire pour une période d'observation qui ne peut être supérieure à six mois s'il est satisfait aux conditions prévues à l'article 9 et s'il estime, sur la base d'une appréciation provisoire, qu'il est possible d'assurer totalement ou partiellement la continuité de l'entreprise. Par application de l'article 12, alinéas 1^{er}, 2 et 6, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, la cessation de paiement est réputée avoir lieu, en règle, à partir du jugement déclaratif de faillite, le tribunal pouvant toutefois la fixer à une date antérieure à ce jugement, en principe de six mois maximum, en présence d'éléments sérieux et objectifs donnant une indication claire en ce sens.

La Cour a décidé que l'appréciation de ces éléments sérieux et objectifs est abandonnée aux lumières du tribunal. Si celui-ci ordonne la fin du sursis provisoire et déclare la faillite, rien ne s'oppose, lorsqu'il statue sur les conditions de celle-ci, à ce qu'il décide, sur la base des circonstances de fait propres à la cause, qu'un état de cessation de paiement persistant existait déjà au moment de l'introduction de la demande en concordat qui a débouché sur un sursis provisoire.

§ 2. Arrêts en matière d'assurance

A. ACTION RECURSOIRE DE L'ASSUREUR POUR LES DECAISSEMENTS RELATIFS A UN ACCIDENT DE LA CIRCULATION PROVOQUE PAR UN CONDUCTEUR DONT LE PERMIS DE CONDUIRE DELIVRE A L'ETRANGER N'EST PAS VALABLE EN BELGIQUE : ARRET DU 8 NOVEMBRE 2002 (C.00.0159.N), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL DELEGUE D. THUIS

L'assureur de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs ne peut réclamer le remboursement des sommes qu'il a décaissées en exécution du contrat d'assurance que dans les cas et à l'égard des personnes déterminés dans le contrat-type, rendu obligatoire par l'arrêté royal du 14 décembre 1992. Notamment, l'article 25, 3°, b), de ce contrat-type prévoit que la compagnie a un droit de recours contre le preneur d'assurance et, s'il y a lieu, contre l'assuré autre que le preneur d'assurance lorsque, au moment du sinistre, le véhicule est conduit par une personne ne satisfaisant pas aux conditions prescrites par la loi et les règlements belges pour pouvoir conduire ce véhicule, par exemple par une personne n'étant pas titulaire d'un permis de conduire. Cet article précise toutefois que le droit de recours ne s'applique pas si la personne qui conduit le véhicule à l'étranger a respecté les conditions prescrites par la loi et les règlements locaux pour conduire le véhicule et n'est pas sous le coup d'une déchéance en cours en Belgique.

L'interprétation de cette dernière disposition se trouvait au centre d'un litige relatif à un accident de la circulation provoqué, sur le territoire belge, par un conducteur qui était titulaire d'un permis de conduire valide délivré en Turquie, mais non valable en Belgique. Se fondant sur cette circonstance, l'assureur de la responsabilité civile obligatoire avait introduit une action récursoire contre ce conducteur. Les juges d'appel l'avaient débouté au motif que son action récursoire ne trouvait aucun fondement dans le texte néerlandais des conditions de la police d'assurance, conforme aux dispositions du contrat-type.

La Cour a décidé que cette disposition doit être interprétée en ce sens qu'elle exclut le recours de l'assureur contre le conducteur d'un véhicule ne disposant pas d'un permis de conduire valable en Belgique lorsque ce conducteur a causé un accident dans un pays étranger où il satisfait aux conditions prescrites par les lois et règlements applicables pour conduire le véhicule impliqué. Cette disposition n'est toutefois pas applicable lorsque l'accident a été causé en Belgique.

B. OBLIGATION DE COUVERTURE DE L'ASSUREUR EN CAS DE FAUTE INTENTIONNELLE D'UNE PERSONNE DONT L'ASSURE EST CIVILEMENT RESPONSABLE: ARRETS DU 25 MARS 2003 (P.02.0607.N ET P.02.1097.N), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL M. DE SWAEF

L'article 8, alinéa 1^{er}, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre dispense l'assureur de fournir sa garantie à l'égard de quiconque a causé intentionnellement un sinistre, nonobstant toute convention contraire. En vertu du deuxième alinéa de la même disposition, l'assureur répond des sinistres causés par la faute, même lourde, du preneur d'assurance, de l'assuré ou du bénéficiaire ; l'assureur peut toutefois refuser sa garantie dans les hypothèses

de faute lourde expressément et limitativement déterminées dans le contrat, pour autant qu'elles ne soient pas exclues par un arrêté royal pris en exécution du troisième alinéa de l'article 8 précité. Il résulte de l'article 6, 6°, de l'arrêté royal du 12 janvier 1984²⁷ déterminant les conditions minimales de garantie des contrats d'assurance couvrant la responsabilité civile extra-contractuelle relative à la vie privée que la garantie peut également être exclue en ce qui concerne la responsabilité civile extra-contractuelle d'un assuré mineur d'âge ayant atteint l'âge du discernement dans les cas de faute lourde expressément et limitativement prévus dans les conditions générales du contrat.

La question soulevée devant la Cour concernait la possibilité, pour l'assureur, de refuser sa garantie pour un dommage intentionnellement causé par une personne autre que l'assuré mais dont celui-ci doit répondre en qualité de civilement responsable. Dans les deux espèces, l'assureur de la responsabilité civile relative à la vie privée avait refusé sa couverture à des parents, ses assurés, qui, par application de l'article 1384, alinéa 2, avaient été déclarés civilement responsables du préjudice provoqué par la faute intentionnelle d'enfants mineurs (incendie volontaire dans un cas, vol avec effraction, escalade ou fausses clés dans l'autre). Dans les deux espèces, l'assureur avait refusé d'intervenir. Dans la première affaire, il avait soutenu que l'exclusion de garantie prévue par l'article 8, alinéa 1^{er}, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre à l'égard des sinistres provoqués intentionnellement s'applique lorsque l'assureur est poursuivi pour couvrir non seulement la responsabilité civile de l'auteur du sinistre mais également la responsabilité de la personne civilement responsable de l'auteur du dommage. L'assureur invoquait en outre les conditions générales de la police qui stipulaient une exclusion de couverture en cas de sinistre impliquant la responsabilité personnelle de l'assuré âgé de plus de seize ans ayant, notamment, provoqué le dommage intentionnellement ou par sa faute lourde. Dans la seconde affaire, l'assureur s'était prévalu d'une cause d'exclusion semblable. Dans les deux cas, les juges d'appel avaient considéré que les assureurs n'étaient pas fondés à invoquer une quelconque exclusion de garantie.

Les deux arrêts rejettent le pourvoi formé par l'assureur. Dans le premier, la Cour a décidé que le caractère intentionnel de la faute commise par une personne ne peut être invoqué contre celui qui est civilement responsable de cette personne et est assuré à ce titre, de sorte que l'arrêt attaqué avait régulièrement jugé que l'assureur ne pouvait opposer au parent l'exclusion de l'article 8, alinéa 1^{er}, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre. Par le second arrêt, la Cour a décidé que l'article 6, 6°, de l'arrêté royal du 12 janvier 1984 déterminant les conditions minimales de garantie des contrats d'assurance couvrant la responsabilité civile extra-contractuelle relative à la vie privée n'autorise pas l'exclusion de la faute intentionnelle commise par une personne dont l'assuré est civilement responsable. Sur cette base, la Cour rejette les griefs pris de la violation de la foi due à la police d'assurance et de la méconnaissance de la force obligatoire de celle-ci.

²⁷ Telle que cette disposition a été modifiée par l'article 3, 1°, de l'arrêté royal du 24 décembre 1992.

§ 3. Autres arrêts en matière commerciale

A. LA NOTION DE VENDEUR EN MATIERE DE PRATIQUES DU COMMERCE : ARRET DU 13 SEPTEMBRE 2002 (C.01.0220.N)

Une A.S.B.L. avait été fondée avec pour objet la promotion de bateaux dotés d'une propulsion respectueuse de l'environnement, leur mise à la disposition de la communauté par le biais de la mise sur pied d'un réseau de taxis et bus nautiques et l'établissement de contacts avec des groupes socialement défavorisés dans le but de les faire bénéficier des acquisitions de l'association. Elle avait construit un bateau électrique et l'avait mis en service comme moyen de transport public gratuit (service de bus et de taxi) sur les canaux intérieurs gantois.

La question soulevée devant la Cour concernait l'applicabilité de la loi sur les pratiques du commerce à cette association agissant sans but lucratif et offrant des services gratuits.

Aux termes de l'article 1.6 de la loi sur les pratiques du commerce, il faut notamment entendre par vendeur : *a)* tout commerçant ou artisan ainsi que toute personne physique ou morale qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services, dans le cadre d'une activité professionnelle ou en vue de la réalisation de leur objet statutaire ; *c)* les personnes qui exercent avec ou sans but de lucre une activité à caractère commercial, financier ou industriel, soit en leur nom propre, soit au nom ou pour le compte d'un tiers doté ou non de la personnalité juridique et qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services. L'article 1.2 de la même loi définit la notion de services comme étant toutes prestations qui constituent un acte de commerce ou une activité artisanale visée par la loi sur le registre de l'artisanat.

S'agissant, d'une part, de l'exigence éventuelle de la poursuite d'un but lucratif, la Cour, après avoir constaté que toutes les opérations effectuées par des entreprises de transport par terre, par air ou par eau constituent des actes de commerce au sens de l'article 2, alinéa 5, du Code de commerce, a décidé que les articles 1.2 et 1.6 combinés de la loi sur les pratiques du commerce impliquent que celui qui offre en vente ou vend un service ne doit pas nécessairement agir avec un esprit de lucre pour être considéré comme un vendeur au sens de l'article 1.6, *a)*, de cette loi, la nature même de l'activité ou de l'opération étant déterminante à cet égard. C'est donc à tort que l'arrêt attaqué avait jugé, en l'espèce, que l'A.S.B.L. concernée n'était pas un commerçant au sens de la loi sur les pratiques du commerce.

S'agissant, d'autre part, de l'offre gratuite de services, la combinaison des articles 1.2 et 1.6, *a)* et *c)*, de la même loi a conduit la Cour à décider que celui qui offre en vente ou vend un service qui constitue en lui-même un acte de commerce, au sens des articles 2 et 3 du Code de commerce, peut être considéré comme un vendeur, sans qu'il y ait lieu d'avoir égard au fait

que le bénéficiaire du service est ou non redevable d'une contrepartie. En conséquence, et dès lors qu'elle avait admis que le service offert par l'A.S.B.L. concernée constitue un acte de commerce au sens de l'article 2, alinéa 5, du Code de commerce, à savoir une opération de transport par eau, l'arrêt attaqué ne pouvait considérer que cette association n'offre en vente ou ne vend pas de services au sens de l'article 1.6, a) et c), de la loi sur les pratiques du commerce sur le seul fondement qu'elle offre gratuitement ce service de transport.

Cet arrêt s'inscrit dans la ligne d'un arrêt du 11 mai 2001 par lequel la Cour avait déjà opté pour une interprétation large de la notion de vendeur²⁸.

B. POUVOIR DE L'ASSEMBLEE GENERALE DE DECIDER, EN COURS D'EXERCICE, LA DISTRIBUTION D'UN DIVIDENDE PRELEVE SUR LES RESERVES DISPONIBLES : ARRET DU 23 JANVIER 2003 (C.01.0536.F)

Après avoir approuvé les comptes annuels du dernier exercice, l'assemblée générale d'une société anonyme avait décidé le paiement d'un dividende par un prélèvement sur les réserves disponibles à concurrence de 90 % environ de celles-ci. La société avait été déclarée en faillite moins de deux ans plus tard. Le curateur avait intenté, contre les actionnaires, une action en restitution du dividende dont, à son estime, la distribution avait été illégalement décidée par l'assemblée générale. Il soutenait, en substance, que cette assemblée, après avoir approuvé les comptes annuels, n'avait pas le pouvoir de procéder à l'affectation d'une partie des réserves disponibles qui, par ailleurs, demeurerait occulte jusqu'à la publication des comptes annuels suivants. Le curateur demandait également la condamnation des administrateurs au comblement du passif social, leur reprochant de n'avoir pas fait apparaître la distribution du dividende dans les comptes annuels de l'exercice précédent.

Par confirmation de la décision du premier juge, la cour d'appel avait débouté le curateur. Elle avait décidé que la distribution du dividende litigieux ne pouvait s'analyser en une modification des comptes annuels dans la mesure où elle était intervenue après l'approbation de ceux-ci et ne consistait pas en un prélèvement sur le résultat de l'exercice auquel se rapportaient ces comptes. La cour d'appel avait également considéré qu'aucune disposition légale n'interdit à l'assemblée générale de disposer, en cours d'exercice, des réserves disponibles, observant à cet égard que l'indication, dans les comptes annuels du dernier exercice, de réserves disponibles signifiait que celles-ci pouvaient être distribuées à tout moment par l'assemblée générale.

A l'appui de son pourvoi, le curateur soutenait, notamment, qu'il existe, en ce qui concerne les sociétés anonymes, un principe de l'annualité de l'affectation des résultats, qu'il s'agisse de la distribution, au titre de dividendes, du bénéfice de l'exercice, du bénéfice reporté ou des réserves disponibles ; il en déduisait que, lorsque l'assemblée générale a approuvé un compte de résultat ne mentionnant aucun prélèvement sur les réserves disponibles, elle a épuisé sa

²⁸ *Pas.*, 2001, n° 275 ; cet arrêt a fait l'objet d'une mention dans le rapport annuel 2001, 74-77.

compétence relative à l'affectation des réserves disponibles jusqu'à la réunion de l'assemblée générale ordinaire relative à l'exercice suivant.

La Cour a écarté la thèse du curateur. L'arrêt du 23 janvier 2003 souligne que, dans les limites de l'article 77bis des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (auquel correspond actuellement l'article 617 du Code des sociétés), l'assemblée générale peut, à tout moment au cours de l'exercice, décider de distribuer aux actionnaires un dividende prélevé sur les réserves disponibles. Il décide ensuite que ni les dispositions en vertu desquelles l'assemblée générale ordinaire approuve les comptes établis chaque année par le conseil d'administration ni les dispositions légales ou réglementaires relatives aux comptes annuels des entreprises ne restreignent ce pouvoir.

C. APPLICATION DANS LE TEMPS DE LA LOI DU 13 AVRIL 1995 RELATIVE AU CONTRAT D'AGENCE COMMERCIALE : ARRET DU 28 FEVRIER 2003 (C.00.0603.N)

Un contrat d'agence portant sur des services de courtage avait été conclu le 14 décembre 1993. Une clause de ce contrat stipulait que l'agent devrait s'abstenir de toute activité concurrente sur le territoire pendant les cinq années suivant la fin du contrat, sous peine d'une indemnité forfaitaire de trois millions de francs. Après que les parties eurent mis fin à la convention de commun accord le 18 septembre 1995, l'agent avait développé une telle activité concurrente par l'intermédiaire d'une tierce personne.

En vertu de l'article 24, § 1er, 4°, de la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale, une clause de non-concurrence n'est valable que si elle n'excède pas six mois après la cessation du contrat.

Le pourvoi soulevait la question de l'applicabilité de la loi du 13 avril 1995 à la clause de non-concurrence inscrite dans le contrat antérieur, question à laquelle la cour d'appel avait répondu par la négative.

La Cour a décidé que la loi nouvelle n'est pas applicable sans restriction aux obligations dont l'exécution a été demandée en justice après son entrée en vigueur. Sans préjudice des limitations relatives à l'exécution du contrat d'agence après cette entrée en vigueur, l'article 29 ne porte pas atteinte à la validité des clauses d'une convention conclue sous l'empire de la loi ancienne. La Cour a considéré que l'intention du législateur n'a pas été que la *validité* des contrats d'agence conclus antérieurement soit désormais appréciée selon les nouvelles normes, mais seulement que celles-ci régissent, à l'avenir, l'*exécution* des contrats en cours. La nouvelle loi sur le contrat d'agence n'implique donc pas que la validité d'une clause de non-concurrence conclue avant son entrée en vigueur puisse être appréciée sur la base de ses dispositions.

SECTION 3 - ARRETS EN MATIERE DE DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF

A. UN RECOURS EN ANNULATION DEVANT LE CONSEIL D'ETAT N'EST PAS OUVERT CONTRE LA DESIGNATION OU LA NOMINATION D'UN MEMBRE DU PERSONNEL DE L'ENSEIGNEMENT LIBRE SUBVENTIONNE : ARRET DU 6 SEPTEMBRE 2002 (C.02.0177.N), AVEC CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL G. BRESSELEERS

A l'approche de l'accession à l'éméritat d'un professeur, un emploi à temps plein de membre du personnel académique autonome avait été déclaré vacant à la faculté de psychologie et des sciences pédagogiques de l'Université catholique de Louvain (Katholieke Universiteit Leuven), université libre subventionnée créée par initiative privée. Plusieurs candidats s'étaient présentés et le conseil d'administration avait désigné l'un d'eux à l'emploi de professeur. Saisi de la requête en annulation d'un candidat évincé, le Conseil d'Etat s'était déclaré incompétent pour connaître de la violation du droit subjectif à une nomination. Cette décision avait fait l'objet d'un pourvoi en cassation, conformément à l'article 33, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Par son arrêt du 6 septembre 2002, la Cour a jugé que des institutions créées par des personnes privées, mais reconnues par les autorités fédérales, les autorités des communautés et des régions, les provinces ou les communes, peuvent constituer des autorités administratives au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat à condition que leur fonctionnement soit régi et contrôlé par lesdites autorités et que ces institutions puissent prendre des décisions qui lient les tiers plus précisément en fixant unilatéralement leurs propres obligations à l'égard de ces tiers ou les obligations de ces derniers. Les actes de ces institutions peuvent faire l'objet d'une annulation quand elles exercent une parcelle de l'autorité publique.

La liberté d'enseignement consacrée par l'article 24 de la Constitution implique notamment, d'une part, que l'organisation de l'enseignement n'est pas une matière réservée aux autorités et, d'autre part, que le pouvoir organisateur d'un établissement de l'enseignement libre subventionné peut offrir un enseignement qui, contrairement à l'enseignement officiel, est basé sur une conception philosophique, idéologique ou religieuse de son choix, aussi longtemps que ce pouvoir organisateur se conforme aux dispositions applicables en matière de subsidiarité, de niveau de qualité et d'équivalence des titres et diplômes. La liberté d'enseignement implique la liberté, pour le pouvoir organisateur, de choisir le personnel employé en vue de réaliser ses objectifs d'enseignement. Cette liberté de choix se concrétise dans la relation de travail entre le pouvoir organisateur et son personnel et justifie que la désignation et la nomination du personnel de l'enseignement libre subventionné intervienne par voie de convention.

Lorsqu'il désigne ou nomme les membres de son personnel de la manière précisée par le décret du Parlement flamand du 12 juillet 1991, le pouvoir organisateur d'un établissement de l'enseignement libre subventionné n'exerce pas une parcelle de l'autorité publique et ne prend

pas de décision unilatérale contraignante, mais conclut un contrat de travail dont le contrôle appartient aux tribunaux de l'ordre judiciaire dès lors que sont en jeu une relation contractuelle et la préservation de droits subjectifs. La circonstance qu'une université libre soit également chargée de l'application du statut du personnel, lequel est déterminé conformément à des normes générales déterminées par l'autorité subsidiaire, ne peut y faire obstacle.

La décision par laquelle le Conseil d'Etat s'était déclaré incompétent pour connaître du recours contre la décision du conseil d'administration de l'Université catholique de Louvain était donc légalement justifiée.

B. UNE ASSOCIATION DE COMMUNES EST SOUMISE A LA LOI DU 22 DECEMBRE 1986 RELATIVE AUX INTERCOMMUNALES : ARRET DU 14 OCTOBRE 2002 (C.00.0363.N)

Une A.S.B.L. ayant poursuivi les activités d'une intercommunale dissoute, avait refusé de reprendre à son service une partie du personnel de cette dernière. Ce refus avait été jugé illégal et fautif en degré d'appel en raison de sa contrariété à l'article 23, alinéa 1^{er}, de la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales. Cette disposition prévoit qu'en cas de dissolution avant terme, de non-prorogation ou de retrait de l'intercommunale, la commune ou l'association appelée à poursuivre l'activité précédemment confiée à l'intercommunale est tenue de reprendre le personnel de l'intercommunale affecté à l'activité reprise suivant les modalités à déterminer entre les parties.

L'association s'était pourvue en cassation contre la décision qui avait ainsi jugé qu'elle devait être considérée comme une association intercommunale bien qu'elle soit une personne morale de droit privé.

Elle faisait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déduit l'existence d'une faute dans son chef du refus de reprendre le personnel conformément à l'article 23 de la loi du 22 décembre 1986. A son estime, l'ancien article 108, alinéa 4, de la Constitution consacrerait la liberté de principe des communes de s'associer, liberté également déduite de l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, de l'article 22 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de l'article 27 de la Constitution coordonnée et ni l'ancien article 108, alinéa 4, de la Constitution, ni les articles 41 et 162, alinéa 4, de la Constitution coordonnée, ni les articles 1^{er} à 31 de la loi du 22 décembre 1986 n'imposeraient aux communes qui entendent régler et gérer ensemble des objets d'intérêt communal de s'associer conformément aux dispositions de cette dernière loi ; ainsi, la loi du 27 juin 1921 accordant la personnalité juridique aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique constituerait une loi au sens de l'ancien article 108, alinéa 4, de la Constitution sur le fondement de laquelle les communes pourraient s'associer ; aussi longtemps que l'autorité décrétaire n'aura pas, dans le cadre de la compétence que lui confère l'article 162, alinéa 4, de la Constitution coordonnée, interdit aux communes de recourir à cette loi du 27 juin 1921

pour s'associer, celle-ci constituerait un fondement valable pour des associations de communes souhaitant régler et gérer ensemble des objets d'intérêt communal.

La Cour a écarté cette thèse. En vertu de l'ancien article 108, alinéa 4, de la Constitution, plusieurs communes peuvent s'associer dans les conditions et selon le mode prévus par la loi pour régler et gérer ensemble des objets d'intérêt communal. Au sens de cette disposition constitutionnelle, le terme 'loi' doit s'entendre d'une loi qui règle spécifiquement le mode selon lequel les communes sont autorisées à s'associer, celles-ci ne pouvant y procéder que selon le mode déterminé par ou en vertu d'une loi ayant une telle portée. En vertu de l'article 1^{er} de la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales – qui est une loi au sens de l'ancien article 108, alinéa 4, de la Constitution –, applicable en l'espèce, plusieurs communes peuvent, dans les conditions prévues par cette loi, former des associations ayant des objets bien déterminés d'intérêt communal. Cette loi a une portée générale de sorte que, sauf si une autre règle légale spécifique est applicable, ses dispositions s'imposent lorsque des communes s'associent, et notamment son article 5 qui autorise l'adoption de la forme juridique de l'association sans but lucratif.

C. RETRAIT D'UN ARRETE MINISTERIEL ENTACHE D'UNE ILLEGALITE MANIFESTE : ARRET DU 2 DECEMBRE 2002 (C.98.0460.N)

Le 6 mai 1997, le ministre flamand de l'aménagement du territoire avait pris un arrêté dont les motifs accueillait le recours introduit par le fonctionnaire délégué à l'encontre d'une décision de la députation permanente, mais dont le dispositif rejetait ce recours. A la suite de cette décision, l'arrêté de la députation permanente octroyant un permis de bâtir à la demanderesse avait retrouvé sa force juridique.

Le 27 mai 1997, le ministre avait pris un nouvel arrêté dont l'article 1^{er} retirait l'arrêté précédent ; l'article 2 accueillait le recours du fonctionnaire délégué et annulait l'arrêté de la députation permanente. Le 3 juin suivant, ce second arrêté avait été notifié à la future demanderesse en cassation, conformément à l'article 53, § 2, alinéa 4, du décret du Parlement flamand relatif à l'aménagement du territoire coordonné le 22 octobre 1996. Une copie de l'arrêté retiré du 6 mai 1997 était jointe à l'arrêté ministériel du 27 mai 1997.

Alors que l'exécution des travaux projetés avait été entamée, le fonctionnaire délégué en avait ordonné l'arrêt. Saisis d'une demande de mainlevée de l'ordre de cessation des travaux, les juges d'appel l'avaient rejetée. Après avoir constaté qu'il résultait sans aucun doute de l'arrêté du 6 mai 1997 que les griefs du fonctionnaire délégué avaient été estimés fondés mais que le dispositif était en contradiction avec les motifs, les juges d'appel avaient considéré que l'irrégularité de l'arrêté était indiscutable ; ils avaient ensuite décidé qu'un acte administratif irrégulier qui, à défaut de notification, n'a pas fait naître de droits pour des tiers, peut encore être retiré.

La demanderesse soutenait devant la Cour qu'il découle des articles 105 et 159 de la Constitution, de l'article 42, § 1^{er}, du décret coordonné du Parlement flamand relatif à l'aménagement du territoire et du principe général du droit *nemo auditur turpitudinem suam allegans* qu'un acte administratif créateur de droits, tel un permis de bâtir, ne peut être légalement retiré par l'administration qu'à la double condition d'être illégal et que l'illégalité ne soit pas imputable à son auteur.

La Cour a rejeté cette thèse. Elle a décidé qu'un arrêté ministériel d'octroi de permis de bâtir peut être retiré pour cause de contradiction entre les motifs et le dispositif, et remplacé par un nouvel arrêté ministériel. En vertu de l'article 159 de la Constitution, les cours et tribunaux n'appliquent les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, que pour autant qu'ils soient conformes aux lois. Cet article est d'application tant à l'égard des décisions de nature réglementaire que de celles qui revêtent un caractère individuel. Cette règle est également applicable lorsque l'illégalité de la décision est imputable à l'autorité elle-même. En cela, l'arrêt du 2 décembre 2002 s'est écarté de la jurisprudence antérieure de la Cour, telle qu'elle résultait, notamment, des arrêts du 10 septembre 1981²⁹ et du 3 décembre 1985³⁰ par lesquels elle avait décidé qu'une autorité administrative ne peut retirer un permis de bâtir au motif qu'il a été octroyé par erreur, et donc de façon irrégulière, lorsque l'irrégularité lui est imputable.

D. LES PRELEVEMENTS SUR LES RECETTES PUBLICITAIRES DE LA R.T.B.F. CONSTITUENT UN IMPOT : ARRET DU 20 MARS 2003 (C.01.0269.F), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL X. DE RIEMAECKER

La diffusion de la publicité commerciale à la radio et à la télévision a été rendue possible par l'article 12 de la loi du 6 février 1987 relative aux réseaux de radiodistribution et de télédistribution et à la publicité commerciale à la radio et à la télévision. Toutefois, en vertu de l'article 17, § 1^{er}, de cette loi, le Roi, actuellement le gouvernement de la Communauté française, détermine annuellement les modalités selon lesquelles une partie des revenus bruts provenant de la publicité commerciale peut être affectée à la presse écrite en tant que compensation forfaitaire de la perte de revenus due à l'introduction de la publicité commerciale à la radio et à la télévision.

Certains organes de la presse écrite avaient introduit, contre la R.T.B.F., une action en justice dont l'enjeu concernait les modalités de calcul de la quote-part de recettes que cette dernière doit rétrocéder en application de la loi et de ses arrêtés d'exécution. Devant les juges du fond, la question de la qualification du prélèvement avait été soulevée, s'agissant de déterminer s'il constitue un impôt ou une rétribution.

La réponse à cette question pouvait être déterminante pour l'issue du litige : s'il s'agit d'un impôt, celui-ci a été créé en violation de la règle de la légalité de l'impôt inscrite à l'article

²⁹ *Bull. et Pas.*, 1982, I, 47.

³⁰ *Bull. et Pas.*, 1986, I, 410.

170 de la Constitution, laquelle exige que tous les éléments en soient établis par la loi ; or, en l'occurrence, une large compétence a été laissée au pouvoir exécutif. Par contre, la Constitution n'exige pas que tous les éléments d'une rétribution soient fixés par la loi ; il suffit que celle-ci en pose le principe, le pouvoir exécutif pouvant être habilité à détailler lui-même certains éléments.

Après avoir considéré que le prélèvement litigieux constitue non une redevance, mais un impôt, par hypothèse inconstitutionnel dès lors que certains de ses éléments sont fixés par arrêté, la cour d'appel, qui ne peut constater elle-même l'inconstitutionnalité de la loi, avait décidé de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage.

Les organes de la presse écrite formèrent un pourvoi en cassation contre cette décision dans lequel ils contestaient l'analyse de la cour d'appel en ce qui concerne la nature du prélèvement.

Fallait-il considérer ce pourvoi comme prématuré, et donc irrecevable ? Le ministère public opposait, en effet, une fin de non-recevoir au pourvoi, par référence à un arrêt du 23 mars 2000³¹. Dans cet arrêt, après avoir constaté que la Cour d'arbitrage avait rendu son arrêt préjudiciel, que le pourvoi avait été introduit avant cet arrêt et que les juges d'appel ne s'étaient pas encore prononcés ensuite dudit arrêt, la Cour avait décidé que si elle statuait sur les moyens en l'état de la cause, elle pourrait priver la décision de la Cour d'arbitrage de tout effet utile et, pour cette raison, avait déclaré le pourvoi irrecevable.

En l'espèce, la Cour n'a pas adopté le même raisonnement. En effet, après avoir constaté que les juges d'appel avaient précisé les limites de la question préjudicielle, posée uniquement en ce que l'article 17, § 1^{er}, de la loi du 6 février 1987 établit un impôt, elle a décidé qu'ils avaient donné de cette disposition une interprétation définitive dont ils ne pourraient s'écarter, en vertu de l'article 19 du Code judiciaire, et qu'il lui appartenait, dès lors, d'en vérifier la légalité.

La Cour a toutefois rejeté le moyen. L'impôt est un prélèvement pratiqué par voie d'autorité par l'Etat, les régions, les communautés, les provinces ou les communes sur les ressources des personnes qui y vivent ou y possèdent des intérêts, pour être affecté aux services d'utilité publique. L'arrêt souligne, à cet égard, qu'il résulte tant de la loi du 6 février 1987 que des travaux préparatoires de cette loi que le législateur a entendu, par le prélèvement qu'il organise, aider la presse écrite dans l'intérêt général, en vue d'assurer l'exercice effectif de la liberté de la presse. Les prélèvements litigieux, qui ne rétribuent pas l'autorisation accordée à la R.T.B.F. de diffuser de la publicité commerciale, ont donc la nature d'un impôt.

³¹ *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 200.

E. L'ABSTENTION DU POUVOIR EXECUTIF DE PRENDRE UN REGLEMENT PEUT CONSTITUER UNE FAUTE AU SENS DES ARTICLES 1382 ET 1383 DU CODE CIVIL MEME LORSQUE AUCUN DELAI NE LUI EST IMPARTI : ARRET DU 27 MARS 2003 (C.02.0293.F, C.02.0307.F ET C.02.0308.F)

Plusieurs titulaires d'une fonction d'inspecteur dans l'enseignement secondaire du degré supérieur, porteurs d'un diplôme ayant été assimilé à un diplôme universitaire à compter du 1^{er} juin 1979, avaient réclamé à l'Etat belge et à la Communauté française une indemnisation correspondant à la différence entre, d'une part, les rémunérations qu'ils avaient continué de percevoir sur la base du barème applicable aux titulaires de leur fonction qui n'étaient pas porteurs d'un diplôme universitaire et, d'autre part, celles résultant du barème applicable aux porteurs d'un tel diplôme, ce jusqu'au 1^{er} janvier 1989, date de l'entrée en vigueur de l'arrêté de l'Exécutif de la Communauté française du 31 août 1989 ayant adapté les barèmes de rémunération applicables.

Déboutés par la cour d'appel, ils avaient saisi la Cour notamment d'un moyen pris de la violation des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Dans son arrêt, la Cour a confirmé que, même dans les cas où aucun délai n'est imparti au pouvoir exécutif par une disposition légale pour prendre un règlement, l'abstention de prendre celui-ci peut constituer une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil³².

Elle a toutefois décidé que, par un ensemble de considérations gisant en fait, la cour d'appel avait légalement écarté la thèse des intéressés selon laquelle le pouvoir exécutif aurait, en l'espèce, commis une faute en s'abstenant d'exercer sa fonction réglementaire pendant une période dépourvue de justification.

F. PORTEE DE L'AUTORITE DE CHOSE JUGEE ATTACHEE A UN ARRET DU CONSEIL D'ETAT REJETANT LA DEMANDE DE SUSPENSION CONTRE UN ARRETE ROYAL D'EXPULSION : ARRET DU 16 AVRIL 2003 (P.03.0438.F)

Un étranger faisant l'objet d'un arrêté royal d'expulsion avait formé contre celui-ci un recours en suspension d'extrême urgence. Le Conseil d'Etat avait rejeté ce recours, au motif, en substance, que rien ne permettait de supposer que l'Etat belge, en éloignant le requérant vers un pays autre que le sien, méconnaîtrait les obligations découlant de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ayant introduit une demande d'asile, l'intéressé s'était vu notifier une décision de refus de séjour avec ordre de quitter le territoire, ainsi qu'une décision de maintien dans un lieu déterminé, fondée sur la nécessité de garantir un éloignement effectif du territoire. Sa demande de remise en liberté avait été rejetée par la chambre du conseil. La chambre des mises en accusation avait confirmé ce rejet en considérant qu'aucun élément du dossier ne démontrait « qu'un éloignement de l'étranger vers la Tunisie, le Maroc ou un autre pays

³² Voy., en ce sens, cass., 23 avril 1971, *Bull. et Pas.*, 1971, I, 752.

l'exposerait à des traitements contraires à l'article 3 » précité, se référant expressément audit arrêt du Conseil d'Etat.

Le moyen de cassation reprochait essentiellement à l'arrêt attaqué d'avoir méconnu l'autorité de chose jugée attachée à l'arrêt du Conseil d'Etat, le demandeur considérant qu'il ressortait des motifs de cette décision que son éloignement vers son pays d'origine entraînerait, le cas échéant, une violation de la disposition conventionnelle invoquée.

Pour la première fois, la Cour devait se prononcer sur la portée de l'autorité de chose jugée d'un arrêt du Conseil d'Etat rejetant le recours en suspension formé par un étranger contre un arrêté royal d'expulsion. Suivant en cela la jurisprudence du Conseil d'Etat³³, la Cour considère qu'un tel arrêt de rejet fait obstacle à la réitération d'un même recours, quels que soient les motifs du rejet ; elle en conclut qu'aucune autorité de chose jugée ne saurait s'attacher aux motifs d'un tel arrêt, fussent-ils – la précision est essentielle – le soutien nécessaire de la décision de rejet.

SECTION 4 - ARRETS EN MATIERE FISCALE

§ 1. Arrêts en matière de T.V.A.

A. DEDUCTION DE LA T.V.A. SUR DES LIVRAISONS DE BIENS ET PRESTATIONS DE SERVICES RELATIFS A LA NUE-PROPRIETE D'UN BIEN DESTINE A LA REALISATION DE L'ACTIVITE IMPOSABLE : ARRET DU 11 OCTOBRE 2002 (C.01.0103.N), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL DELEGUE D. THUIS

Une société avait fait exécuter des travaux de construction, d'amélioration et d'équipement d'un bien immobilier dont elle était propriétaire et qui servait à l'exercice de son activité imposable. Elle avait déduit la T.V.A. relative aux travaux prestés et aux biens livrés. Ultérieurement, la nue-propriété de ce bien avait fait l'objet d'un apport dans une société patrimoniale. A cette occasion, l'administration avait revu la déduction de la T.V.A. opérée en rapport avec les travaux antérieurs dont elle avait réclamé le remboursement partiel, considérant que cette déduction n'était pas autorisée dans la mesure où elle était relative aux biens et services afférents à la nue-propriété de l'immeuble.

La cour d'appel avait entériné la thèse de l'administration. Dans son arrêt, elle soulignait, d'une part, qu'à la suite du transfert de la nue-propriété, l'immeuble avait été scindé, du point de vue de la T.V.A., en deux biens distincts, à savoir un droit réel d'usufruit et un droit réel de nue-propriété, et, d'autre part, que l'aliénation de la nue-propriété avait eu pour effet de faire sortir ce bien soumis à la T.V.A. de la société de sorte qu'il n'était plus utilisé pour la réalisation d'opérations imposables. Sur ces bases, la cour d'appel avait décidé que les opérations soumises à la T.V.A., dans la mesure où elles avaient eu un impact sur la valeur de la nue-propriété, ne pouvaient plus être considérées comme des dépenses exposées en vue de

³³ V. les arrêts cités par M. Leroy, *Contentieux administratif*, Bruylant 2000, pp. 773-774.

la réalisation d'opérations imposables ; dans cette mesure, la T.V.A. ne pouvait être déduite puisqu'elle concernait des biens et des services utilisés en dehors du cadre de l'activité économique de la société.

Par son arrêt du 11 octobre 2002, la Cour a écarté cette thèse. Elle a considéré qu'il résulte du rapprochement des articles 9, deuxième alinéa, 2°, 45, § 1^{er}, et 48, § 2, du Code de la T.V.A. et de l'article 6, § 2, de l'arrêté royal n° 3 du 10 décembre 1969 relatif aux déductions pour l'application de la T.V.A. que :

- un bien immeuble qui fait l'objet d'un usufruit est considéré comme un bien professionnel sur lequel la réglementation en matière de déduction est applicable dans le chef de l'usufruitier, non dans celui du nu-propiétaire ;
- l'aliénation de la nue-propriété durant le délai de révision ne peut, en règle, donner lieu à la révision de la déduction de la T.V.A. relative à des travaux de construction et d'équipements antérieurs, sur la base de l'article 48, § 2, du Code T.V.A., pour autant que l'usufruitier continue d'utiliser le bien en vue de réaliser des opérations taxables.

B. ETENDUE DU CONTROLE DU JUGE DES SAISIES EN CAS D'OPPOSITION A UNE RETENUE OPEREE PAR L'ADMINISTRATION FISCALE SUR LES SOMMES DUES AU TITRE DE RESTITUTION D'UN EXCEDENT EN MATIERE DE T.V.A. : ARRET DU 3 JANVIER 2003 (C.00.0116.N), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL DELEGUE D. THUIS

Le système applicable en matière de T.V.A. peut aboutir à ce que, pour une période imposable donnée, l'assujetti porte en déduction des taxes acquittées pour un montant supérieur à celui de la taxe due. L'article 76, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code de la T.V.A. prévoit que l'excédent est restitué dans un certain délai sur la demande expresse de l'assujetti. Le troisième alinéa de cette disposition autorise toutefois le Roi à prévoir, au profit de l'administration fiscale compétente, une retenue valant saisie-arrêt conservatoire sur un tel excédent. L'excédent peut ainsi être affecté à l'apurement d'une dette d'impôt afférente à une autre période imposable et d'éventuels abus du système de restitution d'excédents fictifs peuvent être contrecarrés. L'article 8.1, § 3, de l'arrêté royal n° 4 du 29 décembre 1969 relatif aux restitutions en matière de T.V.A. a été pris en exécution de cette habilitation. Contrairement au droit commun des saisies, cette disposition, telle qu'elle a été modifiée par l'arrêté royal du 14 avril 1993, répute existante la condition de célérité que le créancier est normalement tenu d'établir et autorise la retenue non seulement pour une créance d'impôt certaine, liquide et exigible, mais également pour une créance qui ne répond pas à ces critères, notamment parce qu'elle fait l'objet d'une contestation ou parce que l'exécution de la contrainte qui la porte a été interrompue par une opposition ; la retenue est même autorisée sur le fondement de présomptions sérieuses ou de preuves, justifiées dans des procès-verbaux, que la déclaration d'où résulte le solde restituable ou une déclaration relative à un période antérieure contient des données inexactes laissant entrevoir une dette d'impôt. Dans ces hypothèses, la retenue est susceptible d'opposition devant le juge des saisies, lequel ne peut toutefois ordonner la mainlevée de la saisie aussi longtemps que la preuve contraire aux constatations des procès-

verbaux n'est pas apportée ou que les données issues de l'échange de renseignements entre les Etats membres de la Communauté n'ont pas été obtenues ou pendant le déroulement d'une information ou d'une instruction pénales.

Les limitations auxquelles le contrôle du juge des saisies est ainsi soumis avaient été jugées contraires à l'article 76, § 1^{er}, du Code de la T.V.A. combiné avec les articles 10 et 11 de la Constitution ainsi qu'avec l'article 18, § 4, de la sixième directive en matière de taxe sur le chiffre d'affaires³⁴ par les juges du fond appelés à statuer sur l'opposition d'un assujetti, par référence à la jurisprudence de la Cour d'arbitrage³⁵ et de la Cour de Justice des Communautés européennes³⁶. Ils avaient, en conséquence, décidé de ne pas appliquer l'article 8.1, § 3, de l'arrêté royal précité dans la mesure où il limite le contrôle judiciaire pour ensuite rejeter la défense de l'administration fiscale fondée sur l'application de cette norme et faire droit à l'opposition de l'assujetti à la retenue opérée sur la restitution de l'excédent. Devant la Cour, l'Etat belge faisait grief aux juges d'appel d'avoir décidé que, pour respecter l'exigence d'effectivité imposée par les normes supérieures précitées, le contrôle judiciaire du juge des saisies ne pouvait pas se limiter à la régularité et à la validité de la retenue elle-même mais devait également porter sur l'appréciation de la dette d'impôt sur la base de laquelle elle avait été pratiquée.

La Cour a rejeté ce moyen. Les limitations contenues dans l'article 8.1, § 3, de l'arrêté royal n° 4 qui empêchent un contrôle judiciaire effectif ne peuvent être appliquées et les dispositions de cet arrêté doivent, autant que possible, être interprétées d'une manière compatible avec l'article 76 du Code de la T.V.A. Il s'en déduit que le juge des saisies peut contrôler si la créance du fisc qui n'est pas certaine, liquide et exigible présente néanmoins *prima facie*, en dépit de la contestation, les caractères de certitude et de liquidité exigés par l'article 1415 du Code judiciaire ; il a également pour mission d'apprécier si les preuves ou les indices de fraude invoqués dans les procès-verbaux de l'administration sont de nature à justifier la retenue eu égard aux circonstances de la cause, à la nécessité de préserver les intérêts du Trésor et au rapport de proportionnalité requis entre les moyens utilisés et le but poursuivi.

C. OBLIGATION DE CONSIGNATION PREALABLE DES SOMMES DUES DANS LE CADRE DES LITIGES EN MATIERE DE T.V.A. : ARRET DU 3 JANVIER 2003 (C.00.0318.N), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL DELEGUE D. THUIS

Aux termes de l'article 92, alinéa 2, du Code de la T.V.A., dans le cas où l'opposition à contrainte a été rejetée, aucun recours contre la décision judiciaire ne peut être valablement

³⁴ Sixième directive du Conseil du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme.

³⁵ Arrêts n° 78/98 du 7 juillet 1998, *M.B.* 29.9.1998, 31779 ; n° 119/98 du 18 novembre 1998, *M.B.* 20.01. 1999, 1625 ; n° 58/99 du 26 mai 1999, *M.B.* 15 septembre 1999, 34.435.

³⁶ C.J.C.E. ,18 décembre 1997, G286/94, G340/95, G401/95, G47/96, *Jur.* 1997, F7281, avec les conclusions de l'avocat général M. Fenelly.

introduit, si le montant des sommes dues n'est pas consigné dans les deux mois de la demande que le fonctionnaire compétent notifie au redevable sous pli recommandé.

En l'espèce, une contrainte avait été notifiée à la requête du contrôleur en chef de l'administration de la T.V.A. portant sur des montants de 36.657.550 francs au titre de T.V.A. et de 73.315.100 francs au titre d'amende légale.

Le contribuable avait interjeté appel contre la décision du premier juge ayant déclaré non fondée son opposition à contrainte. Le receveur avait demandé par lettre recommandée la consignation à la Caisse des dépôts et consignations du montant intégral de la créance fiscale, conformément à l'article 92, alinéa 2, précité. A défaut pour le contribuable d'y avoir satisfait, la cour d'appel avait déclaré l'appel irrecevable.

Devant la Cour, le contribuable soutenait que, sur la base des constatations qu'elle avait opérées, dont il ne résultait ni que l'appel présentait un caractère dilatoire ni que l'état de fortune de l'intéressé lui permettait de consigner la somme demandée, la cour d'appel n'avait pu légalement décider que la demande de consignation était régulière.

La Cour a écarté cette thèse. Elle a considéré que la limitation du droit d'appel inscrite à l'article 92, alinéa 2, du Code de la T.V.A. vise à lutter contre l'introduction de recours dilatoires et que cette disposition impose à l'administration compétente de tenir compte des données concrètes de chaque affaire, notamment de la situation financière du contribuable. L'arrêt du 3 janvier 2003 confirme ainsi que la compétence du receveur en ce qui concerne la demande de consignation n'est pas une compétence liée mais présente un caractère discrétionnaire. La Cour a décidé que les considérations de l'arrêt attaqué relative à l'absence d'arguments nouveaux et au fait que l'acte d'appel ne contenait pas de griefs sur lesquels le premier juge ne s'était pas prononcé par un jugement motivé, devaient, dans le contexte de la cause, être interprétées en ce sens que la cour d'appel avait estimé que les griefs formulés en degré d'appel ne constituaient pas une contestation sérieuse. La cour d'appel avait également constaté que les biens immeubles du contribuable représentaient une sûreté insuffisante et que ce dernier demeurait en défaut de démontrer qu'il se trouvait dans l'impossibilité de donner suite à la demande de consignation. Sur la base de ces considérations, la cour d'appel avait pu légalement décider que la demande de consignation était régulière et que, à défaut pour le contribuable d'y avoir satisfait, son appel était irrecevable

§ 2. Arrêts en matière de douanes et accises

A. RECOUVREMENT *A POSTERIORI* DES DROITS A L'IMPORTATION OU A L'EXPORTATION : ARRET DU 8 NOVEMBRE 2002 (C.00.0356.N), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL DELEGUE D. THijs

Durant deux années, des cassettes vidéo avaient, selon la déclaration, été importées de Macao ; elles avaient, partant, été déclarées sous le régime des mesures tarifaires

préférentielles générales applicable aux marchandises en provenance de pays en voie de développement et de pays qui dépendent d'un Etat membre de la Communauté européenne, donnant lieu à la perception de droits à l'importation réduits. Des contrôles ultérieurs effectués, notamment, par une mission de la Communauté européenne avaient toutefois abouti au constat que les marchandises ne satisfaisaient pas aux critères d'origine imposés pour pouvoir bénéficier de droits à l'importation réduits mais devaient au contraire être considérées comme provenant de Chine et, partant, être soumises aux droits anti-dumping prévus pour les importations de cassettes vidéo au départ de ce pays ainsi qu'aux droits d'importation dus en cas de présentation d'un certificat d'origine irrégulier. La cour d'appel saisie de la cause avait déclaré non fondé le recouvrement des droits. Elle avait considéré que le rapport de mission de la Communauté européenne constituait une preuve suffisante du fait que les marchandises litigieuses ne satisfaisaient pas au critère d'origine et que le transfert de Chine à Macao pour l'assemblage des cassettes visait à éluder les droits antidumping. La cour d'appel avait néanmoins décidé que l'importateur ne devait pas être soumis à un recouvrement *a posteriori* des droits à l'importation et des droits antidumping par application de l'article 5, alinéa 2, du Règlement 1697/79 du Conseil du 24 juillet 1979 relatif au recouvrement *a posteriori* des droits à l'importation ou à l'exportation n'ayant pas été réclamés au redevable pour des marchandises déclarées pour un règlement de douane d'où résultait l'obligation de paiement de tels droits³⁷. La cour d'appel avait estimé à cet égard que l'exportateur avait déclaré que les marchandises provenaient de Macao en se fiant au fait que les autorités compétentes de ce territoire avaient *de facto* connaissance de l'ensemble des données de fait nécessaires pour l'application du règlement de douane concerné et qu'elles n'avaient élevé aucune objection à l'égard des énonciations contenue dans la déclaration de l'exportateur, de sorte qu'elles avaient certifié l'origine des marchandises sur la base d'une interprétation erronée des règles en matière d'origine. Toutefois, les juges d'appel avaient également constaté que la commission d'enquête avait souligné que les autorités de Macao n'avaient pas été coopératives et n'avaient effectué aucun contrôle réel à l'occasion de la délivrance du certificat d'origine.

La question soulevée par le pourvoi était de savoir si les droits antidumping applicables aux biens importés de Chine étaient dus en l'espèce.

Aux termes de l'article 5, alinéa 2, du règlement 1697/79 du 24 juillet 1979, les autorités compétentes peuvent ne pas procéder au recouvrement *a posteriori* du montant des droits à l'importation ou des droits à l'exportation qui n'ont pas été perçus par suite d'une erreur des autorités elles-mêmes qui ne pouvait raisonnablement être décelée par le redevable, ce dernier ayant pour sa part agi de bonne foi et observé toutes les dispositions prévues par la réglementation en vigueur en ce qui concerne sa déclaration en douane.

³⁷ Ce Règlement, applicable en l'espèce, n'est plus en vigueur. Toutefois, une règle équivalente à son article 5, alinéa 2, est aujourd'hui inscrite à l'article 220, § 2, b), du Code des douanes communautaire établi par le Règlement 2913/92 du Conseil.

La Cour a rappelé la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes selon laquelle cette disposition autorise les autorités douanières à ne pas procéder au recouvrement *a posteriori* du montant des droits à l'importation ou des droits à l'exportation lorsque trois conditions cumulatives sont réunies : l'absence de perception des droits doit résulter d'une erreur des autorités compétentes ; cette erreur doit être telle que le redevable de bonne foi ne pouvait raisonnablement la déceler en dépit de son expérience professionnelle et des diligences accomplies ; le redevable doit avoir observé toutes les dispositions prévues par la réglementation en vigueur en ce qui concerne la déclaration en douane.

Selon la Cour de justice des Communautés européennes, l'erreur des autorités compétentes au sens de l'article 5, alinéa 2, du règlement 1697/79 suppose que l'exportateur a déclaré que les marchandises provenaient d'un territoire donné dans la croyance que les autorités compétentes de ce territoire connaissaient *de facto* l'ensemble des données de fait nécessaires pour l'application de la réglementation douanière concernée et que ces autorités n'ont, malgré cela, émis aucune réserve à l'égard des mentions figurant dans les déclarations de l'exportateur, de sorte qu'elles ont ainsi certifié l'origine des biens sur la base d'une interprétation erronée des règles applicables en la matière³⁸.

La Cour de cassation en a déduit que le droit de *non-recouvrement a posteriori* naît lorsque les autorités compétentes ont été induites en erreur en ce qui concerne l'origine des marchandises par des déclarations inexactes dont elles n'avaient pas besoin de vérifier ou d'apprécier la régularité et que seules les erreurs imputables à un comportement actif de ces autorités ouvrent le droit de ne pas procéder à un recouvrement *a posteriori* car celles-ci ont, dans ce cas, suscité une légitime confiance. En l'espèce, la Cour a décidé que les juges d'appel ne pouvaient déduire des éléments mentionnés dans l'arrêt attaqué que les autorités compétentes avaient elles-mêmes créé le fondement sur lequel reposait la légitime confiance et, partant, ne pouvaient décider qu'il y avait une erreur ; le droit de non-recouvrement *a posteriori* ne trouvait donc pas à s'appliquer.

B. LE PRIVILEGE DU FISC PREVU PAR L'ARTICLE 313, § 2, DE LA LOI GENERALE EN MATIERE DE DOUANES ET ACCISES S'ETEND A L'ENSEMBLE DES MARCHANDISES ENTREPOSEES AU NOM DU DEBITEUR ET PRIME LE PRIVILEGE DU PORTEUR DE WARRANT : ARRET DU 27 MARS 2003 (C.00.0416.N)

En exécution d'un contrat de warrant conclu avec une entreprise bancaire, une société commerciale avait mis des marchandises en dépôt auprès d'une société. Celle-ci avait stocké les marchandises dans des entrepôts prêtés par deux sociétés tierces, lesquelles étaient redevables de certaines sommes envers le fisc. La mise en liquidation de la société ayant procédé au dépôt engendra une situation de concours entre ses créanciers. Un séquestre fut désigné qui procéda à la vente des marchandises.

³⁸ C.J.C.E., 14 mai 1996, C.153/94 et C-204/94, Faroe Seafood, *Jur.* 1996, I-2465.

Le privilège dont disposait l'Etat belge, en sa qualité de créancier des détenteurs de l'entrepôt, lui conférait-il une priorité sur l'ensemble des créanciers, y compris le créancier titulaire du warrant sur les marchandises entreposées, en ce qui concerne le produit de la vente de ces marchandises ? Telle était la question posée à la Cour.

En vertu de l'article 313, § 2, de l'arrêté royal du 18 juillet 1977 portant coordination des dispositions générales relatives aux douanes et accises, l'administration est préférée à tous les autres créanciers sur les marchandises qui se trouvent dans les entrepôts au nom de son débiteur.

En conférant priorité à l'Etat sur l'ensemble des créanciers, le législateur avait en vue de contenir dans certaines limites les avantages du régime dérogatoire de l'entrepôt douanier dont bénéficient les agents économiques.

Par application de l'article 17 de la loi du 18 novembre 1862 portant institution du système des warrants, le créancier est payé de sa créance sur le prix de réalisation des marchandises engagées, par préférence à tous créanciers, sous réserve de la déduction des sommes dues pour le recouvrement, notamment, des droits de douanes et accises dus sur la marchandise. Bien que postérieure à la loi en matière de douane, la loi sur le warrant ne limite pas le privilège de l'Etat.

La Cour a décidé qu'il résulte de l'article 17 de la loi du 18 novembre 1862 que les droits de douanes et accises doivent être payés par priorité et que le produit de la vente des marchandises warrantées ne peut être attribué au titulaire du warrant qu'après le règlement de ces droits. Il ne peut être déduit de cette disposition que le droit de préférence absolu dont dispose l'administration en vertu de l'article 313, § 2, de l'arrêté royal du 18 juillet 1977 précité ne porterait que sur les droits de douane et accises dus sur les marchandises warrantées qui ont été réalisées. Ce droit de préférence peut également concerner d'autres marchandises entreposées. La Cour a donc considéré que les juges d'appel avaient à bon droit décidé en l'espèce que l'Etat belge dispose d'un privilège sur le produit des marchandises entreposées dans les dépôts et que ce privilège primait celui du titulaire du warrant.

§ 3. Autres arrêts en matière fiscale

A. SAISIE-ARRET SIMPLIFIEE EN MATIERE FISCALE ET ACTION DU RECEVEUR DEVANT LE JUGE DES SAISIES AUX FINS D'ENTENDRE DECLARER LE TIERS DETENTEUR DEBITEUR DES CAUSES DE LA SAISIE : ARRET DU 12 SEPTEMBRE 2002 (C.01.0070.N), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL DELEGUE D. THIJS

L'article 164 de l'arrêté royal d'exécution du C.I.R. 1992 organise une procédure simplifiée de recouvrement des dettes d'impôt par le biais d'une demande adressée par pli recommandé par le receveur compétent aux débiteurs du redevable à l'égard desquels cette demande à la valeur d'une saisie-arrêt. En vertu des paragraphes 4 et 5 de cette disposition, le tiers-

détenteur est tenu de faire la déclaration prévue à l'article 1452 du Code judiciaire dans les quinze jours du dépôt à la poste de la demande du receveur, sous peine d'être poursuivi comme s'il était débiteur direct. Cette sanction automatique, prévue par l'article 164, § 5, de l'arrêté royal d'exécution du C.I.R. 1992, est toutefois dépourvue de fondement légal. En effet, la Cour d'arbitrage a déclaré contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution l'article 300 du C.I.R. 1992 en tant qu'il autorise le Roi à prévoir que le tiers débiteur d'un redevable d'impôts sur les revenus sera automatiquement débiteur direct du montant total des impôts dus par ledit redevable, dans tous les cas où le tiers n'aura pas respecté les obligations de déclaration qui lui sont imposées, alors que cette automaticité n'existe pas en droit commun³⁹. Cette jurisprudence soulève la question de savoir quelle doit être l'attitude du receveur à l'égard du tiers qui ne satisfait pas à ses obligations.

Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 12 septembre 2002, le receveur des contributions directes avait formé opposition entre les mains d'un débiteur du contribuable pour le recouvrement de diverses cotisations. Celui-ci ayant rentré une déclaration de tiers-saisi que le receveur avait considérée comme incomplète, ce dernier lui avait adressé une lettre l'informant qu'il serait poursuivi comme débiteur direct. Cette décision avait été contestée devant le juge des saisies, le receveur étant intervenu à la cause pour entendre le tiers-détenteur déclaré débiteur des causes de la saisie conformément aux articles 1456 et 1542 du Code judiciaire.

Les juges d'appel avaient déclaré cette intervention non fondée, aux motifs que la demande formulée n'aurait pu l'être qu'à la suite d'une saisie-arrêt pratiquée selon les règles ordinaires du Code judiciaire et que le receveur n'avait procédé à aucune autre mesure de saisie-arrêt à charge du tiers-détenteur.

Devant la Cour, l'Etat belge soutenait que les arrêts de la Cour d'arbitrage qui avaient déclaré incompatible avec le principe constitutionnel d'égalité la sanction automatique impliquant que le tiers-saisi puisse être poursuivi sans autre formalité comme débiteur direct, avait laissé intacte la saisie-arrêt fiscale prévue à l'article 164 de l'arrêté royal d'exécution du C.I.R. 1992. Cette saisie-arrêt, dépourvue de la sanction automatique, produirait les mêmes effets qu'une saisie-arrêt de droit commun tels que ceux-ci sont prévus par les articles 1452, 1456, 1539 et 1542 du Code judiciaire. A défaut de sanction automatique, il y aurait lieu de recourir à une citation en justice conformément aux articles 1456 et 1542. Le receveur aurait par conséquent été fondé, sur la base de la saisie-arrêt fiscale, à intervenir devant le juge des saisies, dans le cadre de la demande du tiers-détenteur tendant à entendre déclarer nulle sa décision, aux fins d'entendre ce dernier déclaré débiteur direct des causes de la saisie. Les juges d'appel auraient, dès lors, ajouté à la sanction prévue par les articles 300 du C.I.R. 1992 et 164 de son arrêté royal d'exécution, une condition non inscrite dans les textes et qui serait inconciliable avec le système légal. Ils auraient, également à tort, refusé de reconnaître à la

³⁹ Cour d'arbitrage, arrêts n° 11/97 du 5 mars 1997 et n° 35/97 du 12 juin 1997.

saisie-arrêt fiscale les effets juridiques d'une saisie-arrêt tels que ceux-ci sont prévus par le Code judiciaire.

La Cour a cassé l'arrêt attaqué. Elle a décidé que les poursuites engagées contre un tiers-détenteur conformément à l'article 164 de l'arrêté royal d'exécution du C.I.R. 1992 valent saisie-arrêt. Il s'ensuit que, s'agissant de la déclaration en tant que débiteur direct, il y a lieu de se référer au droit commun de la saisie-arrêt, soit les articles 1456 et 1542 du Code judiciaire, ce qui a notamment pour conséquence que cette sanction est soumise à l'appréciation du juge des saisies qui dispose, en cette matière, d'un pouvoir de modération. Il s'ensuit également que le receveur qui a pratiqué une saisie-arrêt fiscale simplifiée ne peut être contraint de procéder à une nouvelle saisie selon les règles du droit commun avant de pouvoir poursuivre la condamnation du tiers-saisi. En outre, pareille demande peut être introduite par voie d'intervention devant le juge des saisies.

B. IRREGULARITE D'UN COMMANDEMENT SIGNIFIE EN L'ABSENCE D'UN INCONTESTABLEMENT DU : ARRETS DES 10 OCTOBRE 2002 (C.01.0067.F), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL A. HENKES, ET 21 FEVRIER 2003 (C.01.0287.N), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL DELEGUE D. THIJS

En vertu de l'article 145 de l'arrêté royal d'exécution du C.I.R. 1992, les impôts directs se prescrivent par cinq ans à compter de l'expiration du délai de paiement qui est de deux mois à compter de l'envoi de l'avertissement-extrait de rôle ; la prescription peut être interrompue notamment de la manière prévue par l'article 2244 du Code civil, c'est-à-dire par une citation en justice, un commandement ou une saisie signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire.

Les articles 409 et 410 du C.I.R. 1992 prévoient, par ailleurs, qu'une imposition contestée dans le cadre d'une réclamation, d'une demande de dégrèvement visée à l'article 376 ou d'une action en justice⁴⁰ peut, pour le tout, faire l'objet de mesures destinées à en garantir le recouvrement ; elle peut, en outre, être recouvrée par voie d'exécution dans la mesure de ce qu'on nomme usuellement l'incontestablement dû⁴¹.

Depuis plusieurs années, la question était débattue de savoir comment le fisc doit procéder pour interrompre la prescription d'une imposition contestée lorsqu'il n'y a pas d'incontestablement dû.

⁴⁰ Avant leur modification par les articles 36 et 37 de la loi du 15 mars 1999, les articles 409 et 410 faisaient état de réclamation ou de recours.

⁴¹ L'article 410 précise qu'il peut s'agir soit de l'imposition correspondant au montant des revenus déclarés ou sur lesquels le contribuable a marqué son accord au cours de la procédure d'établissement de l'impôt, soit, lorsque l'imposition a été établie d'office à défaut de déclaration, de son montant jusqu'à concurrence de la dernière imposition définitivement établie à charge du redevable pour un exercice d'imposition antérieur ; sont visés le principal, les additionnels et accroissements, ainsi que les intérêts et les frais de toute nature.

Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 10 octobre 2002, alors qu'une réclamation avait été régulièrement introduite et que l'administration avait reconnu qu'aucune partie de l'impôt n'était incontestablement due, le receveur avait fait signifier aux ayants-droit du contribuable entre-temps décédé un commandement de payer à peine d'y être contraints par toutes voies de droit, notamment par la saisie-exécution mobilière.

L'arrêt attaqué avait jugé que le commandement litigieux avait été exclusivement signifié en tant qu'acte d'exécution et ne pouvait sortir les effets visés à l'article 2244 du Code civil à défaut de mention expresse en ce sens. Il visait ainsi le fait que l'exploit ne contenait aucune mention relative à l'interruption de la prescription et ne faisait pas référence aux articles 2244 du Code civil ou 145 de l'arrêté royal d'exécution du C.I.R. 1992, et qu'il ne poursuivait, dès lors, d'autres fins qu'exécutoires. Il faisait ainsi droit à l'argumentation développée par les opposants sur la base de la circulaire C.I.R. 14/469.194 du 29 février 1996 qui opère une distinction entre un commandement « classique » et un commandement interruptif.

La Cour a écarté cette thèse. L'article 2244 du Code civil n'exige pas, en effet, pour que le commandement forme l'interruption civile de la prescription, que l'acte porte la mention qu'il est signifié en vue d'interrompre la prescription.

La Cour a ensuite tranché la question également controversée de la nature du commandement, acte d'exécution ou acte préliminaire à celle-ci. L'arrêt du 10 octobre 2002 décide qu'il s'agit d'un acte de poursuite judiciaire qui suppose un titre exécutoire et prélude à une saisie-exécution. En conséquence, en l'absence d'impôt incontestablement dû, le commandement signifié aux ayants-droit du contribuable était irrégulier et, dès lors, n'a pu produire d'effet interruptif. En une telle occurrence, ce mode d'interruption de la prescription prévu par l'article 2244 du Code civil n'est donc pas ouvert à l'administration fiscale.

L'arrêt du 21 février 2003 confirme cet enseignement. Le commandement est un acte d'exécution qui, pour sa validité, suppose un titre exécutoire. Dès lors qu'aucun acte d'exécution ne peut être accompli en vue de l'encaissement de la partie d'un impôt enrôlé qui est contestée dans le cadre d'une réclamation ou d'un recours, la signification d'un commandement de payer une cotisation entièrement contestée n'est pas régulier et n'a pas pour effet d'interrompre la prescription.

C. LA DEDUCTION LIMITEE DES FRAIS DE DEPLACEMENT ENTRE LE DOMICILE ET LE LIEU DE TRAVAIL EST APPLICABLE LORSQUE LE CONTRIBUABLE EXERCE UNE PARTIE DE SON ACTIVITE PROFESSIONNELLE A SON DOMICILE : ARRET DU 21 NOVEMBRE 2002 (F.01.0064.F)

Les règles de base relatives à la déduction des frais professionnels afférents à l'utilisation des voitures, voitures mixtes et minibus sont fixées par l'article 66, § 1^{er}, du C.I.R. 1992. Par dérogation, le quatrième paragraphe de cette disposition prévoit que les frais professionnels

afférents aux déplacements entre le domicile et le lieu de travail au moyen d'un tel véhicule sont fixés forfaitairement à 6 francs par kilomètre parcouru.

Une contribuable avait déduit les frais de déplacement entre son domicile et l'établissement qu'elle exploitait, conformément à l'article 66, § 1^{er}, arguant que son domicile devait être considéré comme un lieu de travail dès lors qu'elle y dirigeait, organisait et administrait l'exploitation de son établissement. La cour d'appel avait admis cette thèse au motif, en substance, que l'article 66, § 4, du C.I.R. 1992 constitue une exception de stricte interprétation, de sorte que les déplacements litigieux devaient être réputés avoir été effectués entre deux lieux de travail dès lors que le domicile était affecté à l'exercice d'une activité professionnelle.

La Cour a fait droit au pourvoi de l'Etat belge qui soutenait que la décision attaquée avait violé l'article 66, § 4, du C.I.R. 1992 en y ajoutant une condition qu'il ne comporte pas, à savoir que cette disposition ne s'appliquerait pas lorsque le domicile est aussi un lieu de travail. L'arrêt du 21 novembre 2002 décide, en effet, qu'il se déduit de l'économie de cette disposition qu'elle s'applique à tous les déplacements entre le domicile du contribuable et le lieu de travail, même lorsque le contribuable exerce une partie de son activité professionnelle à son domicile.

D. MOMENT AUQUEL IL Y A LIEU DE SE PLACER POUR DETERMINER SI UNE OPTION D'ACHAT PORTANT SUR DES ACTIONS OCTROYEE A UN SALARIE CONSTITUE UN AVANTAGE DE TOUTE NATURE IMPOSABLE : ARRET DU 16 JANVIER 2003 (F.01.0060.F)

Un contribuable avait conclu avec la société qui l'employait une convention aux termes de laquelle il se voyait attribuer une option d'achat portant sur 1200 actions de cette société. Il avait levé l'option d'achat quatorze mois plus tard. Pour calculer le montant de l'avantage de toute nature taxable au titre de rémunération en vertu de l'article 26, alinéa 2, 2^o, du C.I.R. (1964)⁴², le fisc avait pris en considération la valeur réelle des actions au jour de la levée de l'option diminuée du prix payé en contrepartie de l'option. Le contribuable avait introduit une réclamation auprès du directeur régional des contributions directes qui l'avait rejetée et, ensuite, un recours devant la cour d'appel. Il soutenait que le montant de l'avantage est fonction de la valeur des actions au jour où l'option est octroyée car l'avantage est obtenu à ce moment, non lorsque l'option est éventuellement levée.

L'article 45, § 3, de la loi du 27 décembre 1984 portant des dispositions fiscales dispose que si, en raison ou à l'occasion de la levée d'une option sur actions, un avantage imposable au sens de l'article 26, alinéa 2, 2^o, du C.I.R. (1964) est obtenu par un travailleur, cet avantage est exonéré de l'impôt des personnes physiques ou de l'impôt des non-résidents à concurrence du montant constitué par l'excédent que présente la valeur des actions ou parts revenant au travailleur lors de la levée d'une option sur actions par rapport au prix de l'option; cette

⁴² A cette disposition correspond actuellement l'article 31, alinéa 2; 2^o, du C.I.R. 1992.

exonération est soumise aux conditions énoncées au paragraphe 4. La cour d'appel avait débouté le contribuable sur la base de cette disposition. Elle avait considéré qu'il résulte de l'article 45, § 3, de la loi du 27 décembre 1984 que l'assiette de l'impôt est l'excédent que présente la valeur des actions ou parts revenant au travailleur lors de la levée de l'option par rapport au prix de l'option et que le fait imposable est la levée de l'option qui révèle la plus-value, non l'attribution car, au moment de celle-ci, l'assiette de l'impôt telle que la loi la définit est indéterminable. A l'estime de la cour d'appel, l'emploi du terme «si» au début de l'article 45, § 3, ne concerne que la naissance d'une plus-value, non le caractère de rémunération imposable de cette plus-value.

La Cour a cassé cette décision. Elle a constaté que les travaux préparatoires de la loi du 27 décembre 1984 indiquent que le législateur n'a pas entendu se prononcer, à l'occasion de cette loi, sur le caractère taxable ou non de l'avantage découlant de la levée de l'option mais a seulement défini les conditions auxquelles l'avantage obtenu par un salarié en raison ou à l'occasion de la levée de l'option serait exonéré d'impôt. L'arrêt du 16 janvier 2003 décide ensuite que, pour déterminer si le salarié reçoit un avantage de toute nature imposable, au sens de l'article 26, alinéa 2, 2°, du C.I.R. (1964), il y a lieu de se placer au moment de l'attribution de l'option. En effet, les gains éventuels obtenus par le salarié au moment où il lève l'option sont la conséquence des fluctuations de la valeur des actions, et non le produit du travail au service de son employeur ou un avantage acquis en vertu du contrat de travail. Cette solution est identique à celle aujourd'hui consacrée par l'article 42, § 1^{er}, de la loi du 26 mars 1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998 et portant des dispositions diverses.

E. UN GRIEF PRIS, DANS LE CADRE D'UN LITIGE NON SOUMIS A LA LOI DU 15 MARS 1999 RELATIVE AU CONTENTIEUX EN MATIERE FISCALE, DE L'ABSENCE DE TITRE POUR ETABLIR UNE IMPOSITION FONDEE SUR L'ILLEGALITE ET L'ABSENCE D'ENTREE EN VIGUEUR D'UN REGLEMENT-TAXE, PEUT ETRE INVOQUE A TOUT MOMENT DEVANT LA COUR D'APPEL : ARRET DU 13 MARS 2003 (F.01.0074.F), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL A. HENKES

En vertu de l'article 7, alinéa 2, de la loi du 23 décembre 1986 relative au recouvrement et au contentieux en matière de taxes provinciales et locales, les formes et délais applicables à un recours contre les décisions de la députation permanente ou du collège juridictionnel de la région de Bruxelles-Capitale ainsi que la procédure subséquente sont réglés comme en matière d'impôts sur le revenu. En l'espèce, il s'agissait d'une réclamation introduite avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 mars 1999 relative au contentieux en matière fiscale, de sorte que trouvait à s'appliquer l'article 378 ancien du C.I.R. 1992. En vertu du second alinéa de cette disposition, les griefs nouveaux dont l'invocation est autorisée par l'article 377, alinéa 2, (ancien) doivent être introduits dans le délai de soixante jours du dépôt du dossier administratif visé à l'article 381 (ancien).

Ce délai était expiré lorsque le contribuable avait déposé des conclusions dans lesquelles il soutenait que le règlement-taxe fondant la cotisation litigieuse était nul et n'avait pu entrer en vigueur à défaut d'avoir été signé par le bourgmestre conformément à l'article 109 de la nouvelle loi communale, outre qu'il n'avait pas été publié conformément aux articles 112 et

114 de la même loi. La cour d'appel avait déclaré le grief irrecevable, par application de l'article 378, § 2, précité.

La Cour a cassé cette décision. L'arrêt du 13 mars 2003 rappelle que le délai prévu par l'article 378, alinéa 2, ancien du C.I.R. 1992 n'est pas applicable aux griefs relatifs à la forclusion du droit d'imposition ou à la méconnaissance de l'autorité de la chose jugée d'une décision antérieure, lesquels peuvent être invoqués à tout moment devant la cour d'appel⁴³ ; il décide ensuite qu'il en est de même d'un grief pris de l'absence de titre pour établir une imposition, fondée sur l'illégalité et l'absence d'entrée en vigueur du règlement-taxe ayant servi de base à l'imposition contestée. A l'appui de son pourvoi, le contribuable avait fait valoir que, dans toutes ces hypothèses, les griefs portent sur le droit même de l'administration d'établir une cotisation à charge du contribuable.

F. DEDUCTIBILITE DES FRAIS LIES A L'OCTROI DE CHEQUES-REPAS : ARRET DU 8 MAI 2003 (F.01.0053.F), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL A. HENKES

La Cour est régulièrement amenée à connaître de litiges relatifs aux conséquences liées à l'attribution de chèques-repas en droit du travail, en droit de la sécurité sociale ou en droit fiscal. Il en est notamment ainsi de la question de la déductibilité, au titre de charges professionnelles, des frais exposés par l'employeur pour l'octroi de chèques-repas aux membres de son personnel⁴⁴.

En l'espèce, le fisc avait considéré que les chèques-repas constituaient des avantages sociaux non imposables dans le chef des bénéficiaires par application de l'article 41, § 4, du C.I.R. (1964) (auquel correspond l'article 38, § 1^{er}, 11^o, du C.I.R. 1992) ; en conséquence, il avait rejeté la déduction opérée par l'employeur à concurrence du coût total des chèques-repas diminué de la contribution payée par les membres du personnel, sur la base de l'article 50, 7^o, du C.I.R. (1964) (auquel correspond actuellement l'article 53, 14^o, du C.I.R. 1992), en vertu duquel les avantages sociaux visés à l'article 41, § 4, ne sont pas considérés comme des frais professionnels. La cour d'appel avait admis cette thèse.

Il résulte de l'article 32^{ter} du C.I.R. (1964) (article 36 du C.I.R. 1992) que les avantages de toute nature qui sont obtenus autrement qu'en espèces sont comptés pour la valeur réelle qu'ils ont dans le chef du bénéficiaire, sauf lorsqu'il s'agit d'avantages pour lesquels le Roi a fixé des règles d'évaluation forfaitaire. L'article 9^{quater}, § 2, de l'arrêté royal d'exécution du C.I.R. (1964) (article 18, § 2, de l'arrêté royal d'exécution du C.I.R. 1992) prévoit que, pour les avantages dont la valeur est déterminée par une réglementation sociale ou économique, la valeur à prendre en considération est égale à celle fixée par cette réglementation. En vertu de l'article 20, alinéa 2, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 concernant la sécurité sociale des travailleurs, l'avantage en nature que représente le deuxième repas, c'est-à-dire le repas principal, est évalué à 44 francs ; le même arrêté royal prévoit, en son article 19, § 2, 11^o, que

⁴³ Voy., notamment, cass., 16 septembre 1976, *Bull.* et *Pas.*, 1977, I, 51, et les notes 1 et 2.

la fourniture de repas à un prix inférieur au prix coûtant dans le restaurant de l'entreprise n'est pas considérée comme une rémunération et, en son article 19*bis*, § 2, qu'il en est de même des titres-repas pour autant qu'il soit satisfait à un ensemble de cinq conditions qu'il énonce.

L'employeur soutenait devant la Cour qu'il ressortirait implicitement de ces dispositions de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 que, moyennant le respect – constant en l'espèce – des conditions fixées par son article 19*bis*, § 2, cet arrêté royal assimile l'octroi de chèques-repas à la fourniture de repas à un prix inférieur au prix coûtant dans un restaurant d'entreprise, l'avantage en nature résultant de la fourniture du repas principal étant évalué à 44 francs dans les deux cas. Partant, la valeur des chèques-repas ainsi déterminée par une réglementation sociale s'appliquerait, en vertu de l'article 9*quater*, § 2, de l'arrêté royal d'exécution du C.I.R. (1964), pour la détermination de l'avantage en nature imposable dans le chef du travailleur. Sur la base de ce raisonnement, l'employeur soutenait que la cour d'appel avait, à tort, considéré que l'octroi des chèques-repas comportait un avantage social au sens de l'article 41, § 4, du C.I.R. (1964) en dépit du fait que la contribution des bénéficiaires excédait 44 francs par chèque-repas, et décidé que cet avantage social n'était pas déductible au titre de charges professionnelles.

La Cour a rejeté cette thèse. Elle a constaté que l'arrêté royal du 28 novembre 1969 ne fixe que la valeur des repas fournis dans un restaurant d'entreprise, sans assimiler cet avantage à celui qui résulte de l'octroi de chèques-repas. En effet, en ce qui concerne ce type d'avantage, il se limite à déterminer les cas dans lesquels celui-ci est ou non considéré comme une rémunération.

L'employeur soutenait également que l'arrêté royal d'exécution du C.I.R. (1964) contenait lui-même des règles d'évaluation forfaitaire pour l'avantage social que constitue le chèque-repas. Il invoquait, à cet égard, l'article 9*quater*, § 3, de cet arrêté royal, qui évalue forfaitairement certains avantages de toute nature obtenus autrement qu'en espèces. Le point 8 de cette disposition, par référence au point 6, évalue forfaitairement à 44 francs l'avantage consistant dans la fourniture gratuite du deuxième repas (repas principal) aux membres du personnel d'une entreprise, le § 4 précisant que lorsqu'un tel avantage n'est pas consenti à titre gratuit, l'avantage à prendre en considération est celui déterminé au § 3, point 8, diminué de l'intervention du bénéficiaire. Selon l'employeur, ces dispositions ne distingueraient pas selon que le repas est fourni soit dans un restaurant d'entreprise, soit, en équivalent, sous forme de chèques-restaurant ou, comme en l'espèce, de chèques-repas répondant notamment aux conditions que le nombre de chèques octroyés corresponde à celui des journées de travail et que leur valeur corresponde au prix d'un repas normal.

⁴⁴ Voy., notamment, le rapport annuel 2002, pp. 70-72.

La Cour a également écarté cette thèse, décidant que l'article *Quater*, § 3, de l'arrêté royal d'exécution du C.I.R. (1964) n'est, lui non plus, pas applicable à l'avantage résultant de l'octroi de chèques-repas.

Dans cette espèce, contrairement à celle à laquelle se rapportait l'arrêt du 28 septembre 2001 évoqué dans le précédent rapport annuel⁴⁵, la demanderesse critiquait la décision attaquée en tant qu'elle avait qualifié d'avantage social, au sens de l'article 41, § 4, du C.I.R. (1964), l'octroi de chèques-repas d'une valeur faciale déterminée, par jour de présence effective, à tous les membres du personnel n'ayant pas la possibilité de déjeuner dans un mess de l'entreprise. La Cour a toutefois écarté ce moyen après avoir constaté que l'arrêt attaqué avait envisagé l'hypothèse dans laquelle l'octroi des chèques-repas constituerait non un avantage social au sens de l'article 41, § 4, du C.I.R. (1964), mais un avantage de toute nature au sens de l'article 26, alinéa 2, 2°, de ce code (auquel correspond l'article 31, alinéa 2, 2°, du C.I.R. 1992), et avait décidé, dans cette hypothèse, que la déduction des coûts correspondants au titre de frais professionnels devait être refusée par application de l'article 47, § 1^{er}, 2°, du C.I.R. (1964) (auquel correspond l'article 57, 1°, du C.I.R. 1992), à défaut, pour l'employeur, d'avoir déclaré cet avantage en nature dans les fiches individuelles et les relevés récapitulatifs prescrits en matière de précompte professionnel.

G. ABSENCE DE DROIT À RESTITUTION DES DROITS D'ENREGISTREMENT PERÇUS SUR UNE DÉCISION DE JUSTICE ULTÉRIEUREMENT ANÉANTIE PAR UN JUGEMENT D'ACCORD : ARRÊT DU 23 MAI 2003 (C.00.0465.N)

Le jugement ayant prononcé par défaut une condamnation de somme à l'égard d'une société commerciale avait été présenté à l'enregistrement et des droits d'enregistrement avaient été perçus conformément aux articles 142 et 143 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe (ci-après le Code). Les deux parties avaient ensuite comparu volontairement sur opposition et demandé au tribunal de commerce d'acter l'accord par lequel elles entendaient régler le litige. Ce second jugement, mettant le précédent à néant, était passé en force de chose jugée.

En vertu de l'article 208 du Code, les droits régulièrement perçus ne peuvent être restitués, quels que soient les événements ultérieurs, sauf les cas prévus par la loi. Ainsi, l'article 210, alinéa 1^{er}, prévoit que les droits proportionnels sont sujets à restitution lorsque la décision sur laquelle ils ont été perçus est infirmée par une autre décision passée en force de chose jugée. Par application de l'article 215, une demande en restitution doit être introduite dans les deux ans.

Une procédure de restitution avait été engagée contre l'Etat par la société qui avait payé les droits d'enregistrement dus sur le jugement rendu par défaut. Les juges d'appel avaient fait droit à sa demande, estimant qu'il n'y avait pas lieu de s'interroger sur les raisons de la mise à

⁴⁵ Rapport annuel 2002, pp. 70-72.

néant du premier jugement. La question soulevée devant la Cour concernait le point de savoir si un jugement d'accord satisfait aux conditions posées par l'article 210, alinéa 1^{er}, du Code, spécialement eu égard au fait que le juge qui acte l'accord des parties ne statue pas sur le litige qui constituait l'objet de la décision anéantie.

L'arrêt du 23 mai 2003 donne de l'article 210, alinéa 1^{er}, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe une interprétation restrictive. Considérant que les droits d'enregistrements perçus contribuent à couvrir les coûts de la justice d'Etat, ces droits demeurent dus lorsque, sans qu'il soit statué à nouveau sur la cause, la réformation totale ou partielle de la décision entreprise résulte d'un second jugement ou arrêt rendu sur la base d'une convention conclue par les parties. Dès lors, une restitution des droits perçus par application de l'article 210, alinéa 1^{er}, n'est possible que si, ayant procédé à l'examen d'un recours, le juge constate que le litige a été inexactement tranché dans le cadre de l'instance précédente. Tel n'est, par contre, pas le cas lorsque, pour réformer ou modifier la décision initiale, le juge se borne à donner la forme d'une décision de justice à un accord arrêté par les parties.

H. LES FRAIS ACCESSOIRES LIÉS À L'ACQUISITION D'UN TERRAIN AFFECTÉ À UNE EXPLOITATION PEUVENT CONSTITUER DES FRAIS PROFESSIONNELS DÉDUCTIBLES DANS LE CHEF DE CONTRIBUABLES NON SOUMIS À L'ARRÊTÉ ROYAL DU 8 OCTOBRE 1976 RELATIF AUX COMPTES ANNUELS DES ENTREPRISES : ARRÊT DU 12 JUIN 2003 (F.02.0001.F), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GÉNÉRAL A. HENKES

Les exploitants d'un camping avaient acquis un terrain en vue de l'affecter à leur exploitation et avaient porté en déduction, au titre de frais professionnels de l'exercice correspondant à l'année de l'acquisition, les frais accessoires liés à celle-ci. Le fisc avait rejeté cette déduction mais les contribuables avaient obtenu gain de cause devant la cour d'appel.

Devant la Cour, l'Etat belge fondait sa thèse sur l'article 2, §§ 1^{er} et 7, du C.I.R. 1992, en vertu duquel l'expression « immobilisation corporelle » a, pour l'application de ce code, la signification qui lui est attribuée par la législation relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises. Il en déduisait que la valeur d'acquisition du terrain, dès lors que celui-ci constitue une immobilisation corporelle en raison de son affectation à l'exploitation professionnelle des contribuables, doit être définie conformément aux articles 20 et 21 de l'arrêté royal du 8 octobre 1976 relatif aux comptes annuels des entreprises, sans qu'il y ait lieu d'avoir égard au fait que cet arrêté royal ne leur était pas applicable en vertu de l'article 5 de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises. Or, il résulte des articles 20 et 21 de l'arrêté royal précité que les éléments de l'actif qui ont été achetés sont évalués à leur valeur d'acquisition, laquelle comprend le prix d'achat et les frais accessoires, et sont portés au bilan pour cette valeur sous déduction éventuelle des amortissements et réductions de valeur.

La Cour a écarté cette thèse. Le fait, constaté par la cour d'appel, que les contribuables ont usé de la faculté prévue à l'article 5 de la loi précitée du 17 juillet 1975 de ne pas tenir leur

comptabilité selon les prescriptions des articles 3 et 4 de cette loi, a pour conséquence que les dispositions de l'arrêté royal du 8 octobre 1976 ne leur sont pas applicables. La Cour a dès lors écarté le moyen en tant qu'il soutenait que la valeur d'acquisition du terrain que ces contribuables ont affecté à leur exploitation doit être déterminée conformément aux articles 20 et 21 dudit arrêté royal. Elle a ensuite décidé que les frais d'acquisition d'un terrain exposés en vue d'acquérir des revenus imposables constituent des frais déductibles dès lors qu'ils n'ont reçu aucune contre-valeur dans le patrimoine du contribuable et ne peuvent faire l'objet d'amortissements.

Cette décision peut être rapprochée d'un arrêt du 22 juin 2000⁴⁶ par lequel la Cour a décidé que la déduction, dans le chef d'une société, des frais d'acquisition d'un terrain n'est pas contraire aux règles comptables fixées par les articles 20, 21, 28, § 3 et § 12, alinéa 2, de l'arrêté royal du 8 octobre 1976 précité pour autant que ces frais ne représentent plus aucune valeur lors de la clôture de l'exercice comptable.

I. CARACTÈRE NON DÉDUCTIBLE DES COÛTS LIÉS À UNE OPÉRATION FINANCIÈRE NE SE RATTACHANT PAS À L'ACTIVITÉ SOCIALE D'UNE SOCIÉTÉ COMMERCIALE : ARRÊTS DU 19 JUIN 2003 (F.01.0066.F ET F.01.0079.F)

En la première espèce (F.01.0066.F), une société commerciale avait acquis le même jour, pour un montant total de 9.361.002 francs, un ensemble d'options d'achat (options *call*) portant sur des titres cotés en bourse et un ensemble équivalent d'options de vente (options *put*), options qui confèrent le droit d'acheter ou de vendre les titres désignés à un prix convenu et à une date déterminée. Le lendemain, elle avait levé les premières et acheté les titres correspondants. Quelques jours plus tard, elle avait levé les options *put* et revendu les mêmes titres en dégageant une plus-value de 8.588.075 francs immunisée en vertu de l'article 192 du C.I.R. 1992. Elle avait déduit les coûts d'acquisition des options *call* et *put* au titre de charges financières diverses, déduction que l'administration fiscale rejeta. La réclamation et ensuite le recours que la société avait introduits à cet égard furent déclarés non fondés. La cour d'appel avait, en effet, considéré que la demanderesse ne rapportait pas la preuve que l'acquisition des options litigieuses était rattachée à son activité sociale, à savoir l'industrie, la représentation et le commerce de produits chimiques, métaux non ferreux et équipements divers, quoiqu'il fût précisé dans ses statuts qu'elle pouvait se livrer à toutes opérations financières qui se rattachent directement ou indirectement à son objet.

Dans le cadre du pourvoi formé contre cette décision, la société faisait notamment valoir que, contrairement aux frais supportés par une personne physique pour acquérir ou conserver des revenus, qui ne sont pas nécessairement professionnels, tous les frais supportés par une société soumise à l'impôt des sociétés présentent un caractère professionnel puisque tous ses revenus sont professionnels, sans qu'il y ait lieu d'avoir égard au fait que ces frais se rapportent à son objet statutaire ou à son activité habituelle.

⁴⁶ *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 393.

La Cour a écarté cette thèse. Elle a en effet décidé que la circonstance qu'une société commerciale est un être moral créé en vue d'une activité lucrative n'implique pas que toutes ses dépenses peuvent être déduites de son bénéfice brut ; encore convient-il qu'elles soient inhérentes à l'exercice de la profession, c'est-à-dire qu'elles se rattachent nécessairement à l'activité sociale.

Dans un contexte exactement semblable, l'arrêt attaqué dans la seconde espèce (F.01.0079.F) avait également décidé que les coûts d'acquisition des options d'achat et de vente ne constituaient pas des frais professionnels déductibles, mais sur la base d'un raisonnement différent. La cour d'appel avait en effet motivé sa décision, en substance, par la considération que l'objet général de toute société commerciale est d'engendrer du lucre et que la société concernée restait en défaut de démontrer que l'opération litigieuse, dont elle savait par avance qu'elle était dépourvue de risques et aboutirait à une perte, avait un autre but que de changer une partie de son bénéfice taxable en une plus-value immunisée.

Soulignant que son objet statutaire visait notamment la réalisation de toutes opérations financières quelconques, la demanderesse en cassation reprochait notamment à la cour d'appel d'avoir fait abstraction de l'économie fiscale que les opérations litigieuses tendaient à réaliser pour décider que les opérations litigieuses n'avaient pas été accomplies dans un but de lucre. Elle soutenait en effet que, pour déterminer, en droit privé, si une opération réalisée par une société a été accomplie dans un but de lucre, il faut tenir compte de la charge fiscale sur le bénéfice qui constitue une charge en droit des sociétés comme en droit comptable.

La Cour a également écarté cette thèse, considérant que, sur la base des considérations précitées, la cour d'appel avait légalement décidé que l'opération litigieuse ne se rattachait pas de façon nécessaire à l'activité sociale, condition sans laquelle des charges ne peuvent constituer des dépenses professionnelles dans le chef d'une société commerciale.

SECTION 5 - ARRÊTS EN MATIÈRE PÉNALE

A. DÉLAI DE HUIT JOURS DANS LEQUEL LA RÉCUSATION DOIT ÊTRE JUGÉE : ARRÊT DU 17 SEPTEMBRE 2002 (P.02.0386.N, P.02.0602.N ET P.02.662.N), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GÉNÉRAL P. DUINSLAEGER

Par cet arrêt, la Cour s'est prononcée sur le point de départ du délai de huit jours dans lequel la demande de récusation doit être jugée.

Elle a décidé qu'il ressort de l'ensemble des règles inscrites aux articles 833, 835, 836, 837, alinéa 1er, et 838 du Code judiciaire et des délais qui y sont prescrits, que le délai de huit jours prévu par l'article 838, alinéa 2, du Code judiciaire, dans lequel la cour d'appel doit se

prononcer sur la demande récusation, court à partir de la date de l'audience à laquelle l'affaire a été fixée pour examen, après que les parties ont été dûment convoquées.

Dans ses conclusions, le ministère public soulignait que la loi du 12 mars 1998 implique que les parties soient dûment convoquées pour être entendues en leurs observations avant qu'il soit prononcé sur la récusation. A son estime, cette obligation de convoquer les parties afin de leur permettre de faire connaître leurs observations de telle manière que l'autorité judiciaire compétente puisse en tenir compte, rend indéfendable la thèse selon laquelle le délai de huit jours prendrait cours au jour du dépôt de la requête.

B. LE REFUS DU JUGE DU FOND DE POSER UNE QUESTION PRÉJUDICIELLE À LA COUR D'ARBITRAGE N'EST PAS UNE CONTESTATION DE COMPÉTENCE CONTRE LAQUELLE UN POURVOI EN CASSATION IMMÉDIAT EST OUVERT : ARRÊT DU 24 SEPTEMBRE 2002 (P.02.0853.N)

L'arrêt du 24 septembre 2002 concerne la notion de jugement ou arrêt statuant sur une contestation de compétence au sens de l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle et pouvant, à ce titre, faire l'objet d'un pourvoi en cassation immédiat.

Le demandeur en cassation était d'avis que la chambre des mises en accusation avait indûment refusé d'accueillir la demande de question préjudicielle à la Cour d'arbitrage et soutenait devant la Cour que la question préjudicielle soulevée constituait une exception d'incompétence qui était tranchée par la cour d'appel.

La Cour rappelle qu'il n'y a contestation de compétence que lorsqu'il est allégué qu'un juge s'est approprié la compétence d'une autre juridiction, de telle sorte qu'il peut en résulter un conflit de juridiction auquel seul un règlement de juges peut mettre fin. La Cour a dès lors décidé que la décision de poser ou non une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage appartient exclusivement à la compétence du juge saisi et que partant, son refus n'est pas une décision rendue sur la compétence.

C. LA CHAMBRE DES MISES EN ACCUSATION N'A PAS LE POUVOIR D'ENTENDRE LE JUGE D'INSTRUCTION HORS LA PRÉSENCE DES PARTIES LORSQU'ELLE EST APPELÉE À STATUER SUR LE RÈGLEMENT DE LA PROCÉDURE : ARRÊT DU 25 SEPTEMBRE 2002 (P.02.0954.F), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GÉNÉRAL J. SPREUTELS

Les articles 136 et 136*bis* du Code d'instruction criminelle traitent du contrôle de l'instruction par la chambre des mises en accusation. Dans ce cadre, l'article 136*bis*, alinéa 5, dispose que la chambre des mises en accusation peut entendre le juge d'instruction en son rapport, hors la présence des parties si elle l'estime utile. L'arrêt du 25 septembre 2002 précise les limites dans lesquelles ce pouvoir peut être exercé.

Devant la chambre des mises en accusation appelée à statuer sur le règlement de la procédure, certains inculpés avaient critiqué la présence au dossier répressif de déclarations d'une personne désirant garder l'anonymat et concluaient, pour ce motif, à l'irrecevabilité des

poursuites ou à la nécessité d'ordonner un complément d'instruction. Après la clôture des débats, la chambre des mises en accusation avait décidé, «comme modalité de son délibéré», d'entendre le rapport d'un des juges d'instruction en dehors de la présence des parties. Ensuite, estimant que ce rapport lui avait permis de s'assurer, quant au témoignage anonyme, d'une série de «garanties ou informations» énumérées par son arrêt, elle avait statué sur la régularité de la procédure et la mise en accusation des inculpés.

La Cour a cassé cet arrêt. Elle a décidé que ni l'article 136*bis* du Code d'instruction criminelle ni aucune autre disposition légale n'autorisent la chambre des mises en accusation à entendre le juge d'instruction hors la présence des parties lorsqu'elle est appelée à statuer sur le règlement de la procédure. En procédant de la sorte, la chambre des mises en accusation a violé le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense.

D. REGIME TRANSITOIRE DE L'ARRETE ROYAL N° 22 DU 24 OCTOBRE 1934 RELATIF A L'INTERDICTION JUDICIAIRE FAITE A CERTAINS CONDAMNES ET FAILLIS D'EXERCER CERTAINES FONCTIONS, PROFESSIONS OU ACTIVITES, TEL QU'IL A ETE MODIFIE PAR LA LOI DU 2 JUIN 1998, EN CE QUI CONCERNE LES FAILLIS NON REHABILITES : ARRET DU 2 OCTOBRE 2002 (P.02.0778.F)

L'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 régit l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés (articles 1^{er}, 1^{er bis} et 2) et faillis ou personnes assimilées (articles 3, 3*bis* et 3*ter*) d'exercer certaines fonctions, professions ou activités. Il a été modifié à différentes reprises, notamment par la loi du 2 juin 1998. Ainsi, alors qu'elle était auparavant automatique et illimitée dans le temps, l'interdiction prévue par les articles 1^{er}, 1^{er bis} et 2 est désormais prononcée par le juge, est facultative et sa durée ne peut excéder dix ans (articles 3, 3^o, 4 et 5, 5^o, de la loi du 2 juin 1998). En vertu de l'article 6 de cette loi, l'interdiction ayant résulté avant le 1^{er} septembre 1998, date de son entrée en vigueur, de l'application des articles 1^{er}, 1^{er bis} et 2 de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 continue de produire ses effets après cette date jusqu'à ce que soit expiré un délai de dix ans à compter du jour de la condamnation qui y a donné lieu.

La loi du 2 juin 1998 a soulevé certains problèmes liés au fait qu'elle ne concerne pas expressément l'interdiction appliquée au failli non réhabilité, régie par l'article 3 de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934, disposition non visée par cette loi. Par un arrêt du 21 juin 2000⁴⁷, la Cour d'arbitrage a décidé que cet article, dans l'interprétation selon laquelle il établit des interdictions professionnelles automatiques, illimitées dans le temps, viole les articles 10 et 11 de la Constitution⁴⁸. Le même arrêt décide également que la règle de droit transitoire établie par l'article 6 de la loi du 2 juin 1998, qui doit être entendue comme s'appliquant, par analogie, à l'article 3 de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 quoiqu'elle ne vise que ses articles 1^{er}, 1^{er bis} et 2, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

⁴⁷ Arrêt n° 77/2000, *M.B.* 22.08.2000, 28231.

⁴⁸ Par deux précédents arrêts des 27 mai 1998 (n° 57/98, *M.B.* 03.09.1998, 28507) et 15 juillet 1998 (n° 87/98, *M.B.* 21.08.1998, 27019), la Cour d'arbitrage avait déjà décidé que les articles 1^{er} et 1*er bis* de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 violaient les articles 10 et 11 de la Constitution en tant qu'ils établissaient des interdictions professionnelles automatiques, illimitées dans le temps.

En l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour du 2 octobre 2002, un ancien failli non réhabilité était poursuivi devant les juridictions répressives, sur la base de l'article 4 de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934, pour avoir agi comme gérant de fait d'une société commerciale malgré l'interdiction découlant pour lui de l'article 3 de cet arrêté. Les faits se situaient à une époque antérieure à la date de l'entrée en vigueur de la loi du 2 juin 1998. Le prévenu soutenait que les poursuites dont il faisait l'objet étaient illégales dans la mesure où, en substance, elles étaient fondées sur une interdiction automatique et illimitée, et à ce titre irrégulière, sans que l'article 6 de la loi du 2 juin 1998 ait remédié à l'irrégularité dénoncée puisque cette disposition transitoire n'a ramené à un terme maximal de dix ans que les interdictions découlant des articles 1^{er}, 1^{er bis} et 2 de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934.

Adoptant l'enseignement de l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 21 juin 2000, la Cour a décidé que l'article 6 de la loi du 2 juin 1998 s'applique également, par analogie, à l'interdiction prévue par l'article 3 de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 à charge des faillis non réhabilités, le législateur n'ayant pas manifesté l'intention de priver ceux-ci du régime qu'il mettait en place pour les personnes ayant encouru une condamnation pénale visée à l'article 1^{er} dudit arrêté. Dès lors, statuant après l'entrée en vigueur de l'article 6 de la loi du 2 juin 1998, les juges du fond pouvaient légalement considérer que la personne déclarée en faillite avant cette mise en vigueur et non réhabilitée était sous le coup d'une interdiction de plein droit d'une durée de dix ans ayant pris cours à la date du jugement déclaratif de la faillite et, partant, condamner cette personne aux peines prévues par l'article 4 de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 du chef d'infraction à cette interdiction.

E. REFUS D'UN FORMALISME EXCESSIF EN MATIERE REPRESSIVE : ARRETS DES 9 OCTOBRE 2002 (P.02.1311.F) ET 16 OCTOBRE 2002 (P.02.0957.F ET P.02.0683.F)

Ces trois arrêts s'inscrivent dans le cadre d'une jurisprudence constante qui tend à considérer les formalités prescrites par la loi au regard des buts qu'elle poursuit et, partant, à endiguer tout formalisme excessif, une formalité n'étant, en règle, tenue pour substantielle que dans la mesure où son omission met la Cour dans l'impossibilité de vérifier la régularité de la procédure⁴⁹. La prise en considération des règles énoncées par ces arrêts et, plus généralement, du principe dont elles sont l'application, est de nature à éviter l'introduction de pourvois voués à l'échec.

L'arrêt du 9 octobre 2002 a trait à la vérification du respect, par les juridictions d'instruction, de l'article 779, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, en vertu duquel les juges qui rendent le jugement doivent avoir assisté à toutes les audiences de la cause, à peine de nullité. Devant la Cour, un inculpé invoquait la violation de cette disposition par un arrêt de la chambre des mises en accusation statuant sur le maintien de sa détention préventive. Cet arrêt avait été

⁴⁹ V. en ce sens, not., cass., 15 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 623.

prononcé deux jours après que l'affaire avait été instruite et prise en délibéré, alors que deux magistrats ayant participé au délibéré avaient été remplacés pour rendre l'arrêt, en vertu d'une ordonnance rendue par le premier président de la cour d'appel conformément à l'article 779, alinéa 2, dudit code. Le demandeur soutenait qu'en l'absence de procès-verbal de l'audience où la cause fut instruite – pièce dont la loi n'impose d'ailleurs pas la rédaction pour les débats tenus devant les juridictions d'instruction⁵⁰ –, la Cour se trouvait dans l'impossibilité de vérifier si les magistrats ayant délibéré et rendu l'arrêt avaient assisté à l'audience précédente. Le même grief était articulé à l'égard du troisième conseiller qui n'avait pourtant pas été remplacé. Selon le demandeur, en effet, la participation d'un juge au délibéré n'établit pas légalement qu'il a assisté à toutes les audiences de la cause.

La Cour a rejeté le moyen, aussi bien pour les magistrats ayant été empêchés de rendre l'arrêt que pour celui qui n'avait pas quitté le siège.

En ce qui concerne les deux premiers, la Cour a considéré que la constatation, par les ordonnances de remplacement, de leur participation au délibéré implique leur assistance aux audiences, sauf si celle-ci est contredite par d'autres mentions authentiques. La solution est semblable pour le troisième conseiller, et sous la même réserve : la mention de sa présence au siège lorsque l'arrêt a été rendu, au bas d'un arrêt mentionnant que le ministère public a été entendu de même que l'inculpé et son conseil, implique que ce magistrat a siégé également le jour où la cause fut instruite dans les termes que l'arrêt décrit.

En décider autrement revenait, d'une part, à exiger la tenue par les juridictions d'instruction d'un procès-verbal de chaque audience, ce que la loi ne prévoit pas, et, d'autre part, à permettre qu'en l'absence d'un tel procès-verbal, la régularité de la composition du siège puisse être systématiquement mise en doute chaque fois que l'arrêt n'est pas rendu le jour même où la cause a été instruite, solution dont le formalisme excessif ne trouve pas d'appui dans l'article 779 du Code judiciaire.

Le premier arrêt du 16 octobre 2002 (P.02.0957.F) précise la portée du visa apposé sur des conclusions déposées à l'audience d'une juridiction répressive. Les dispositions du Code judiciaire relatives aux conclusions ne sont pas applicables en matière répressive où c'est, en règle, le procès-verbal d'audience qui fait connaître l'existence de conclusions verbales ou écrites ; lorsque l'établissement d'un tel procès-verbal n'est pas prescrit, comme c'est donc le cas devant les juridictions d'instruction, rien ne s'oppose à ce qu'il en soit rédigé un qui, revêtu de la signature du président et du greffier, constitue un acte authentique. Lorsqu'un procès-verbal d'audience atteste du dépôt de conclusions, celles-ci sont généralement visées

⁵⁰ V. cass., 6 septembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 446. La règle est également rappelée par un autre arrêt prononcé le 9 octobre 2002 (P.02.1308.F, second moyen).

tantôt par le greffier⁵¹, tantôt par le président, tantôt par les deux. La Cour admet aussi que le dépôt d'un écrit de conclusions est constaté de manière certaine, même en l'absence d'une mention spéciale au procès-verbal d'audience, par la signature du président apposée sur cet écrit sous la mention de la date de l'audience à laquelle l'affaire a été instruite⁵².

En l'espèce, les inculpés avaient déposé à l'audience de la chambre des mises en accusation appelée à statuer sur leur éventuel renvoi à la cour d'assises des conclusions que le président et le greffier avaient tous deux visées sous la mention qu'elles avaient été « lues et déposées à l'audience publique ». Or, tant l'arrêt de renvoi que le procès-verbal de l'audience faisaient état de l'absence de publicité de celle-ci. Dans leur pourvoi, les inculpés déduisaient de cette contradiction qu'elle empêchait la Cour de vérifier si la procédure s'était déroulée à huis clos, ainsi que le prescrit l'article 218, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle.

Dans le langage courant, le visa est généralement défini comme une formule ou un sceau accompagné d'une signature qu'on appose sur un acte pour le rendre régulier ou valable. L'arrêt du 16 octobre 2002 décide toutefois que, lorsque le dépôt de conclusions en matière répressive est attesté par le procès-verbal d'audience, le visa éventuellement apposé sur ces conclusions a un objet plus limité, étant de certifier que c'est bien cette pièce qui a été soumise au juge au cours des débats et de permettre à la Cour d'exercer son contrôle de la motivation⁵³. Ce visa n'est soumis à aucune formalité substantielle destinée à lui conférer authenticité. Il s'ensuit que la mention authentique de l'arrêt, attestant que l'audience s'est déroulée à huis clos, prévaut sur la mention contraire apposée sur les conclusions, énonçant que cette audience était publique.

Dans le pourvoi sur lequel a statué le second arrêt du 16 octobre 2002 (P.02.0683.F), le demandeur sollicitait l'annulation d'un arrêt de condamnation au motif qu'il ne contenait pas la signature du greffier, cependant prescrite par l'article 782 du Code judiciaire qui est applicable en matière répressive. Postérieurement au pourvoi, cette omission avait toutefois été réparée par application de l'article 788 du même code, de sorte que le ministère public avait conclu à l'irrecevabilité du moyen à défaut d'intérêt. Dans une note déposée en réponse à ces conclusions, le demandeur contestait que l'article 788 du Code judiciaire puisse être appliqué en matière pénale et demandait, à titre subsidiaire, que les frais du pourvoi soient laissés à la charge de l'Etat.

L'arrêt du 16 octobre 2002 introduit deux éléments nouveaux dans la jurisprudence de la Cour.

⁵¹ Cette seule signature suffit, eu égard à la valeur probante attachée au procès-verbal d'audience ; v., sur ce point, J. Sace, note sous cass., 12 mars 1986, *Rev. dr. pén.*, 1986, 628.

⁵² Cass., 12 septembre 1984, *Bull. et Pas.*, 1985, I, n° 33.

⁵³ V., sur ce point et, plus généralement, sur les conclusions prises devant les juridictions répressives, la note signée A.T. sous cass., 3 janvier 1978, *Bull. et Pas.*, 1978, I, 487.

L'article 788 du Code judiciaire permet au procureur général près la cour d'appel de faire réparer les omissions qu'il constate dans les feuilles d'audience où sont portés les jugements par application de l'article 783 du même code ou dans les procès-verbaux d'audience. L'arrêt du 16 octobre 2002 décide pour la première fois que ledit article 788 est également applicable en matière répressive. En outre, il confirme l'enseignement de décisions antérieures selon lequel cette disposition, bien qu'elle ne vise expressément que l'omission de la signature d'un juge, permet également de réparer l'omission de la signature d'un greffier⁵⁴, et que pareille réparation opère rétroactivement, même si elle est postérieure à un recours exercé contre le jugement⁵⁵.

L'arrêt décide par ailleurs que, même en l'absence de réparation, l'omission de la signature du greffier sur un jugement ou un arrêt n'entraîne pas la nullité de la décision lorsque le procès-verbal de l'audience, régulièrement dressé lors de la prononciation, renferme toutes les constatations requises pour établir la régularité de la procédure suivie lors de ladite prononciation. Le demandeur a, en conséquence, été condamné aux frais du pourvoi.

Cette dernière partie de l'arrêt est remarquable en matière répressive : si, dans la situation inverse à celle de l'arrêt ici commenté, la Cour a maintes fois admis que les mentions d'un jugement ou d'un arrêt peuvent suppléer à l'absence ou à l'irrégularité d'un procès-verbal d'audience⁵⁶, elle considère à présent que les mentions du procès-verbal d'audience peuvent également remédier à une omission de la décision judiciaire lorsqu'elles permettent à la Cour d'exercer son contrôle concernant la régularité de la procédure⁵⁷.

F. REQUÊTE DE MISE EN LIBERTÉ PROVISoire EN APPLICATION DE L'ARTICLE 12, § 5, DE LA LOI SPÉCIALE SUR LA COUR D'ARBITRAGE : ARRÊT DU 10 DÉCEMBRE 2002 (P.02.1579.N)

Le demandeur en cassation avait introduit, devant la cour d'appel, une demande en rétractation d'un arrêt de la chambre des mises en accusation. Il demandait en même temps sa mise en liberté provisoire en vertu de l'article 12, § 5, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage. Cette demande avait été rejetée.

Dans le cadre de son pourvoi en cassation, le demandeur soutenait que l'examen du fondement de la requête de mise en liberté provisoire doit se réaliser sur la base des articles 10 et 12 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, et non selon le critère des articles 16, § 5, et 27

⁵⁴ Cass., 2 mars 1972, *Bull. et Pas.*, 1972, I, 600.

⁵⁵ Cass., 2 mars 1972, précité, et 15 octobre 1976, *Bull. et Pas.*, 1977, I, 201.

⁵⁶ V., not., cass., 29 novembre 1989, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 201, 20 avril 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 188, 8 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 607, et 24 octobre 2001 (P.01.0993.F).

⁵⁷ En matière civile, la Cour a déjà admis à diverses reprises que l'omission, dans une décision, d'une mention, même prescrite à peine de nullité, n'entraîne pas la nullité de celle-ci lorsque la mention omise figure dans la feuille d'audience. V., not., cass., 3 février 1997, *Bull. et Pas.*, I, n°59, concernant la mention de l'avis du ministère public dans une cause devant obligatoirement lui être communiquée ; cass., 1er février 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, I, n°63, concernant la mention de la date du jugement.

de la loi relative à la détention préventive. Il alléguait encore que la décision aurait dû être prononcée en audience publique et non en chambre du conseil.

La Cour a décidé, d'une part, qu'en vertu de l'article 12, § 5, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, la mise en liberté n'est pas obligatoire mais constitue seulement une faculté à propos de laquelle le juge statue souverainement, pouvant appréhender, dans le cadre de son appréciation, tous les éléments de fait que les parties ont pu invoquer de manière contradictoire. D'autre part, s'agissant de la procédure, la Cour a décidé que l'article 27, § 3, de la loi relative à la détention préventive est d'application en ce qu'il prescrit qu'il est statué sur la requête de mise en liberté provisoire en chambre du conseil dès lors que l'actuel article 12, § 5, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage renvoie toujours à la disposition abrogée de l'article 7 de la loi du 20 avril 1874 relative à la détention préventive.

G. APPLICATION DE LA LOI PÉNALE DANS LE TEMPS : ARRÊT DU 8 JANVIER 2003 (P.02.1314.F)

Après l'avoir reconnu coupable de vol qualifié puis admis en sa faveur des circonstances atténuantes, une cour d'assises avait condamné l'accusé à une peine de deux cents heures de travail en application de la loi du 17 avril 2002 instaurant la peine de travail comme peine autonome en matière correctionnelle ou de police. Or, le délit ainsi sanctionné avait été commis avant l'entrée en vigueur de ladite loi.

Le pourvoi formé par le ministère public contre cet arrêt contestait la légalité d'une application rétroactive de la peine de travail au motif qu'en vertu de l'article 2, alinéa 1^{er}, du Code pénal, aucune infraction ne peut être sanctionnée de peines qui n'existaient pas au moment où elle fut commise. Selon le moyen invoqué à l'appui du pourvoi, l'article 2, alinéa 2, dudit code, qui prévoit l'application rétroactive de la loi pénale plus favorable, ne viserait que les cas où le législateur modifie l'échelle des peines et non ceux où, comme en l'espèce, il crée une sanction dont la nature est complètement différente.

La Cour a rejeté ce pourvoi. L'arrêt du 8 janvier 2003 rappelle que l'article 2 du Code pénal ne doit pas être lu comme si le premier alinéa de cette disposition constituait la règle et le second l'exception : l'un et l'autre découlent du même principe. Le premier alinéa interdit uniquement l'application rétroactive d'une loi nouvelle qui soit aggrave la peine édictée par la loi ancienne, soit rend punissable un fait qui ne l'était pas ; le second alinéa impose par contre l'application de la loi dont l'entrée en vigueur est postérieure à l'infraction qu'elle sanctionne moins lourdement.

L'application rétroactive de la peine de travail à un délit passible d'une peine d'emprisonnement n'enfreint pas la double interdiction inscrite au premier alinéa. De plus, la loi ne subordonne pas la rétroactivité *in mitius* (soit la rétroactivité de la loi pénale la plus douce) à la condition que la peine plus douce instaurée par la loi nouvelle ait existé comme telle au temps de l'infraction. En effet, la différence dont parle l'article 2 du Code pénal ne concerne pas seulement la durée ou le taux des peines mais également leur nature, leur

caractère, leur objet ou leur espèce. A cet égard, la peine de travail est, en raison de son objet, moins sévère que la peine d'emprisonnement frappant l'infraction déclarée établie ; en pareil cas, le juge peut donc appliquer la nouvelle peine à une infraction commise avant l'entrée en vigueur de la loi qui l'institue.

H. CRIME DE DROIT INTERNATIONAL ET COMPÉTENCE UNIVERSELLE : ARRÊT DU 12 FÉVRIER 2003 (P.02.1139.F), AVEC LES CONCLUSIONS CONTRAIRES DE M. LE PROCUREUR GÉNÉRAL J. DU JARDIN

En vertu de l'article 7 de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, modifiée par celle du 10 février 1999, les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues par cette loi, indépendamment du lieu où celles-ci auront été commises. Dans son arrêt du 12 février 2003, la Cour a dit pour droit que cette disposition ne subordonne pas l'exercice de la compétence universelle qu'elle institue à la condition que l'inculpé ait été trouvé en Belgique. En l'espèce, la chambre des mises en accusation avait décidé que cette condition de recevabilité inscrite à l'article 12 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale était également applicable à la poursuite en Belgique des crimes contre l'humanité, génocide et crimes de guerre commis en dehors du territoire. La Cour a décidé que ces crimes de droit international ne rentrent pas dans le champ du chapitre II de la loi précitée du 17 avril 1878. Elle a également décidé que les crimes précités ne sont pas visés par l'article 12*bis* de cette loi⁵⁸. Elle a dès lors cassé la décision attaquée.

La cassation n'est cependant que partielle, la qualité d'une des personnes à l'égard de qui l'action publique avait été mise en mouvement justifiant la décision d'irrecevabilité rendue à son égard. Au terme d'une substitution de motifs, la Cour précise en effet que l'action publique exercée du chef des crimes susdits ne peut pas être régulièrement mise en mouvement, devant les juridictions nationales d'un Etat autre que celui où les faits sont réputés avoir été commis, contre une personne qui, en sa qualité de chef de gouvernement étranger en exercice, se voit reconnaître par la coutume internationale une immunité de juridiction.

Cet arrêt a été rendu sur les conclusions contraires du procureur général qui estimait que la condition « d'avoir été trouvé en Belgique » s'imposait implicitement au titre d'obligation de droit international coutumier ; cette condition, que le législateur n'avait, ni en 1993 ni en 1999, expressément exclue, était, selon le ministère public, indispensable pour donner efficacité à la loi dite de compétence universelle.

⁵⁸ L'article 12*bis* de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale est inséré dans le chapitre II qui traite de l'exercice de l'action publique à raison des crimes ou des délits commis hors du territoire du Royaume ; après sa modification par la loi du 18 juillet 2001, il dispose désormais que les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions commises hors du territoire du Royaume et visées par une convention internationale liant la Belgique, lorsque cette convention lui impose, de quelque manière que ce soit, de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice des poursuites.

Par une loi du 23 avril 2003 modifiant celle du 16 juin 1993⁵⁹, le législateur a expressément détaché l'exercice de la compétence universelle de la condition que l'inculpé ait été trouvé en Belgique ; toutefois, la loi subordonne désormais la saisine du juge d'instruction à la réquisition du procureur fédéral, organise une procédure de dessaisissement de la juridiction belge et circonscrit aux limites établies par le droit international l'immunité attachée à la qualité officielle de la personne incriminée.

I. RESPONSABILITE PENALE DES PERSONNES PHYSIQUES ET DES PERSONNES MORALES – NOTION DE FAUTE SCIEMMENT ET VOLONTAIREMENT COMMISE: ARRET DU 4 MARS 2003 (P.02.1249.N), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL M. DE SWAEF

L'article 5 du Code pénal, inséré par la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, dispose en son deuxième alinéa que lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable. La première règle crée une cause d'excuse absolutoire en faveur de la personne, physique ou morale, qui a commis la faute la moins lourde. De la seconde, il résulte que cette cause d'excuse ne trouve pas à s'appliquer si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement. En cette hypothèse, la personne physique peut être éventuellement condamnée ensemble avec la personne morale sans qu'il y ait lieu de vérifier qui a commis la faute la plus grave.

Le gérant d'une société active dans le secteur du transport avait été condamné par le tribunal correctionnel du chef de dégâts occasionnés au revêtement routier par la surcharge d'une camionnette⁶⁰. Cette infraction est punissable indépendamment du fait que l'agent l'a commise intentionnellement ou non, s'agissant d'une infraction objective. Le tribunal avait jugé que le gérant avait commis l'infraction sciemment et volontairement et qu'il n'y avait dès lors pas lieu de déterminer qui, de la personne physique ou de la personne morale, avait commis la faute la plus grave. Devant la Cour, le gérant soutenait que, pour l'application de l'article 5, alinéa 2, du Code pénal, seule importait la qualification légale, sans avoir égard à la disposition d'esprit de l'agent. Ainsi, seule les infractions intentionnelles seraient susceptibles de donner lieu à la condamnation d'une personne physique sans que le tribunal doive vérifier qui, de la personne physique ou de la personne morale, a commis la faute la plus grave.

La Cour a écarté cette thèse. L'article 5, alinéa 2, *in fine* du Code pénal est applicable aux infractions de négligence comme aux infractions intentionnelles. Dans ses conclusions, le ministère public avait indiqué que la disposition d'esprit concrète dans laquelle se trouvait la personne physique était déterminante pour apprécier si l'infraction avait été commise

⁵⁹ M.B., 7 mai 2003.

⁶⁰ Art. 56 du décret du Parlement flamand du 19 décembre 1998 contenant diverses mesures d'accompagnement du budget 1999.

sciemment et volontairement. A cet égard, il renvoyait à la genèse de la loi, à son libellé et à l'arrêt de la Cour du 3 octobre 2000⁶¹ ayant décidé que la cause d'excuse absolutoire n'est applicable que pour autant que l'infraction commise par la personne physique l'ait été par négligence. Il avait enfin souligné que si la forme de culpabilité exigée par la loi était déterminante pour l'application de l'article 5, alinéa 2, du Code pénal, la responsabilité pénale de la personne physique et de la personne morale s'en trouverait limitée dans une importante mesure parce que le dol n'est pas un élément constitutif de nombreuses infractions prévues par des lois pénales particulières.

J. DE LA SEULE CIRCONSTANCE QUE LE PRÉVENU A DÉPOSÉ UNE PLAINTÉ CONTRE UN MEMBRE DE LA JURIDICTION DE JUGEMENT, IL NE PEUT SE DÉDUIRE UN DÉFAUT D'IMPARTIALITÉ DANS LE CHEF DES AUTRES MAGISTRATS QUI SIÈGENT HABITUELLEMENT AVEC LUI : ARRÊT DU 9 AVRIL 2003 (P.03.0072.F)

L'un des membres de la chambre correctionnelle de la cour d'appel devant laquelle comparaisait un prévenu s'était déporté en raison de son intervention antérieure dans la même affaire en qualité de juge d'instruction. Le prévenu avait ensuite déposé plainte à l'encontre de ce conseiller du chef de faux témoignage à l'occasion de son audition par le tribunal correctionnel ayant statué en première instance. Dans son pourvoi, il reprochait aux deux autres conseillers de ne pas s'être également déportés suite à la requête en récusation qu'il avait introduite. A son estime, leur aptitude à juger sa cause en parfaite impartialité pouvait être sérieusement mise en doute dès lors qu'il avait dénoncé l'existence d'un crime qu'il prétendait avoir été commis par le magistrat avec lequel ils siégeaient habituellement. A défaut, il soutenait n'avoir pas eu droit à un procès équitable au sens des articles 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 14.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

La Cour a rejeté cette prétention. Pour affirmer l'existence d'une raison légitime de redouter chez un juge un défaut d'impartialité, il y a lieu de rechercher si les soupçons qu'un prévenu dit éprouver peuvent passer pour objectivement justifiés. Or, l'arrêt relève que le prévenu se borne, en l'espèce, à faire état d'une plainte qu'il a lui-même déposée, sans invoquer aucun élément vérifiable qui permettrait de conforter objectivement les inquiétudes qu'il dit avoir pu ressentir. Partant, il ne saurait se déduire de cette seule circonstance que le prévenu n'a pas eu droit à un procès équitable.

K. COMPUTATION DU DÉLAI D'APPEL CONTRE L'ORDONNANCE DE LA CHAMBRE DU CONSEIL STATUANT SUR LE RÈGLEMENT DE LA PROCÉDURE : ARRÊT DU 9 AVRIL 2003 (P.03.0330.F)

L'article 135 du Code d'instruction criminelle régit l'appel relatif à l'ordonnance de la chambre du conseil opérant le règlement de la procédure lorsque l'instruction est terminée. En vertu de son troisième paragraphe, alinéa 1^{er}, le délai pour interjeter appel, qui est de quinze jours, court à compter du jour de l'ordonnance.

⁶¹ *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 511. Cet arrêt a également fait l'objet d'une mention dans le rapport annuel 2000, pp. 116-119.

Le pourvoi soulevait la question de savoir si le jour de l'ordonnance de la chambre du conseil (*dies a quo*) doit être inclus dans le délai.

La Cour a constaté que l'article 135, § 3, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle se borne à définir l'acte à partir duquel le délai prend cours. A défaut pour le législateur d'avoir prévu un mode de computation de ce délai, il y a lieu, en vertu de l'article 2 du Code judiciaire, de le déterminer conformément à l'article 52 du même code. Dès lors que celui-ci dispose que le délai est calculé depuis le lendemain du jour de l'acte qui y donne cours, l'arrêt du 9 avril 2003 décide que le jour où l'ordonnance de la chambre du conseil est rendue n'est pas compris dans le délai d'appel.

L. RECEVABILITÉ D'UN MOYEN PRIS, EN MATIÈRE PÉNALE, DE LA VIOLATION DE LA FOI DUE À UN ACTE RÉDIGÉ DANS UNE LANGUE AUTRE QUE CELLE DE LA PROCÉDURE : ARRÊT DU 16 AVRIL 2003 (P.02.1611.F)

La Cour a énoncé, dans un arrêt du 17 décembre 1976⁶², que les parties peuvent, au cours de la procédure, invoquer tout document dont l'usage n'est pas interdit, le discuter, le traduire ou non s'il est rédigé dans une langue étrangère, sauf le droit pour l'autre partie de contester cette traduction ou de demander éventuellement une traduction officielle et sauf également le pouvoir du juge de faire procéder d'office à cette traduction, s'il y a lieu. Le même arrêt précisait qu'aucune disposition légale n'interdit à la Cour d'apprécier les moyens proposés en se fondant sur de telles pièces qui ont été régulièrement invoquées devant le juge du fond.

Dans son arrêt du 16 avril 2003, rendu en matière pénale, la Cour accepte de connaître d'un moyen pris de la violation de la foi due à un acte rédigé dans une langue autre que celle de la procédure, quoique le demandeur n'en ait pas joint une traduction à son pourvoi, dès lors qu'une traduction officielle en avait été réalisée à la diligence du ministère public.

M. IRRECEVABILITÉ DU POURVOI DIRIGÉ CONTRE UNE DÉCISION RELATIVE À L'ASSISTANCE JUDICIAIRE POUR LA DÉLIVRANCE DE COPIE DE PIÈCES D'UN DOSSIER EN MATIÈRE PÉNALE : ARRÊT DU 16 AVRIL 2003 (P.03.0441.F)

En vertu de l'article 674*bis*, § 10, du Code judiciaire, les décisions relatives à l'assistance judiciaire pour la délivrance de copies de pièces du dossier ne peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

Cette règle claire a été rappelée par la Cour.

En l'espèce, le pourvoi avait été formé contre un arrêt de la chambre correctionnelle de la cour d'appel ayant confirmé l'ordonnance par laquelle le tribunal correctionnel avait jugé non recevable la requête déposée par un prévenu en vue d'obtenir gratuitement une copie des

⁶² *Bull. et Pas.*, 1977, I, 438.

pièces d'un dossier répressif concernant une cause mise à sa charge. Ce pourvoi a été déclaré irrecevable.

N. REPÉRAGE TÉLÉPHONIQUE ET LOCALISATION DE TÉLÉCOMMUNICATIONS – CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 88*bis*, § 1^{er}, DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE : ARRÊT DU 16 AVRIL 2003 (P.03.0507.F)

En vertu de l'article 88*bis*, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, le juge d'instruction qui estime que des circonstances rendent nécessaire à la manifestation de la vérité un repérage téléphonique ou la localisation de l'origine ou de la destination de télécommunications, peut faire procéder à ces mesures par une ordonnance motivée qu'il communique au procureur du Roi.

Le 4^{ème} alinéa de cette disposition précise que l'ordonnance doit indiquer la durée durant laquelle elle pourra s'appliquer, laquelle ne peut excéder deux mois à dater de cette ordonnance, sans préjudice de renouvellement.

La Cour a déduit de cet alinéa que l'ordonnance visée à l'article 88*bis*, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle n'est requise qu'à l'égard de télécommunications qui seront échangées et non à l'égard de celles qui l'ont été, même si ces dernières peuvent y être visées en vertu de l'alinéa 1^{er}, 1^o, de cette disposition. Elle a, en conséquence, décidé qu'un juge d'instruction peut ordonner l'identification, au départ de raccordements téléphoniques déterminés, des numéros appelants ou appelés durant une période révolue sans que sa décision doive faire l'objet d'une ordonnance répondant aux conditions visées à l'article 88*bis*, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle.

O. MAINTIEN PROVISOIRE DU MINEUR DANS SON MILIEU À LA CONDITION D'ACCOMPLIR UNE PRESTATION ÉDUCATIVE OU PHILANTHROPIQUE : ARRÊT DU 21 MAI 2003 (P.03.0524.F)

Par arrêt du 4 mars 1997⁶³, la Cour a décidé que, saisi en cause d'un mineur auquel est imputé un fait qualifié infraction pour lequel ce mineur n'est pas en aveu, le juge de la jeunesse, au cours de la procédure préparatoire tendant à l'application d'une des mesures prévues au titre II, chapitre III, de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, ne peut, sans méconnaître la présomption d'innocence, subordonner le maintien du mineur dans son milieu à l'exécution d'une prestation éducative, dès lors que celle-ci revêt le caractère d'une sanction.

La Cour a eu l'occasion, par l'arrêt du 21 mai 2003, de nuancer sa jurisprudence en la matière en précisant que la mesure de mise sous surveillance provisoire assortie de la condition visée à l'article 37, § 2, 2^o, alinéa 2, b, à savoir l'accomplissement d'une prestation éducative ou philanthropique en rapport avec l'âge et les ressources du mineur, peut être ordonnée par le juge de la jeunesse, pourvu que cette condition soit prévue essentiellement en vue de

⁶³ *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 123.

permettre la réalisation des investigations définies à l'article 50 de cette loi, et non comme une sanction, une réparation ou une mesure exclusivement éducative.

Certes, la décision de mise sous surveillance provisoire assortie de pareille condition ne peut méconnaître ni le droit du mineur à un procès équitable, ni la présomption d'innocence, garantis par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais il s'agissait, cette fois, d'un mineur en aveu, ayant lui-même proposé d'accomplir une prestation éducative, et la décision attaquée présentait la prestation éducative essentiellement comme une mesure d'investigation prise dans le cadre dudit article 50 en vue d'apprécier l'évolution du mineur, étant entendu que ce dernier restait « libre de respecter ou non les conditions du maintien de cette mesure [...] et de prester ou non, en tout ou en partie, de manière satisfaisante ou non, des heures de bénévolat dans un organisme d'intérêt public. »

SECTION 6 - ARRÊTS EN MATIÈRE SOCIALE

§ 1. Arrêts en matière d'accidents du travail

A. NOTION D'ACCIDENT DU TRAVAIL INTENTIONNELLEMENT PROVOQUÉ PAR LA VICTIME : ARRÊT DU 25 NOVEMBRE 2002 (S.01.0172.F), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. LE PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL J.-F. LECLERCQ

En vertu de l'article 48, alinéa 1^{er}, de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail, les indemnités prévues par cette loi ne sont pas dues lorsque l'accident a été intentionnellement provoqué par la victime. L'arrêt du 25 novembre 2002 a donné à la Cour l'occasion de préciser la notion d'accident du travail intentionnellement provoqué par la victime, dans un contexte factuel particulier.

Au sortir du lieu de travail, une rixe avait éclaté entre deux travailleurs ; après un échange de coups, l'un des protagonistes s'était enfui, poursuivi par l'autre ; ce dernier, ayant rattrapé le fuyard qui était tombé dans sa course, l'avait grièvement blessé d'un coup de couteau dans le dos. Les juges du fond avaient constaté que l'accident avait consisté dans le coup de couteau asséné à la victime par son collègue. Ils avaient ensuite considéré que la victime avait intentionnellement provoqué la rixe et, pour ce motif, avaient rejeté sa demande d'indemnisation.

Selon un enseignement classique, un accident du travail a été intentionnellement provoqué par la victime lorsque celle-ci l'a causé volontairement, même si elle n'en a pas voulu les conséquences⁶⁴. Il convient toutefois de distinguer l'accident, c'est-à-dire l'événement soudain – selon les constatations de la décision attaquée, le coup de couteau – du contexte factuel (le « cadre vague des circonstances de fait », selon l'expression utilisée dans les

⁶⁴ Cass., 16 février 1987, *Bull. et Pas.*, 1987, I, n° 357, et les conclusions de M. le procureur général Lenaerts, alors avocat général, publiées dans les A.C.

conclusions du ministère public) dans lequel cet accident survient – la rixe. Il était dès lors indifférent, en l'espèce, pour l'application de la loi sur les accidents du travail, que la victime ait intentionnellement provoqué cette rixe dès lors qu'elle ne s'identifiait pas à l'accident lui-même.

B. TRAJETS ASSIMILÉS AU CHEMIN DU TRAVAIL : ARRÊT DU 13 JANVIER 2003 (S.00.0007.F), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. LE PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL J.-F. LECLERCQ

En l'espèce ayant donné lieu à cet arrêt, une secrétaire employée par un bureau de conseillers fiscaux avait fait montre de tant d'intérêt et de capacités pour les aspects techniques de son travail que son employeur l'avait encouragée à entreprendre une maîtrise en gestion fiscale. Ainsi, il avait payé les frais d'inscription et accordé certaines facilités dans l'organisation du travail afin que l'employée puisse concilier ses études et ses prestations de travail. C'est dans ce contexte qu'elle avait été autorisée à demeurer chez elle pour préparer l'examen auquel elle se rendait, en fin d'après-midi, lorsqu'elle fut victime d'un accident de la circulation.

Les juges du fond avaient estimé que, bien que les études entreprises par la travailleuse ne constituaient pas une obligation pour elle, les parties étaient convenues d'une intégration de ces études dans l'activité professionnelle, de sorte que le trajet que l'employée effectuait au moment de l'accident était en rapport direct avec l'exécution de son contrat de travail.

Le pourvoi de l'assureur-loi contestait que l'on puisse, par application de l'article 8, § 2, de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail, étendre les conditions de l'assimilation au chemin du travail prévue par l'article 8, § 2, 2^o, relative au trajet parcouru par le travailleur de son lieu de travail – non de son domicile – au lieu où il suit des cours en vue de sa formation professionnelle. Il soutenait également que, pour avoir un rapport direct avec le contrat de travail, suivre de tels cours doit constituer pour le travailleur une obligation découlant du contrat.

L'article 8, § 2, de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail énumère un ensemble de trajets qui sont assimilés au chemin du travail. L'emploi du terme « notamment » dans cette disposition indique que l'énumération qu'elle contient n'est pas limitative. Dans son arrêt du 13 janvier 2003, la Cour a énoncé, d'une part, que sont assimilés au chemin du travail, notamment, les trajets qui sont en rapport direct avec l'exécution du contrat de travail et, d'autre part, que présentent un tel rapport direct les trajets effectués par le travailleur non seulement en vue de remplir une obligation résultant du contrat de travail mais également en vue d'exercer un droit résultant de ce contrat. Ainsi que le ministère public le soulignait dans ses conclusions, cette solution se dégage des cas expressément prévus aux points 5 et 11 de l'article 8, § 2, de la loi précitée du 10 avril 1971, qui visent les trajets parcourus, d'une part, par le travailleur pour chercher un nouvel emploi pendant le délai de préavis dans les conditions précisées par la loi et, d'autre part, par le travailleur ayant la qualité de délégué syndical ou de représentant des travailleurs, pour suivre des cours de formation syndicale, du lieu de sa résidence au centre de formation et inversement.

C. TRAJET NORMAL EN MATIÈRE D'ACCIDENT SUR LE CHEMIN DU TRAVAIL : ARRÊT DU 27 JANVIER 2003 (S.00.0122.F), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. LE PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL J.-F. LECLERCQ

Un travailleur, après avoir effectué un déplacement avec son véhicule personnel dans le cadre de son travail, était rentré à sa résidence pour mettre ce véhicule à la disposition de son épouse. Il avait ensuite été victime d'une agression alors qu'il effectuait, pour la seconde fois, le trajet reliant sa résidence et son lieu de travail.

L'assureur-loi contestait que le second trajet puisse être qualifié de normal dès lors qu'il n'était pas justifié par la force majeure ou par l'exécution du travail.

Aux termes de l'article 8, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail, le chemin du travail s'entend du trajet normal que le travailleur doit parcourir pour se rendre de sa résidence au lieu de l'exécution du travail, et inversement. Le trajet parcouru pour se rendre de la résidence au lieu de travail, et inversement, est normal, au sens de cette disposition, s'il est normal quant à la durée et à l'espace⁶⁵. Le ministère public soulignait dans ses conclusions qu'ainsi définie, la notion de trajet normal n'exclut donc pas que le trajet soit parcouru à plusieurs reprises en vue d'exécuter le travail convenu, ce qui est d'ailleurs normal en cas d'horaire de travail dit « coupé ». L'arrêt du 27 janvier 2003 décide en conséquence que les juges du fond, après avoir constaté que le travailleur était autorisé à exécuter son travail en plusieurs phases, avaient pu considérer qu'il se trouvait sur le chemin du travail lorsqu'il fut agressé.

§ 2. Arrêts en matière de contrat de travail

A. SUCCESSION DE CONTRATS DE TRAVAIL À DURÉE DÉTERMINÉE ET PRÉSUMPTION DE L'ARTICLE 10 DE LA LOI DU 3 JUILLET 1978 RELATIVE AUX CONTRATS DE TRAVAIL : ARRÊT DU 2 DÉCEMBRE 2002 (S.02.0060.N)

Une université libre avait conclu avec une assistante trois contrats de travail successifs de deux ans dont le dernier avait expiré le 12 novembre 1998. Un nouveau contrat de même durée avait été conclu le 1^{er} janvier suivant. Dans le courant de la première année, l'employeur y avait mis fin moyennant un préavis de six mois. L'employée l'avait assigné devant la juridiction du travail, soutenant que cette résiliation unilatérale était irrégulière dès lors que le contrat de travail avait été conclu pour une durée déterminée. L'employeur avait objecté que les contrats de travail à durée déterminée successifs devaient être assimilés à un contrat à durée indéterminée, par application de l'article 10 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, contrat qu'il avait donc pu régulièrement résilier. Le tribunal du travail puis la cour du travail avaient écarté cette défense au motif que l'article 10 de la loi du 3 juillet 1978 n'était pas applicable en l'espèce et condamné l'employeur à payer une indemnité de préavis égale à une année de salaire.

⁶⁵ V. cass., 25 avril 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 196 ; cass., 13 novembre 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 490, et la note signée J.F.L., spécialement p. 1034.

Aux termes du premier alinéa de l'article 10 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, lorsque les parties ont conclu plusieurs contrats de travail successifs pour une durée déterminée sans qu'il y ait entre eux une interruption attribuable au travailleur, elles sont censées avoir conclu un contrat pour une durée indéterminée, sauf si l'employeur prouve que ces contrats étaient justifiés par la nature du travail ou par d'autres raisons légitimes. Dans le cadre de son pourvoi, l'employeur soutenait que la cour du travail n'avait pu légalement écarter l'application de cette disposition, n'ayant constaté ni que l'interruption préalable au dernier contrat était attribuable au travailleur ni que l'employeur aurait prétendu que la durée déterminée du dernier contrat était justifiée par la nature du travail ou par quelque autre raison légitime.

Procédant à une substitution de motifs, la Cour a considéré qu'était légalement justifiée la décision que l'article 10 de la loi du 3 juillet 1978 n'était pas applicable en l'espèce. Elle a, en effet, décidé que la présomption prévue par cette disposition existe en faveur du travailleur et ne peut, partant, être invoquée que par ce dernier. Son application devait donc être écartée dès lors qu'elle avait été invoquée par l'employeur.

Cette solution est fondée sur le principe de droit commun selon lequel une présomption légale ne peut être invoquée que par celui en faveur de qui elle est prévue⁶⁶, principe dont la Cour a fait application à plusieurs reprises à propos de présomptions légales en matière de droit social⁶⁷. Elle découle également du fait que l'article 10, alinéa 1^{er}, de la loi du 3 juillet 1978 permet exclusivement à l'employeur de renverser la présomption qu'il édicte ; admettre que celui-ci puisse se prévaloir de cette présomption reviendrait à placer le travailleur devant une présomption – soulevée à son encontre – irréfragable, ce qui heurterait l'esprit de la loi.

B. DROIT DU REPRÉSENTANT DE COMMERCE À LA COMMISSION : ARRÊT DU 2 DÉCEMBRE 2002 (S.01.0116.N)

Quand la rémunération d'un représentant de commerce consiste, totalement ou partiellement, en des commissions, l'employeur est, en vertu de l'article 90, paragraphe 1^{er}, de la loi relative aux contrats de travail, redevable d'une commission sur tout ordre qui a été accepté par lui, même s'il n'est pas suivi d'exécution, sauf en cas d'inexécution par la faute du représentant de commerce.

Dans un arrêt du 27 novembre 1995, la Cour avait décidé qu'est incompatible avec cette disposition légale la clause d'un contrat de travail qui limite le droit à la commission en stipulant que le travailleur ne recevra plus de commission sur les ordres acceptés par l'employeur à partir du moment où la rémunération totale, commissions incluses, atteint un plafond déterminé⁶⁸. En l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 2 décembre 2002, la question

⁶⁶ Voy. l'article 1325, alinéa 1^{er}, du Code civil.

⁶⁷ Voy., not., Cass., 18 février 2002, S.01.0133.N.

⁶⁸ Cass., 27 novembre 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 509.

soulevée concernait la légalité d'une clause du contrat de travail selon laquelle une commission n'est due qu'à partir du moment où un chiffre d'affaires déterminé est atteint.

L'arrêt attaqué avait jugé une telle clause illégale.

La Cour a fait droit au pourvoi dirigé contre cette décision. Elle a souligné que l'article 90, paragraphe 1^{er}, de la loi relative aux contrats de travail vise exclusivement les commissions convenues dans le contrat et prévoit que celles-ci ne peuvent être limitées dès lors qu'elles sont en principe prévues pour chaque ordre accepté. Par contre, la fixation des commissions dues ou leur mode de calcul ne sont pas régis par la loi relative aux contrats de travail. Par le fait de la détermination des commissions dues, en plus d'un salaire fixe, par référence à un chiffre d'affaires dépassant un seuil préalablement prévu, on n'exclut pas une commission convenue sur un ordre accepté ; une telle clause n'est dès lors pas contraire à l'article 90 de la loi relative aux contrats de travail.

C. EFFETS DU CONGE DONNE PAR UN MANDATAIRE DE L'EMPLOYEUR AYANT EXCEDE SON POUVOIR :
ARRET DU 13 JANVIER 2003 (S.02.0025.F)

Un travailleur licencié moyennant préavis par un mandataire ayant excédé ses pouvoirs peut-il utilement contester l'effet rétroactif de la ratification ultérieure du congé par l'employeur en raison de la violation des droits que ferait naître ce congé dans le chef de son destinataire, tiers à l'acte unilatéral de licenciement, notamment celui de mettre fin au contrat moyennant un préavis réduit (article 84 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail) ou celui de s'absenter pour retrouver du travail (articles 41 et 85 de la loi précitée) ? En l'espèce, le travailleur réclamait le paiement d'une indemnité compensatoire de la partie non prestée du préavis dont il fixait la prise de cours par référence à la date de la ratification, non à celle du congé.

En vertu de l'article 1998, alinéa 2, du Code civil, et sous réserve de l'application de la théorie du mandat apparent, le mandant n'est tenu de ce qui a pu être fait par le mandataire au-delà du pouvoir donné qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. Une telle ratification a, en règle, un effet rétroactif⁶⁹. Pareil effet n'est toutefois attaché à la ratification que sous la réserve de ne pas préjudicier aux droits acquis par les tiers⁷⁰.

L'arrêt du 13 janvier 2003 fait application de ces règles en constatant que le congé moyennant préavis donné au nom de l'employeur par un mandataire qui excède son pouvoir ne lie pas l'employeur et ne sortit aucun des effets que la loi du 3 juillet 1978 attache au congé aussi longtemps qu'il n'est pas ratifié. Le congé n'ayant, pour cette raison, fait naître aucun droit dans le chef du travailleur, sa ratification par l'employeur ne saurait porter atteinte à de tels droits.

⁶⁹ Cass., 15 décembre 1932, *Bull. et Pas.*, 1933, I, 52.

⁷⁰ Cass., 6 février 1953, *Bull. et Pas.*, 1953, 436.

D. ABSENCE D'INFLUENCE D'UNE SITUATION DE GREVE SUR L'APPRECIATION DE LA FAUTE GRAVE :
ARRÊT DU 27 JANVIER 2003 (S.02.0071.F)

Constitue un motif grave, aux termes de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, toute faute grave qui rend immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre l'employeur et le travailleur.

Pour considérer que les faits reprochés à un travailleur ne présentaient pas une gravité suffisante pour justifier un congé sans préavis ni indemnité, les juges du fond avaient tenu compte du contexte de grève dans lequel ils s'étaient inscrits pour écarter l'application « habituelle » de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978. A leur estime, « la 'faute lourde du gréviste' n'est pas la faute grave du salarié ordinaire (...) ni même la faute intentionnelle de droit commun (*mais*) la faute intentionnelle traduisant l'acharnement d'un combattant qui dépasserait les lois de la guerre ».

La Cour a écarté cette thèse : une situation de grève n'implique aucune modification dans l'appréciation du motif grave reproché à un travailleur, le critère prévu à l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 demeurant d'application.

E. LE NON-RESPECT DES DISPOSITIONS DE LA LOI DU 3 JUILLET 1978 DÉTERMINANT LES SEUILS DE RÉMUNÉRATION EN CE QUI CONCERNE LES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE APPLICABLES AUX CONTRATS DE TRAVAIL D'OUVRIER ET D'EMPLOYÉ EST SANCTIONNÉ DE NULLITÉ RELATIVE QUE SEUL LE TRAVAILLEUR PEUT SOULEVER : ARRÊT DU 30 JUN 2003 (S.02.0098.F), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. LE PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL J.-F. LECLERCQ

L'article 65 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail régit la clause de non-concurrence pouvant assortir un contrat de travail d'ouvrier. Cette disposition est applicable au contrat de travail d'employé par application de l'article 86, § 1^{er}, de la même loi.

L'article 65, § 2, fixe les montants de la rémunération annuelle en fonction desquels la clause de non concurrence, soit sera réputée inexistante, soit ne pourra s'appliquer qu'à certaines fonctions. Ainsi, aux termes de l'article 65, § 2, alinéa 2, lorsque le montant de la rémunération annuelle se situe entre 25.921 € et 52.842 €¹, la clause ne peut s'appliquer qu'à des catégories de fonctions ou à des fonctions déterminées par convention collective de travail conclue en commission ou en sous-commission paritaire. Le texte précise ensuite qu'à défaut d'une telle convention, la détermination des catégories de fonctions ou des fonctions peut se faire au niveau de l'entreprise. Finalement, l'article 65, § 2, alinéa 5, subordonne la validité de toute clause de non-concurrence à un ensemble de conditions, au rang desquelles la stipulation du paiement d'une indemnité compensatoire unique de caractère forfaitaire dont le montant doit être déterminé selon les règles contenues aux deux alinéas suivants, sauf si l'employeur, qui en est redevable, renonce dans un délai de quinze jours à partir du moment de la cessation du contrat à l'application effective de la clause de non-concurrence.

En l'espèce, un employeur, qui n'avait pas expressément renoncé à la clause de non-concurrence, avait néanmoins refusé de payer l'indemnité compensatoire légale au motif que le sort des clauses de non-concurrence dans le secteur concerné n'avait pas été réglé par une convention collective ou par la procédure de concertation selon les prévisions de l'article 65, § 2, alinéa 2, de la loi. Après avoir constaté que le travailleur n'avait lui-même pas soulevé la nullité de la clause litigieuse, la cour du travail avait donné gain de cause à ce dernier, refusant à l'employeur le droit de se prévaloir de ce que les conditions de l'article 65, § 2, alinéas 1^{er} à 4 n'étaient pas réunies.

A l'appui de son pourvoi, l'employeur soutenait qu'une distinction doit être opérée au sein de l'article 65, § 2, entre, d'une part, le cinquième alinéa, qui énumère de façon limitative les conditions de validité des clauses de non-concurrence, et, d'autre part, les quatre alinéas précédents. A son estime, la rédaction de l'article 65, § 2, alinéa 2, selon lequel «la clause ne peut s'appliquer», indique que le seuil de rémunération qu'il fixe constitue une condition d'existence ou d'application d'une clause de non-concurrence ; dès lors, en cas de non-respect de cette norme, la clause ne peut avoir aucun effet et les parties n'ont aucun pouvoir d'appréciation à cet égard, de sorte qu'il n'y a pas lieu de soulever la nullité de cette clause ni d'y renoncer. En toute hypothèse, s'agissant d'une condition d'existence édictée, selon l'employeur, par une disposition d'ordre public, son non-respect est sanctionné de nullité absolue. Il faisait enfin valoir que, la condition relative au montant de la rémunération fût-elle une condition de validité sanctionnée de nullité relative, l'article 65, § 2, alinéas 1^{er} et 2, n'en contient pas moins une fiction légale d'inexistence de la clause de non-concurrence qui s'impose aux parties comme au juge.

La Cour a rejeté le pourvoi. Elle a considéré que l'économie de l'article 65, § 2, de la loi du 3 juillet 1978 implique que les conditions de rémunération visées aux quatre premiers alinéas sont, au même titre que les conditions prescrites au cinquième alinéa, des conditions de validité de la clause de non-concurrence dont l'inobservation entraîne la nullité de celle-ci. Nullité relative et non nullité absolue, car il n'apparaît pas des travaux préparatoires de la loi du 3 juillet 1978 que le législateur a entendu conférer aux articles 65 et 86 de cette loi un caractère d'ordre public. Nullité relative que seul le travailleur peut soulever car si la clause de non-concurrence est essentiellement destinée à protéger les intérêts des employeurs, les conditions de validité de cette clause sont, elles, prévues en faveur du seul travailleur.

Dans ses conclusions, le ministère public avait notamment exprimé que la diversité des expressions utilisées à l'article 65, § 2, de la loi du 3 juillet 1978 incline, au contraire de ce que soutenait le moyen, à ne pas attacher un sens particulier aux termes «ne peut s'appliquer» contenus dans le deuxième alinéa. En outre, en édictant l'article 65 de cette loi, le législateur avait pour but principal une harmonisation de la législation entre le contrat de travail d'ouvrier et le contrat d'emploi, en insérant dans la nouvelle loi sur le contrat de travail

⁷¹ Il s'agit des montants applicables au 1^{er} janvier 2003.

des dispositions analogues à celles de l'article 26, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le contrat d'emploi, l'esprit de la législation en cette matière étant clairement orienté vers la protection du travailleur contre de possibles abus.

L'arrêt du 30 juin 2003 s'inscrit dans le prolongement d'un arrêt du 7 mai 1984⁷², ayant décidé que l'article 26, § 1^{er}, des lois coordonnées relatives au contrat d'emploi, qui réputait non écrite la clause de non concurrence dans les contrats dont la rémunération annuelle ne dépassait pas un certain montant, établissait une condition de validité de la clause, et d'un arrêt du 15 juin 1998⁷³ ayant la même portée en ce qui concerne l'article 104, alinéa 1^{er}, de la loi du 3 juillet 1978 relatif aux clauses de non-concurrence dans les contrats de travail de représentant de commerce. Il peut également être rapproché de plusieurs arrêts par lesquels la Cour a décidé que les articles 65 et 86 de la loi du 3 juillet 1978 ne sont pas, en règle, d'ordre public⁷⁴.

§ 3. Arrêts en matière de chômage

A. NOTION DE « COHABITATION » AU SENS DE LA RÉGLEMENTATION DU CHÔMAGE : ARRÊT DU 7 OCTOBRE 2002 (S.01.0109.F), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. LE PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL J.-F. LECLERCQ

Conformément aux conventions préalables au divorce par consentement mutuel qu'elle avait arrêtées avec son ex-mari, une chômeuse hébergeait son enfant la moitié du temps, selon un système de « garde alternée », mais percevait seule les allocations familiales. Informé de cette situation, le directeur du bureau de chômage l'avait exclue du droit aux allocations au taux réservé aux travailleurs ayant charge de famille pendant les semaines paires et avait décidé de lui appliquer durant ces périodes le taux réservé aux travailleurs isolés.

Deux normes étaient concernées par cette décision : l'article 110, § 1^{er}, 2^o, a), de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, d'une part, qui dispose que, par travailleur ayant charge de famille, il faut entendre le travailleur qui ne cohabite pas avec un conjoint mais cohabite exclusivement avec un ou plusieurs enfants, à condition qu'il puisse prétendre pour au moins un de ceux-ci aux allocations familiales ou qu'aucun de ceux-ci ne dispose de revenus professionnels ou de revenus de remplacement ; l'article 59, alinéa 1^{er}, de l'arrêté ministériel du 26 novembre 1991 portant les modalités d'application de la réglementation du chômage, d'autre part, aux termes duquel, par cohabitation, il y a lieu d'entendre le fait, pour deux ou plusieurs personnes, de vivre ensemble sous le même toit et de régler principalement en commun les questions ménagères.

⁷² *Bull. et Pas.*, 1985, I, n° 513.

⁷³ *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 312.

⁷⁴ *Voy. cass.*, 2 mai 1988, *Bull. et Pas.*, 1988, I, n° 530 ; 14 mai 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 539 ; 7 février 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 69.

Devant la Cour, l'Office national de l'emploi soutenait qu'aucune des deux conditions prévues par la dernière de ces dispositions n'est remplie dans un contexte de « garde alternée » puisque, durant le temps où l'enfant est hébergé chez l'autre parent, le chômeur ne vit pas avec lui sous le même toit et ne saurait régler avec lui des questions ménagères. A défaut d'être visée par le deuxième alinéa de l'article 59 de l'arrêté ministériel précité qui prévoit trois cas où, malgré l'interruption de la cohabitation, des membres du ménage sont censés cohabiter, une situation de « garde alternée » ne ferait pas exception à la règle.

La Cour s'est prononcée à plusieurs reprises sur la notion de cohabitation, dans des cadres réglementaires différents. Ainsi, elle a décidé, en matière de chômage déjà, que la cohabitation suppose une situation de fait⁷⁵. L'arrêt du 7 octobre 2002 rappelle cette règle. Lorsqu'elle s'était penchée sur la notion de « ménage » dans le cadre des dispositions du C.I.R. déterminant les personnes considérées comme étant à charge du contribuable⁷⁶, la Cour a décidé qu'elle correspond à une situation de fait caractérisée par la vie en commun et la cohabitation, sans en exclure des interruptions temporaires⁷⁷. L'arrêt du 7 octobre 2002 étend cet enseignement à la matière du chômage : la cohabitation nécessite la présence régulière de deux ou plusieurs personnes sous le même toit mais n'exige pas que celles-ci soient présentes de manière ininterrompue.

Le ministère public soulignait qu'en décider autrement heurterait d'ailleurs les exigences légitimes de la vie familiale.

B. SITUATION DU CHOMEUR AYANT PRIS EN CHARGE DES ASCENDANTS : ARRET DU 24 FEVRIER 2003 (S.01.0141.F)

En vertu de l'article 110, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, c), de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, il faut entendre par travailleur ayant charge de famille, le travailleur qui cohabite exclusivement avec un ou plusieurs parents ou alliés jusqu'au troisième degré inclus qui ne disposent ni de revenus professionnels ni de revenus de remplacement. L'article 62, alinéa 3, de l'arrêté ministériel du 26 novembre 1991 portant les modalités d'application de la réglementation du chômage précise les conditions de mise en œuvre de cette disposition : les pensions et avantages dont bénéficient les parents ou alliés ascendants en ligne directe, pris en charge par le chômeur, ne sont pas considérés comme revenus de remplacement lorsque leur montant brut total, le cas échéant cumulé, ne dépasse pas un certain plafond mensuel, ce plafond étant majoré lorsque le chômeur a établi le manque d'autonomie ou la réduction de l'autonomie de la personne prise en charge.

La particularité du cas d'espèce résidait dans le fait que le chômeur cohabitait avec deux ascendants, soit sa mère et sa grand-mère. L'Office national de l'emploi avait cumulé leurs

⁷⁵ Arrêt du 10 mai 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, n° 227 ; en cette espèce, il s'en déduisait que la circonstance que des personnes sont inscrites à la même adresse dans les registres de la population n'est pas décisive.

⁷⁶ Article 136 du C.I.R. 1992, auquel correspondait auparavant l'article 82, alinéa 1^{er}, du C.I.R. (1964).

⁷⁷ Arrêt du 25 juin 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, n° 625.

revenus de remplacement et, le montant ainsi obtenu dépassant le plafond fixé par l'arrêté ministériel précité, décidé de n'admettre l'intéressé qu'au bénéfice des allocations au taux attribué aux travailleurs cohabitants. Connaissant en degré d'appel du recours du chômeur contre cette décision, la cour du travail avait, au contraire, considéré que le montant total des revenus de remplacement des ascendants devait être comparé à la somme des plafonds applicables à chacun d'eux.

La Cour a cassé cette décision. Il ressort en effet des dispositions applicables que le chômeur qui a pris en charge des parents ou alliés ascendants en ligne directe est considéré comme travailleur ayant charge de famille lorsque les montants bruts cumulés des pensions et avantages dont bénéficie l'ensemble de ces personnes à charge ne dépassent pas l'un des deux plafonds prévus selon leur degré d'autonomie par l'article 62, alinéa 3, de l'arrêté ministériel du 26 novembre 1991.

§ 4. Autres arrêts en matière sociale

A. DROIT À L'AIDE SOCIALE DES ÉTRANGERS EN SÉJOUR ILLÉGAL, CANDIDATS À LA RÉGULARISATION : ARRÊT DU 7 OCTOBRE 2002 (S.00.0165.F), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. LE PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL J.-F. LECLERCQ

L'article 57, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale prévoit que, par dérogation aux autres dispositions de cette loi, la mission du centre public d'aide sociale se limite à l'octroi de l'aide médicale urgente à l'égard d'un étranger qui séjourne illégalement dans le Royaume.

Par un arrêt du 17 juin 2002⁷⁸, la Cour avait décidé qu'il résulte de l'économie d'un ensemble de dispositions – à savoir l'article 23, alinéa 1^{er}, de la Constitution, qui proclame le droit de chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine, l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi précitée du 8 juillet 1976, qui précise que l'aide sociale a pour but de permettre l'exercice de ce droit, l'article 57, § 2, alinéa 1^{er}, de la même loi, qui limite l'octroi de cette aide, ainsi que l'article 2 de la loi du 22 décembre 1999 relative à la régularisation de séjour de certaines catégories d'étrangers séjournant sur le territoire du Royaume, qui énumère les catégories d'étrangers séjournant en Belgique pouvant introduire une demande de régularisation de séjour, et l'article 14 de la même loi, qui exclut, en règle, l'éloignement matériel des demandeurs de régularisation entre l'introduction de leur demande et le jour de la décision sur cette demande – que la limitation du droit à l'aide sociale prévue à l'article 57, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 8 juillet 1976 ne s'applique pas à un étranger contre qui il ne peut être procédé matériellement à un éloignement en vertu de l'article 14 de la loi du 22 décembre 1999.

⁷⁸ Cet arrêt a fait l'objet d'une mention dans le précédent rapport annuel de la Cour, pp. 114 et 115.

L'arrêt du 7 octobre 2002 confirme cette jurisprudence dont il précise le champ d'application⁷⁹.

L'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers prévoit que, lors de circonstances exceptionnelles, les étrangers peuvent introduire en Belgique une demande tendant à obtenir l'autorisation de séjourner plus de trois mois dans le Royaume. Dans le cas d'espèce, les intéressés avaient introduit une telle demande avant le 10 janvier 2000, date de l'entrée en vigueur de la loi du 22 décembre 1999. N'ayant pas fait l'objet d'une décision à cette date, la demande d'autorisation de séjour avait, à défaut d'opposition des personnes concernées, été automatiquement commuée en une demande de régularisation, en vertu de l'article 15 de la loi du 22 décembre 1999. La Cour a assimilé cette situation à celle d'un étranger ayant introduit une demande de régularisation sur la base de la loi du 22 décembre 1999 et donc décidé que l'étranger était fondé à obtenir l'aide sociale non limitée également dans ce cas.

La Cour a toutefois circonscrit le droit à l'aide sociale non limitée à la période postérieure au 10 janvier 2000, date de l'entrée en vigueur de la loi du 22 décembre 1999, refusant ainsi de conférer à l'article 15 de cette loi un effet rétroactif, sur conclusions contraires à cet égard du ministère public. L'arrêt met ainsi en évidence que l'article 14 de la loi du 22 décembre 1999 est au centre du raisonnement qui fonde la jurisprudence de la Cour en cette matière.⁸⁰

B. CHAMP D'APPLICATION DE LA SÉCURITÉ SOCIALE DES TRAVAILLEURS SALARIÉS DANS LES ENTREPRISES DE TRANSPORT : ARRÊT DU 9 DÉCEMBRE 2002 (S.01.0096.F), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. LE PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL J.-F. LECLERCQ

L'article 2, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs habilite le Roi, dans les conditions qu'il spécifie, à étendre l'application de cette loi aux personnes qui, sans être liées par un contrat de travail, fournissent contre rémunération des prestations de travail sous l'autorité d'une autre personne ou qui exécutent un travail selon des modalités similaires à celles d'un contrat de travail. En exécution de cette disposition, l'article 3, 5^o, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 étend l'application de ladite loi aux personnes qui effectuent des transports de choses qui leur sont commandés par une entreprise, au moyen de véhicules dont elles ne sont pas

⁷⁹ Cette affaire avait donné lieu à un premier arrêt en date du 10 septembre 2001 par lequel la Cour avait posé à la Cour d'arbitrage une question préjudicielle relative à la compatibilité avec les principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination de l'article 57, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 8 juillet 1976 dans l'interprétation prônée par le moyen selon laquelle cette disposition serait applicable à des étrangers qui ne peuvent être éloignés du territoire belge. Par son arrêt n° 15/2002 du 17 janvier 2002 (*M.B.* 26 mars 2002), la Cour d'arbitrage a dit pour droit qu'ainsi interprétée, la disposition concernée ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, estimant qu'elle constitue un instrument légitime de dissuasion en ce qui concerne l'introduction de demandes de régularisation abusives. Dans l'arrêt évoqué, la Cour de cassation a également relevé que tel était le but du législateur.

⁸⁰ Cet arrêt, de même que celui rendu le 17 juin 2002, peuvent être rapprochés d'un arrêt du 18 décembre 2000 ayant décidé que l'article 57, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 8 juillet 1976 était inapplicable à un étranger qui s'était trouvé dans l'impossibilité matérielle d'exécuter un ordre définitif de quitter le territoire (*Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 697, avec les conclusions de M. le premier avocat général J.-F. Leclercq ; rapport annuel 2000-2001, 80-83).

propriétaires ou dont l'achat est financé ou le financement garanti par l'exploitant de cette entreprise, ainsi qu'à cet exploitant.

L'O.N.S.S. soutenait que tombaient sous le coup de cette extension deux personnes ayant effectué des transports de choses pour une société dont elles étaient chacune actionnaires à concurrence de 24 %, même si elles étaient ensuite devenues gérants et actionnaires exclusifs.

L'arrêt du 9 décembre 2002 opère une distinction entre deux périodes.

Les transporteurs n'étaient pas assujettis durant la période où ils étaient actionnaires et gérants de la société. En effet, les personnes auxquelles l'article 3, 5°, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 étend l'application du régime de la sécurité sociale des travailleurs sont présumées, dans les conditions qu'il prévoit, être des personnes qui fournissent, contre rémunération, des prestations de travail sous l'autorité d'une autre personne ou qui exécutent un travail selon des modalités similaires à celles d'un contrat de travail ; parmi ces conditions, figure celle que les transports aient fait l'objet d'une commande à la personne qui les effectue. Une telle commande est cependant inconcevable, ainsi que la décision attaquée l'avait décidé au vu des circonstances de l'espèce, lorsque cette personne est également un gérant de l'entreprise.

Par contre, les transporteurs étaient assujettis durant la période où ils n'étaient pas seuls actionnaires de la société. A cet égard, la Cour a rejeté la thèse selon laquelle l'article 3, 5°, de l'arrêté royal ne s'appliquerait pas lorsque l'intéressé peut se prévaloir d'un lien interne avec l'entreprise de transport, lien qui aurait résulté de la possession d'une partie significative, et non symbolique, des actions de la société, situation exclusive de toute fraude visant à échapper à un assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés. Ainsi que le soulignait le ministère public dans ses conclusions, cette thèse ne trouve aucun fondement dans la disposition concernée.

C. LE DELEGUE SYNDICAL SUPPLEANT NE BENEFICIE DE LA PROTECTION PARTICULIERE PREVUE EN FAVEUR DES MEMBRES DE LA DELEGATION SYNDICALE QUI EXERCE LES MISSIONS DU COMITE POUR LA PREVENTION ET LA PROTECTION AU TRAVAIL QUE DANS LA MESURE OU ET AUSSI LONGTEMPS QU'IL REMPLACE LE DELEGUE SYNDICAL EFFECTIF : ARRET DU 10 FEVRIER 2003 (S.02.0068.F), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. LE PREMIER AVOCAT GENERAL J.-F. LECLERCQ

Lorsqu'un comité pour la prévention et la protection au travail n'est pas institué dans une entreprise, la délégation syndicale est chargée d'en exercer les missions par application de l'article 52, alinéa 1^{er}, de la loi du 4 août 1996 concernant le bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail⁸¹. Telle était la situation de l'entreprise dans laquelle la demanderesse en cassation avait été désignée en qualité de déléguée syndicale suppléante à la

⁸¹ Auparavant, le transfert, dans le même contexte, des attributions du comité de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail à la délégation syndicale était régi par des arrêtés royaux pris avant chaque élection sociale, dont le dernier fut l'arrêté royal du 12 août 1994 relatif aux conseils d'entreprise et aux comités de sécurité et d'hygiène (article 82).

suite des élections syndicales organisées en 1995. En cette qualité, elle avait remplacé la déléguée effective jusqu'au 1^{er} avril 1998. Le 3 août suivant, elle avait été licenciée moyennant le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis de trois mois. Après que l'organisation syndicale eut vainement demandé sa réintégration, elle avait introduit une procédure devant les juridictions du travail dans le cadre de laquelle elle prétendait au bénéfice de la protection contre le licenciement de la loi du 19 mars 1991 portant un régime de licenciement particulier pour les délégués du personnel aux conseils d'entreprise et aux comités de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail, ainsi que pour les candidats délégués du personnel.

En vertu de l'article 52, alinéa 2, de la loi précitée du 4 août 1996, dans le cas où la délégation syndicale est chargée d'exercer les missions du comité pour la prévention et la protection au travail, ses membres bénéficient de la même protection que les délégués du personnel des comités telle qu'elle est prévue par la loi du 19 mars 1991, sans préjudice des dispositions de conventions collectives qui leur sont applicables⁸² ; cette protection commence au début de leur mission et se termine à la date à laquelle les candidats élus aux élections suivantes sont installés comme membres du comité. Considérant que la protection particulière n'est étendue qu'aux membres de la délégation syndicale, la Cour a décidé que le délégué suppléant, qui n'est pas membre de cette délégation, n'en bénéficie, en règle, que dans la mesure où et aussi longtemps qu'il remplace le délégué syndical effectif.

Dans ses conclusions, le ministère public soulignait que l'application de cette règle peut sans doute apparaître peu satisfaisante, voire peu cohérente *de lege lata*, nonobstant l'application concurrente éventuelle des règles sur le licenciement abusif en faveur du délégué syndical suppléant estimé trop « encombrant »⁸³.

D. MOMENT AUQUEL PREND COURS LA DECISION DE REVISION D'OFFICE DU MONTANT DES ALLOCATIONS AUX HANDICAPES SUITE A UNE SEPARATION DE FAIT OU A LA FIN DE LA COHABITATION : ARRET DU 7 AVRIL 2003 (S.01.0135.F), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. LE PREMIER AVOCAT GENERAL J.-F. LECLERCQ

Le montant des allocations de remplacement de revenus ou d'intégration octroyées aux personnes handicapées varie selon qu'elles vivent ou non avec un conjoint ou une personne avec laquelle elles forment un ménage. Il y a dès lors lieu à révision du montant de ces allocations lorsque leur situation est modifiée à cet égard. L'article 23, § 2, 1^o, c), de l'arrêté royal du 6 juillet 1987 relatif à l'allocation de remplacement de revenus et à l'allocation d'intégration (ci-après, « l'arrêté royal du 6 juillet 1987 ») dispose que la révision produit ses effets le premier jour du mois qui suit celui au cours duquel le bénéficiaire se trouve dans

⁸² Auparavant, une mesure de protection comparable était prévue en faveur des membres de la délégation syndicale chargée d'exercer les missions du comité de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail par l'article 1^{er}, § 4, b), de la loi du 10 juin 1952 concernant la santé et la sécurité des travailleurs ainsi que la salubrité du travail et des lieux de travail.

⁸³ Cet arrêt fait également l'objet d'une mention au chapitre VI du présent rapport qui reprend un ensemble de propositions du ministère public relatives à des modifications législatives paraissant souhaitables.

l'une des situations suivantes : séparation de fait ou fin de la cohabitation d'au moins un an au sens de l'article 10, alinéa 3⁸⁴ ; cette dernière disposition prévoit, en effet, qu'il n'est tenu compte de la séparation de fait des conjoints ou de la fin de la cohabitation des personnes établies en ménage, que pour autant que ces situations durent depuis un an au moins.

La cour du travail avait débouté une personne handicapée de sa demande tendant à voir la décision de révision d'office du montant de ses allocations sortir ses effets dès le premier jour du mois suivant la fin de la cohabitation. Devant la Cour, elle reprochait à l'arrêt attaqué d'avoir, en violation de l'article 159 de la Constitution, donné effet à l'article 10, alinéa 3, de l'arrêté royal, disposition qu'elle prétendait illégale. Elle soutenait, en effet, que l'article 7, § 1^{er}, de la loi du 27 février 1987 relative aux allocations aux handicapés (ci-après, «la loi du 27 février 1987 »), qui habilite le Roi à déterminer ce qu'il y a lieu d'entendre par «former un ménage », ne lui a pas attribué le pouvoir de considérer, par l'effet d'une fiction, la personne handicapée et celle avec laquelle elle formait un ménage comme toujours établies en ménage pendant l'année qui suit leur séparation.

L'arrêt du 7 avril 2003 constate que l'article 23 de l'arrêté royal du 6 juillet 1987 a été pris en exécution de l'article 10, alinéa 4, de la loi du 27 février 1987, aux termes duquel le Roi fixe les règles selon lesquelles les décisions peuvent être revues sur demande ou d'office. Partant, la Cour a considéré que l'article 10, alinéa 3, de l'arrêté royal du 6 juillet 1987, en tant qu'il précise la portée de l'article 23, § 2, 1^o, c), de cet arrêté royal, est pris en exécution de la même disposition légale et non de l'article 7, § 1^{er}, contrairement à ce que soutenait le moyen.

Dans ses conclusions, le ministère public soulignait que la relation étroite entre les articles 10, alinéa 3, et 23, § 2, 1^o, c), de l'arrêté royal du 6 juillet 1987 est d'ailleurs mise en évidence par le rapport au Roi et l'avis du Conseil d'Etat précédant l'arrêté royal du 6 juillet 1993 qui a modifié ces deux dispositions, ainsi que par le préambule de cet arrêté royal qui, à l'invitation expresse du Conseil d'Etat, se référait à l'article 10, alinéa 4, de la loi du 27 février 1987.

E. DETACHEMENT ET MISE A DISPOSITION : ARRET DU 2 JUIN 2002 (S.02.0039.N)

Confrontée à un surcroît de travail ainsi qu'à une insuffisance temporaire d'effectifs, une entreprise belge avait fait appel à des travailleurs d'une société de droit irlandais.

A l'estime l'entreprise belge, il s'était agi d'un détachement valable, tandis que l'O.N.S.S. considérait qu'il y avait eu une mise à disposition illicite au regard de l'article 31, § 1^{er}, de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs. En vertu de cette disposition, est interdite l'activité exercée en dehors des règles fixées aux chapitres I^{er} et II de la loi précitée par une personne physique ou morale qui consiste à mettre des travailleurs qu'elle a engagés à la disposition de tiers qui les

⁸⁴ Cette règle découle aujourd'hui des articles 21, alinéa 1^{er}, 2^o, et 23, § 2, 1^o, de l'arrêté royal du 6 juillet 1987 tel qu'il a été modifié par l'arrêté royal du 15 janvier 1999.

utilisent et exercent sur eux une part quelconque de l'autorité appartenant normalement à l'employeur. A titre de sanction civile, cet article dispose, en son paragraphe 4, que l'utilisateur et la personne qui met des travailleurs à sa disposition sont solidairement responsables du paiement des cotisations sociales, rémunérations, indemnités et avantages qui découlent du contrat de travail à durée indéterminée dans lequel l'utilisateur et le travailleur sont considérés comme engagés.

L'article 13 du Règlement n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté dispose que les travailleurs auxquels s'applique ce règlement ne sont soumis qu'à la législation d'un seul Etat membre. En vertu de l'article 13.2 du même règlement, la législation de l'Etat sur le territoire duquel est occupé le travailleur est applicable, même si celui-ci réside sur le territoire d'un autre Etat membre ou si l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre Etat membre. L'article 14.1.a.i) fait toutefois exception à cette règle, en prévoyant que le travailleur occupé sur le territoire d'un Etat membre (Etat d'origine) par une entreprise dont il relève normalement et détaché sur le territoire d'un autre Etat membre (Etat d'occupation) par cette entreprise afin d'y effectuer un travail pour son compte demeure soumis à la législation du premier Etat à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas douze mois et qu'il ne soit pas envoyé en remplacement d'un autre travailleur parvenu au terme de la période de son détachement.

La Cour a décidé qu'une violation alléguée de la loi du 24 juillet 1987 ne peut porter atteinte à l'effet du Règlement n° 1408/71. En l'espèce, l'O.N.S.S. avait considéré qu'en vertu de l'article 14.1.a.i), du Règlement n° 1408/71 du 14 juin 1971, la législation irlandaise relative à la sécurité sociale trouvait à s'appliquer aux travailleurs irlandais, en ce qui concerne le droit aux prestations de sécurité sociale, et à la société de droit irlandais d'origine, en ce qui concerne le paiement des cotisations de sécurité sociale. Il ne peut dès lors être fait application de l'article 31, § 4, de la loi du 24 juillet 1987, puisque cela conduirait indirectement à appliquer également la législation belge relative à la sécurité sociale, en contradiction avec l'effet du Règlement 1408/71. Les juges d'appel pouvaient donc légalement décider que l'occupation de travailleurs irlandais sur base de l'attestation E101 non contestée ressortissait au système irlandais de sécurité sociale et que la prétention de l'O.N.S.S. à des cotisations de sécurité sociales dues en Belgique sur la base de l'article 31, § 4, de la loi du 24 juillet 1987, établissant la responsabilité solidaire, n'était pas fondée.

Une autre question était soulevée devant la Cour, relative à l'attestation que, en vertu de l'article 11.1.a, du Règlement n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application du Règlement n° 1408/71, l'organe désigné par l'autorité compétente de l'Etat membre dont la législation reste d'application délivre sur demande du travailleur ou de son employeur dans les cas visés aux articles 14.1 et 14, ter, §1^{er}, du Règlement, attestation de laquelle il ressort que le travailleur reste soumis à cette législation, ce jusqu'à la date précisée.

L'O.N.S.S. peut-il s'adresser directement au juge belge pour contester la validité ou la véracité de la relation de travail attestée dans une déclaration E-101 ?

Se référant à l'arrêt C-202/97, *Fitzwilliam*, rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 10 février 2000, la Cour a décidé que le juge de l'Etat d'occupation n'est pas compétent pour apprécier la validité et la véracité de l'attestation délivrée en application de l'article 11.1.a du Règlement n° 574/72 par l'organe compétent de l'état d'origine.

SECTION 7 - ARRETS EN MATIERE JUDICIAIRE

§ 1. Arrêts en matière d'astreinte

A. MOMENT DE L'EXIGIBILITÉ DE L'ASTREINTE : ARRÊTS DU 28 MARS 2003 (C.99.0446.N ET C.02.0288.N), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GÉNÉRAL DÉLÉGUÉ D. THIJS DANS L'AFFAIRE C.99.0446.N

Dans l'affaire inscrite sous le numéro de rôle C.99.0466.N, après avoir constaté une infraction à la législation sur l'urbanisme, le tribunal correctionnel avait, par une décision du 10 novembre 1992, ordonné aux défendeurs d'enlever une caravane, de démolir les constructions annexes et de supprimer les aménagements intérieurs, ce dans l'année suivant la date à laquelle la décision aurait acquis force de chose jugée, sous peine du paiement d'une astreinte par jour de retard en cas d'inexécution du jugement dans ce délai d'un an. L'arrêt rendu par la cour d'appel le 1^{er} avril 1993, qui avait confirmé ce jugement, avait été signifié le 19 février 1997.

La question soulevée devant la Cour était de savoir à quel moment l'astreinte est devenue exigible.

L'article 1385*bis* du Code judiciaire (qui correspond à l'article 1^{er} de la loi uniforme Benelux concernant l'astreinte) dispose, en son troisième alinéa, que l'astreinte ne peut être encourue avant la signification du jugement qui l'a prononcée. L'alinéa 4 prévoit que le juge peut accorder au condamné un délai pendant lequel l'astreinte ne peut être encourue.

Par un précédent arrêt du 16 juin 2000, la Cour avait posé à la Cour de justice Benelux les deux questions suivantes, relatives à la portée de ces dispositions : 1) Le délai accordé par le juge qui a prononcé l'astreinte pour exécuter la condamnation principale constitue-t-il un délai au sens de l'article 1^{er}, alinéa 4, de la Loi uniforme du 26 novembre 1973 relative à l'astreinte ? 2) L'article 1^{er} de la loi uniforme du 26 novembre 1973 relative à l'astreinte doit-il être interprété en ce sens que, lorsque le juge qui a prononcé l'astreinte a décidé que le condamné ne pourra encourir celle-ci qu'à l'expiration d'un certain délai et que la signification de la décision fixant l'astreinte a lieu après l'expiration du délai, ce délai ne commence à courir qu'à partir de la signification de la décision ?

Par un arrêt du 25 juin 2002, la Cour de justice Benelux a décidé, en ce qui concerne la première question, que le délai accordé par le juge à la partie condamnée pour exécuter la condamnation principale ne constitue pas un délai au sens de l'article 1^{er}, alinéa 4, de la loi uniforme. Elle a, par ailleurs, répondu à la seconde question que le délai visé à l'article 1^{er}, alinéa 4, de la loi uniforme prend cours au moment de la signification de la décision fixant l'astreinte.

Ensuite de cet arrêt, la Cour a considéré que, lorsque le juge qui prononce l'astreinte fixe un délai pour l'exécution de la condamnation principale et décide que l'astreinte ne sera due qu'après l'écoulement de ce délai, celui-ci a pour effet, en ce qui concerne l'astreinte, de donner à la partie condamnée un répit supplémentaire pour exécuter la condamnation sans que l'inexécution de celle-ci ait pour conséquence que l'astreinte soit due. Ce délai doit être considéré, en ce qui concerne l'astreinte, comme un délai visé à l'article 1385*bis*, alinéa 4, du Code judiciaire, qui commence à courir à partir de la signification de la décision.

Quand le juge qui prononce l'astreinte décide que celle-ci sera encourue après l'écoulement d'un certain délai, celui-ci ne prend cours qu'après la signification de la décision. Un tel délai tend à accorder à la partie condamnée un répit supplémentaire pour exécuter la condamnation sans que l'astreinte soit encourue durant cette période. La signification de la décision a pour but de ne pas laisser le débiteur dans l'ignorance du délai qui court contre lui.

Un délai que le juge impose pour l'exécution de la condamnation principale reste, quant à lui, en dehors du champ de la loi uniforme. Si le juge fixe un tel délai, mais lie à son expiration la débetion de l'astreinte, le risque existe que le débiteur soit dans l'ignorance de l'écoulement du délai que le juge lui a accordé. Dans ce cas, il faut également admettre, en ce qui concerne l'astreinte, que le délai commence à courir à partir du jour de la signification de la décision.

La cour d'appel, qui avait considéré que le juge ayant prononcé l'astreinte avait fait usage de la possibilité prévue par l'article 1385*bis*, alinéa 4, du Code judiciaire, pouvait légalement décider que le délai octroyé à la partie condamnée avait pris cours au jour de la signification de la décision fixant l'astreinte et, partant, expirait un an après le 19 février 1997. Dès lors que les parties condamnées avaient procédé à la remise en état des lieux le 13 mars 1997, l'astreinte n'était pas devenue exigible.

Dans le deuxième arrêt (C.02.0288.N), la Cour a cassé l'arrêt attaqué au terme d'un raisonnement semblable. En cette espèce, le juge avait condamné le demandeur à exécuter certains travaux dans un délai d'un an ainsi qu'à payer une astreinte qui serait due à l'expiration de ce délai. En décidant que l'astreinte pouvait être encourue avant l'expiration du délai d'un an à compter de la signification, le juge d'appel avait violé l'article 1385*bis* du Code judiciaire.

B. L'ASTREINTE N'EST ENCOURUE, EN MATIÈRE PÉNALE, QU'APRÈS LA SIGNIFICATION DE L'ARRÊT QUI REJETTE LE POURVOI EN CASSATION : ARRÊT DU 28 MARS 2003 (C.02.0248.N), AVEC CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GÉNÉRAL DÉLÉGUÉ D. THUIS

Dans cette affaire, la Cour devait déterminer le moment auquel l'astreinte est encourue en matière pénale lorsqu'un pourvoi en cassation a été introduit contre la décision du juge répressif qui prononce cette astreinte.

L'article 1385*bis*, alinéa 3, du Code judiciaire dispose que l'astreinte ne peut être encourue avant la signification du jugement qui l'a prononcée. En vertu de l'article 373 du Code de procédure pénale, l'exécution d'un arrêt de la cour d'appel est suspendue si un pourvoi en cassation est introduit.

La Cour a décidé qu'il résulte de l'arrêt rendu par la Cour de justice Benelux le 12 mai 1997, dans l'affaire A 96/1, que l'astreinte ne peut être encourue pendant la période durant laquelle l'exécution forcée de la condamnation principale est suspendue par l'effet de l'introduction d'une voie de recours.

Eu égard à l'intérêt commun des parties à limiter autant que possible l'incertitude et à éviter des différends ultérieurs, la signification tend à faire savoir à la partie condamnée que, à l'estime du créancier, les conditions de l'exécution forcée de la condamnation principale sont remplies.

Il s'en déduit, en matière pénale, que si un pourvoi en cassation a été introduit contre un arrêt de la cour d'appel qui prononce une astreinte, celle-ci ne sera encourue qu'après la signification de l'arrêt qui rejette le pourvoi.

§ 2. Autres arrêts en matière judiciaire

A. L'OPPOSITION D'INTERETS EN PREMIERE INSTANCE, CONDITION DE L'APPEL : ARRET DU 10 OCTOBRE 2002 (C.99.0516.N)

Une brasserie avait pris en location un immeuble à usage commercial qu'elle sous-louait elle-même à un tenancier de café. Elle avait demandé le renouvellement du bail dans les conditions prévues à l'article 14, alinéa 1^{er}, de la loi sur les baux commerciaux mais s'était heurtée au refus, fondé sur l'article 16, IV, de cette loi, des propriétaires qui souhaitaient vendre l'immeuble. La brasserie n'avait dès lors pu, elle-même, accepter le renouvellement du sous-bail qu'avait sollicité l'exploitant.

Assignée par le sous-locataire en paiement d'une indemnité d'éviction, la brasserie avait introduit une action en intervention et garantie contre les propriétaires de l'immeuble. Le premier juge avait condamné ces derniers envers la brasserie et celle-ci envers le sous-locataire. Les propriétaires avaient interjeté appel de ce jugement, leur recours étant dirigé contre les deux autres parties, et la brasserie avait formé un appel incident contre le sous-

locataire. En tant qu'il était dirigé contre ce dernier, l'appel principal des propriétaires avait été déclaré irrecevable à défaut de lien d'instance entre ces parties en première instance ; les juges d'appel avaient en effet constaté, sur la base des pièces de procédure déposées devant le premier juge, qu'aucune demande n'avait été articulée entre les propriétaires et le sous-locataire dès lors que la demande principale de celui-ci ne visait que la brasserie qui, à son tour, avait assigné les bailleurs en intervention et garantie. Les juges d'appel avaient, en outre, souligné que le jugement entrepris avait été signifié par le sous-locataire à la brasserie qui n'en avait elle-même pas interjeté appel principal dans le délai prévu à l'article 1051 du Code judiciaire. L'appel incident de la brasserie avait également été déclaré irrecevable.

Une partie peut former un appel principal contre une autre partie qui était son adversaire en première instance⁸⁵, sous réserve des règles spécifiques prévues par l'article 1053 du Code judiciaire en matière de litiges indivisibles en raison de leur nature⁸⁶. Il n'est pas requis que l'appelant ait articulé une demande contre cet adversaire ni qu'il ait été condamné envers lui par le premier juge⁸⁷. Il suffit que ces parties aient pris des conclusions l'une contre l'autre en première instance et aient été, ainsi, l'adversaire l'une de l'autre à propos d'un ou de plusieurs points litigieux⁸⁸. Telle est la portée de l'exigence d'un lien d'instance : l'existence, au premier degré de juridiction, d'une contestation sous-jacente entre les parties concernées qui a été exprimée dans les conclusions.

Dans la ligne de la jurisprudence ainsi retracée, la Cour a décidé, par son arrêt du 10 octobre 2002, que, dans l'espèce qui lui était soumise, un lien d'instance était né devant le premier juge entre les propriétaires, appelants, et le sous-locataire, intimé, puisque les premiers avaient dirigé leurs conclusions directement contre celui-ci, à tout le moins en se ralliant à la défense de la brasserie tendant au débouté des prétentions du sous-locataire, prétentions qui constituaient par ailleurs l'objet de l'action en intervention et garantie. Dès lors, à l'inverse de ce qu'avaient décidé les juges d'appel, les propriétaires pouvaient diriger leur appel principal contre le sous-locataire, et l'appel incident dirigé contre celui-ci par la brasserie était en toute hypothèse possible⁸⁹.

B. APPLICATION DE L'ARTICLE 807 DU CODE JUDICIAIRE EN DEGRE D'APPEL : ARRETS DU 29 NOVEMBRE 2002 (C.00.0156.N ET C.00.0729.N), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL DELEGUE D. THIJS

L'article 807 du Code judiciaire prévoit qu'une demande peut être étendue ou modifiée entre les parties par des conclusions nouvelles, contradictoirement prises, qui doivent être fondées

⁸⁵ Cass., 25 novembre 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 514.

⁸⁶ Cass., 7 juin 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 224, 15 septembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 352, 13 mars 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 140.

⁸⁷ Cass., 21 décembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 714.

⁸⁸ Cass., 20 février 1981, *Bull. et Pas.*, 1981, I, n° 372, 3 octobre 1983, *Bull. et Pas.*, 1984, I, n° 63, 1 décembre 1988, *Bull. et Pas.*, 1989, I, n° 193, 15 septembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 352, 13 mars 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 140, 21 décembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 714.

⁸⁹ Cass., 25 janvier 1991, *Bull. et Pas.*, 1991, I, n° 278, 14 novembre 1991, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 143.

sur un fait ou un acte invoqué dans la citation, même si leur qualification juridique est différente.

Cette disposition est applicable en degré d'appel en vertu de l'article 1042 du même code.

Par deux arrêts du 29 novembre 2002, la Cour a décidé qu'il résulte de ces dispositions que l'application de l'article 807 exige uniquement, en degré d'appel comme en première instance, que l'extension ou la modification de la demande repose sur un fait ou un acte invoqué dans la citation. Il n'est, par contre, pas requis que la modification ou l'extension de la demande à l'égard des mêmes parties que celles visées par la demande originaire ait déjà été soumise au premier juge ni que cette extension ou modification de la demande ait été virtuellement contenue dans la demande originaire, c'est-à-dire qu'elle ait été implicitement comprise dans l'objet de cette demande.

Dans la première espèce (C.00.0156.N), le premier juge avait été saisi de la demande d'un père tendant à la modification du droit d'hébergement relatif à son fils mineur et, par voie de conséquence, à la révision du montant de sa part contributive dans les frais d'éducation et d'entretien. Il avait étendu sa demande en degré d'appel et postulait la suppression, avec effet rétroactif, de la part contributive qui avait été fixée dans le cadre d'une procédure antérieure. Les juges d'appel avaient déclaré cette demande recevable. La mère contestait cette décision au motif qu'ils n'avaient pas constaté que la demande ainsi modifiée était déjà contenue dans la demande originaire.

La Cour a rejeté la thèse selon laquelle l'extension ou la modification d'une demande en appel supposerait que la demande ainsi étendue ou modifiée ait déjà été introduite devant le premier juge et qu'elle ait été virtuellement comprise dans la demande originaire. Le dernier critère – soit la présence virtuelle dans la demande originaire – n'est donc pas utilisé.

Dans la seconde affaire (C.00.0729.N), deux locataires avaient demandé que soit déclaré irrégulier le refus de renouvellement d'un bail commercial. Ils souhaitaient initialement se maintenir dans les lieux. Leur action avait été déclarée non fondée en première instance. Après avoir quitté les lieux, ils avaient demandé en appel la condamnation des bailleurs au paiement d'une indemnité d'éviction pour refus de renouvellement non motivé, modifiant leur demande originaire qui tendait au renouvellement du bail. Les juges d'appel avaient déclaré irrecevable la demande ainsi modifiée, au motif que le premier juge n'en avait pas été saisi et qu'elle n'était pas implicitement incluse dans la demande initiale. La Cour a cassé cette décision pour violation des articles 807 et 1042 du Code judiciaire, à nouveau en raison de la prise en considération incorrecte d'un critère relatif à la présence virtuelle de la demande modifiée dans la demande originaire.

C. LA DÉCISION PAR LAQUELLE UN JUGE SE DÉCLARE INCOMPÉTENT ET RENVOIE LA CAUSE AU JUGE QU'IL DÉSIGNE COMME COMPÉTENT NE PEUT FAIRE L'OBJET D'UN APPEL IMMÉDIAT : ARRÊT DU 13 FÉVRIER 2003 (C.00.0441.N)

L'article 1050, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire dispose qu'en toutes matières l'appel peut être formé dès la prononciation du jugement, même si celui-ci est une décision avant dire droit ou s'il a été rendu par défaut. L'alinéa suivant précise toutefois que l'appel contre une décision rendue sur la compétence ne peut être formé qu'avec l'appel contre le jugement définitif. Cette disposition est complétée par l'article 1055 qui prévoit que tout jugement avant dire droit ou statuant sur la compétence peut être frappé d'appel avec le jugement définitif même s'il a été exécuté sans réserves.

Dans le cadre d'un litige qui concernait notamment l'existence éventuelle d'un contrat de travail, le tribunal de première instance s'était déclaré incompetent et avait renvoyé la cause au tribunal du travail. La future défenderesse en cassation avait immédiatement interjeté appel de cette décision.

Les juges d'appel avaient déclaré l'appel recevable. Ils avaient considéré que l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire n'était pas applicable dès lors qu'après avoir prononcé la décision litigieuse, le premier juge n'était plus susceptible de rendre un jugement définitif ; la décision par laquelle le premier juge se déclare incompetent *ratione materiae* pourrait donc faire immédiatement l'objet d'un appel.

A l'appui de son pourvoi, le demandeur en cassation soutenait que cet arrêt avait violé les articles 1050, alinéa 2, et 1055 du Code judiciaire. Il se fondait sur la considération qu'un appel ne peut être formé contre la décision par laquelle le premier juge se déclare incompetent qu'avec l'appel contre le jugement définitif rendu par le juge de renvoi ; l'article 1050, alinéa 2, n'exige pas, en effet, que la décision en matière de compétence et le jugement définitif soient rendus par le même juge.

La Cour a accueilli ce moyen. La décision par laquelle un juge se déclare incompetent ne constitue pas un jugement définitif susceptible d'un appel immédiat. L'appel contre cette décision n'est autorisé qu'après que le juge désigné comme compétent a prononcé un jugement définitif. De la genèse de la loi du 3 août 1992, qui a ajouté un alinéa 2 à l'article 1050 et modifié l'article 1055 du Code judiciaire, il apparaît en effet qu'un jugement définitif, au sens de ces dispositions, consiste en une décision sur la recevabilité ou le fondement rendue par le juge qui s'est déclaré compétent ou a été désigné comme tel. Il s'ensuit que le jugement par lequel le juge se déclare compétent ou incompetent ne peut faire l'objet d'un appel immédiat, l'appel n'étant ouvert qu'après que le juge qui s'est déclaré compétent ou qui a été désigné comme tel a rendu une décision sur la recevabilité ou le fondement.

D. LA DUREE D'UN PLAN DE REGLEMENT JUDICIAIRE PEUT ETRE PROROGEE, MAIS UNIQUEMENT AU COURS DE L'ÉCOULEMENT DU DELAI : ARRÊT DU 20 FEVRIER 2003 (C.02.0418.F)

En matière de règlement collectif de dettes, l'article 1675/3, alinéa 2, du Code judiciaire prévoit qu'à défaut d'accord sur un plan de règlement amiable, le juge peut imposer un plan de règlement judiciaire. En vertu de l'article 1675/12, § 2, alinéa 1^{er}, du même code, la durée de ce plan ne peut excéder cinq ans. Cette règle n'est pas prévue à peine de déchéance.

Par son arrêt du 20 février 2003, la Cour a décidé que ce délai peut être prorogé par application de l'article 51 du Code judiciaire, qui autorise le juge à abrégé ou proroger, avant leur échéance, les délais qui ne sont pas établis à peine de déchéance, pour une durée qui, en règle, ne peut excéder le délai originare. La Cour a toutefois précisé que cette faculté n'est ouverte au juge qu'au cours de l'écoulement du délai et non dès le moment où il détermine la durée du plan de règlement. Elle a, dès lors, cassé l'arrêt qui, d'emblée, avait fixé la durée du plan à neuf ans à partir de la date de son prononcé.

E. INVALIDITÉ D'UNE SAISIE CONSERVATOIRE SUR UN NAVIRE DONT LA PROPRIÉTÉ A ÉTÉ TRANSFÉRÉE APRÈS LA NAISSANCE DE LA CRÉANCE MARITIME: ARRÊT DU 27 MARS 2003 (C.02.0100.N)

Conformément à l'article 3, (1), de la Convention internationale du 10 mai 1952 pour l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer et à l'article 1469, § 1^{er}, du Code judiciaire qui reproduit cette disposition, le titulaire d'une créance maritime peut saisir soit le navire auquel la créance se rapporte, soit tout autre navire appartenant à celui qui était, au moment où est née la créance, propriétaire du navire auquel cette créance se rapporte. Selon l'article 9, alinéa 1^{er}, de la Convention, aucune de ses dispositions ne doit être considérée comme créant un droit à une action qui, en dehors des stipulations de cette convention, n'existerait pas d'après la loi à appliquer par le tribunal saisi du litige. Le second alinéa de cet article dispose encore que la Convention ne confère aux demandeurs aucun droit de suite, autre que celui accordé par cette dernière loi ou par la Convention internationale sur les privilèges et hypothèques maritimes, si celle-ci est applicable. Le texte de cet alinéa est toutefois équivoque car il existe une différence entre les versions française et anglaise, la première visant un «droit de suite» et la seconde un «*maritime lien*».

Depuis l'arrêt du 10 mai 1976⁹⁰, la jurisprudence de la Cour est fixée en ce sens que la saisie conservatoire peut porter sur le navire auquel la créance maritime se rapporte sans avoir égard au fait que ce soit le propriétaire du navire ou une autre personne qui réponde de cette créance. Sur la base de cette jurisprudence, une saisie conservatoire peut être pratiquée sur le navire pour des créances maritimes contre l'affréteur même en dehors de l'hypothèse d'une remise de la gestion nautique.

⁹⁰ Bull. et Pas., 1976, I, 969.

Par son arrêt du 27 mars 2003, la Cour s'est prononcée pour la première fois sur la question de savoir si une saisie conservatoire relative à une créance maritime se rapportant à un navire demeurait possible lorsque la propriété de ce bâtiment avait été transférée depuis la naissance de la créance.

Un créancier, dont la créance maritime n'était pas garantie par une hypothèque ou un privilège, avait fait saisir un navire. Le propriétaire avait fait opposition, protestant de l'illégalité de la saisie au motif qu'il avait acquis la propriété du navire après la naissance de la créance. Il avait été débouté en première instance et en appel.

L'arrêt attaqué avait considéré que, par application de l'article 3 de la Convention internationale du 10 mai 1952 et de l'article 1469 du Code judiciaire, le droit de saisie est lié au navire auquel la créance maritime se rapporte, indépendamment de la question de l'obligation à la dette. Partant, l'autorisation de saisie ne peut être refusée au seul motif que le propriétaire du navire n'a acquis celui-ci que postérieurement à la naissance de la créance maritime. Selon les juges d'appel, l'article 9 de la Convention signifie uniquement que le droit de saisir un navire, en application de l'article 3, n'a pas la portée de conférer au saisissant une créance personnelle à l'égard du propriétaire ou du tiers acquéreur ou encore de doter sa créance d'un privilège.

Devant la Cour, le propriétaire soutenait que l'article 3, (1), de la Convention et l'article 1469, § 1^{er}, du Code judiciaire, autorisant le créancier d'une créance maritime à saisir le navire auquel se rapporte la créance sans avoir égard à la circonstance que c'est le propriétaire du navire ou un tiers qui répond de cette créance, n'a pas la portée de conférer un privilège ou un droit de suite au saisissant, de sorte que la possibilité de procéder à une saisie conservatoire n'existe que pour autant que la propriété du navire concerné n'a pas été transférée après la naissance de la créance maritime. L'article 9, alinéa 2, de la Convention, qui sort ses pleins et entiers effets en Belgique en vertu de l'article unique de la loi d'approbation du 24 mars 1961 et a primauté sur le droit interne, traduit expressément cette limitation en stipulant que la Convention ne confère aucun droit de suite au créancier.

La Cour a cassé l'arrêt attaqué. Par application de l'article 3, (1), de la Convention du 10 mai 1952, une saisie conservatoire peut être pratiquée sur le navire auquel se rapporte une créance maritime au sens de l'article 1468 du Code judiciaire sans avoir égard au fait que ce soit le propriétaire ou une autre personne qui répond de cette créance. L'article 9 de la Convention signifie que celle-ci ne fait pas naître un droit de créance personnel et ne crée pas un droit de suite sur le navire. Du rapprochement de ces deux dispositions conventionnelles il suit que, lorsque le transfert de la propriété du navire auquel la créance maritime se rapporte est postérieur à la naissance de celle-ci, le créancier ne peut procéder à la saisie conservatoire de ce navire que s'il dispose d'un droit de suite sur celui-ci en tant que créancier hypothécaire ou privilégié.

F. RECEVABILITÉ DE L'APPEL D'UNE DÉCISION REJETANT UNE ACTION *PROPTER REM* EN CAS DE CESSION DE L'IMMEUBLE AVANT LA PRONONCIATION DE CETTE DÉCISION : ARRÊT DU 24 AVRIL 2003 (C.00.0567.F ET C.01.0004.F), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GÉNÉRAL X. DE RIEMAECKER

La propriétaire d'un immeuble sis dans un lotissement avait agi, notamment, contre la société propriétaire d'un immeuble voisin sur lequel elle avait fait ériger un complexe sportif, invoquant que cette construction n'était pas conforme aux prescriptions du permis de lotir et aux servitudes conventionnelles du lotissement. Elle demandait notamment, sous peine d'astreinte, la cessation d'exploitation du complexe, sa démolition et la remise des lieux en état sur la base de l'article 67 de la loi du 29 mars 1962 organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme. Alors que la cause était pendante devant le tribunal de première instance, elle avait fait donation de l'immeuble à son fils. Le jugement ne lui ayant accordé qu'une réparation par équivalent, elle en avait formé un appel incident. Après avoir relevé que, par l'effet de la donation, son fils était devenu titulaire du droit d'exercer l'action qu'elle avait formée, cette action étant l'accessoire du bien cédé, la cour d'appel avait néanmoins déclaré l'appel incident recevable au motif que l'intérêt à agir en justice doit exister au moment de l'introduction de la demande, les événements postérieurs demeurant, en principe, sans incidence sur la régularité et la poursuite de la procédure. Elle avait ensuite déclaré l'appel incident fondé.

La Cour était saisie, entre autres, d'un moyen soutenant que le propriétaire d'un fonds n'a ni l'intérêt ni la qualité pour interjeter appel d'un jugement qui le déboute de sa demande tendant à la cessation de l'activité exercée sur le fonds voisin et la démolition des constructions érigées sur ce fonds si, avant de former appel, il a cédé la propriété du bien immobilier qui fondait son intérêt et sa qualité à exercer l'action.

L'intérêt à agir visé aux articles 17 et 18 du Code judiciaire s'apprécie en fonction du moment où la demande est introduite. L'arrêt du 24 avril 2003 décide qu'une partie qui, en tant que propriétaire d'un immeuble, avait qualité et intérêt pour agir, au sens de ces dispositions, justifie de l'intérêt requis pour interjeter appel du seul fait qu'elle a été déboutée par le premier juge de l'un des chefs de sa demande, la propriété de ce bien eût-elle été cédée avant la prononciation de cette décision.

Cet arrêt s'inscrit dans la ligne des arrêts des 20 octobre 1995⁹¹ et 13 septembre 1991⁹² qui concernaient toutefois la recevabilité de l'appel dirigé contre une décision de condamnation de l'appelant et non, comme en l'espèce, contre une décision de débouté.

Le ministère public concluait également au rejet du moyen, mais sur la base d'une analyse de la portée du transfert des droits consécutifs à l'aliénation du droit de propriété, spécialement en ce qui concerne les actions judiciaires afférentes à l'immeuble cédé. Il considérait comme

⁹¹ *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 449.

⁹² *Bull. et Pas.*, 1991, I, n° 22.

inexacte la prémisse suivant laquelle, par le seul fait de la cession de la propriété d'un immeuble, le propriétaire originaire perd en toute hypothèse l'ensemble des actions concernant cet immeuble et relatives au droit de propriété. Ces conclusions se situent dans le prolongement l'enseignement des arrêts de la Cour des 15 septembre 1989⁹³ et 28 juin 1990⁹⁴ qui concernaient des actions tendant non à une réparation en nature, comme en l'espèce, mais à l'octroi d'une indemnité.

G. LES EFFETS D'UNE ELECTION DE DOMICILE EN PREMIERE INSTANCE NE S'ETENDENT PAS AUX INSTANCES ULTERIEURES DE LA PROCEDURE : ARRET DU 30 MAI 2003 (C.00.0670.N), AVEC LES CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GENERAL G. DUBRULLE

La Cour a été amenée à trancher une question procédurale délicate dans le cadre d'un litige successoral opposant deux héritiers légaux et un légataire. L'un des deux héritiers, résidant aux Etats-Unis, avait fait élection de domicile chez un huissier de justice en Belgique dans la citation introductive d'instance ainsi que dans ses conclusions devant le premier juge. En appel, cet héritier avait fait défaut.

Le légataire avait fait signifier son pourvoi en cassation à cette partie aux Etats-Unis ainsi qu'au procureur du Roi de Bruxelles. L'héritier concerné soulevait une exception d'irrecevabilité du pourvoi, invoquant l'article 40, alinéa 4, du Code judiciaire aux termes duquel la signification à l'étranger ou au procureur du Roi est non avenue si la partie à la requête de laquelle elle a été accomplie connaissait le domicile ou la résidence ou le domicile élu en Belgique ou, le cas échéant, à l'étranger du signifié ; dès lors que le demandeur en cassation connaissait le domicile élu de l'héritier, celui-ci soutenait que la requête devait lui être signifiée à ce domicile élu en Belgique⁹⁵, s'agissant d'une obligation touchant à l'ordre public⁹⁶.

La question ainsi soulevée concerne la spécificité de l'élection de domicile. L'article 111 du Code civil dispose que lorsqu'un acte contiendra, de la part des parties ou de l'une d'elles, élection de domicile pour l'exécution de ce même acte dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte, pourront être faites au domicile convenu et devant le juge de ce domicile. Dans la ligne de cette disposition, la Cour a déjà décidé à plusieurs reprises qu'une telle élection de domicile faite dans la signification d'une décision judiciaire vaut pour tous les actes qui s'y rattachent, notamment pour les voies de recours qui peuvent être exercées contre cette décision⁹⁷.

S'ensuit-il également que les effets de l'élection de domicile faite en première instance s'étendent aux autres instances, éventuellement jusqu'en cassation? Il était en effet constant, dans le cas d'espèce, que l'héritier concerné n'avait d'aucune façon réitéré son élection de domicile dans le cadre de la procédure d'appel.

⁹³ *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 37.

⁹⁴ *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 635.

⁹⁵ Cass., 10 décembre 1971, *Bull. et Pas.*, 1972, I, 356 ; 28 juin 1979, *Bull. et Pas.*, 1979, I, 1260 ; 18 septembre 1980, I, *Bull. et Pas.*, 1981, I, n° 47.

⁹⁶ Cass., 9 janvier 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 22.

⁹⁷ Cass., 16 octobre 1980, *Bull. et Pas.*, 1981, I, n° 105 ; 21 novembre 1983, *Bull. et Pas.*, 1984, I, n° 155 ; 16 janvier 1984, *Bull. et Pas.*, 1984, I, n° 250 ; 12 décembre 1991, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 200.

L'arrêt du 30 mai 2003 rappelle que l'élection de domicile est spéciale et qu'elle vaut pour toutes les suites attachées à l'acte⁹⁸. Ainsi, l'élection de domicile contenue dans un acte de procédure en première instance vaut pour l'ensemble de la procédure de première instance, l'exécution du jugement qui la clôture et l'exercice des recours contre ce jugement.

Considérant que le critère de la spécificité est l'acte d'élection de domicile et non l'instance, le ministère public avait émis l'avis que l'élection de domicile faite en première instance vaut en règle pour l'ensemble de la procédure ultérieure, et ce pour toutes les instances. La Cour a, au contraire, décidé que l'élection de domicile qui n'est pas réitérée dans le cadre d'une instance ultérieure cesse de produire ses effets⁹⁹. L'arrêt précise que l'élection de domicile contenue dans une citation ou des conclusions prises en première instance et qui n'est pas réitérée dans une instance ultérieure, n'a plus d'effet, notamment en ce qui concerne l'introduction d'un pourvoi en cassation contre la décision rendue en degré d'appel.

H. RECTIFICATION DE LA FEUILLE D'AUDIENCE ET D'UN ARRÊT DE LA COUR RENDU EN MATIÈRE CIVILE EN CAS D'ERREUR MATÉRIELLE ÉVIDENTE : ARRÊT DU 16 JUIN 2003 (S.03.0031.F)

Un arrêt de la Cour du 24 mars 2003 comportait, après le dispositif, une mention entachée d'une contradiction évidente. En effet, il y était indiqué que l'arrêt avait été prononcé par un président qui n'avait pas siégé en la cause, ce qui ressortait également d'une contradiction dans la feuille d'audience ainsi que du procès-verbal d'audience publique qui précisait l'identité du président. Saisie par le réquisitoire du procureur général près la Cour, celle-ci a été amenée à constater et rectifier l'erreur qui lui avait ainsi été dénoncée, ordonnant que mention en soit faite en marge de l'arrêt concerné et de la décision que cet arrêt avait cassée. Le ministère public agissait sur le fondement de l'article 140 du Code judiciaire qui l'investit de la mission de veiller à la régularité du service des cours et tribunaux.

La Cour a déjà, par le passé, procédé à la rectification d'erreurs matérielles évidentes, notamment par un arrêt du 14 juin 1990¹⁰⁰ relatif à une erreur de date dans la feuille d'audience et l'arrêt.

⁹⁸ Cass., 14 novembre 1986, *Bull. et Pas.*, 1987, I, n° 161.

⁹⁹ Voy. également cass., 12 février 1857, *Bull. et Pas.*, 1857, I, 198.

¹⁰⁰ *Bull. et Pas.*, 1991, I, 1163.

CHAPITRE IV - PRINCIPES GENERAUX DU DROIT¹

SECTION 1 - INTRODUCTION, QUALIFICATION ET EVOLUTION DU 'PRINCIPE GENERAL DU DROIT'

Introduction

Après avoir qualifié la notion 'de principe général du droit', la présente contribution reproduit une liste des principes généraux du droit reconnus et non reconnus par la Cour de cassation. Nous envisagerons ensuite la question de la position d'un principe général du droit par rapport à une disposition légale et de quelle manière il peut être admis d'un point de vue de la technique de cassation. Enfin, une section sera consacrée aux principes généraux du droit dans le droit international et européen et une étude comparée a été faite à ce propos. Les principes généraux du droit contenus dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui ont été commentés dans le rapport annuel 2002 de la Cour, ne seront donc pas abordés ici.

§ 1. Qualification du principe général du droit

Le procureur général près la Cour de cassation F. Dumon a écrit à propos des principes généraux du droit : *"Met die term worden bedoeld formele bronnen van het recht die rechtsregels vormen welke niet in geschreven teksten of in bijzondere teksten zijn neergelegd. (...) Ongeschreven regels zijn de beginselen die het moreel en institutioneel geraamte vormen waarop de maatschappelijke organisatie berust. Dergelijke regels moeten nageleefd worden door de verordenende en door de bestuurlijke overheid, door de rechter en soms zelfs door de Wetgevende Macht, wanneer zij een grondwettelijke waarde hebben. Vaak zijn zij een uitvloeisel van onze beschaving (...)."*²

Le premier président de la Cour de cassation R. Soetaert a défini les principes généraux du droit de la manière suivante : *"fundamentele normen (dus regels), die in een of meer rechtssystemen, respectievelijk rechtstakken, min of meer impliciet aanwezig zijn, daarin door de rechtsleer, maar vooral door de rechtspraak worden 'gevonden' en naar de (onbetwistbaar geachte) noden en verwachtingen van de maatschappij (opnieuw) worden geformuleerd."*³

L'intérêt et la fonction des principes généraux du droit est de conserver à l'esprit que le droit contient des questions qui requièrent plus qu'une approche technique. *"In die zin zijn het denkkaders, oriëntatiepunten bij het uitzetten van de te volgen koers. Ze dwingen er toe het*

¹ Ce chapitre a été rédigé par Madame Amaryllis Bossuyt, référendaire près la Cour, sous la direction de Monsieur Ivan Verougstraete, président de la Cour.

² F. Dumon, "Artikel 95 G.W.", in X., *Gerechtigd Recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 37-38.

³ R. Soetaert, "Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie", in *Liber Amicorum J. Ronse*, Bruxelles, Story-Scientia, 1986, 51.

*recht te beschouwen in al zijn versterkende en tegenwerkende krachten.*⁴ Leur utilité principale consiste en ce qu'ils permettent de compléter les silences, l'ambiguïté et les lacunes de la loi. La reconnaissance et l'application des principes généraux du droit contribue ainsi à ce que le droit soit appliqué de manière plus souple en accordant une plus grande attention à l'esprit de la loi et non à la lettre de la loi et en élaborant une plus grande cohérence entre les diverses branches du droit ou dans le droit en général.⁵ Selon le président de la Cour de cassation I. Verougstraete, les fonctions des principes généraux du droit sont les suivantes : "fonction d'inspiration du législateur et d'orientation du droit positif, correction du droit positif lorsque son application purement mécanique heurterait le sens de la justice, comblement des lacunes et résolution des antinomies ou limitation des pouvoirs de l'administration. [...] Le principe général de droit aide à interpréter le droit puisqu'il est censé avoir inspiré le législateur; il a surtout une fonction supplétive pour rendre au droit sa cohérence; il a finalement une fonction correctrice surtout à l'égard de l'administration."⁶

§ 2. Evolution du principe général du droit

"Le principe général n'est pas immuable: il est, comme la loi, tributaire de l'évolution sociale de la collectivité nationale et de son organisation politique."⁷

Les raisons d'être des principes généraux du droit se trouvent dans 'la nature des choses', "c'est-à-dire la logique interne des institutions et des nécessités à la vie en société, les besoins et les aspirations de la société, la volonté présumée ou implicite du législateur, ou encore des principes de droit naturel ou d'équité."⁸

Il s'ensuit que si la société est sujette à évolution, les principes généraux du droit le sont aussi.

Si un principe de droit peut 'évoluer' , il peut aussi disparaître. Dans certains cas, on peut déduire de la contradiction existant entre la loi et un principe général et à laquelle une interprétation ne peut mettre fin, que la règle n'est pas ou n'est plus essentielle pour la communauté, qu'elle n'est plus fondée sur une 'conscience collective' et qu'elle n'est donc plus un principe général du droit.⁹ On peut ajouter à cela qu'il est peu probable que les

⁴ Asser/Vranken, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht - Algemeen Deel*, III, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, n°. 135 ; H. Buch, "La nature des principes généraux du droit", *R.D.I.D.C.*, 1962, 67.

⁵ B. Maes, *Cassatiemiddelen*, Gent, Mys en Breesch, 1993.

⁶ I. Verougstraete, *L'application des principes généraux du droit communautaire par le juge belge*, rapport établi en vue du colloque organisé par la Cour de cassation de France les 4 et 5 décembre 2000.

⁷ W.J. Ganshof van der Meersch, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1er septembre 1970, *Bull. et Pas.*, 1970, I, 3.

⁸ C. Parmentier, "La sécurité juridique, un principe général de droit?", in *La sécurité juridique* – Actes du colloque organisé par la Conférence Libre du jeune Barreau de Liège le 14 mai 1993, Liège, Ed. Jeune Barreau de Liège, 1993, 21.

⁹ P. Van Orshoven, "Non scripta, sed nata lex", in *Algemene rechtsbeginselen – Referaten van de lezingencyclus georganiseerd door de Interuniversitaire Kontaktgroep Rechtstheorie*, Anvers, Kluwer, 1991, 79

principes généraux du droit cités à l'époque par Monsieur le procureur général W.J. Ganshof van der Meersch¹⁰ seront supprimés.

Il peut aussi exister des différences de signification d'un principe général du droit selon les différentes branches du droit (par ex. le principe de confiance). Un principe général du droit peut aussi avoir des significations différentes dans une même branche du droit.

SECTION 2 - PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT

La jurisprudence a dégagé un très grand nombre de principes généraux du droit et les a définis. Leur formulation n'est pas toujours stricte.

§ 1. Droit public et droit administratif¹¹

- le juge ne peut appliquer une décision, notamment une norme, qui viole une disposition supérieure:

Cass., 8 avril 2003, P.03.1165.N¹² (Le contrôle de légalité des arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux confié au juge par l'article 159 de la Constitution ne constitue qu'une application particulière du principe plus général du droit selon lequel le juge ne peut appliquer une décision, notamment une norme, qui viole une disposition supérieure. En vertu de ce principe général du droit le juge ne peut appliquer des arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux qui méconnaissent un principe général du droit parmi lesquels le principe général du droit de bonne administration); 4 septembre 1995, *Bull. et Pas.* 1995, n°. 360 et les conclusions de M. l'avocat général Leclercq. Voir aussi note F.D. sous Cass., 26 mars 1980, *Bull. et Pas.* 1980, n° 473.

- les principes de bonne administration comme

le principe de sécurité juridique:

C. Parmentier, *o.c.*, 21; P. Popelier, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Anvers, Intersentia Rechtswetenschappen, 1997; M. Van Damme, "*Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel*" in Opdebeek, I., *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deurne, Kluwer, 1993, 117.

¹⁰ W.J. Ganshof van der Meersch, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, *o.c.*, 51. Il reconnaissait les principes de droit suivants : la permanence de l'Etat. Continuité de la fonction et du service public, le régime statutaire des associations de droit public, l'impartialité et l'indépendance du juge, le caractère non public des assemblées générales des juridictions, sauf si la loi le prescrit autrement, l'interdiction pour le juge de statuer *ultra petita*, *res iudicata pro veritate habetur*, droits de la défense, l'égalité devant les charges de la propriété et devant les charges publiques, l'interdiction de l'enrichissement sans cause, l'interdiction d'abus de droit, *fraus omnia corrumpit*, la motivation des jugements et arrêts.

¹¹ Voy., not., O. Daurmont et D. Batselé, « 1985-1989 : cinq années de jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux principes généraux du droit administratif », *A.P.T.*, 1990, 262 et s.; F. Debaedts, « *De algemene rechtsbeginselen in het administratief recht* », in *Algemene rechtsbeginselen – Referaten van de lezingencyclus georganiseerd door de Interuniversitaire Kontaktgroep Rechtstheorie*, Anvers, Kluwer, 1991, 243 ; J. Jaumotte, « les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », in *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 593 et s.

¹² Les arrêts de la Cour non encore publiés à la *Pasicrisie* au 1^{er} septembre 2003 sont mentionnés dans cette étude accompagnés de leur numéro de rôle (ces arrêts peuvent être consultés sur le site <http://www.cass.be>).

le principe de confiance:

Il ressort du principe de confiance que les attentes légitimes éveillées dans le chef du citoyen par l'autorité doivent en principe être honorées. Cass., 14 juin 1999, *Bull. et Pas.* 1999, n° 352; 17 mai 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 285. Voy. aussi Popelier, P., "Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel vs. het legaliteitsbeginsel voor het Hof van Cassatie", *R. Cass.* 2000, 70. Voyez aussi *infra*, le principe de confiance en droit fiscal.

le principe d'égalité:

Voy. H. Willekens, "Toepasselijkheid en toepassing van het beginsel van de gelijkheid van man en vrouw in het afstammingsrecht", in *Algemene rechtsbeginselen – Referaten van de lezingcyclus georganiseerd door de Universitaire Kontaktgroep Rechtstheorie*, Anvers, Kluwer, 1991, 341. "Vrijheid en gelijkheid – de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet" – referaten van het colloquium georganiseerd door de UFSIA, Anvers, Maklu, 2003.

le devoir de diligence:

La règle se retrouve dans l'article 1382 du Code civil. Voyez aussi W. Lambrechts, "Het zorgvuldigheidsbeginsel", in I. Opdebeek, *o.c.*, 27.

le principe du raisonnable:

M. Boes, "Het redelijkheidsbeginsel", in I. Opdebeek, *o.c.*, 87.

le principe de proportionnalité:

La Cour considère dans l'arrêt du 16 janvier 2002 (P.01.1163.F) que lorsqu'il détermine un mode de réparation d'une infraction en matière d'urbanisme, il appartient au juge de se prononcer en fonction du principe de proportionnalité en prenant simultanément en compte l'importance des conséquences que chacun des modes de réparation requis pourrait présenter pour le prévenu, mais aussi la mesure dans laquelle chacune de ces modalités répare le trouble occasionné à l'urbanisme par l'infraction déclarée établie.

le devoir d'impartialité:

Dans l'arrêt du 9 janvier 2002 (P.00.0855.F), précédé des conclusions de M. l'avocat général Spreutels la Cour considère que le principe d'impartialité constitue un principe général du droit qui, en règle, est applicable à tout organe de l'administration active.

- égalité devant les charges publiques:

Cass., 28 janvier 1991, *Bull. et Pas.*, 1991, n° 281, et la note de JFL; 17 novembre 1988, *Bull. et Pas.*, 1989, n° 160. Voir aussi, J.-L. Fagnart, "La garantie de l'égalité devant les charges publiques", in *Présence du droit public et des droits de l'homme - Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, 735.

- permanence de l'Etat et continuité du service public:

Cass., 28 janvier 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 49 (Le principe général du droit de la continuité du service public n'empêche pas qu'un juge puisse autoriser une personne de droit privé à exécuter certains travaux à la place d'une personne de droit public, si les travaux ordonnés n'entravent pas la continuité du service public. La Cour a statué dans le même sens dans l'arrêt du 24 avril 1998 (*Bull. et Pas.*, 1998, n° 210 et les conclusions de M. l'avocat général De Riemaecker); 7 décembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, n° 505 et les conclusions de M. l'avocat général Leclercq ; 30 septembre 1993,

Bull. et Pas., 1993, n° 386 (le principe général du droit en vertu duquel les biens d'une personne publique ne peuvent faire l'objet de mesures d'exécution forcée tend seulement à assurer la permanence des institutions publiques et de leur fonctionnement, de sorte que ce principe ne s'oppose à la détention provisoire d'un objet ou document par un expert en vue de sa description que dans la mesure où elle entrave effectivement la continuité du service public) ; 19 octobre 1989, *Bull. et Pas.*, 1990, n° 102 (la continuité du service public est un principe général qui trouve sa justification dans la nécessité de la poursuite et de la permanence des services publics ; elle est, dès lors, destinée uniquement à satisfaire des besoins collectifs d'intérêt général); 9 décembre 1977, *Bull. et Pas.*, 1978, 429 (le principe général de la continuité du service public, qui est un principe général du droit qui trouve sa justification dans la nécessité de la poursuite et de la permanence sans interruption des services publics et est applicable à l'Ordre des médecins, institution de droit public, implique que des personnes qui remplissent un mandat au conseil d'appel de l'Ordre des médecins sont en droit, lorsque leur mandat est arrivé à échéance, de poursuivre l'exercice de leur fonction jusqu'au moment de leur remplacement ou de leur nouvelle désignation), Voy. aussi: J. Gijssels, '*Het stakingsrecht in de overheidsdiensten en het continuïteitsbeginsel*', in *Algemene rechtsbeginselen – Referaten van de lezingcyclus georganiseerd door de Universitaire Kontaktgroep Rechtstheorie*, Anvers, Kluwer, 1991, 297; P. Lewalle, *Le projet d'insertion d'un article 1412bis dans le code judiciaire et l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans le droit judiciaire renoué*, Bruxelles, Larcier, 1994, 151; A. Vareman, '*Vaarwel aan de absolute uitvoeringsimmunitet*', *Proces en Bewijs* 1994, 67.

- la non rétroactivité des arrêtés réglementaires:

Cass., 22 janvier 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, n° 44 et les conclusions de M. l'avocat général Leclercq .

- primauté sur les dispositions de droit national des dispositions de droit international (y compris le droit communautaire) ayant un effet direct

Cass., 3 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 593 (pour pouvoir apprécier s'il y a violation du principe relatif à la primauté du droit international, les dispositions conventionnelles internationales ayant fait l'objet de cette violation doivent être connues); 5 décembre 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, n° 533; 26 mars 1980, *Bull. et Pas.*, 1980, n° 473; 26 septembre 1978, *Bull. et Pas.*, 1979, 116; 14 janvier 1976, *Bull. et Pas.*, 1976, 547 et les conclusions de M. le premier avocat général Dumon dans A.C. 1976. La question se pose toutefois de savoir s'il s'agit bien d'un principe général du droit ayant une valeur constitutionnelle ou une règle qui se déduit de la nature même du droit international; en ce sens: Cass., 27 mai 1971, *Bull. et Pas.*, 1971, 959; 13 septembre 1984, *Bull. et Pas.*, 1985, I, 65 ; P. Martens, «La Cour de cassation et la Cour d'arbitrage – Les paradoxes du respect » in *Imperat lex - Liber Amicorum Pierre Marchal*, Larcier, 2003, 131.

- séparation des pouvoirs

Cass., 13 janvier 2003, S.00.0007.F, avec les conclusions de M. le premier avocat général J.-F. Leclercq ; 17 décembre 2001, S.00.0012.F et les conclusions de M. le premier avocat général Leclercq (en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, le juge ne peut se substituer à l'administration pour prononcer contre le chômeur une nouvelle sanction remplaçant celle qu'il annule mais doit, pour autant que le chômeur satisfasse à toutes les autres conditions légales pour avoir droit aux allocations, rétablir celui-ci dans les droits dont la sanction annulée avait pour effet de le priver); 31 mai

2001, C.98.0198.N (le pouvoir judiciaire est compétent pour contrôler la légalité externe et interne des actes ou des abstentions des autorités et pour examiner si ce comportement est conforme à la loi ou s'il est entaché d'excès ou de détournement de pouvoir ; il ne lui appartient pas d'apprécier l'opportunité de pareil acte ou abstention) ; 22 mars 2001, F.00.0057.N; 14 décembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, n° 520; 2 février 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, n° 57; 19 décembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 573; 10 juin 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, n° 227 et les conclusions de Monsieur l'avocat général Leclercq .Voir aussi «La séparation des pouvoirs à l'aube du troisième millénaire», discours prononcé par Mme le procureur général E. Liekendael à l'audience solennelle de rentrée le 1^{er} septembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, 3.

§ 2. Droit judiciaire privé¹³

- égalité des armes:

Cass., 18 juin 2003, P.03.0719.F ; 22 mars 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, n° 154 et les conclusions de M. l'avocat général Leclercq

- stricte interprétation de la renonciation (la renonciation par une partie à un droit ne peut se déduire que de faits qui ne sont susceptibles d'aucune autre interprétation)

Cass., 7 avril 2003, S.02.0110.F ; 5 décembre 2002, C.02.0049.F ; 20 septembre 1984, *Bull. et Pas.*, 1985, n° 57; 24 septembre 1981, *Bull. et Pas.*, 1982; n° 67; 15 février 1974, *Bull. et Pas.*, 1974, 658; P. Claeys Bouúaert, "Algemene beginselen van het recht vijftien jaar rechtspraak van het Hof van Cassatie", R.W. 1986-87, 992; J. Kirkpatrick, "L'article 1080 du Code Judiciaire et les moyens de cassation pris de la violation d'un principe général de droit", in *Liber Amicorum E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, 629.

- impartialité et indépendance du juge:

Cass., 28 février 2003, C.01.0221.N (du seul fait qu'un juge a ordonné une mesure provisoire avant de trancher un point litigieux, il ne résulte pas qu'il n'est plus objectivement impartial lorsqu'il statue à titre définitif sur ce point); 19 décembre 2002, C.02.0285.F ; 7 août 2001, P.01.0816.N (la simple circonstance que la demande de remplacement du chef du jury de jugement est inspirée par l'état émotionnel de l'intéressé, n'indique pas l'existence d'une quelconque partialité le rendant incapable de continuer à participer aux délibérations en tant que juré); 30 mai 2001, P.01.0803.F (les causes de récusation sont limitativement énumérées par la loi de sorte qu'une méconnaissance du principe général du droit relatif à l'impartialité du juge ne peut fonder une récusation. La Cour avait déjà statué en ce sens dans un arrêt rendu le 24 novembre 1994 en matière de discipline (*Bull. et Pas.*, 1994, n° 513). La suspicion légitime est devenue une cause de récusation depuis l'entrée en vigueur de la loi du 10 juin 2001 modifiant certaines dispositions du Code judiciaire, du Code d'instruction criminelle et du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, en ce qui concerne le dessaisissement et la récusation M.B. 22 septembre 2001. Voir l'article 828 du Code judiciaire); 31 mai 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 338 (L'impartialité des juges est supposée et la preuve de leur partialité ne peut ressortir du seul fait qu'ils indiquent dans leurs motifs des éléments défavorables au demandeur. La Cour avait

¹³ Voir M. Storme, "Algemene beginselen van behoorlijke procesvoering", in *Algemene rechtsbeginselen – Referaten van de lezingcyclus georganiseerd door de Interuniversitaire Kontaktgroep Rechtstheorie*, Anvers, Kluwer, 1991, 159.

déjà statué en ce sens dans un arrêt du 24 décembre 1999 (*Bull. et Pas.*, 1999, n° 705)); 19 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 48; 1 juin 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 323 (le juge qui s'est déjà prononcé sur la solution du litige dès avant l'ouverture des débats a perdu l'aptitude à juger la cause); 25 février 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 117; 7 mai 1997, *A.C.* 1997, n° 220 (le principe général du droit relatif à l'impartialité du juge est violé par le jugement de condamnation rendu par le conseil de guerre composé, notamment, d'un magistrat qui, en statuant sur la détention préventive, a siégé en la cause pour refuser la mise en liberté provisoire du prévenu); 21 novembre 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, n° 448 (le principe général du droit relatif à l'impartialité du juge, est violé par l'arrêt qui rejette l'exception de nullité soulevée contre la décision du fonctionnaire, délégué par le directeur des contributions, statuant sur la réclamation d'un contribuable alors qu'il avait précédemment, comme inspecteur chargé d'instruire la réclamation, remis au directeur un rapport écrit à ce sujet); 19 janvier 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, n° 33; 21 novembre 1989, *Bull. et Pas.*, 1990, n° 178 (la portée du principe général du droit relatif à l'impartialité du juge est méconnue par la cour d'appel qui, considérant qu'un expert ne présente plus les garanties requises d'objectivité, décide d'écarter des débats le rapport de cet expert); P. Claeys Bouúaert, *o.c.*, 977.

dont - le juge extra judiciaire:

Cass., 18 novembre 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, n° 470 et les conclusions de M. l'avocat général Piret (le principe général du droit en vertu duquel un juge doit être impartial vaut pour toutes les juridictions et, dès lors, aussi pour le directeur des contributions ou pour le fonctionnaire délégué par lui, qui statue sur les réclamations introduites par le contribuable contre le montant de l'imposition établie à sa charge); 23 mars 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, n° 446 (Le principe général du droit en vertu duquel un juge doit être impartial vaut pour toutes les juridictions et, dès lors, aussi pour le directeur des contributions ou pour le fonctionnaire délégué par lui, qui statue sur les réclamations introduites par le contribuable contre le montant de l'imposition établie à sa charge. Ce principe général du droit est notamment violé lorsque la décision est prise par un juge dont on peut objectivement craindre qu'il n'offre pas les garanties d'impartialité auxquelles le justiciable a droit. C'est le cas en matière d'impôts sur les revenus lorsque, en application de l'article 276 du Code des impôts sur les revenus, le taxateur qui a établi la taxation contestée, statue ultérieurement, en qualité de fonctionnaire délégué par le directeur des contributions, sur les griefs formulés par le contribuable contre l'imposition qui a été établie.)

- le juge disciplinaire:

Cass., 7 mai 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 269 (le principe général du droit relatif à l'indépendance et à l'impartialité du juge est applicable à toutes les juridictions et notamment au conseil d'appel de l'Ordre des médecins ; ce principe est méconnu lorsque participe à la décision, un juge dont on peut légitimement redouter qu'il ne présente pas les garanties d'impartialité auxquelles le justiciable a droit ; tel est le cas lorsqu'un membre de ce conseil d'appel participe à la prononciation d'une sanction disciplinaire alors qu'il fait partie de l'organe de contrôle, le Comité du Service de Contrôle médical de l'Institut national d'assurance maladie et invalidité qui a effectué l'instruction sur la base de laquelle cette sanction disciplinaire a été infligée); 25 février 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 117 (il peut se déduire de la circonstance que le médecin ayant connu de la cause a participé en qualité de membre du conseil provincial, après en avoir délibéré, à la décision de renvoi à la commission d'enquête, a personnellement pris part à l'instruction, aux délibérés et à la prononciation de la

décision par le conseil d'appel, que la décision du conseil d'appel a été rendue en violation du principe général du droit relatif à l'impartialité du juge); 20 juin 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 289; 9 décembre 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, n° 547; 22 avril 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, n° 194; 24 décembre 1993, *Bull. et Pas.*, 1994, n° 550 et les conclusions de Monsieur l'avocat général De Swaef dans A.C. 1993-94; 26 novembre 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, n° 489; 4 mars 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, n° 178; 4 février 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, n° 74 (le principe général du droit relatif à l'indépendance et à l'impartialité du juge qui est applicable à toutes les juridictions et notamment aux conseils provinciaux de l'Ordre des médecins est méconnu lorsque participe à la décision, un juge dont on peut légitimement redouter qu'il ne présente pas les garanties d'impartialité auxquelles le juge a droit ; tel est le cas lorsqu'un ou plusieurs membres qui ont pris part à la sentence d'un conseil provincial infligeant à un médecin une sanction disciplinaire ont, antérieurement à la décision de faire comparaître celui-ci devant le conseil, participé à l'instruction de la cause ; en revanche, une violation de ce principe ne saurait se déduire de la circonstance que des membres d'un conseil provincial qui ont participé à la décision prononçant une sanction disciplinaire à charge d'un médecin ont pris part à la décision avant dire droit de faire comparaître ce médecin devant le conseil.); 15 janvier 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, n° 28; 17 octobre 1991, *Bull. et Pas.*, 1992, n° 95; 30 mai 1991, *Bull. et Pas.*, 1991, n° 502 (en matière de discipline des ordres professionnels, le principe général du droit suivant lequel le juge doit être indépendant et impartial a pour objet essentiel de protéger les droits de la personne poursuivie et non ceux de l'ordre professionnel à l'origine de la poursuite); 12 novembre 1990, *Bull. et Pas.*, 1991, n° 141 (en matière disciplinaire, le principe relatif à l'impartialité et à l'indépendance du juge n'est applicable en tant que tel, qu'aux juridictions statuant sur des mesures disciplinaires et aux membres de ces juridictions. Le bureau du conseil qui instruit des plaintes relatives au comportement déontologique des membres de l'Ordre, n'agit pas en tant que juridiction et ses membres n'exercent pas, dès lors, une fonction juridictionnelle); 22 mars 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, n° 439; 3 novembre 1988, *Bull. et Pas.*, 1989, n° 134 (n'est pas un tribunal impartial, le conseil de discipline dont un assesseur, en sa qualité de bâtonnier du barreau d'un avocat poursuivi, antérieurement à l'instruction en premier degré de la cause disciplinaire, a cité cet avocat par lettre recommandée à comparaître devant le conseil de discipline et a précisé dans cette citation qu'il s'agissait « de faits constituant une infraction grave aux règles de la déontologie et pouvant entraîner des sanctions disciplinaires »).

- et le juge d'instruction:

Cass., 2 octobre 2001, P.01.0943.N (la circonstance que la composition de la chambre des mises en accusation ayant déjà statué dans le courant de l'instruction judiciaire sur l'appel interjeté contre la décision rendue par le juge d'instruction relativement aux actes d'instruction complémentaires est la même que celle statuant, à l'occasion du règlement de la procédure sur les actes d'instruction complémentaires ayant le même objet, ne saurait susciter de doute objectivement légitime quant à l'impartialité des juges); 2 octobre 2001, P.00.0049.N (le juge ayant rempli antérieurement les fonctions de juge d'instruction ne prend pas connaissance de la cause en ce qu'il siège en qualité de juge du fond à une audience au cours de laquelle une cause prise antérieurement en délibéré est remise à une date ultérieure pour sa prononciation en raison d'un délibéré ultérieur, de sorte qu'il ne saurait exister de doute légitime quant à l'impartialité des juges qui se prononcent ultérieurement sur la cause); 23 janvier 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, n° 49 (le juge ayant statué sur la détention préventive comme membre de la

juridiction d'instruction, peut faire partie du siège de la juridiction de jugement ayant à se prononcer sur une requête de mise en liberté provisoire); 13 mai 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, n° 472.

- nemo iudex in causa sua (interdiction d'être à la fois juge et partie dans une même cause):

Cass., 19 décembre 2002, C.02.0285.F ; 13 janvier 1986, *Bull. et Pas.*, 1986, n° 308 et les conclusions de M. l'avocat général Lenaerts dans A.C. 1985-86 (pour l'application du principe général du droit suivant lequel une personne ne peut être à la fois juge et partie dans une même cause, il faut entendre par «une même cause», le même litige); 6 mai 1982, *Bull. et Pas.*, 1982, n° 526 (Le principe général du droit suivant laquelle une personne ne peut être à la fois juge et partie dans une même cause ou dans une contestation où les mêmes moyens de défense sont invoqués entre les mêmes parties, constitue une règle essentielle de l'administration de la justice et est d'ordre public. L'avocat qui a représenté une partie dans une cause ne peut remplir les fonctions de juge dans la même cause ou dans une cause qui, sans être identique à la première, oppose les mêmes parties au sujet d'une contestation où peuvent être soulevés les mêmes moyens de défense); 13 octobre 1975, *Bull. et Pas.*, 1976, 191 et la note signée J.V. Il est également interdit d'être à la fois juge et expert dans une même cause, ainsi que la Cour l'a décidé dans les arrêts des 14 février et 21 juin 1977, *Bull. et Pas.*, 1977, 634 et 1074.

- droits de la défense:

Pour une étude approfondie du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense, voir plus loin dans le présent rapport annuel, le discours prononcé par Monsieur le procureur général J. du Jardin à l'audience solennelle de rentrée du 1^{er} septembre 2003. Cass., 19 juin 2003, C.01.0383.F ; 22 mai 2003, C.01.0490.F ; 6 mars 2003, C.01.0420.F ; 3 mars 2003, C.99.0268.N ; 20 décembre 2001, D.01.0009.N et D.00.0032.N ; 9 novembre 2001, C.00.0162.F ; 20 septembre 2001, C.98.0529.N ; 21 juin 2001, D.00.0003.N ; 16 février 2001, C.99.0477.N ; 12 février 2001, S.99.0188.F ; 11 janvier 2001, C.00.0192.F ; 30 novembre 2000, A.C. 2000, n° 657 ; 20 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 632 ; 5 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 523 ; 31 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 82 ; 28 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 74 ; 19 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 45 ; 13 septembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 455 ; 22 juin 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 384 ; 28 avril 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 248 ; 24 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 180 ; 14 janvier 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 24 ; 22 mai 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, n° 266 ; 3 avril 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, n° 191 ; 13 janvier 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, n° 23 ; 12 novembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 468 ; 4 septembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 330 ; 8 juillet 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 312 ; 7 avril 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 171 ; 27 mars 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 168 ; 21 octobre 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, n° 391 ; 4 décembre 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, n° 522 ; 26 juin 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, n° 326 ; 31 mai 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, n° 268 ; 8 février 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, n° 78 ; 1 juin 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, n° 278 ; 22 mars 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, n° 154 ; 14 septembre 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, n° 608 ; 19 juin 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, n° 552 et les conclusions de M. l'avocat général De Swaef dans A.C. 1991-92 ; 19 janvier 1989, *Bull. et Pas.*, 1989, n° 296 ; 11 avril 1988, *Bull. et Pas.*, 1988, n° 485 ; 20 novembre 1986, *Bull. et Pas.*, 1987, n° 177 ; P. Claeys Bouúaert, *o.c.*, 928 ; J. Kirkpatrick, "Un principe général de 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*, Larcier, 2003, 281 ; I. Opdebeek, "Het recht van verdediging en het recht om zijn standpunt naar voor te brengen", *o.c.*, 51.

- interdiction pour le juge de statuer ultra petita ; « autonomie des parties au procès » - « principe dispositif » - droit des parties en matière civile de déterminer elles-mêmes les limites du litige – interdiction pour le juge de modifier d’office la cause d’une demande sans ordonner la réouverture des débats :

Voir l’article 1138, alinéa 2 du Code judiciaire qui contient le principe dispositif mais qui a une portée plus limitée que ce principe. Cass., 20 février 2002, P.01.1045.F (En vertu du principe dispositif, le juge ne peut modifier d’office l’objet de la demande soit en l’amplifiant, soit en substituant une prétention à une autre ; ainsi, après avoir rejeté l’objet d’une demande, le juge ne peut y substituer d’office une condamnation qui n’a pas été sollicitée.); 17 janvier 2002, C.01.0128.N et les conclusions de M. l’avocat général délégué Thijs; 9 novembre 2001, C.00.0162.F (en retenant d’office à l’appui de sa décision l’existence d’une faute, sans soumettre ce moyen à la contradiction des parties la cour d’appel viole l’article 1138, 2°, du Code judiciaire et méconnaît le principe général relatif au respect des droits de la défense) ; 26 juin 2001, C.00.0137.N; 23 mars 2001, C.98.0063.N; 30 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 657 (méconnaît le principe dispositif et le principe général du droit imposant le respect des droits de la défense le juge qui élève d’office une contestation à l’appui de sa décision sans soumettre ce moyen à la contradiction des parties); 21 septembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 486 (le juge qui alloue une pension alimentaire supérieure à celle qui est demandée – les indexations étant également prises en considération – viole l’article 1138, 2°, du Code judiciaire et le principe dispositif); 7 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 15 (le juge peut suppléer d’office aux motifs invoqués par les parties à l’appui de leur demande, à la condition, toutefois, de ne pas soulever une contestation dont les parties ont exclu l’existence par la voie de conclusions, de se fonder uniquement sur des éléments qui lui ont été régulièrement soumis et de ne modifier ni l’objet ni la cause de la demande); 17 septembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 467; 1 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 122 (le juge d’appel qui, nonobstant l’accord des parties pour modifier la mission de l’expert telle qu’elle a été déterminée par le premier juge, décide qu’il n’y a pas lieu de modifier cette mission, élève une contestation dont les conclusions des parties ne font pas état et au sujet de laquelle les parties n’ont pu s’expliquer et viole, ce faisant, le principe dispositif et le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense); 1 octobre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, n° 425 (lorsque la partie lésée par un acte illicite réclame des intérêts sur le montant dû, sans préciser s’il s’agit d’intérêts compensatoires ou moratoires, le juge qui condamne l’auteur responsable peut considérer que les intérêts demandés sont des intérêts compensatoires sans violer ni l’article 1138, 20 du Code judiciaire ni le principe dispositif); 7 mai 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, n° 228 (l’obligation de constater que la pension après divorce est adaptée de plein droit aux fluctuations de l’indice des prix à la consommation qui incombe au juge accordant une telle pension implique que, si la partie demanderesse ne demande pas expressément cette adaptation, le juge qui accorde l’indexation ne viole pas ainsi le principe dispositif); 9 février 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, n° 77 (en condamnant une partie sur la base d’un montant qui se situe entre les extrêmes proposés par les parties et en fondant sa décision sur les éléments matériels qui lui sont fournis par celles-ci, le juge, d’une part, tranche une contestation qui lui est déférée, d’autre part, ne se fonde pas sur une connaissance personnelle de l’affaire); 30 juin 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 311; 16 juin 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 274 (adjudge plus qu’il n’a été demandé, l’arrêt qui, en définissant les dommages-intérêts adjugés, cite un poste de préjudice non demandé par le demandeur, même si l’indemnité totale demandée est plus élevée que l’indemnité adjugée); 24 février 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 104; 13 juin 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, n° 299 (lorsque la

demande de paiement d'arriérés de rémunération est fondée sur l'infraction de non-paiement de rémunération, le juge a modifié l'objet de ladite demande et, dès lors, méconnu le principe dispositif, en allouant des dommages et intérêts); 22 avril 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, n° 194; 19 janvier 1989, *Bull. et Pas.*, 1989, n° 294; 22 janvier 1987, *Bull. et Pas.*, 1987, n° 300; P. Claeys Bouúaert, *o.c.*, 984; J. Kirkpatrick, "L'article 1080 du Code Judiciaire et les moyens de cassation pris de la violation d'un principe général de droit", *o.c.*, 630.

- motivation des jugements et arrêts :

Ce principe est consacré par l'article 149 de la Constitution. Cass., 7 décembre 2001, C.99.0506.F et les conclusions de Monsieur le procureur général du Jardin, publiées dans *J.T.* 2002, 516. Voir aussi I. Verougstraete, «*Het Hof van Cassatie en de motiveringsplicht*», in *Mélanges de Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000. 1061.

§ 3. Procédure pénale

- droits de la défense:

Pour une étude approfondie du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense voir plus loin dans le rapport annuel, le discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée du 1^{er} septembre 2003 par le procureur général J. du Jardin. Cass., 4 juin 2003, P.03.0779.N; 7 mai 2003, P.03.0638.F; 29 avril 2003 (deux arrêts), P.03.0182.F et P.02.1461.N2 avril 2003, P.03.0446.F; 26 mars 2003, P.03.0208.F; 12 mars 2003, P.03.0313.F, 19 février 2003, P.02.1400.F; 23 avril 2002, P.02.0174.N; 12 février 2002, P.00.0984.N; 9 janvier 2002, P.00.1531.F et P.01.0671.F, P.01.1416.F, P.01.1035.F et les conclusions de M. l'avocat général Spreutels; 11 décembre 2001, P.01.1535.N; 31 octobre 2001, P.01.1384.F; 17 octobre 2001, P.01.1333.F; 26 septembre 2001, P.01.0733.F; 31 juillet 2001, P.01.1011.F, P.01.1079.F; 24 juillet 2001, P.01.0791.F; 27 juin 2001, P.01.0743.F; 16 mai 2001, P.01.0305.F; 9 mai 2001, P.01.0674.F; 2 mai 2001, P.01.0180.F; 24 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 180; 14 février 2001, P.00.1350.F et P.00.1353.F; 13 décembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 689; 29 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 655; 15 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 626; 21 juin 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 387 et 389; 14 juin 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 368; 16 mai 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 293; 29 mars 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 211; 5 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 7; 3 novembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 583; 3 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 125; 24 février 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 112 et 113.

- autorité de la chose jugée en matière pénale :

Cass., 9 janvier 2002, P.01.1035.F, et les conclusions de M. l'avocat général Spreutels (La décision par laquelle le Tribunal international pour le Rwanda ne confirme pas l'acte d'accusation du Procureur de ce Tribunal n'est pas une décision de fond et, partant, n'a pas autorité de chose jugée quant à l'existence ou l'inexistence des faits et leur qualification. Les décisions des juridictions d'instruction n'ont autorité de chose jugée que lorsque celles-ci statuent comme juridiction de jugement. Ensuite la Cour répète ce qu'elle a déjà décidé dans l'arrêt du 26 juin 1997 (*Bull. et Pas.*, 1997, n° 303), 30 octobre 1997 (*Bull. et Pas.*, 1997, n° 435) et 22 septembre 1999 (*Bull. et Pas.*, 1999, n° 478), notamment que l'autorité de la chose jugée en matière répressive ne s'attache qu'à ce qui a été certainement et nécessairement jugé par le juge pénal, concernant l'existence des faits mis à charge du prévenu, et en prenant en

considération les motifs qui sont le soutien nécessaire de la décision répressive); 19 décembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 709; 12 avril 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 249 (une décision d'avant dire droit n'a pas, en règle, autorité de chose jugée); 24 décembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 705 (une décision rendue sur l'action publique n'acquiert l'autorité de la chose jugée avec toutes les conséquences qui s'y attachent que lorsque l'action publique est éteinte, c'est-à-dire lorsque la chose a été irrévocablement jugée ; tel n'est pas le cas aussi longtemps que le pourvoi en cassation n'a pas été rejeté); 29 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 189 (l'ordonnance ou l'arrêt de non-lieu rendus par une juridiction d'instruction en raison de l'absence de charges suffisantes contre l'inculpé n'ont pour effet que d'arrêter provisoirement l'exercice de l'action publique ; ils n'ont donc pas l'autorité de la chose jugée à l'égard de l'action portée devant le juge civil par une partie qui entend faire valoir des droits déduits de l'existence des faits reprochés); 1er décembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, n° 498 (en cas de cassation limitée aux décisions rendues sur l'action civile, le juge de renvoi doit apprécier, du point de vue de la recevabilité de cette action civile, la recevabilité de l'action publique à laquelle celle-ci est subordonnée ; méconnaît en conséquence le principe général du droit de l'autorité de la chose jugée, le juge de renvoi qui considère que l'arrêt de la Cour « laisse intacte » l'autorité de chose jugée qui s'attache aux dispositions de l'arrêt cassé relatives à la recevabilité des poursuites); 2 octobre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 381 (l'autorité de la chose jugée au pénal ne fait pas obstacle à ce que, lors d'un procès civil ultérieur, une des parties ait la possibilité de contester les éléments déduits du procès pénal, dans la mesure où elle n'était pas partie à l'instance pénale ou dans la mesure où elle n'a pas pu librement y faire valoir ses intérêts). Cette décision a manifestement limité le caractère *erga omnes* du principe général du droit de l'autorité de la chose jugée en matière répressive; 24 janvier 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 45 (en vertu du principe général du droit de l'autorité *erga omnes* de la chose jugée au pénal, la décision du juge pénal acquiert l'autorité de la chose jugée à l'égard du juge civil tant en ce qui concerne les faits que, dans les limites de sa mission légale, le juge pénal a déclaré certainement et nécessairement établis à charge du prévenu qu'en ce qui concerne les motifs fondant nécessairement cette décision; il s'ensuit qu'en règle, ces faits ne peuvent plus être contestés par les parties ou par des tiers au cours d'une contestation civile ultérieure. Le juge civil qui considère le fait qu'un assuré a conduit un véhicule en état d'intoxication alcoolique, qui constitue une infraction, comme étant une faute grave, tout en constatant que le juge pénal a acquitté l'assuré de cette infraction, viole l'autorité de la chose jugée au pénal); 20 septembre 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, n° 323. Voir F. Rigaux, "L'érosion de l'autorité '*erga omnes*' de la chose jugée au pénal par la primauté du droit au procès équitable", *R.C.J.B.* 1992, 10-17, à propos de la situation existant avant l'arrêt du 2 octobre 1997.

- principe selon lequel un prévenu ne peut être interrogé sous serment comme témoin dans sa propre cause, même pas à sa propre demande:

Cass., 19 septembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 478

- loyauté dans l'obtention des preuves en matière pénale

Cass., 25 juin 2003, P.03.0851.F ; 5 mars 2003, P.03.0010.F. Voy. la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction.

- présomption d'innocence

17 septembre 2003, P.03.1018.F.

§ 4. Droit matériel, spécialement droit privé ¹⁴

-interdiction de l'enrichissement sans cause (ou de transfert de patrimoine) – actio de in rem verso :

Ce principe est consacré par l'article 555 du Code civil. Cass., 7 septembre 2001, C.99.0520.F; 18 avril 1991, *Bull. et Pas.*, 1991, n° 431 (A défaut de convention entre les parties le preneur peut, en vertu du principe général du droit suivant lequel nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui, être indemnisé des améliorations qu'il a apportées au bien loué à condition que le bailleur ne s'est pas trouvé dans l'impossibilité d'exiger leur enlèvement); P. Claeys Bouúaert, *o.c.*, 991.

- interdiction d'abus de droit:

Cass., 17 mai 2002, C.01.0101.F (Il peut y avoir abus de droit lorsqu'un droit est exercé sans intérêt raisonnable ou suffisant notamment lorsque le préjudice causé est sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu. Dans l'appréciation des intérêts en présence le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause. La Cour a statué dans le même sens dans l'arrêt du 15 mars 2002, C.01.0225.F); 8 février 2001, C.98.0470.N (le principe consacré par l'article 1134 du Code civil, en vertu duquel les conventions doivent être exécutées de bonne foi, interdit à une partie d'abuser des droits qui lui sont octroyés par la convention. Constitue un abus de droit lors de l'exécution de la convention, l'exercice de droits d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ces droits par une personne prudente et diligente. La Cour a statué dans le même sens dans l'arrêt du 1^{er} février 1996 (*Bull. et Pas.*, 1996, n° 66)); 21 juin 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 392 (abus de droit judiciaire); 11 juin 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, n° 534 (la sanction de l'abus de droit n'est pas la déchéance de ce droit mais seulement sa réduction à son usage normal ou la réparation du dommage que l'abus a causé); 5 mars 1984, *Bull. et Pas.*, 1984, n° 374, P. Claeys Bouúaert, *o.c.*, 988.

- *fraus omnia corrumpit* (le dol anéantit tout) :

Cass., 6 novembre 2002, P.01.1108.F et les conclusions de M. l'avocat général Spreutels (le principe général du droit *fraus omnia corrumpit* exclut que l'auteur d'une infraction intentionnelle puisse prétendre à une réduction des réparations dues à la victime de cette infraction en raison des négligences que celle-ci aurait commises; 3 octobre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 386 (l'application du principe général du droit *fraus omnia corrumpit* suppose l'existence d'une fraude, laquelle implique la volonté malicieuse, la tromperie intentionnelle, la déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain); 16 juin 1987, *Bull. et Pas.*, 1987, n° 627; 29 mai 1980, *Bull. et Pas.*, 1980, n° 612 (lorsque le dol a déterminé le consentement, la partie qui a commis le dol ne peut invoquer l'imprudence ou la négligence de la partie adverse; une telle imprudence ou négligence ne saurait avoir pour conséquence de dispenser l'auteur du dommage de la réparation intégrale de celui-ci.); 23 septembre 1977, *Bull. et Pas.*, 1978, 107 et les conclusions de M. l'avocat général Krings dans A.C. 1978 (lorsque d'après les constatations souveraines du juge du fond, le dol a déterminé le consentement, l'auteur du dol ne peut invoquer l'imprudence ni même la négligence grave et inexcusable de la victime du dol. Ladite imprudence ou négligence ne saurait avoir pour conséquence

¹⁴ Voy. également A. Van Oevelen, "Algemene rechtsbeginselen in verbintenissen- en contractenrecht", in *Algemene rechtsbeginselen – Referaten van de lezingencyclus georganiseerd door de Interuniversitaire Kontaktgroep Rechtstheorie*, Anvers, Kluwer, 1991, 78.

de rendre le dol excusable à son tour ni d'empêcher l'annulation de la convention ou l'octroi de dommages-intérêts); P. Claeys Bouúaert, *o.c.*, 991; J. Kirkpatrick, "L'article 1080 du Code Judiciaire et les moyens de cassation pris de la violation d'un principe général de droit", *o.c.*, 629.

- la non-rétroactivité de la loi:

Cass., 18 juin 2003, P.03.0534.F ; 2 mai 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, n° 212 (en vertu d'un principe général du droit que consacre notamment l'article 2 du Code civil, la loi est immédiatement applicable à tous les effets futurs de situations nées sous l'empire de la loi antérieure); 19 février 1987, *Bull. et Pas.*, 1987, n° 361 (la loi s'applique non seulement aux situations qui naissent à partir de sa mise en vigueur, mais encore aux effets futurs des situations nées sous le régime de la loi antérieure qui se produisent ou se prolongent sous l'empire de la loi nouvelle); voir aussi P. Claeys Bouúaert, *o.c.*, "Algemene beginselen van het recht vijftien jaar rechtspraak van het Hof van Cassatie", *R.W.* 1986-87, 915.

- exceptio non adimpleti contractus – exception d'inexécution en matière de conventions synallagmatiques:

Cass., 2 mai 2002, C.01.0185.N (la règle de l'article 1184, alinéa 3, du Code civil, tend à ce qu'en l'absence d'une clause résolutoire expresse, la résolution soit soumise au contrôle du juge dans l'intérêt de la sécurité juridique et de l'équité. Cette règle n'empêche toutefois pas qu'une partie à un contrat synallagmatique puisse décider, de sa propre autorité et à ses propres risques, de ne pas exécuter ses obligations et de notifier à son cocontractant qu'elle considère le contrat comme résolu et désire le rétablissement de la situation originaire. L'appréciation de la légalité de cette décision unilatérale est soumise au juge à l'occasion d'une demande ultérieure de résolution judiciaire dans le cadre de laquelle, s'agissant de l'appréciation des conséquences de la résolution et des droits que les parties peuvent invoquer, le juge peut décider que, eu égard au manquement de son adversaire, la partie contractante n'a pas commis de faute en considérant unilatéralement le contrat comme résolu) ; 15 juin 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 372 (la Cour reproduit la jurisprudence de ses arrêts des 2 novembre 1995 (*Bull. et Pas.*, 1995, n° 467) et 26 mai 1989 (*Bull. et Pas.*, 1989, n° 549) : dans un contrat synallagmatique, une partie peut demander (sans l'intervention du juge) que l'exécution de ses propres obligations soit différée pour autant qu'elle apporte la preuve que son cocontractant reste lui-même en défaut d'exécuter les siennes et ce, jusqu'à ce qu'il les exécute. En outre la Cour décide que le principe général du droit relatif à l'exception d'inexécution en matière de contrats synallagmatiques résulte de l'interdépendance des obligations réciproques des parties et qu'il ressort du principe général du droit relatif à l'exception d'inexécution en matière de contrats synallagmatiques que dans le cas où une partie dans un contrat synallagmatique demande l'exécution de ses obligations par son cocontractant et que celui-ci invoque que le demandeur lui-même n'exécute pas ses obligations ou les a mal exécutées, le juge ne peut rejeter définitivement la demande du demandeur ou refuser d'ordonner une mesure d'instruction à propos du bien-fondé de cette demande par le seul motif que le demandeur lui-même n'a pas exécuté ses obligations) ; 4 décembre 1986, *Bull. et Pas.*, 1987, n° 207 (les parties pouvant déroger à la règle qui permet à chaque partie à un contrat synallagmatique d'invoquer le manquement de la partie adverse pour ne pas exécuter ses propres obligations, il ne peut légalement être déduit de la seule circonstance qu'une clause d'une convention implique pareille dérogation sous prétexte d'une interprétation restrictive, qu'une partie peut échapper en tout ou en partie à l'application de la sanction que prévoit cette clause); 6 mars 1986, *Bull. et*

Pas., 1986, n° 432; 15 juin 1981, *Bull. et Pas.*, 1981, 1179 (l'exception d'inexécution ne peut être invoquée que si le manquement aux obligations principales de la convention revêt un caractère de gravité); P. Claeys Bouúaert, *o.c.*, 992.

§ 5. Droit pénal¹⁵

- la non-rétroactivité de la sanction pénale:

Cass., 22 mars 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, 294

- non bis in idem ou l'interdiction pour le juge de condamner un prévenu du chef de faits pour lesquels il a déjà été condamné:

Se voir infliger une peine ainsi qu'une sanction administrative pour les mêmes faits n'est pas contraire au principe général du droit *non bis in idem*, voir à ce propos aussi le principe général du droit *non bis in idem* en droit fiscal. Cass., 29 avril 2003, P.02.1459.N (Le principe *ne bis in idem* inscrit à l'article 54 de l'Accord de Schengen du 19 juin 1990 est uniquement applicable lorsqu'un prévenu est jugé à propos des mêmes faits dans un autre Etat contractant à condition que, dans le cas où une peine ou une mesure a été prononcée, celle-ci ait déjà été subie ou effectivement mise à exécution ou qu'elle ne puisse plus être mise à exécution en vertu des lois de la partie contractante dont émane la condamnation); 4 février 2003, P.02.0494.N (le principe du droit *non bis in idem* requiert une identité en ce qui concerne tant le fait que la personne). Dans l'arrêt du 19 mars 2002 (P.00.1603.N) la Cour confirme qu'en vertu du principe général du droit *non bis in idem* et en vertu de l'article 14.7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays. Le retrait du permis de conduire ordonné en application de l'article 55 de la loi du 16 mars 1968 relative à la police de la circulation routière ne constitue pas une sanction mais une mesure préventive qui a pour but d'écarter de la circulation pour un temps déterminé les conducteurs dangereux. L'article 55 ne suppose pas d'examen préalable ni de constatation de culpabilité et son application est totalement indépendante des poursuites pénales ultérieures. Le principe général du droit *non bis in idem* ne s'applique pas à une telle mesure); 19 juin 2001, P.01.0362.N (nonobstant l'application éventuelle de l'article 13 de la loi du 17 avril 1878 ou de dispositions conventionnelles internationales dérogatoires, rien ne s'oppose à la poursuite en Belgique d'un fait du chef duquel le prévenu est déjà poursuivi à l'étranger, de sorte que le juge pénal n'est pas tenu de suspendre sa décision jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les mêmes faits à l'étranger); 28 mars 2001, P.99.1759.F (pour l'application des articles 54 et 56 de la Convention du 19 juin 1990 d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985, la juridiction pénale belge ne doit tenir compte de la décision de condamnation rendue à l'égard d'un prévenu par une juridiction étrangère appartenant à un Etat lié par la Convention qu'au cas où, selon son appréciation souveraine, les faits dont elle est saisie sont les mêmes que ceux qui ont été jugés à l'étranger); 31 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 589; 23 mai 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 315; 16 février 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 129 (la règle selon laquelle une

¹⁵ Voy. également D. Moons, "De toepassing van algemene rechtsbeginselen in het strafrecht in de verschillende fasen van de rechtspleging, waarbij de nadruk wordt gelegd op het vooronderzoek", in *Algemene rechtsbeginselen – Referaten van de lezingcyclus georganiseerd door de Interuniversitaire Kontaktgroep Rechtstheorie*, Anvers, Kluwer, 1991, 197.

personne ne peut être poursuivie une deuxième fois pour des faits ayant donné lieu à un jugement passé en force de chose jugée, ne s'applique qu'aux décisions du juge pénal qui statue au fond sur les poursuites et non aux décisions prises par les commissions de libération conditionnelle); 29 juin 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 408 (sans avoir égard au principe « non bis in idem » consacré par l'article 54 de la Convention du 19 juin 1990 d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985, il suit des dispositions de l'article 71 de cette Convention, de l'article 36.2.a de la Convention unique sur les stupéfiants du 30 mars 1961 et de l'article 22.2.a (i) de la Convention du 21 février 1971 sur les substances psychotropes, que les infractions commises sur le territoire de plusieurs parties contractantes, en ce qui concerne le trafic illicite des stupéfiants et des substances psychotropes, sont des infractions distinctes sanctionnées de façon distincte); 3 mai 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 257; 11 octobre 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, n° 376; 13 février 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, n° 86; 22 février 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, n° 89 (La juridiction répressive belge ne doit tenir compte de la décision rendue à l'égard du prévenu par une juridiction répressive étrangère que si l'infraction dont elle est saisie a été commise à l'étranger. La Cour a déjà statué en ce sens dans l'arrêt du 20 février 1991 (*Bull. et Pas.*, 1991, n° 335) qui a ajouté que l'article 14, alinéa 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques a pour seul but d'interdire, dans un même pays, après un jugement définitif d'acquiescement ou de condamnation, de nouvelles poursuites pour la même infraction; et que cette disposition qui consacre le principe *non bis in idem* et ne tend pas à reconnaître la valeur internationale d'un jugement répressif, n'est pas applicable en cas de condamnation prononcée par une juridiction étrangère); 5 mai 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, n° 464; J. Put, "*Bis, Sed non Idem*", *R.W.* 2001-2002, 937.

- in dubio pro reo (le doute profite au prévenu):

Cass., 16 mai 2001, P.01.0305.F (le doute qui doit profiter au prévenu est celui qui, dans l'esprit du juge, porte sur la culpabilité de la personne poursuivie concernant les faits faisant l'objet de la prévention et pas le doute quant à l'appréciation en fait d'un moyen de nullité qui ne pourrait conduire à l'acquiescement d'un prévenu. La Cour a statué dans le même sens dans un arrêt du 8 décembre 1999 (*Bull. et Pas.*, 1999, n° 669) et 2 mai 1990 (*Bull. et Pas.*, 1990, n° 515) dans lequel la Cour a ajouté que le principe général du droit *in dubio pro reo* est étranger au doute né dans le chef d'un prévenu relatif à un élément de l'infraction); 25 mai 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, n° 261 (le doute qui doit profiter au prévenu est le doute du juge et non le doute d'une autre personne quelle que soit sa qualité, spécialement le doute d'un expert qui n'exprime qu'un avis); 10 novembre 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, n° 726 (le juge apprécie la culpabilité d'un prévenu selon son intime conviction. Il le condamne lorsqu'il a la certitude humaine que le prévenu s'est rendu coupable du fait mis à sa charge); S. Van Overbeke, "*In dubio pro reo*", *R.W.* 1994-95, 1190.

- le caractère personnel de la peine:

Cass., 16 avril 2002, P.01.0119.N; 3 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 124 et les conclusions de M. l'avocat général Spreutels; 24 mai 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, n° 254 (viole le principe général de la personnalité des peines, le juge qui condamne le prévenu à une peine, sans indiquer qu'à son estime le prévenu a commis le fait mis à sa charge, mais considère qu'il est punissable par application d'une prétendue présomption légale de culpabilité. La Cour a déjà statué dans le même sens dans l'arrêt du 26 octobre 1994 (*Bull. et Pas.*, 1994, n° 454) et du 3 novembre 1992 (*Bull. et Pas.*, 1992, n° 711); 13 octobre 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, n° 409; 4 février 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, n° 290 (viole le principe général du droit de la personnalité des peines le

juge qui condamne le prévenu à une peine tout en admettant que le fait a pu être commis par une autre personne).

- application de la peine la moins forte:

Cass., 18 février 2002, S.01.0138.N. Ce principe général du droit est consacré par l'article 2, alinéa 2 du Code pénal et par l'article 15.1 P.I.D.C.P.

- interdiction de toute contrainte exercée sur la personne ou de violation de la personnalité:

Dans l'arrêt du 31 janvier 2001, P.00.1540.F avec les conclusions de M. l'avocat général Loop, la Cour considère que lorsqu'un inculpé a expressément consenti à un prélèvement corporel en vue d'une analyse ADN et accepté que son profil génétique puisse être comparé avec les traces relevées sur les lieux d'un fait criminel, ni le principe général du droit interdisant toute contrainte exercée sur la personne, ni le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Conv. D.H. dont relève le droit au respect de l'intégrité physique ni aucune disposition légale en vigueur, n'obligent le juge d'instruction, après avoir recueilli ce consentement de l'inculpé, à le lui redemander chaque fois que les besoins de l'instruction nécessitent une nouvelle comparaison de l'échantillon prélevé. Toutefois, en ce qui concerne la filiation la Cour considère dans l'arrêt du 17 décembre 1998 (*Bull. et Pas.*, 1998, n° 525 et 526) que l'interdiction d'exercer une contrainte sur la personne ou de violer la personnalité constitue un principe général du droit impliquant l'interdiction d'exercer toute contrainte physique notamment de contraindre celle-ci à accomplir un acte ou à se soumettre à un examen physique ou psychique ; le droit à l'intégrité physique n'est pas illimité et doit être interprété à la lumière des autres libertés fondamentales ainsi qu'il est prévu à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ce principe général du droit n'interdit pas qu'il soit procédé à une analyse sanguine ou à un autre examen prévu par l'article 331octies du Code civil, pour autant que la personne ne soit pas contrainte de se soumettre à un tel examen. L'arrêt avait considéré que le fait de se soustraire à un examen génétique sans motif légitime équivaut à une présomption de l'homme qui, jointe aux autres éléments de fait et aux circonstances du dossier constatées par l'arrêt, conforte la présomption de la paternité du demandeur. L'arrêt pouvait décider sans violer le principe général du droit interdisant toute contrainte sur la personne ou de violer la personnalité que le demandeur est le père de l'enfant. Cass., 25 février 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 110 (le principe général du droit interdisant toute contrainte exercée sur la personne ne fait pas obstacle à ce qu'en égard aux besoins de l'instruction, une personne, consentante, soit soumise à un prélèvement sanguin); P. Claeys Bouúaert, *o.c.*, 923.

- interdiction de se faire justice à soi-même:

Cass., 24 mai 1976, *Bull. et Pas.*, 1976, 1053, voir aussi, E. Dirix, 'Het verbod van eigenrichting als algemeen rechtsbeginsel', in *Algemene rechtsbeginselen – Referaten van de lezingcyclus georganiseerd door de Universitaire Kontaktgroep Rechtstheorie*, Anvers, Kluwer, 1991, 289.

§ 6. Droit fiscal¹⁶

- l'autorité de la chose jugée en matière d'impôts directs:

¹⁶ Voir aussi, F. Vanistendael, "Les principes généraux de droit en droit fiscal, *R.G.F.* 1991, 124.

Cass., 13 janvier 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, n° 26 (le principe de l'autorité de la chose jugée en matière d'impôts directs est violé par la cour d'appel qui, lors de l'appréciation de l'imposition qui a été substituée à une première imposition, modifie le motif d'annulation de celle-ci); 3 septembre 1968, *Bull. et Pas.* 1969, 4 et les conclusions de M. l'avocat général Mahaux.

- principes généraux de bonne administration :

Cass., 16 mai 2003, F.01.0081.N, avec les conclusions de M. l'avocat général délégué Thijs (les principes généraux de bonne administration ne peuvent être invoqués si leur application débouche sur un traitement contraire aux dispositions légales ; dès lors, ces principes ne peuvent avoir pour conséquence que l'administration soit dans l'impossibilité d'établir une nouvelle imposition prescrite par une norme contraignante); Cass., 20 février 2003, F.02.0008.F, 14 juin 2002, F.00.0054.F (les principes généraux relatifs à la sécurité juridique et à la confiance légitime sont étrangers au droit de l'administration de vérifier pour chaque exercice si la dépense ou charge que le contribuable entend déduire de ses revenus revêt ou non un caractère professionnel), 3 juin 2002, F.01.0044.F et les conclusions de M. le premier avocat général Leclercq (Les principes généraux de bonne administration qui s'imposent à l'administration des Finances, comportent le droit à la sécurité juridique. Ce droit implique notamment que le citoyen doit pouvoir faire confiance à ce qu'il ne peut concevoir autrement que comme une règle fixe de conduite et d'administration et en vertu duquel les services publics sont tenus d'honorer les prévisions justifiées qu'ils ont fait naître dans son chef. La Cour a déjà statué en ce sens dans l'arrêt du 6 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 598 et les conclusions de M. le premier avocat général Leclercq (dans lequel la Cour considère aussi qu'il suit des articles 245, alinéa 1^{er} et 246, alinéa 1^{er}, et 265, alinéa 1^{er}, du Code des impôts sur les revenus (1964) que si l'administration peut déterminer les bénéfices réalisés par le contribuable pour certains exercices par application d'un barème forfaitaire, elle n'est pas liée par ce mode d'évaluation des revenus imposables pour les exercices ultérieurs, la base imposable de chaque exercice se déterminant, compte tenu de l'activité exercée par le contribuable, d'après les revenus qu'il a réellement recueillis et que les éléments de preuve dont l'administration est en mesure de faire état à cet égard peuvent différer d'un exercice à l'autre, sans que de son attitude antérieure, même constante pendant plusieurs exercices, puisse naître pour le contribuable la conviction justifiée qu'elle ne fera pas usage de son droit de faire valoir d'autres éléments de preuve pour des exercices ultérieurs), van 11 mai 1998 (*Bull. et Pas.*, 1998, n° 237), du 13 février 1997 (*Bull. et Pas.*, 1997, n° 84) et du 27 mars 1992 (*Bull. et Pas.*, 1992, n° 405); 26 octobre 2001, F.00.0034.F et les conclusions de M. l'avocat général Henkes (Les principes de bonne administration comprennent le droit à la sécurité juridique et s'imposent à l'administration. Le droit à la sécurité juridique n'implique pas que le contribuable qui a conclu avec l'administration un accord faisant naître un régime contraire à des dispositions légales, puisse exiger de l'administration l'application d'un tel accord, dès lors que celui-ci n'a pu faire naître dans son chef des prévisions justifiées. La Cour a déjà statué en ce sens dans l'arrêt du 3 novembre 2000 (*Bull. et Pas.*, 2000, n° 596 et les conclusions de M. l'avocat général délégué Thijs), qui ajoute que le droit à la sécurité juridique d'un redevable n'est pas illimité et doit, dans certaines circonstances, céder devant le principe de la légalité de l'article 170 de la Constitution garantissant la sécurité juridique et l'égalité entre tous les recevables); 16 octobre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 411. D. De Schrijver, "*Kroniek fiscaal recht voor vennootschappen 2001*", *TRV* 2002, 201-203; N. Geelhand, "Le principe de la

croyance légitime en droit administratif et en droit fiscal", *R.C.J.B.* 1995, 53 et 488 et *R.W.* 1991-1992, 1466; B. Peeters, en P. Cauwenbergh, *'Het voorafgaand schriftelijk akkoord: fiscale (schijn)rechtszekerheid'*, *T.F.R.* 1993, 146; V. Scoriels, Le principe de confiance légitime en matière fiscale et la jurisprudence de la Cour de cassation, *J.T.* 2003, 301 ; S. Van Crombrughe, *'Het vertrouwensbeginsel in het fiscaal recht'*, *T.F.R.* 1996, 1.

- non bis in idem (interdiction pour le juge de condamner un prévenu du chef de faits pour lesquels il a déjà été condamné) :

Cass., 24 janvier 2002, C.00.0234.N et C.00.0442.N (En vertu du principe général du droit *non bis in idem* et en vertu de l'article 14.7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays. Cela ne fait pas obstacle à ce que les autorités belges prévoient des sanctions de diverse nature pour une même infraction, les unes régies par le système répressif national, les autres par le régime de la sanction fiscale administrative, même si cette sanction revêt un caractère répressif au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Que cela n'empêche pas davantage que le juge appelé à contrôler une sanction administrative à caractère répressif au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales peut examiner la légalité de cette sanction et, plus spécialement, examiner si cette sanction est conciliable avec les exigences impératives des conventions internationales ou du droit interne, y compris les principes généraux du droit. A cette fin, le juge peut avoir égard, en application du système répressif belge, lors de son appréciation, à des sanctions pénales prononcées antérieurement. Voir dans le même sens, l'arrêt du 5 février 1999 (*Bull. et Pas.*, 1999, n° 67 et les conclusions de M. l'avocat général Goeminne) dans lequel il a été décidé que les articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 14, § 1^{er}, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne s'opposent pas à l'existence d'un régime attribuant à l'administration la poursuite et la répression d'infractions à la réglementation fiscale, pour autant que le redevable puisse soumettre le contrôle de la sanction infligée à une instance judiciaire offrant toutes les garanties prévues à ces dispositions. Ce juge doit pouvoir contrôler si les conditions légales de la peine sont remplies et, à cette fin, apprécier les éléments de fait et de droit. Il doit aussi avoir la possibilité d'examiner la réalité de la sanction et aussi apprécier si la sanction est conforme aux dispositions légales, et plus spécialement, si elle ne viole pas les dispositions légales spécifiques ou les principes généraux du droit, ou si elle n'est pas contraire au devoir de prudence de l'administration. L'exercice de ce droit de contrôle n'implique toutefois pas que le juge puisse exonérer le redevable des obligations qui lui sont légalement imposées par les autorités uniquement par des motifs d'opportunité ou d'équité). Pour le commentaire de ces arrêts voir A. Alen, «*Naar een betere rechtsbescherming inzake administratieve geldboeten na de koerswijziging van het Hof van Cassatie in zijn arresten van 5 februari 1999*», *R.W.* 1999-2000, 630, et J. Kirkpatrick, S. Nudelholz, "Le contrôle judiciaire des amendes fiscales et le principe de proportionnalité", *R.C.J.B.* 2002, 594; cass., 3 mai 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 257. Voyez également E. Van Dooren, "*De regel 'non bis in idem' als algemeen rechtsbeginsel inzake locale fiscaliteit*", *R.W.* 1998-99, 465.

- non-discrimination:

Cass., 29 mars 2001, F.99.0077.F (Les règles d'égalité et de non-discrimination consacrées par les articles 10, 11 et 172 de la Constitution s'opposent à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la norme considérée, sont essentiellement différentes. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure prise ou de l'impôt établi ainsi que de la nature des principes en cause); 17 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 630 (Les règles constitutionnelles relatives à l'égalité entre les Belges et à la non-discrimination en matière fiscale ne font pas obstacle à ce qu'un traitement fiscal *différent* soit établi à l'égard d'une certaine catégorie de personnes pour autant que cette différence soit objectivement et raisonnablement justifiée. L'existence ou non d'une telle justification doit être contrôlée à la lumière du but et des effets de la taxe établie ainsi qu'à celle de la juste proportionnalité entre les moyens utilisés et le but visé); 16 octobre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 411 (l'éventuelle disproportion entre la base de la taxe et le but poursuivi ne constitue pas, en soi, une violation du principe d'égalité). Voyez également E. Krings, "L'égalité en matière fiscale dans la jurisprudence de la Cour de cassation", in *Protection des droits fondamentaux du contribuable* sous la direction de R. Andersen, Bruxelles, Bruylant, 1993, 63.

- effet non rétroactif de la loi fiscale:

Cass., 21 février 2003, F.01.0016.N; 25 mai 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 325 (En règle, une nouvelle loi est applicable non seulement aux situations nées postérieurement à son entrée en vigueur, mais aussi aux conséquences futures de situations nées sous l'empire de l'ancienne loi se produisant ou perdurant sous celui de la nouvelle loi, pour autant que cette application ne porte pas atteinte aux droits déjà irrévocablement établis. Lorsqu'une loi fiscale soumet une nouvelle catégorie d'actes, de situations ou de faits à l'impôt, les actes, situations ou faits accomplis antérieurement à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ne sont pas imposables en vertu du principe général du droit suivant lequel la loi n'a pas d'effet rétroactif).

§ 7. Droit disciplinaire

- non bis in idem (interdiction pour le juge de condamner un prévenu du chef de faits pour lesquels il a déjà été condamné) :

Cass., 12 janvier 2001, D.99.0014.N (nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays : cette règle ne fait pas obstacle à ce que les autorités belges prévoient des sanctions de diverse nature pour des faits identiques constituant des infraction, les uns régis par le système disciplinaire, les autres par le régime de la sanction administrative, même si les deux sanctions revêtent un caractère répressif au sens de l'article 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; voyez, dans le même sens, les arrêts de la Cour des 19 mars 2002, P.00.1603.N, et 24 janvier 2002, C.00.0234.N et C.00.0442.N, commentés *supra*).

- discrétion quant à l'examen, à l'instruction et au jugement des causes disciplinaires:

Cass., 20 septembre 1979, *Bull. et Pas.*, 1980, n° 45; 15 juin 1979, *Bull. et Pas.*, 1979, 1232; 19 avril 1979, *Bull. et Pas.*, 1979, 976 et la note signée P.D.; 26 octobre 1978, *Bull. et Pas.*, 1979, 227; 22 septembre 1972, *Bull. et Pas.*, 1973, 89.

SECTION 3 - RÈGLES QUI NE SONT PAS RECONNUES EN TANT QUE PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT

§ 1. Droit public et administratif

- égalité d'utilité du service public¹⁷
- "interprétation conforme à la Constitution des lois et règlements"¹⁸
- effet rétroactif d'un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat¹⁹
- concertation en conseil des ministres constituant une condition de validité des actes du gouvernement²⁰
- l'effet non rétroactif s'applique notamment aux actes individuels²¹
- principe de réciprocité dans les conventions internationales²²
- "prééminence de l'intérêt public sur l'intérêt particulier"²³
- *patere legem quam ipse fecisti* (l'auteur d'une norme doit lui-même la subir)²⁴
- primauté des dispositions de droit international ayant un effet direct (y compris le droit communautaire) sur les dispositions du droit national²⁵

§ 2. Organisation judiciaire et droit de la procédure civile

- "l'unité du droit"²⁶
- principe selon lequel le juge qui a participé à un jugement annulé par une juridiction supérieure ne peut plus connaître de la cause²⁷
- cumul des montants de diverses actions pour déterminer le ressort²⁸
- caractère accusatoire du procès²⁹
- *accessorium sequitur principale* (l'accessoire suit le principal)³⁰

¹⁷ Cass., 13 juin 2003, C.00.0725.N.

¹⁸ Cass., 28 septembre 2001, F.99.0010.N

¹⁹ Cass., 4 avril 2002, C.00.0457.N ; 8 juin 1984, *Bull.* et *Pas.*, 1984, n° 579.

²⁰ Cass., 10 avril 1987, *Bull.* et *Pas.*, 1987, n° 477 et les conclusions de M. l'avocat général Velu.

²¹ Cass., 19 octobre 1989, *Bull.* et *Pas.*, 1990, n° 105.

²² Cass., 25 mai 1987, *Bull.* et *Pas.*, 1987, n° 579 ; 23 février 1987, *Bull.* et *Pas.*, 1987, n° 372.

²³ Cass., 23 mai 1991, *Bull.* et *Pas.*, 1991, n° 488.

²⁴ Cass., 25 février 1991, *Bull.* et *Pas.*, 1991, n° 344.

²⁵ Voir section 2, § 1.

²⁶ Cass., 11 décembre 2001, P.00.0627.N

²⁷ Cass., 11 décembre 1972, *Bull.* et *Pas.*, 1973, 350.

²⁸ Cass., 18 novembre 1965, *Bull.* et *Pas.* 1966, 374.

²⁹ Cass., 17 octobre 1983, *Bull.* et *Pas.*, 1984, n° 89.

³⁰ Cass., 7 avril 1986, *Bull.* et *Pas.*, 1986, n° 479.

- *electa una via, non datur recursus ad alteram* (le choix d'une voie empêche le recours à une autre)³¹
- double degré de juridiction ou règle de la prononciation de la décision en deux instances³²
- "bonne administration de la justice"³³
- la bonne foi dans le procès³⁴
- le procureur général près la cour d'appel est le gardien des dossiers judiciaires³⁵
- "La Cour sait le droit"³⁶
- *lex specialis posterior derogat priori generali* (une norme particulière [qui règle une matière spécifique] suspend une norme générale [en cas de contradiction])³⁷
- la situation d'une personne poursuivie ne peut être aggravée sur son seul appel³⁸
- l'obligation de mise en demeure³⁹
- un jugement doit être prononcé par le juge qui a entendu la cause⁴⁰

§ 3. Droit de la procédure pénale

- principe de loyauté⁴¹
- secret de l'information⁴²
- caractère inquisitoire de la procédure pénale⁴³

³¹ Cass., 30 avril 1997, *A.C.* 1997, n° 209.

³² Cass., 27 février 2002, P.02.0164.F ; 16 mai 2001, P.01.0305.F ; 2 novembre 1989, *Bull. et Pas.*, 1990, n° 135 ; 10 décembre 1987, *Bull. et Pas.*, 1988, n° 221 ; 11 mars 1987, *Bull. et Pas.*, 1987, 827 ; 9 septembre 1986, *Bull. et Pas.*, 1987, n° 16 ; 4 juin 1986, *Bull. et Pas.*, 1986, n° 618 ; 3 octobre 1983, *Bull. et Pas.*, 1984, n° 59 ; 21 janvier 1983, *Bull. et Pas.*, 1983, n° 294.

³³ La Cour a considéré dans l'arrêt du 9 janvier 1996 (*Bull. et Pas.*, 1996, n° 16) que l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales comprend le principe de bonne administration de la justice, alors que l'arrêt du 18 novembre 1994 (*Bull. et Pas.*, 1994, n° 499) considère qu'il n'existe pas de principe de bonne administration.

³⁴ Cass., 6 décembre 1991, *Bull. et Pas.*, 1992, n° 187.

³⁵ Cass., 10 avril 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, n° 480.

³⁶ Cass., 24 février 1988, *Bull. et Pas.*, 1988, n° 387.

³⁷ Cass., 8 juin 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 349.

³⁸ Cass., 1 juin 1989, *Bull. et Pas.*, 1989, n° 565.

³⁹ Cass., 9 avril 1976, *Bull. et Pas.*, 1976, 887 (L'obligation d'une mise en demeure peut exister sur la base du principe dont fait application l'article 1146 du Code civil, lorsque l'assureur poursuit la déchéance stipulée pour le cas où l'assuré reste en défaut de remplir une de ses obligations. Cette mise en demeure n'est toutefois pas requise lorsqu'il est stipulé que le créancier est dispensé de la mise en demeure ainsi que, entre autres, lorsque la mise en demeure est inconciliable avec l'objet ou la nature de la convention ou avec la volonté des parties) ; P. Claeys Bouúaert, *o.c.*, 992.

⁴⁰ Cass., 14 décembre 1987, *Bull. et Pas.*, 1988, n° 231.

⁴¹ Cass., 5 mars 2002, P.00.1204.N. Le principe de loyauté ne doit pas être confondu avec la loyauté dans l'obtention des preuves en matière pénale, *voy. supra*.

⁴² Cass., 1 décembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 645 ; 28 avril 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 244 et la note signée R.L.

- principe général relatif à la charge de la preuve en matière pénale⁴⁴
- indivisibilité de la décision⁴⁵
- « nul ne plaide par procureur »⁴⁶
- la règle selon laquelle le jour de l'échéance d'un délai au plus prochain jour ouvrable, lorsque ce jour est un samedi, un dimanche ou un jour férié légal⁴⁷
- droit à un double degré de juridiction⁴⁸

§ 4. Droit matériel, spécialement droit privé

- égalité de traitement d'actes similaires⁴⁹
- toute personne est présumée être de bonne foi jusqu'à la preuve du contraire⁵⁰
- l'erreur constitue une cause de justification, lorsqu'elle est invincible⁵¹

⁴³ Cass., 26 mai 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 311.

⁴⁴ Cass., 13 novembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 475. Ce principe n'est pas reconnu par la Cour comme étant un principe général du *droit* en tant que tel.

⁴⁵ Cass., 17 février 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, n° 95 et le note signée S.D'H (Si en vertu des règles relatives à l'administration de la justice en matière correctionnelle et de police l'appréciation de la culpabilité et celle de la peine sont si intimement liées qu'il ne peut être statué sur la culpabilité et la peine à infliger par des décisions distinctes, le fait qu'il a déjà statué par jugement interlocutoire sur un élément matériel ou moral du fait mis à charge du prévenu, ne libère toutefois pas le juge de sa compétence et de sa mission pour statuer sur l'action publique. Pour les mêmes raisons, l'appel formé par le prévenu contre la décision définitive comprend tous les éléments de l'action publique qui ne peuvent être dissociés et défère nécessairement aux juges d'appel le contrôle de la légalité du jugement interlocutoire dans la mesure où celui-ci a déjà statué sur certains éléments même à défaut d'appel du prévenu contre le jugement interlocutoire) et n° 96 (Est nulle la décision faisant des constatations déterminantes pour une peine ou mesure à imposer au prévenu et pour des aspects de sa culpabilité, comme la constatation que le délai raisonnable est ou non dépassé, et d'autre part, la décision distincte le déclarant coupable, rendue par d'autres juges qui n'ont pas décidé eux-mêmes sur tous les aspects des faits qui lui sont imputés, sur sa culpabilité du chef de ceux-ci et sur la peine qui devait lui être imposée).

⁴⁶ Cass., 28 septembre 1984, *Bull. et Pas.*, 1985, n° 75 ; 2 septembre 1976, *Bull. et Pas.*, 1977, 1 ; 13 avril 1889, *Bull. et Pas.* 1899, I, 179.

⁴⁷ Cass., 10 octobre 1985, *Bull. et Pas.*, 1986, n° 82.

⁴⁸ Cass., 27 février 2002, P.02.0164.F ; 16 mai 2001, P.01.0305.F.

⁴⁹ Cass., 17 décembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, n° 504.

⁵⁰ Cass., 9 septembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 450.

⁵¹ Ce n'est que dans l'arrêt du 13 juin 1980 de la Cour (*Bull. et Pas.*, 1980, 1260) que cette règle a été considéré comme un principe général du droit dont il est fait application dans l'article 71 du Code pénal. La Cour décide dans le même arrêt que ce principe général du droit s'applique en matière disciplinaire. Dans l'arrêt du 19 décembre 1980 (*Bull. et Pas.*, 1981, n° 241 et les conclusions de M. le procureur général Dumon) la Cour considère toutefois qu'il n'existe pas de principe général du droit à propos de la force majeure, de l'erreur invincible ou de l'état de nécessité ni un autre principe général du droit tel que 'nul ne peut invoquer comme excuse son erreur de droit'. Cass., 24 mai 2002, F.01.0065.F ; 25 octobre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 559 (l'erreur peut, en raison de certaines circonstances, être considérée par le juge comme étant invincible, mais uniquement à la condition que, de ces circonstances, il puisse se déduire que le prévenu a agi comme l'aurait fait toute personne raisonnable et prudente. La Cour a déjà statué dans le même sens dans les arrêts du 23 janvier 1984 (*Bull. et Pas.*, 1984, n° 271), du 31 octobre 1994 (*Bull. et Pas.*, 1994, n° 462 et la note signée J.F.L.) et du 18 janvier 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 28 (La Cour considère dans ces deux derniers arrêts que la simple constatation que la personne qui invoque l'erreur de droit invincible a été mal informée, même par une personne qualifiée (comme un expert) ne saurait suffire) ; 18 novembre 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, n° 437 (l'erreur invincible n'entraîne pas l'impossibilité légale d'introduire une action en justice, elle ne constitue dès lors pas

- indivisibilité des moyens de preuve⁵²
- *nemo auditur suam turpitudinem allegans* (personnen'est écouté lorsqu'il fait état de son propre comportement scandaleux)⁵³
- théorie de la confiance légitime dans le droit des obligations⁵⁴
- respect dû aux attentes légitimes d'autrui⁵⁵
- un principe du droit fondé sur des relations d'affection, de respect et de dévouement, dues à la communauté du sang, sur lequel est fondé le droit de visite des grands-parents⁵⁶
- "les aliments ne s'arrangent point" ⁵⁷
- nul ne peut être déclaré déchu d'un droit subjectif attribué par la loi si ce n'est en vertu d'une loi⁵⁸
- "copie vaut original"⁵⁹
- "qui peut le plus peut le moins"⁶⁰
- la règle garantissant à tout praticien de l'art de guérir le libre choix des thérapies à appliquer aux patients⁶¹
- pour l'interprétation des actes écrits, la volonté réelle des parties prime sur la volonté déclarée⁶²
- "*ad impossibile nemo tenetur*"⁶³
- la justice distributive⁶⁴
- la possibilité, à l'égard des parties à une convention simulée, de se réclamer de cette convention plutôt que de la convention réelle⁶⁵

une cause de suspension de la prescription. La Cour a déjà statué dans le même sens dans l'arrêt du 20 mars 1995 (*Bull. et Pas.*, 1995, n° 158)).

⁵² Cass., 20 février 1981, *Bull. et Pas.*, 1981, n° 371.

⁵³ Cass., 2 décembre 2002, C.98.0460.N

⁵⁴ Cass., 26 mars 1980, *Bull. et Pas.*, 1980, n° 473.

⁵⁵ Cass., 26 mai 2003, S.01.0108.F, avec les conclusions de M. le premier avocat général J.-F. Leclercq.

⁵⁶ Cass., 4 mars 1976, *Bull. et Pas.*, 1976, 767 et la note signée F.D. ; P. Claeys Bouúaert, *o.c.*, 923. Ce principe du droit est classé dans la section 'règles qui ne sont pas reconnues comme des principes généraux du droit' puisqu'il n'est pas reconnu par la Cour comme étant un principe *général* du droit.

⁵⁷ Cass., 16 juin 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, n° 307 ; 25 mai 1984, *Bull. et Pas.*, 1984, n° 545 ; 2 juin 1978, *Bull. et Pas.*, 1978, 1173.

⁵⁸ Cass., 12 février 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 82.

⁵⁹ Cass., 3 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 505.

⁶⁰ Cass., 25 novembre 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, n° 517.

⁶¹ Cass., 13 novembre 1986, *Bull. et Pas.*, 1987, n° 158.

⁶² Cass., 19 février 1987, *Bull. et Pas.*, 1987, n° 367.

⁶³ Cass., 18 février 1991, *Bull. et Pas.*, 1991, n° 329 ; 27 mars 1919, *Bull. et Pas.* 1919, I, 112 (il faut conclure du principe élémentaire qu'à l'impossible nul n'est tenu que la force majeure domine la volonté humaine, fait échec à la loi elle-même et forme nécessairement exception à toutes les règles du droit, fussent-elles d'ordre public).

⁶⁴ Cass., 31 mai 1995, *Pas.* 1995, n° 268.

- “*res perit debitori*” (il incombe au preneur de souffrir la perte de la chose vendue)⁶⁶
- la règle selon laquelle une entreprise ressortit à une seule commission paritaire, notamment celle déterminée par l’activité principale de cette entreprise⁶⁷
- la théorie de la « *rechtsverwerking* »⁶⁸ ou le principe selon lequel un droit subjectif s’éteint ou à tout le moins ne peut plus être invoqué lorsque le titulaire de ce droit a adopté un comportement objectivement inconciliable avec ce droit, abusant ainsi de la confiance légitime du débiteur et de tiers
- « notions juridiques générales de la force majeure et du cas fortuit »⁶⁹.

§ 5. Droit pénal

- le principe de loyauté⁷⁰
- lorsqu’il y a plusieurs infractions, il ne pourrait être demandé à titre de règlement transactionnel qu’une seule somme et le montant de cette somme devrait être fixé comme si seule l’infraction punie de la peine la plus forte avait été commise⁷¹
- la faute lourde équivaut au dol⁷²
- proportionnalité (de la peine)⁷³
- la technique de pseudo-achat (ou de technique *undercover*) n’intervient qu’à titre subsidiaire, après épuisement des autres moyens d’instruction⁷⁴

§ 6. Droit fiscal

- principe suivant lequel les lois d’impôt sont de stricte interprétation⁷⁵

⁶⁵ Voir l’article 1321 du Code civil ; Cass., 19 mai 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, n° 247.

⁶⁶ Cass., 10 décembre 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, n° 516.

⁶⁷ Cass., 17 février 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, n° 319.

⁶⁸ Cass., 6 novembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 456 (une servitude s’éteint lorsque le titulaire du droit a adopté un comportement objectivement inconciliable avec ce droit) ; 20 février 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, n° 325 ; 6 décembre 1991, *Bull. et Pas.*, 1992, n° 187 ; 17 mai 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, n° 546 ; S. Cnudde, “*De rechtsverwerking verwerkt?*”, *T.B.H.* 1991, 207 ; L. Cornelis, “*Rechtsverwerking: een toepassing van de goede trouw ?*”, *T.P.R.* 1990, 545 ; J. Heenen, “A propos de l’extinction d’un droit subjectif par suite du comportement de son titulaire”, *R.C.J.B.* 1990, 599 ; P. Henry, et J.-F. Jeunehomme, “*Rechtsverwerking : révolution ou restauration?*”, *J.L.M.B. Centenaire*, 1988, 203 ; P. Henry, note sous Cass., 17 mai 1990, *J.L.M.B.* 1990, 884 ; I. Moreau-Margrève, “*Rechtsverwerking, réflexions pour un requiem*”, *Ann. dr. Liège* 1990, 286 ; I. Moreau-Margrève, “A propos de la *rechtsverwerking*, une procession d’Echternach ?”, *Act. Dr.* 1991, 205 ; M.E. Storme, “*Rechtsverwerking na de cassatiearresten van 17 mei 1990 en 16 november 1990: nog springlevend*”, *R.W.* 1990-1991, 1073 ; S. Stijns, “La *rechtsverwerking*, fin d’une attente (dé)raisonnable”, *J.T.* 1990, 685 ; Tertius, “*Rechtsverwerking*”, *J.T.* 1990, 699.

⁶⁹ Cass., 13 juin 2003, C.02.0557.N.

⁷⁰ Cass., 5 mars 2002, P.00.1204.N

⁷¹ Cass., 30 septembre 1987, *Bull. et Pas.*, 1988, n° 69.

⁷² Cass., 7 mars 1988, *Bull. et Pas.*, 1988, n° 417.

⁷³ Cass., 1er février 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, n° 62 ; 16 novembre 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, n° 490.

⁷⁴ Cass., 3 avril 2001, P.99.1170.N ; 17 janvier 1996, *R.D.P.* 1996, 1110.

⁷⁵ Cass., 10 novembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 464.

- celui qui bénéficie d'un paiement sur lequel une taxe est levée (...) doit finalement supporter la taxe⁷⁶
- le principe suivant lequel le droit comptable régit le droit fiscal⁷⁷
- interdiction de la même imposition de même nature d'un même revenu à charge d'un même contribuable⁷⁸.

§ 7. Droit disciplinaire

- règle 'relative au délai raisonnable en matière disciplinaire'⁷⁹
- proportionnalité (de la peine)⁸⁰
- unanimité requise en cas d'aggravation de la peine en matière disciplinaire en degré d'appel⁸¹
- obligation de la personne poursuivie disciplinairement de faire preuve de sincérité à l'égard de l'autorité disciplinaire⁸²

SECTION 4 - HIÉRARCHIE DES NORMES : QUELLE EST LA PLACE DU PRINCIPE GÉNÉRAL DU DROIT PAR RAPPORT À LA DISPOSITION LEGALE ?

§ 1. Antécédents

Certains principes généraux du droit sont mentionnés dans la Constitution ou dans la loi, d'autres non.⁸³ Selon le procureur général W.J. Ganshof van der Meersch, il n'existe pas de différence de nature entre les principes généraux du droit écrits et non écrits. Les seules différences surgissent sur le plan procédural (voir *infra*). Il écrit : "Quand le juge affirme et applique les principes généraux du droit, il ne fait qu'interpréter la volonté du législateur ou du constituant. Si le principe n'a pas été formulé dans la loi ou s'il ne l'a été qu'en vue de régler des applications déterminées, c'est que son existence est si certaine que le législateur estime ne pas devoir le constater dans un texte de loi."⁸⁴

⁷⁶ Cass., 25 janvier 1980, *Bull. et Pas.*, 1980, n° 315.

⁷⁷ Cass., 5 mai 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, n° 226.

⁷⁸ Cass., 21 novembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 498

⁷⁹ Cass., 21 juin 2001, D.00.0003.N

⁸⁰ L'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est toutefois appliqué dans ce contexte ; voy. cass., 19 novembre 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, n° 473 ; 17 septembre 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, n° 620.

⁸¹ Cass., 21 novembre 1991, *Bull. et Pas.*, 1992, n° 152.

⁸² Cass., 21 mars 1986, *Bull. et Pas.*, 1986, n° 459.

⁸³ Voir aussi, F. Leurquin-De Visscher, "Principes, principes généraux et principes fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, *Ann. dr. Louvain* 1996, 275.

⁸⁴ W.J. Ganshof van der Meersch, "Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit", *o.c.*, 50. Il se réfère aussi à cet égard à Geny qui a écrit à ce propos 'Ces principes généraux du droit, représentant un idéal de raison et de justice conforme au fond permanent de la nature humaine, on les présuppose à la base de la loi. On considère qu'ils ont dû être constamment présents à la pensée du législateur.'

Lorsqu'un principe général du droit est inscrit dans la Constitution, il est susceptible d'être considéré comme un principe général du droit ayant une valeur constitutionnelle à la lumière duquel une loi peut être contrôlée. Il est improbable que l'on accorde une valeur constitutionnelle à un principe général du droit qui n'est pas couvert par une disposition constitutionnelle.⁸⁵

Si le principe figure *expressis verbis* dans la Constitution, et donc si la signification du principe est entièrement couvert par une loi, la règle vaut en tant que disposition constitutionnelle et pas en tant que 'principe général du droit'.

Il est aussi possible qu'un principe général du droit soit exprimé dans une loi ou dans la Constitution mais qu'il ne soit pas nécessairement entièrement couvert par celles-ci ou qu'il ait un champ d'application plus étendu que celui prévu expressément par la loi ou la Constitution. Dans ce cas aussi le principe général du droit pourra interpréter ou compléter une loi imprécise ou comportant des lacunes⁸⁶. C'est le cas par exemple du devoir de motivation de celui qui est chargé d'une fonction juridictionnelle, qui est plus étendu que le prescrit de l'article 149 de la Constitution qui ne vise que 'les tribunaux ordinaires' du 'pouvoir judiciaire'. Le devoir de motivation s'applique à tous les organes de l'autorité⁸⁷ (sauf le législateur). Le principe général du droit '*fraus omnia corrumpit*' a, en droit positif, une portée beaucoup plus restreinte que celle exprimée par le principe.

§ 2. Principes généraux du droit ayant une valeur constitutionnelle

Ils complètent la Constitution, ils sont sous-jacents à la Constitution ou sont mentionnés dans la Constitution et sont hiérarchiquement supérieurs à la loi. Monsieur le procureur général F. Dumon énonce que les principes généraux du droit doivent être respectés par l'autorité réglementaire et administrative, par le juge et aussi par le pouvoir législatif, lorsqu'ils ont une valeur constitutionnelle.⁸⁸ Ces principes généraux du droit sont parfois aussi qualifiés de principe généraux du droit *sensu lato* ou considérés comme une source matérielle du droit⁸⁹.

⁸⁵ Le professeur F. Delpérée va plus loin. Il dit "Là où ces principes fondamentaux voient leur valeur juridique expressément ou implicitement consacrée par la Constitution – comme dans le préambule de la Constitution française de 1946 –, leur autorité ne saurait faire doute: ils ont même valeur que les autres dispositions constitutionnelles." Il reconnaît aussi l'existence de principes généraux du droit ayant une valeur réglementaire: "Là où, comme en droit belge, la valeur des principes fondamentaux reste indéterminée, leur autorité prête plus à discussion. Il semble qu'on puisse leur reconnaître une valeur identique à celle des règles écrites dont ils sont induits. Selon les cas, les principes généraux se verront conférer la valeur d'un texte constitutionnel, d'une disposition législative ou d'une mesure réglementaire." (F. Delpérée, *Droit constitutionnel*, Tome I – Les données constitutionnelles, Bruxelles, Larcier, 1980, 67-68.

⁸⁶ Voy. J. du Jardin, *Le droit de défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation (1990-2003)* – traduction du discours prononcé à l'audience solennelle le 1^{er} septembre 2003, spéc. section 1, § 2 (ce texte constitue le chapitre VI du présent rapport annuel).

⁸⁷ Loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, M.B. 12 septembre 1991.

⁸⁸ F. Dumon, "Artikel 95 G.W.", in X., *Gerechtig recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 37-38

⁸⁹ P. Van Orshoven, "Algemene rechtsbeginselen, in alle rechtstakken - Over de grondwettelijke waarde van de publiek- en privaatrechtelijke beginselen", in *Postuniversitaire Cyclus Willy Delva -Publiekrecht*, 1996/1997, n° 6

Les principes généraux du droit « ayant une valeur constitutionnelle » expriment l'idée de l'Etat de droit et constituent en tout cas des règles de comportement qui sont essentielles pour l'existence et le maintien de l'ordre juridique et qui, par définition, font partie de la Constitution qui comprend en effet les règles fondamentales régissant l'organisation et le fonctionnement de l'Etat et ses relations avec les groupes et les individus auxquels elle s'applique. En cas de contradiction apparente entre la loi et un tel principe général du droit il y a lieu d'examiner si la loi ne peut être interprétée conformément au principe auquel il est prétendument dérogé ; il faut présumer que le législateur n'a pas dérogé à des règles essentielles à la société. Dans un tel cas, le principe général du droit vaut en tant que source du droit complémentaire ou interprétative⁹⁰. La loi peut, dès lors, être contrôlée à la lumière de ces principes fondamentaux du droit⁹¹. Ces principes du droit constituent aussi un fil conducteur pour le législateur lorsqu'il élabore les lois.

Il s'agit des principes généraux du droit qui s'appliquent par excellence à l'exercice de la fonction législative : le principe relatif à la sécurité juridique⁹² (qui trouve son fondement dans le principe de l'Etat de droit); le principe d'égalité qui est inscrit dans les articles 10 et 11 de la Constitution; le principe de légalité qui trouve son fondement dans l'article 159 de la Constitution⁹³, la garantie de la liberté individuelle (article 12 de la Constitution) comprenant la liberté d'opinion; le droit à une vie conforme à la dignité humaine (article 23 de la Constitution) comprenant l'interdiction de pratiquer la torture. On peut incontestablement ajouter à la liste le principe de la séparation des pouvoirs⁹⁴ ainsi que le principe consacré par la loi du 8 août 1980 selon lequel il ne peut être dérogé à l'union monétaire et économique belge. Le principe de la prééminence du droit international ou supranational n'est pas en soi

⁹⁰ P. Van Orshoven, "Algemene rechtsbeginselen, in alle rechtstakken - Over de grondwettelijke waarde van de publiek- en privaatrechtelijke beginselen", in *Postuniversitaire Cyclus Willy Delva - Publiekrecht*, 1996/1997, 1 ; P. Van Orshoven, "Non scripta, sed nata lex", in *Algemene rechtsbeginselen - Referaten van de lezingcyclus georganiseerd door de Interuniversitaire Kontaktgroep Rechtstheorie*, Anvers, Kluwer, 1991, 79.

⁹¹ Ces principes du droit constituent selon P. Popelier des principes de bonne législation ; P. Popelier, "Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak", *T.P.R.* 1995, 1049. Voy. également P. Van Orshoven, "Non scripta, sed nata lex", in *Algemene rechtsbeginselen - Referaten van de lezingcyclus georganiseerd door de Interuniversitaire Kontaktgroep Rechtstheorie*, Anvers, Kluwer, 1991, 76 ; A. Alen, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Anvers, Kluwer, 1995, 88 ; A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme et J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Anvers, Kluwer, 1996, 45 ; L.P. Suetens, "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen", in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, I. Opdebeek, (red.), Anvers, Kluwer, 1993, 5 et 22.

Voy. J. Vandelanotte, *Overzicht van het publiek recht*, Bruges, Die Keure, 123.

⁹² La Cour d'arbitrage contrôle aussi la législation formelle à la lumière de ce principe du droit non écrit mis en rapport avec le principe d'égalité (voir Cour d'arbitrage, n° 25/90, 5 juillet 1990, *M.B.* 6 octobre 1990 ; n° 36/90, 22 novembre 1990, *M.B.* 28 décembre 1990 ; n° 10/93, 11 février 1993, *M.B.* 9 mars 1993 ; n° 59/ 93, 15 juillet 1993, *M.B.* 16 septembre 1993 ; n° 28/96, 30 avril 1996, *M.B.* 4 mai 1996. P. Bouvier, *Eléments de droit administratif*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2002, 53.

⁹³ Voy. les conclusions de M. le premier avocat général J.-F. Leclercq, point 8, sous cass., 6 novembre 2000, A.P.T., 2000/3, (236) 240.

⁹⁴ Mme le procureur général E. Liekendael a écrit : "S'il est vrai qu'aucun texte ne dispose expressément que, dans notre Etat de droit, les pouvoirs sont séparés, c'est en revanche l'économie tout entière de nos règles constitutionnelles qui reflète cette séparation." (*o.c.*, 3). L'article 151 de la Constitution n'implique qu'une reconnaissance limitée de l'indépendance du pouvoir judiciaire qui doit être complété par le principe général du droit.

un principe ayant une valeur constitutionnelle mais constitue en réalité un principe du droit qui trouve directement son origine dans le droit international⁹⁵.

§ 3. Principes généraux du droit ayant une valeur légale

Ils complètent la loi et sont hiérarchiquement supérieurs aux arrêtés d'exécution (généraux et individuels) élaborés par les autorités administratives⁹⁶. Ces principes généraux du droit sont parfois qualifiés de principes généraux du droit *sensu stricto* ou de principes généraux du droit 'proprement dits' ou considérés comme une source formelle du droit⁹⁷.

En font notamment partie le principe de diligence, le devoir d'audition, le principe de confiance, le principe du raisonnable, le principe de proportionnalité et le délai raisonnable.

Quant à la position des principes généraux du droit dans la hiérarchie des normes, la Cour de cassation considère : « ... que (...) les principes généraux du droit ne peuvent être appliqués par le juge dans une cause déterminée lorsque cette application serait inconciliable avec la volonté du législateur (...) ».⁹⁸ *“Een algemeen grondbeginsel bezit in ons nationaal recht geen juridische waarde die hoger is dan een wet der Wetgevende Macht (de grondwettelijke grondbeginselen vormen hierop nochtans een uitzondering).”*⁹⁹

En principe, la loi prime les principes généraux du droit, ou, les principes généraux du droit peuvent s'appliquer outre mais pas contre la loi. *“Heeft de wetgever [...] expliciet afbreuk gedaan aan de toepassing van een rechtsbeginsel, dan primeert zonder meer de wettekst. In de hiërarchie der rechtsbronnen nemen de algemene rechtsbeginselen dus duidelijk een ondergeschikte plaats in ten aanzien van de (formele) wetgeving.”*¹⁰⁰ Dès lors que des principes généraux (ayant une valeur légale) peuvent exister outre la loi, ils peuvent compléter des lacunes de la loi, ils peuvent alors être considérés comme une incitation pour le juge pour

⁹⁵ Cass., 27 mai 1971, *Bull. et Pas.*, 1971, I, 886 (arrêt dit Franco-Suisse). Cet arrêt part d'une vision moniste. Une modification de la Constitution qui détermine la hiérarchie d'une manière différente serait donc écartée par le juge.

⁹⁶ J. Vande Lanotte, *“Enkele knelpunten in de hiërarchie van de rechtsnormen”*, in *Postuniversitaire Cyclus Willy Delva -Publiekrecht*, 1996/1997, 37.

⁹⁷ P. Van Orshoven, *“Algemene rechtsbeginselen, in alle rechtstakken - Over de grondwettelijke waarde van de publiek- en privaatrechtelijke beginselen”*, in *Postuniversitaire Cyclus Willy Delva -Publiekrecht*, 1996/1997, n° 7.

⁹⁸ Cass., 30 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 587 ; 20 février 1991, *Bull. et Pas.*, 1991, n° 335 ; 20 décembre 1990, *Bull. et Pas.*, 1991, n° 215 ; 13 septembre 1989, *Bull. et Pas.*, 1989, n° 32. Voyez également E. Krings, *“Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit”*, *Bull. et Pas.*, 1991, 11, n° 14 ; J. Sace, *“Quelques réflexions sur les principes généraux de droit”*, in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 79 ; M. Van Hoecke, *« De algemene rechtsbeginselen als rechtsbron »*, in *Algemene rechtsbeginselen – Referaten van de lezingcyclus georganiseerd door de Interuniversitaire Kontaktgroep Rechts Theorie*, Anvers, Kluwer, 1991, 5.

⁹⁹ F. Dumon, *o.c.*, 40.

¹⁰⁰ M. Van Hoecke, *“De algemene rechtsbeginselen als rechtsbron: een inleiding”*, in *Algemene rechtsbeginselen*, Ed. Van Hoecke, *o. c.*, 5.

interpréter de manière plus restreinte ou plus étendue une certaine législation. Ces principes généraux du droit ne peuvent toutefois pas s'appliquer *contra legem*.

De manière indirecte, le juge ordinaire contrôlera toutefois dans certains cas l'application de la législation formelle à la lumière des principes généraux du droit ayant une valeur légale. C'est le cas notamment lorsqu'il examine si la sanction infligée en application de l'arrêté royal n° 41 du 30 janvier 1987 fixant le montant des amendes fiscales proportionnelles en matière de taxe sur la valeur ajoutée répond aux prescriptions légales y compris les principes généraux du droit.¹⁰¹ Lors du contrôle d'une sanction administrative à caractère répressif au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le juge peut examiner plus spécialement si cette sanction est conciliable avec les exigences impératives des conventions internationales ou du droit interne, y compris les principes généraux du droit.¹⁰² L'article 35, §§ 2 et 5 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive dispose que toutes les décisions qui imposent une ou plusieurs conditions à l'inculpé ou au prévenu sont motivées. Le juge ne peut déterminer librement les conditions à imposer que dans le cadre des limites légales, mais il ne peut pas davantage imposer des conditions contraires aux principes généraux du droit.¹⁰³

SECTION 5 - QUAND PEUT-ON ADMETTRE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT DU POINT DE VUE DE LA TECHNIQUE DE CASSATION ?

§ 1. Condition de recevabilité d'un moyen de cassation

Une des conditions de recevabilité d'un moyen de cassation est prévue par l'article 1080 du Code judiciaire qui dispose que : « La requête, signée tant sur la copie que sur l'original par un avocat à la Cour de cassation, contient l'exposé des moyens de la partie demanderesse, ses conclusions et l'indication des dispositions légales dont la violation est invoquée : le tout à peine de nullité ». En matière répressive, au contraire, aucune forme n'est prescrite en ce qui concerne la rédaction des moyens. L'indication dans le moyen de l'article de loi ou du principe général du droit dont la violation est invoquée n'est pas prescrite à peine de nullité en matière répressive.¹⁰⁴

Si ce n'est dans un seul arrêt du 10 janvier 1867¹⁰⁵, la Cour n'a admis l'existence de principes généraux du droit en tant que disposition légale au sens de l'article 608 du Code judiciaire en vertu duquel la Cour de cassation connaît des décisions rendues en dernier ressort qui lui sont déférées pour contravention à la loi ou pour violation des formes, soit substantielles, soit

¹⁰¹ Cass., 25 avril 2002, C.00.0464.N.

¹⁰² Cass., 24 janvier 2002, C.00.0234.N et C.00.0422.N. Voy. J. Kirkpatrick et S. Nudelholc, "Le contrôle judiciaire des amendes fiscales et le principe de proportionnalité", *R.C.J.B.* 2002, 594.

¹⁰³ Cass., 18 mars 2003, P.03.0352.N.

¹⁰⁴ R. Declercq, *De cassatieprocedure in strafzaken*, Louvain, Wouters, 1988, 148.

¹⁰⁵ Cass., 10 janvier 1867, *Pas.* 1867, I, 117 et les conclusions de M. le premier avocat général Leclercq.

prescrits à peine de nullité, qu'à partir des années 1950¹⁰⁶-1960¹⁰⁷. Jusqu'à cette date la violation d'un principe général du droit ne pouvait être invoquée dans un moyen de cassation si cette violation n'entraînait pas la violation simultanée d'une disposition légale

§ 2. Allégation de la violation d'un principe général du droit

A. ... LORSQUE LE PRINCIPE N'EST LIBELLÉ DANS AUCUN TEXTE DE LOI

Si le principe général du droit n'est libellé dans aucun texte de loi, il est possible de n'invoquer que la violation du principe général du droit (reconnu).

B. ... LORSQUE LE PRINCIPE EST LIBELLE DANS UN TEXTE DE LOI

S'il existe un texte de loi – au sens large – constatant le principe général du droit, il faut invoquer la violation de ce texte et il ne suffit pas d'invoquer le principe général du droit.

Si l'on invoque ainsi la violation du principe du droit consacrant la non-rétroactivité des règles de droit, il faudra aussi invoquer la violation de l'article 2 du Code civil. Le défaut de réouverture des débats en matière civile est invoqué sur la base de l'article 774, alinéa 2, du Code judiciaire. En cas de violation du devoir de motivation il faut aussi indiquer l'article 149 de la Constitution comme disposition violée.

C. IRRECEVABILITÉ DU MOYEN DE CASSATION

L'indication dans le moyen de cassation de la disposition légale libellant (totalement ou partiellement) le principe général du droit dont la violation est invoquée, est prescrite à peine d'irrecevabilité du moyen.

La Cour limite fréquemment la portée d'un moyen et du motif de cassation par la formule suivante : que, « dans cette mesure », le moyen est fondé. De cette manière il n'est souvent pas statué sur des principes de droit qui ont aussi été invoqués.

Pour être recevable il ne faut pas que le moyen invoquant la violation d'un principe de droit soit nouveau, sauf s'il est d'ordre public ou de droit impératif car ce n'est que dans ce cas qu'il peut être invoqué pour la première fois en cassation¹⁰⁸.

Si la violation invoquée est fondée sur un fait qui n'est pas constaté par le juge ou qui a été apprécié différemment, ce fait doit d'abord être 'rétabli' par le moyen. Cela ne peut se faire qu'en alléguant au préalable la violation de la foi due, le défaut de réponse, etc. La Cour considère ainsi dans son arrêt du 14 mars 1994¹⁰⁹ qu'est irrecevable le moyen qui n'invoque

¹⁰⁶ Cass., 14 juin 1956, *Bull. et Pas.*, 1956, I, 1111 et les conclusions de M. l'avocat général Ganshof van der Meersch.

¹⁰⁷ Cass., 2 mai 1961, *Bull. et Pas.*, 1961, 926 ; 29 avril 1960, *Bull. et Pas.*, 1960, 1000 et les conclusions de M. l'avocat général Mahaux; 6 et 29 avril 1960, *Bull. et Pas.*, 1960, 915 et 1000, et les conclusions de M. l'avocat général Mahaux sous ces deux arrêts.

¹⁰⁸ Cass., 29 janvier 2003, P.02.1684.F.

¹⁰⁹ Cass., 14 mars 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, n° 119 et les conclusions de M. l'avocat général Leclercq .

que la violation du principe général de bonne administration et est fondé sur une appréciation des faits à propos de laquelle l'arrêt attaqué ne se prononce pas.

Si la question de l'existence et de la formulation du principe du droit se pose, c'est à ce moment-là que la Cour se prononcera à ce propos et seulement dans le cadre de la matière concernée. La Cour de cassation est réticente quant à la qualification d'une règle en tant que 'nouveau' principe général du droit.

§ 3. Allégation de la violation d'un adage ou d'une règle qui n'est pas reconnue en tant que principe général du droit

Quant à la violation d'un adage (voir supra l'énonciation de tels adages), elle ne peut entraîner la cassation que s'il est consacré par une disposition légale ou réglementaire et que cette disposition est citée dans le moyen en tant que disposition violée¹¹⁰.

La Cour considère dans l'arrêt du 26 mars 1980¹¹¹ que si la « théorie de la confiance légitime dans le droit des obligations » est éventuellement comprise dans les dispositions de ce droit, c'est la violation des dispositions légales dans lesquelles cette « théorie » trouve son incidence qui peut être invoquée dans un moyen de cassation mais non la violation d'un prétendu principe ou de prétendues règles empruntés à la « théorie de la confiance légitime dans le droit des obligations ».

SECTION 6 - PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT ET DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

§ 1. Existence de principes généraux du droit dans le droit public international

Les principes généraux du droit n'existent pas uniquement dans le droit interne. Ils constituent aussi une source autonome du droit public international pour autant que l'on entende ainsi les principes de droit interne qui sont communs à différents régimes juridiques nationaux et pour autant qu'ils puissent être transférés dans l'ordre juridique international.

M. le Procureur général W.J. Ganshof van der Meersch déclare à propos des principes généraux du droit international : « L'expression a ici un sens différent de celui qu'elle a en droit interne. Elle vise les principes généraux du droit international public, c'est à dire des principes spécifiquement applicables aux relations des Etats entre eux et qui ne se confondent ni avec les règles conventionnelles ni avec les règles coutumières. Mais elle comprend aussi les principes généraux du droit interne des Etats, qui sont applicables aux relations entre Etats, lorsque celles-ci portent sur des matières qui relèvent du droit interne ou mettent en cause des particuliers. Les principes généraux ont, en droit international public comme en droit interne,

¹¹⁰ Cass., 2 décembre 2002, C.98.0460.N ; 10 décembre 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, n° 516 ; 25 février 1991, *Bull. et Pas.*, 1991, n° 34 ; 10 novembre 1988, *Bull. et Pas.*, 1989, n° 144.

¹¹¹ Cass., 26 mars 1980, A.C. 1980, n° 473 et la note signée F.D.

un caractère subsidiaire. Ils l'ont en raison de leur caractère général même, par rapport à la règle spéciale, conventionnelle ou coutumière."¹¹²

La *ratio* de cette source du droit est de combler les lacunes du droit international auxquelles les cours et tribunaux internationaux peuvent être confrontés. Les principes généraux du droit ne sont, dès lors, en tant que source autonome du droit international qu'une source du droit limitée et complémentaire. Les principes généraux du droit ne peuvent jouer qu'exceptionnellement un rôle devant les cours et tribunaux internes en tant que source de droit international en raison de leur fonction (à savoir en tant que solution pour un problème auquel sont confrontés les cours et tribunaux internationaux) et de leur origine de droit interne. Un important cas d'application des principes généraux du droit en tant que source de droit international est la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes en ce qui concerne les droits fondamentaux.¹¹³

Certains textes internationaux se réfèrent à la notion de 'principe général du droit' :

- L'article 38, alinéa 1^{er}, c, du Statut du 26 juin 1945 de la *Cour Internationale de Justice* signé à San Francisco¹¹⁴ dispose que : «La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis applique les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.» Il est question de 'principes généraux de droit international' ou de 'principes communs'.¹¹⁵

- L'article 7.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹¹⁶ stipule que nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui,

¹¹² W.j. Ganshof van der Meersch, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1er septembre 1970 (*Bull. et Pas.*, 1970). Les principes généraux du droit international sont, selon le procureur général Ganshof van der Meersch, les principes spécifiquement applicables aux relations des Etats entre eux et qui ne se confondent ni avec les règles conventionnelles ni avec les règles coutumières. Ils comprennent aussi les principes généraux du droit interne, qui sont applicables aux relations entre Etats, lorsque celles-ci portent sur des matières qui relèvent du droit interne ou mettent en cause des particuliers. Les principes généraux ont, en droit international comme en droit interne, un caractère subsidiaire.

¹¹³ D. Van Eeckhoutte, '*Doorwerking van internationale normen in de Belgische rechtsorde*', in Themis, *Internationaal en Europees recht*, Bruges, die Keure, 2003, 14.

¹¹⁴ Approuvé par la loi du 14 décembre 1945, *M.B.* 10 septembre 1987. Voy. également la note 2 des conclusions de M. le premier avocat général Leclercq sous l'arrêt du 12 mars 2001, A.P.T., 2001, (61) 65.

¹¹⁵ J. Verhoeven déclare à ce propos "Point ne devrait être besoin de souligner que l'affirmation d'un principe 'commun' est en soi une tâche considérable dans une 'communauté' comportant aujourd'hui plus de 180 membres. Ce qui suppose que plus de 180 droits soient théoriquement pris en considération, quitte à en écarter par la suite l'un ou l'autre. A dire vrai, une telle comparaison, n'a jamais été sérieusement faite. L'on se contente à l'ordinaire d'établir de vagues ressemblances entre des 'familles juridiques', ce qui ne contribue guère à la crédibilité des principes généraux de droit." (J. Verhoeven, *Droit International Public*, Bruxelles, Larcier, 2000, (347) 348). C. Rousseau décrit un certain nombre de principes comme faisant partie du droit international mais qui n'ont jamais été reconnus *en tant que tels* par la Cour internationale de justice en tant que principes généraux du droit international au sens de l'article 38 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. (C. Rousseau, *Droit International Public*, T. I, Paris, Sirrey, 1970, (370) 379).

¹¹⁶ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, *M.B.* 19 août 1955, *err.*, *M.B.* 29 juin 1961.

au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. L'article 7.2 de la Convention prévoit que le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

- Le Protocole additionnel au Traité relatif à l'institution et au statut d'une Cour de Justice Benelux concernant la protection juridictionnelle des personnes au service de l'Union économique Benelux signé à La Haye le 29 avril 1969¹¹⁷ se réfère aussi à la notion de 'principe général du droit'. L'article 13 du Protocole additionnel dispose notamment que sauf s'ils sont formés contre une décision infligeant une sanction disciplinaire ou prononçant une suspension préventive avec ou sans retenue de traitement, les recours ne peuvent être fondés que sur la violation du droit écrit ou des formes substantielles, sur l'excès ou le détournement de pouvoir, ou sur la violation de tout principe général du droit.

Certains textes se réfèrent à des principes généraux du droit spécifiques:

- Les articles 22 à 34 du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale du 17 juillet 1998¹¹⁸ contiennent 'des principes généraux du droit pénal' parmi lesquels : *nullum crimen sine lege* (pas d'infraction sans loi)¹¹⁹, *nulla poena sine lege* (pas de peine sans loi)¹²⁰, non rétroactivité *ratione personae*¹²¹, responsabilité pénale individuelle¹²², imprescriptibilité¹²³, erreur de fait ou erreur de droit¹²⁴. Le statut fait aussi état dans son article 20 du principe général du droit *non bis in idem*. Ce dernier principe est aussi repris dans l'article 14.7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques signé à New York le 19 décembre 1966¹²⁵ (ci-dessous PIDCP) et dans les articles 54 et 56 de la Convention du 19 juin 1990 d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985¹²⁶.

¹¹⁷ Approuvé par la loi du 7 janvier 1971, *M.B.* du 11 décembre 1973.

¹¹⁸ *M.B.* du 1er décembre 2000. Le Statut a été signé par la Belgique le 10 septembre 1998 et ratifié le 28 juin 2000. La Cour pénale internationale est entrée en fonction le 1^{er} juillet 2002.

¹¹⁹ Article 22.1 du Statut : Une personne n'est responsable pénalement en vertu du présent Statut que si son comportement constitue, au moment où il se produit, un crime relevant de la compétence de la Cour

¹²⁰ Article 23 du Statut : Une personne qui a été condamnée par la Cour ne peut être punie que conformément aux dispositions du présent Statut.

¹²¹ Articles 24.1 du Statut : Nul n'est pénalement responsable, en vertu du présent Statut, pour un comportement antérieur à l'entrée en vigueur du Statut.

¹²² Article 25 du Statut.

¹²³ Article 29 du Statut : Les crimes relevant de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas.

¹²⁴ Article 32 du Statut.

¹²⁵ Approuvé par la loi du 15 mai 1981, *M.B.* 6 juillet 1983.

¹²⁶ *JO L 239*, 22 septembre 2000, approuvé par la loi du 18 mars 1993, *M.B.* 15 octobre 1993. En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour à propos du principe du droit *non bis in idem*, voir Section 2.

- Le droit qualifié de double juridiction est repris dans l'article 14.5 du PIDCP.¹²⁷

La Belgique a toutefois émis une réserve quant à l'article 14.5 dudit Pacte dont le contenu est notamment similaire à la restriction dont il est question à l'article 2 du Protocole additionnel n° 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et aux termes duquel il existe des exceptions à ce droit lorsque l'intéressé a été jugé en première instance par la juridiction la plus haute.¹²⁸

- La Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités¹²⁹ reconnaît dans l'alinéa 3 du Préambule l'existence des principes du libre consentement, de la bonne foi et de la règle *pacta sunt servanda* (les conventions doivent être respectées). Les articles 60 à 62 sont l'expression du principe *rebus sic stantibus*. Le principe *favor contractus* se retrouve dans les articles 55, 56 et 74 de la Convention.

'Les principes généraux du droit international' consistent dans les principes généraux du droit concernant les rapports entre les différents ordres juridiques (parmi lesquels la primauté du droit international¹³⁰), l'exercice des compétences des états (comprenant la continuité de l'Etat), la responsabilité internationale¹³¹ (comprenant l'épuisement des possibilités de recours internes) et le fait de mener une guerre navale. On peut aussi y inclure les principes du droit des gens, incorporés dans la Charte des Nations-Unies et cités par la Convention de Vienne¹³², à savoir les principes concernant l'égalité des peuples, leur droit à disposer d'eux-mêmes, l'égalité souveraine et l'indépendance de tous les Etats, la non-ingérence dans les affaires intérieures des Etats, l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force et le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous.

Il peut parfois exister des conflits internes entre ces principes, notamment entre le droit de non-ingérence dans une matière interne et le respect des droits de l'homme.

La Cour de Justice des Communautés européennes a aussi reconnu des principes généraux de droit international, voir *infra*.

¹²⁷ L'article 14.5 dispose que : "Toute personne déclarée coupable d'une infraction a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation, conformément à la loi."

¹²⁸ Cass., 5 avril 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, n° 111.

¹²⁹ Approuvé par la loi du 10 juin 1992, *M.B.*, 25 décembre 1993.

¹³⁰ Sentence arbitrale de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des communautés gréco-bulgares, cité par J. Rousseau, p. 393.

¹³¹ Affaire concernant le traitement des nationaux polonais à Dantzig, 4 février 1932, série A/B, n° 44, 25, cité par J. Verhoeven, *o.c.*, 350.

¹³² Alinéa 5 du préambule du Traité.

§ 2. Principes généraux dans le droit communautaire¹³³

A. ETAT

Le traité C.E.E.¹³⁴ fait état des principes généraux du droit dans son article 288, alinéa 2, en vertu duquel en matière de responsabilité non contractuelle, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leur fonction.

Les principes généraux du droit communautaire sont des normes reflétant des conceptions élémentaires à propos du droit et de la justice et qui sont consacrés dans chaque ordre juridique. Le droit communautaire écrit qui concerne principalement des sujets d'ordre économique et social, ne peut le faire que partiellement, de sorte que les principes généraux du droit constituent une des sources les plus importantes de la Communauté. Ces principes peuvent non seulement combler des lacunes mais peuvent aussi développer le droit existant par l'interprétation dans le sens du principe de l'équité.

J. Mertens de Wilmars discerne dans les principes généraux du droit admis par la Cour du Justice des Communautés européennes '*verscheidene uitwerkingen van de ideeën die de juridische gemeenschap (wetgever, administratie, rechters, juridische auteurs, balie en juridische wetenschappelijke groeperingen) koesteren over het beleid van het recht*'¹³⁵.

Les principes généraux du droit se réalisent par l'application du droit notamment par la jurisprudence de la Cour du Justice des Communautés européennes qui, conformément à la tâche qui lui est confiée « assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité » (article 220 du Traité CEE). Pour trouver les principes généraux du droit il y a lieu de rechercher principalement les principes généraux du droit communs aux ordres juridiques des Etats membres. Ils offrent les exemples à partir desquels une règle de droit peut être développée au niveau de la Communauté de la solution du problème. Il existe en outre des principes généraux du droit qui sont spécifiquement applicables à la Communauté européenne et qui ne sont donc pas nécessairement repris dans l'ordre juridique interne des Etats membres.

Dès lors que les principes généraux du droit font partie de l'ordre juridique communautaire, leur violation constitue une violation du traité ou de toute règle de droit relative à son

¹³³ Voy. à ce propos M. Fallon, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 41 ; R.-E. Papadopoulou, *Principes généraux du droit et droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1996 ; I. Verougstraete, "L'application des principes généraux du droit communautaire par le juge belge", in *Les principes communs d'une justice des Etats de l'Union Européenne*, Paris, La documentation française, 2001, 259.

¹³⁴ Traité du 25 mars 1957 instituant les Communautés européennes, *M.B.* du 25 décembre 1975, modifié en dernier lieu par le Traité du 26 février 2001 modifiant le Traité sur l'Union européenne et les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, signé à Nice, *JO C* 80, 10 mars 2001.

¹³⁵ J. Mertens de Wilmars, "Algemene beginselen in het Europees recht", in *Algemene rechtsbeginselen – Referaten van de lezingcyclus georganiseerd door de Interuniversitaire Kontaktgroep Rechtstheorie*, Anvers, Kluwer, 1991, 277, point 9.

application' au sens de l'article 230, alinéa 2, du Traité CEE. La Cour de Justice a rappelé dans l'arrêt du 25 juillet 2002 que la Communauté européenne est une communauté de droit dans laquelle ses institutions sont soumises au contrôle de la conformité de leurs actes avec le traité et les principes généraux du droit dont font partie les droits fondamentaux.¹³⁶

B. PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT ADMIS DANS L'ORDRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE

1. *Principes constitutionnels*

(1) Droits fondamentaux

En ce qui concerne les droits fondamentaux, l'article 6, § 2 du Traité CEE dispose que « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principe général du droit communautaire ». Divers principes du droit trouvent leur fondement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000¹³⁷, même si cette charte n'a aucune force obligatoire ni pour les institutions de l'Union européenne, ni pour les Etats membres. La relation entre ces principes de droit et ceux de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est d'ailleurs source de problèmes importants.

Les droits fondamentaux à propos desquels la Cour de Justice des Communautés européennes s'est déjà prononcée sont : le principe d'égalité, de non-discrimination ou d'égalité de traitement¹³⁸; le droit à un procès équitable¹³⁹ y compris le droit à être jugé dans un délai raisonnable¹⁴⁰, le droit à un contrôle juridictionnel effectif¹⁴¹, le droit à un débat

¹³⁶ C.J.C.E. 25 juillet 2002, Unión de Pequeños Agricultores, C-50/00 P, pas encore publié dans *Jur.*, r.o. 38. Voir aussi C.J.C.E. 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur et Factortame, C-46/93 et C-48/93, *Jur.* 1996, I-1029.

¹³⁷ PB C 364, 18 décembre 2000. Voy. Trib., 30 janvier 2002, max.mobil Telekomunikation Service/Commission, T-54/99, pas encore publié dans *Jur.*

¹³⁸ C.J.C.E. 19 mars 2002, Commission / Italie, C-224/00 (L'article 6 du traité CEE qui constitue une expression spécifique du principe général d'égalité, interdit toute discrimination exercée en raison de la nationalité. Les règles communautaires d'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux prohibent non seulement les discriminations ostensibles fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat) ; 19 novembre 1998, Royaume Uni / Conseil, C-150/94, *Jur.* 1998, I-7235, point 97 (le principe de non-discrimination requiert que des situations comparables ne peuvent être traitées de manière différente à moins que cela soit objectivement justifié) ; 18 avril 1991, Assurances du crédit, C-63/89, *Jur.* 1991, I-1799 ; 13 décembre 1984, Sermide, 106/83, *Jur.* 1984, 4209, point 28. Trib. 2 juillet 2002, T323/00, SatellitenFernsehen, pas encore publié dans *Jur.* (le respect du principe de l'égalité de traitement doit être conciliable avec le principe de légalité qui a pour effet que nul ne peut invoquer à son profit une illégalité dont d'autres ont pu profiter) ; 2 octobre 2002, Martinez, T-222/99, T-327/99 et T-329/99, *Jur.* 2001, II-2823 (le principe de non-discrimination interdit que des situations comparables soient traitées différemment ou que des matières différentes soient traitées de la même manière à moins qu'un tel traitement soit objectivement justifié) ; 17 décembre 1997, Petrides, T-152/95, *Jur.* 1997, II-2427. Voir aussi K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *o.c.*, n° 115-127.

¹³⁹ C.J.C.E. 5 mars 1980, Pecastaing, 98/79, *Jur.* 1980, 691. Trib. 23 février 1995, F./Conseil, T-535/93, *Jur. Ambt.* 1995, II-163.

¹⁴⁰ Trib. 22 octobre 1997, SCK et FNK, T-213/95 et T-18/96, *Jur.* 1997, II-1739.

¹⁴¹ C.J.C.E. 22 septembre 1998, Coote, C-185/97, *Jur.* 1998, I-5199 ; 3 décembre 1992, C97/91, Oleificio Borelli, *Jur.* 1992, I, 6313 ; 31 mars 1971, Csion, 22/70, *Jur.* 1971, 263. Trib. 3 mai 2002, Jégo-Quéré, T-177/01, pas encore publié dans *Jur.*

contradictoire¹⁴², la présomption d'innocence¹⁴³, le droit de se faire défendre¹⁴⁴ et le droit d'entendre des témoins¹⁴⁵; le principe de la non-rétroactivité des dispositions pénales¹⁴⁶; la rétroactivité de la peine la moins lourde¹⁴⁷; le droit à la dignité humaine¹⁴⁸; le respect de la vie privée¹⁴⁹, de la vie familiale¹⁵⁰, du domicile et de la correspondance¹⁵¹, de l'intégrité physique¹⁵², le droit de garder le secret quant à son état de santé¹⁵³, le secret médical¹⁵⁴ et l'inviolabilité du domicile, qui ne vaut pas en tant que droit fondamental pour les locaux professionnels¹⁵⁵; la liberté de religion¹⁵⁶; la liberté d'expression¹⁵⁷; la liberté d'association¹⁵⁸ et la liberté de réunion¹⁵⁹, notamment la liberté syndicale¹⁶⁰; la protection du droit de propriété¹⁶¹; le droit au libre exercice d'une activité professionnelle¹⁶²; le droit de se déplacer librement dans l'Etat où l'on réside légalement¹⁶³.

¹⁴² C.J.C.E. (ord.) 4 février 2000, Emesa Sugar (Free Zone) et Aruba, C-17/98, *Jur.* 2000, I-667.

¹⁴³ C.J.C.E.. 8 juillet 1999, Hüls, C-199/92 P, *Jur.* 1999, I-4287 et Montecatini, C-235/92 P, *Jur.* 1999, I-4539.

¹⁴⁴ C.J.C.E. 28 mars 2000, Krombach, C-7/98, *Jur.* 2000, I-1935.

¹⁴⁵ Trib. 20 mars 2002, HFB, T-9/99, pas encore publié dans *Jur.*

¹⁴⁶ Quant à la sanction : C.J.C.E. 12 décembre 1996, X., C-74/95 et C-129/95, *Jur.* 1996, I-6609. Quant à la mesure de la peine : Trib. 20 mars 2002, LR AF 1998, T-23/99, pas encore publié dans *Jur.*

¹⁴⁷ Trib. 12 octobre 1999, Acme Industry, T-48/96, *Jur.* 1999, II-3089.

¹⁴⁸ C.J.C.E. 9 octobre 2001, Pays-Bas/EP et Conseil, C-377/98, *Jur.* 2001, I-7079.

¹⁴⁹ C.J.C.E. 14 septembre 2000, Fisher et Fisher, C-369/98, *Jur.* 2000, I-6751 ; 8 novembre 1993, Commission/UK, 165/82, *Jur.* 1983, 3431.

¹⁵⁰ C.J.C.E. 11 juillet 2002, Carpenter, C-60/00, pas encore publié dans *Jur.* Voir quant au droit au regroupement familial : C.J.C.E. 30 septembre 1987, Demirel, 12/86, *Jur.* 1987, 3719.

¹⁵¹ C.J.C.E. 23 septembre 1986, AKZO Chemie, 5/85, *Jur.* 1986, 2585.

¹⁵² C.J.C.E. 9 octobre 2001, Pays-Bas/EP et Conseil, C-377/98, *Jur.* 2001, I-7079 ; 5 octobre 1994, X./Commission, C-404/92 P, *Jur.* 1994, I-4737. Trib. 14 avril 1994, A./Commission, T-10/93, *Jur.* 1994, II-179.

¹⁵³ Trib. 13 juillet 1995, K./Commission, T-176/94, *Jur. Ambt.* 1995, II-621.

¹⁵⁴ C.J.C.E. 8 avril 1992, Commission/Allemagne, C-62/90, *Jur.* 1992, I-2575.

¹⁵⁵ C.J.C.E. 21 septembre 1989, Hoechst, 46/87 et 277/88, *Jur.* 1989, 2859.

¹⁵⁶ C.J.C.E. 27 octobre 1976, Prais, 130/75, *Jur.* 1976, 1589.

¹⁵⁷ C.J.C.E. 13 décembre 2001, Commission/Cwik, C-340/00P, *Jur.* 2001, I-10269 ; 13 décembre 1989, Oyowe et Traore, C-100/88, *Jur.* 1989, 4285.

¹⁵⁸ C.J.C.E. 15 décembre 1995, Bosman, C-415/93, *Jur.* 1995, I-4921. Trib. 2 octobre 2001, Martinez, T-222/99, T-327/99 et T-329/99, *Jur.* 2001, II-2823.

¹⁵⁹ C.J.C.E. 8 juillet 1999, Montecatini, C-235/92 P, *Jur.* 1999, I-4539.

¹⁶⁰ C.J.C.E. 18 janvier 1990, Maurissen et Union syndicale, C-193 en C-194/87, *Jur.* 1990, I-95 ; 28 octobre 1975, Rutili, 36/75, *Jur.* 1975, 1219.

¹⁶¹ C.J.C.E. 5 octobre 1994, Allemagne/Conseil, C-280/93, *Jur.* 1994, I-4973 ; 14 janvier 1987, Zuckerfabrik Bedburg, C-281/84, *Jur.* 1987, 49 ; 14 mai 1974, Nold, 4/73, *Jur.* 1979, 3727. Trib. 11 septembre 2002, Pfizer Animal Health, T-13/99, non encore publié dans *Jur.*

¹⁶² C.J.C.E. 28 avril 1998, Metronome Musik, C-200/96, *Jur.* 1998, I-1953 ; 10 janvier 1992, Kühn, C-177/90, *Jur.* 1992, I-35, point 16. Trib. 11 septembre 2002, Pfizer Animal Health, T-13/99, pas encore publié ; 20 mars 2001, Bocchi Food Trade International, T-30/99, *Jur.* 2001, II-943 (Le libre exercice des activités professionnelles fait partie des principes généraux du droit communautaire, mais ces principes n'apparaissent toutefois pas comme des prérogatives absolues, mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société. Par conséquent, des restrictions peuvent être apportées au libre exercice des activités professionnelles, notamment dans le cadre d'une organisation commune des marchés, à condition que ces

(2) Principes généraux de droit international

La Cour de Justice des Communautés européennes a reconnu l'existence de ces principes du droit. Lorsqu'elle interprète et applique le droit communautaire, la Cour de Justice tient compte de principes de droit international comme l'interdiction pour les Etats de refuser le droit d'entrée sur le territoire à leurs propres ressortissants¹⁶⁴ et le principe de territorialité en tant que restriction de la portée des compétences de la Communauté¹⁶⁵. Le principe de droit international relatif à la bonne foi qui interdit à un Etat membre de poser des actes contraires à la convention approuvée avant l'entrée en vigueur de celle-ci¹⁶⁶, ainsi que les règles concernant la cessation ou la suspension de l'exécution du traité en raison de changement fondamental de circonstances (*rebus sic stantibus*)¹⁶⁷ ont été reconnus par la Cour de Justice. Voilà qui est évident. Le droit international, dans la mesure où il est applicable, prime aussi sur le droit communautaire et l'ensemble des juges, y compris la Cour de Justice des Communautés européennes, y sont soumis.

(3) Autres principes constitutionnels

On y retrouve : l'application directe et la primauté du droit communautaire¹⁶⁸, le principe de subsidiarité¹⁶⁹, l'équilibre institutionnel¹⁷⁰, la confiance communautaire ou le principe de collaboration loyale¹⁷¹, le principe de démocratie¹⁷².

restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même du droit ainsi garanti.) ; 11 décembre 1996, Atlanta, T-521/93, *Jur.* 1996, II, 1707.

¹⁶³ C.J.C.E. 28 octobre 1975, Rutili, 38/75, *Jur.* 1975, 1219.

¹⁶⁴ C.J.C.E. 4 décembre 1974, van Duyn, 41/74, *Jur.* 1974, (1337) 1351.

¹⁶⁵ C.J.C.E. 27 septembre 1988, Ahlstrom/Commission, 89, 104, 114, 116-117 en 125-129/85, *Jur.* 1988, (5193) 5243.

¹⁶⁶ Article 18, a, de la Convention de Vienne de 1969, appliqué dans Trib. 22 janvier 1997, Opel Austria, T-115/94, *Jur.* 1997, II, (39) 70-81. Voir aussi C.J.C.E. 27 novembre 1997, Danisco sugar, C-27/96, *Jur.* 1997, I, (6653) 6682 et 6686.

¹⁶⁷ Article 62 de la Convention de Vienne de 1969, appliqué dans C.J.C.E. 16 juin 1998, Racke/Hauptzollamt Mainz, C-162/96, *Jur.* 1998, I-3655.

¹⁶⁸ C.J.C.E. 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur et Factortame, C-46/93 et 48/93, *Jur.* 1996, I-1029 ; 19 juin 1990, Factortame, C-213/89, *Jur.* 1990, I-2433 ; 9 mars 1978, Simmenthal, 106/77, *Jur.* 1978, 629 ; 15 juillet 1964, Costa/ENEL, 6/64, *Jur.* 1964, 1251.

¹⁶⁹ Inscrit dans l'article 5, alinéa 2, du Traité CEE. A propos de la règle de la subsidiarité, voir K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *Europees recht in hoofdlijnen*, Anvers, Maklu, 2003, n° 90 - 98.

¹⁷⁰ Inscrit dans l'article 7 du Traité CEE. Quant à l'équilibre entre les institutions, voir K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *o.c.*, nn° 522-526.

¹⁷¹ Inscrit dans l'article 10 du Traité CEE. C.J.C.E. 20 septembre 2001, Belgique/Commission, C-263/98, *Jur.* 2001, I-6063 ; 19 novembre 1991, Francovich, C-6/90 et C-9/90, *Jur.* 1991, I-199. Voir aussi K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *o.c.*, n° 107 114.

¹⁷² C.J.C.E. 22 mai 1990, Parlement européen/ Conseil, C-70/88, *Jur.* 1990, I-2041 ; Trib. 2 octobre 2001, Martinez, T-222/99, T-327/99 et T-329/99, *Jur.* 2001, II-2823.

2. *Principes du droit administratif*

Ces principes indiquent la marche à suivre à l'administration en cas d'ambiguïtés ou de lacunes dans la législation communautaire qui doit être appliquée.¹⁷³ On retrouve parmi ces principes la responsabilité non contractuelle de la Communauté (article 288 Traité CEE). Le principe général exprimé par cette disposition selon lequel un acte ou un manquement illégal entraîne l'obligation d'indemniser le dommage causé s'étend aussi à l'obligation pour les pouvoirs publics d'indemniser le dommage causé dans l'exercice de leurs fonctions.¹⁷⁴

3. *Principes fonctionnels du droit*

Ce sont des principes du droit qui existent dans tout système juridique moderne et dont l'objectif est le fonctionnement régulier et correct du système. Ils sont liés, d'une part, à la sécurité juridique et, d'autre part, à l'existence d'un état de droit. On retrouve dans cette catégorie les principes de bonne administration reconnus par la Cour de Justice.¹⁷⁵

Le principe de sécurité juridique est reconnu en tant que tel par la Cour de Justice¹⁷⁶ mais d'autres principes sont aussi l'expression de la sécurité juridique comme le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs¹⁷⁷ ou de mesures onéreuses pour les particuliers¹⁷⁸, le respect des droits acquis¹⁷⁹, le principe de bonne foi qui s'impose aux institutions tant dans le domaine du droit administratif que du droit contractuel¹⁸⁰, l'exigence que tout acte des institutions qui entraîne des effets juridiques, doit être clair et précis et doit être porté à la connaissance de l'intéressé de telle sorte qu'il connaisse avec certitude le moment où l'acte existe et produit ses effets¹⁸¹, le principe *nulla poena sine lege*¹⁸², l'existence de limites de temps pour critiquer des actes communautaires et la prescription de la possibilité d'infliger des sanctions¹⁸³, le principe de confiance¹⁸⁴ et le principe de proportionnalité¹⁸⁵, qui existe

¹⁷³ K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *o.c.*, n° 675.

¹⁷⁴ C.J.C.E. 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur et Factortame, C-46/93 et C-48/93, *Jur.* 1996, I-1029.

¹⁷⁵ C.J.C.E. 21 mars 2002, Espagne / Commission, C-36/00, non encore publié dans *Jur. Trib.* 15 octobre 2002, Scanbox Entertainment, T-233/00, pas encore publié ; 20 mars 2002, Asea Brown Boveri, T-31/99, pas encore publié dans *Jur.* (le principe de bonne administration comprenant l'obligation pour l'institution compétente d'examiner de manière précise et impartiale tous les éléments pertinents de la cause relève des garanties offertes par l'ordre juridique communautaire dans les procédures administratives) ; 17 février 1998, Pharos, T-105/96, *Jur.* 1998, II-285.

¹⁷⁶ C.J.C.E. 1 avril 1993, C-260/91 et 261/91, Diversint en Iberlacta, *Jur.* 1993, I, 1885 ; 13 novembre 1990, C-331/88, Queen/Minister of Agriculture, Fisheries and Food, *Jur.* 1990, I, 4023.

¹⁷⁷ C.J.C.E. 29 janvier 1985, Gesamthochschule Duisberg, 234/83, *Jur.* 1985, 333.

¹⁷⁸ C.J.C.E. 10 juillet 1984, Kirk, 63/83, *Jur.* 1984, 2689.

¹⁷⁹ C.J.C.E. 22 septembre 1983, Verli Wallace, 159/82, *Jur.* 1983, 2711 ; 14 juillet 1971, Henck, 12/71, *Jur.* 1971, 743 (lorsque le droit a été modifié entretemps une disposition doit être interprétée à la lumière du droit applicable au moment de son application).

¹⁸⁰ C.J.C.E. 15 juillet 1960, Van Lackmüller, 43/59, *Jur.* 1960, 933.

¹⁸¹ Trib. 26 octobre 2000, Ripa di Meana, T-83/99 à T-85/99, *Jur.* 2000, II-3493 ; 22 janvier 1997, Opel Austria, T-115/94, *Jur.* 1997, II-39.

¹⁸² C.J.C.E. 25 septembre 1984, Könecke, 117/83, *Jur.* 1984, 3291.

¹⁸³ C.J.C.E. 14 juillet 1972, ICI, 48/69, *Jur.* 1972, 619.

sous différentes formes comme la proportionnalité nécessaire entre la sanction infligée et la gravité de l'infraction commise¹⁸⁶ et la nécessité de ne pas imposer aux particuliers plus que ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs que l'autorité est tenue de réaliser¹⁸⁷.

On peut aussi retrouver parmi les principes du droit fonctionnels, le principe de légalité¹⁸⁸ ainsi que le bon fonctionnement de la justice¹⁸⁹.

4. Principes généraux du droit procédural

Le principe relatif aux droits de la défense comprend le droit à être entendu¹⁹⁰, le droit de se défendre¹⁹¹ (comprenant le droit d'une personne morale à ne pas être contrainte à témoigner contre elle-même dans le cadre d'une procédure en matière de droit de la concurrence¹⁹², en d'autres termes, la Commission ne peut imposer à une entreprise de répondre de telle sorte que l'entreprise admettrait l'existence d'une infraction dont la Commission doit apporter la preuve), le droit d'être informé¹⁹³, le droit au silence¹⁹⁴ et le droit d'accès au dossier¹⁹⁵.

¹⁸⁴ Il ressort du principe de confiance que les attentes légitimes éveillées par l'autorité dans le chef du citoyen doivent en principe être honorées. C.J.C.E. 24 avril 1996, *Industrias Pesqueras Campos*, T-551/93, T-231/94-T-234/94, *Jur.* 1996, II-247 ; 19 mai 1992, *Mulder*, C-104/89 et C-37/90, *Jur.* 1992, I, 3061 ; 12 décembre 1985, *Sideradria*, 67/84, *Jur.* 1985, 3983. Trib. 14 novembre 2002, *Rica Foods*, T-94/00, T-110/00 et T-159/00, pas encore publié ; 7 novembre 2002, *Vela*, T-141/99, T-142/99, T-150/99 et T-151/99, pas encore publié ; 29 septembre 1999, *Sonasa*, T-126/97, *Jur.* 1999, II-2793.

¹⁸⁵ Ce principe, selon lequel les décisions ne peuvent outrepasser les limites dans lesquelles de ce qui est utile et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivie par ladite réglementation, étant entendu que, lorsqu'un choix est possible entre plusieurs mesures adéquates, il faut choisir la mesure qui entraîne le moins d'inconvénient et que les préjudices causés ne peuvent être disproportionnés par rapport à l'objectif prévu par l'article 5, alinéa 2 et 3, du traité CEE. C.J.C.E. 11 février 1999, *Antillean Rice Mills*, C-390/95 P, *Jur.* 1999, I-769, points 25-30 ; 11 mars 1987, *Van den Bergh et Jurgens*, *Jur.* C-265/85, 1155. Trib. 14 novembre 2002, *Rica Foods*, T-94/00, T-110/00 et T-159/00, pas encore publié ; 2 octobre 2002, *Martinez*, T-222/99, T-327/99 et T-329/99, *Jur.* 2001, II-2823 ; 20 mars 2001, *Bocchi Food Trade International*, T-30/99, *Jur.* 2001, I-943 ; 29 septembre 2000, *International Potash Company*, T-87/98, *Jur.* 2000, II-3179, point 39 ; 17 décembre 1997, *Petrides*, T-152/95, *Jur.* 1997, II-2427. Voir aussi K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *o.c.*, n° 98-106.

¹⁸⁶ C.J.C.E. 21 juin 1979, *Atalanta*, 240/78, *Jur.* 1979, 2137.

¹⁸⁷ C.J.C.E. 24 octobre 1973, *Schlüter*, 9/73, *Jur.* 1973, 1135.

¹⁸⁸ Trib. 26 octobre 1993, T-6/92 et 52/92, *Reinarz*, *Jur.* 1993, II, 1047.

¹⁸⁹ C.J.C.E. 13 novembre 1973, *Werhahn Hansamühle*, 63/72, *Jur.* 1973, 1229.

¹⁹⁰ Trib. 13 décembre 1995, *Exportateurs en porcs vivants*, T-481 et T-484/93, *Jur.* 1995, II-2941.

¹⁹¹ C.J.C.E. 29 juin 1994, *Fiskano*, C-135/92, *Jur.* 1994, I-2885 ; 12 février 1992, C-48/90 et 66/99, *Pays-Bas/Commission*, *Jur.* 1992, I, 565 ; 13 février 1979, *Hoffman La Roche*, 85/76, *Jur.* 1979, 461. Trib. 19 février 1998, *Eykeler et Malt*, T-42/96, *Jur.* 1998, II-401 ; 9 novembre 1995, *France-Aviation*, T-346/94, *Jur.* 1995, II-2841.

¹⁹² C.J.C.E. 18 octobre 1989, *Orkem*, 374/87, *Jur.* 1989, 3283.

¹⁹³ C.J.C.E. 16 juillet 1992, *AEB*, C-67/91, *Jur.* 1992, I-4785 ; 25 janvier 1979, *Racke*, *Jur.* 1979, 69 (un arrêté administratif ne peut être opposé aux justiciables avant qu'ils en aient pris connaissance) ; 23 octobre 1974, *Transocean Marine Paint*, 17/74, *Jur.* 1974, 1063. Trib. 23 février 1994, *CB et Europay*, T-39/92 et T-40/92, *Jur.* 1994, II-49.

¹⁹⁴ Ce droit n'est certes pas absolu. C.J.C.E. 18 octobre 1989, *Orkem*, 374/87, *Jur.* 1989, 3283 ; Trib. 20 février 2001, *Mannesmannröhren-Werke*, T-112/98, *Jur.* 2001, II-729.

¹⁹⁵ C.J.C.E. 8 juillet 1999, *Hercules Chemicals*, C-51/92P, *Jur.* 1999, I-4235 ; 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe*, C-185/95P, *Jur.* 1998, I-8417. Trib. 20 mars 2002, *LR AF 1998*, T-23/99, pas encore publié

D'autres principes généraux du droit procédural sont l'accès au juge¹⁹⁶, le principe relatif à l'interdiction de l'abus de compétence¹⁹⁷, la possibilité pour un fonctionnaire faisant l'objet d'une procédure disciplinaire de se faire assister par un conseil qui doit pouvoir consulter le dossier¹⁹⁸, le caractère confidentiel de la correspondance entre l'avocat et le client si elle a été rédigée dans le cadre et au profit de la défense du client et qu'elle provient d'un avocat 'indépendant'¹⁹⁹, l'accès du public à des documents des institutions communautaires²⁰⁰ et l'exigence que les décisions soient communiquées aux intéressés dans une langue compréhensible²⁰¹.

5. *Autres principes généraux du droit admis par la Cour de Justice des Communautés européennes qui sont repris ou non dans le système juridique national des Etats membres.*

On y retrouve l'interdiction de l'abus de droit²⁰², l'interdiction de l'enrichissement sans cause²⁰³, le principe de la force majeure en tant que fondement pour se soustraire dans des cas exceptionnels aux conséquences juridiques résultant du non-respect d'une obligation²⁰⁴, le principe de diligence²⁰⁵, la possibilité pour un fonctionnaire de maintenir ses liens personnels avec le lieu où se trouvent ses intérêts principaux²⁰⁶, le principe d'efficacité²⁰⁷ et le principe *non bis in idem*²⁰⁸.

dans Jur. (l'accès au dossier fait partie des garanties procédurales qui visent à protéger les droits de la défense et qui en particulier visent à garantir l'exercice effectif du droit à être entendu, visé à l'article 19, alinéas 1er et 2 du règlement n° 17 et à l'article 2 du règlement n° 99/63/CEE de la Commission du 25 juillet 1963 relatif aux auditions conformément à l'article 19, §§ 1er et 2 du Règlement n° 17 du Conseil [JO 1963/127, 2268]) ; 15 mars 2000, CBR, T-25/95 e.a., *Jur.* 2000, II-491 ; 29 juin 1995, Solvay, T-30/91, *Jur.* 1995, II-1775, ICI, T-36/91, *Jur.* 1995, II-1847 et T-37/91, *Jur.* 1995, II-1901.

¹⁹⁶ C'est la possibilité de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle et le contrôle juridictionnel que cela implique. Trib. 17 juillet 1998, T-111/96, Promedia, *Jur.* 1998, II, 2937 ; 27 juin 1995, F186/94, Guérin, *Jur.* 1995, II, 1753 (principe général du droit relatif à la possibilité effective d'exercer un recours en droit).

¹⁹⁷ C.J.C.E. 6 juin 1990, AERPO, C-119/88, *Jur.* 1990, I-2189. Trib. 14 novembre 2002, Rica Foods, T-94/00, T-110/00 et T-159/00, pas encore publié dans Jur. ; 13 décembre 1995, Exportateurs de porcs vivants, T-481 et T-484/93, *Jur.* 1995, II-2941.

¹⁹⁸ C.J.C.E. 17 décembre 1981, Demont, 115/80, *Jur.* 1981, 3147.

¹⁹⁹ C.J.C.E. 18 mai 1982, AM & S, 155/79, *Jur.* 1982, 1575. Trib. 4 avril 1990, Hilti, T-30/89, *Jur.* 1990, II-163.

²⁰⁰ C.J.C.E. 30 avril 1996, Pays-Bas, C-58/94, *Jur.* 1996, I-2169. Trib. 7 février 2002, Kujer, T-211/00, pas encore publié ; 5 mars 1997, W.W.F. U.K., T-105/95, *Jur.* 1997, II-313.

²⁰¹ C.J.C.E. 18 février 1975, Farrauto, 66/74, *Jur.* 1975, 157.

²⁰² Un avantage résultant de l'application d'une réglementation communautaire ne peut être obtenu lorsque les conditions de son obtention ont été créées artificiellement et qu'il ressort d'un ensemble de circonstances objectives que malgré le respect formel de la réglementation son objectif n'est pas atteint. C.J.C.E. 14 décembre 2000, Emsland-Stärke, C-110/99, *Jur.* 2000, I-11569.

²⁰³ Trib. 10 octobre 2001, Corus U.K., T-171/99, *Jur.* 2001, II-2967.

²⁰⁴ C.J.C.E. 9 août 1994, Boterlux, C-347/93, *Jur.* 1994, I-3933 ; 14 février 1978, IFG, 68/77, *Jur.* 1978, 353 ; 11 juli 1968, Schwarzwaldmilch, 4/68, *Jur.* 1968, 525.

²⁰⁵ C.J.C.E. 20 septembre 2001, Belgique/Commission, C-263/98, *Jur.* 2001, I-6063. Trib. 18 septembre 1995, Nölle, T-167/94, *Jur.* 1995, II, 2589.

²⁰⁶ Trib. 26 septembre 1990, T-48/89, Beltrante, *Jur.* 1990, II, 493 ; 26 septembre 1990, T-49/89, Mavrakos/Raad, *Jur.* 1990, II, 509 ; 26 septembre 1990, T-52/89, Piemonte, *Jur.* 1990, II, 513.

C. COMPÉTENCE DE LA COUR DE CASSATION DE CONTRÔLER UN PRINCIPE GÉNÉRAL DU DROIT INTERNATIONAL ET COMMUNAUTAIRE

La Cour considère dans son arrêt du 12 mars 2001²⁰⁹ qu'il n'existe pas de principe général du droit international public, au sens de l'article 38, 1, c, du Statut de la Cour internationale de justice signé à San Francisco le 26 juin 1945 et approuvé par la loi du 14 décembre 1945 qui consacre l'immunité de juridiction des organisations internationales à l'égard des Etats qui les ont créées ou reconnues. L'immunité de juridiction trouve en effet sa raison d'être dans le droit des traités ou le droit coutumier international.

La Cour a ainsi admis la recevabilité d'un moyen fondé sur un principe général du droit de droit international public.²¹⁰

La violation d'un principe général du droit communautaire peut aussi être invoquée devant la Cour de cassation.

SECTION 7 - EN DROIT COMPARÉ

§ 1. En France²¹¹

Depuis la Constitution de 1958, qui confère au Gouvernement une large compétence législative, certains principes généraux du droit se sont vu attribuer une valeur constitutionnelle. Il existe trois catégories de principes généraux du droit : les principes ayant

²⁰⁷ C.J.C.E. 11 juillet 2002, Marks & Spencer, C-62/00, pas encore publié dans *Jur.* (à défaut de prescriptions communautaires en matière de remboursement de taxes nationales perçues indûment, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner le juge compétent et d'indiquer les règles de procédure applicables en matière d'actions tendant à protéger les droits que les justiciables puisent dans le droit communautaire, à condition que ces règles ne soient pas plus défavorables que celles qui sont applicables aux actions nationales similaires (principe d'équivalence) et ne rendent pas l'exercice des droits accordés par l'ordre juridique communautaire impossible ou très difficile dans la pratique (principe d'efficacité).

²⁰⁸ C.J.C.E. 11 février 2003, C-187/01 et C-385/01, Gözütok (le principe *ne bis in idem* s'applique également à des procédures d'extinction de l'action publique, telles que celles en cause dans les affaires au principal par lesquelles le ministère public d'un Etat membre met fin, sans l'intervention d'une juridiction, à la procédure pénale engagée dans cet Etat après que le prévenu a satisfait à certaines obligations et, notamment, a acquitté une certaine somme d'argent fixée par le ministère public ; 13 février 1969, Wilhelm, 14/68, *Jur.* 1969, 1 (lorsqu'une procédure en matière communautaire se déroule parallèlement à une procédure nationale, il ne faut pas exclure l'application de deux sanctions, mais 'les motifs généraux d'équité' requièrent que lors de la détermination de la sanction il soit tenu compte de décisions de nature répressive qui ont été rendues auparavant) ; 5 mai 1966, Gutmann, 18/65 et 35/65, *Jur.* 1966, 149 (le principe *non bis in idem* s'oppose à ce que la Communauté inflige deux mesures disciplinaires ou introduisent deux procédures disciplinaires à propos d'un seul fait). Ger. 20 avril 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij N.V., T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, *Jur.* 1999, II-931.

²⁰⁹ Cass., 12 mars 2001, S.99.0103.F. Les commentaires suivants ont été publiés sous cet arrêt: David, E., *J.T.* 2001, 610 et J. Verhoeven, "Traité mixtes, assentiments partiels ou rétroactifs et règles non écrites", *R.C.J.B.* 2002, 386.

²¹⁰ Voir aussi, M. Mahieu, "La Cour de cassation et le droit international, évolution récente", in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 429.

²¹¹ J.-P. Gridel, "La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé", *Le Dalloz* 2002, 228 et s. et 345 et s.

une valeur constitutionnelle, ceux qui doivent être respectés tant par le législateur que par le pouvoir exécutif et le juge ; les principes ayant une valeur légale qui doivent être respectés par l'administration, mais auxquels le législateur peut déroger et les principes ayant une valeur complémentaire qui ne s'appliquent qu'à défaut de texte contraire et auxquels il peut donc être dérogés par des règlements administratifs.²¹²

Il existe, dès lors, en France une distinction analogue à celle qui existe dans le système belge. A propos d'une comparaison avec la France en ce qui concerne l'application des principes généraux du droit, voir W.J. Ganshof van der Meersch, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, discours prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1^{er} septembre 1970, *Bull. et Pas.* 1970, 58-65.

§ 2. Aux Pays-Bas²¹³

A. PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT – NOTION ET CLASSIFICATION

La problématique concernant les principes généraux du droit a été prise en considération par l'arrêt du *Hoge Raad* du 14 avril 1989²¹⁴. M. l'avocat général Mok déclare dans ses conclusions sous cet arrêt qu'il y a lieu d'entendre par principes généraux : *‘tendenzen, welke ons zedelijk oordeel aan het recht stelt, algemeenheden, met al de betrekkelijkheid, die dat algemene meebrengt, maar die toch niet te missen zijn’*.

Si nous faisons une distinction entre les principes généraux du droit ayant une valeur légale et ceux ayant une valeur constitutionnelle, aux Pays-Bas il est aussi fait une distinction entre les principes généraux du droit²¹⁵. Toutefois les mêmes effets ne sont pas liés à cette distinction.

1. Les principes généraux du droit les plus fondamentaux

Ces principes généraux du droit sont, selon Vranken, les principes valables pour l'ensemble du droit civil (patrimonial), que l'on peut qualifier de postulats moraux du droit. Ils précisent que le droit ne peut exclusivement se définir en termes de comportement social et de pratique sociale, mais qu'il a une dimension morale. Cette moralité, bien qu'elle ne soit pas toujours directement ou préalablement reconnaissable, est présente dans chaque branche du droit positif. Ce n'est pas parce que ces notions sont très générales et sont éloignées de la pratique journalière du droit que l'on ne peut espérer qu'ils constituent un point de repère dans un cas concret.

²¹² L.P. Suetens, "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning", in I. Opdebeeck, o.c., 5, se référant à G. Vedel, P. Delvolve, *Droit administratif*, 11^e éd., Paris, PUF, 1990, tome I, 477-481.

²¹³ S. Prechal, T. Heukels, "Algemene beginselen in het Nederlandse recht en het Europese recht: rechtsvergelijking en interactie", *S.E.W.* 1986, 287.

²¹⁴ Hoge Raad, 14 avril 1989, *N.J.* 1989, n° 469.

²¹⁵ C. Asser, J.B.M. Vranken, o.c., n° 132 et s.

On retrouve parmi ces principes généraux du droit des notions telles que : « *het waarborgen van de menselijke vrijheid, respect voor de ander, rechtszekerheid, evenredigheid, gelijkheid* » (comprenant *het gelijkheidsbeginsel* et *het beginsel van gelijkheid voor de publieke lasten* qui implique que les conséquences financières défavorables des mesures prises par l'autorité dans l'intérêt général doivent en principe être identiques pour tous les particuliers lésés) et *doelmatigheid*.

Het rechtszekerheidsbeginsel requiert que le citoyen soit informé de ses droits et obligations. On en déduit quelques principes subsidiaires notamment :

- le caractère distinctif (le contenu et la portée d'un arrêté doivent être clairement délimités – les conséquences juridiques et le moment auquel elles prennent cours doivent ressortir clairement de l'arrêté)
- le principe de sécurité juridique matérielle qui est contenu dans le principe relatif aux droits acquis et le principe de confiance.
- la protection des droits acquis qui protège la situation juridique acquise par le citoyen par le passé en vertu du droit positif contre les atteintes qui peuvent leur être portées par l'autorité
- le principe de confiance requiert que l'autorité honore les attentes justifiées qu'elle a éveillées chez le citoyen²¹⁶.

2. *Autres principes du droit plus 'profanes'*

Ces principes généraux du droit sont qualifiés par Vranken '*als overkoepelende gezichtspunten, karakteristieke eigenschappen, uitgangspunten of inrichtingseisen omschreven*'. Ils sont plus proches de la pratique juridique quotidienne que les postulats moraux parce qu'ils sont le plus souvent limités à certaines branches du droit ou certains points de la doctrine. Ils sont généralement moins vagues.

Il y a des dizaines de principes de cette sorte parmi lesquels : « *het risicobeginsel in het onrechtmatige daadsrecht en bij wanprestatie, de beginselen van accessoriteit en reclame; bij zekerheidsrechten, het causa-beginsel bij de overdracht, het beginsel van de opgewekte schijn, slachtofferbescherming in het verkeer, thuis en op het werk, en derdenbescherming in he goederen – en verbintenissenrecht.* »

²¹⁶ Arrêt du *Hoge Raad* du 14 avril 1989, cité ci-dessus. Des attentes justifiées peuvent être créées dans le chef du justiciable notamment par des promesses, des renseignements, la publication de directives qui ne sont pas obligatoires en soi auxquelles l'administration se conformera dans sa politique (règles de gestion), une convention de droit civil ou la tolérance pendant un certain temps vis-à-vis d'une situation illégale. Il faut toutefois que ces attentes soient créées par l'organe de l'Etat ou par des personnes respectivement des organes qui y sont liés, qui créent dans le chef du citoyen une apparence de compétence (déléguée). Si toutefois il est question d'un changement de politique imprévu en raison d'une modification importante de circonstances les atteintes créées dans le chef du citoyen ne pourront pas être honorées rapidement. Le principe de confiance joue notamment un rôle lors de l'abrogation ou de la modification de dispositions favorables, l'abrogation d'arrêtés administratifs favorables et réguliers n'est en principe pas possible *ex tunc*.

Les rapports entre le principe de sécurité juridique et le principe de confiance n'est pas certain, voir l'arrêt du 14 avril 1989, point 6, qui reprend différents points de vue dans la doctrine

Les principes suivants font aussi partie du droit néerlandais : « *het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het verbod van willekeur* » qui requiert qu'un arrêté ne peut être fondé sur des intérêts manifestement déraisonnables, *het evenredigheidsbeginsel, het draagkrachtbeginsel* qui signifie notamment que la mesure concrète de la peine en cas de sanction patrimoniale doit être matériellement égale dans d'autres cas similaires, *het beginsel van hoor en wederhoor*²¹⁷ qui est considéré comme un principe fondamental et qui a pour effet que la dette d'impôt ne doit pas être fixée définitivement par le juge alors que l'intéressé n'a pas eu l'occasion de faire connaître son point de vue à ce propos.²¹⁸

B. CONTRÔLE DE LA LOI À LA LUMIÈRE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT

La question s'est posée devant le *Hoge Raad* de savoir si l'article 120 de la Constitution qui dispose que : "*de rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van de wetten [...]*", implique que le juge peut contrôler la loi formelle à la lumière de normes autres que des normes constitutionnelles, à savoir les principes de droit fondamentaux. La réponse de la Cour était négative.²¹⁹ Le *Hoge Raad* a confirmé cette jurisprudence dans un arrêt du 16 novembre 2001²²⁰.

Cette décision a été confirmée par le *Hoge Raad* dans son arrêt du 16 novembre 2001²²¹.

En ce qui concerne la loi au sens *matériel*, le *Hoge Raad* considère toutefois dans son arrêt du 16 mai 1986 "*dat geen rechtsregel eraan in de weg staat dat de rechter een zodanig, niet door de formele wetgever gegeven voorschrift onverbindend en in verband daarmee de vaststelling en uitvoering daarvan onrechtmatig kan oordelen op de grond dat sprake is van willekeur in dier voege dat het desbetreffende overheidsorgaan, in aanmerking genomen de belangen die aan dit orgaan ten tijde van de totstandbrenging van het voormelde uitvoeringsbesluit bekend waren of behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot het desbetreffende voorschrift is kunnen komen.*"²²²

Le contrôle exercé à la lumière des principes généraux du droit concerne donc uniquement la loi au sens matériel du terme. En droit privé, les principes généraux du droit s'appliquent en vertu de l'article 12 du Livre 3 du Code civil néerlandais qui dispose que : "*Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.*" L'application de ces principes du raisonnable et d'équité (et dès lors des principes généraux du droit reconnus) se poursuit donc dans le droit des obligations en vertu de l'article 2 du Livre 6 du Code civil néerlandais. En vertu de cette disposition le créancier et le débiteur se

²¹⁷ Hoge Raad, 30 juin 1995, *N.J.B.* (Annexe) 1995, 392.

²¹⁸ S. Prechal, T. Heukels, *o.c.*, *S.E.W.* 1986, 287.

²¹⁹ Arrêt précité du *Hoge Raad* du 14 avril 1989.

²²⁰ N° C.00/142HR.

²²¹ N° C.00/142HR.

²²² Hoge Raad, 16 mai 1986, *N.J.* 1987, n° 251 et les conclusions de M. l'avocat général Mok ; voir aussi Vranken/Hartkamp, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht - Verbintenissenrecht*, III, Deventer, Tjeenk Willink, 2002, n° 290i.

comportent l'un vis-à-vis de l'autre conformément aux exigences de ces deux principes. Une règle applicable entre eux en vertu de la loi, de la coutume ou d'un acte juridique n'est pas applicable dans la mesure où cela serait inacceptable dans les circonstances données selon les critères du principe du raisonnable et du principe d'équité.

CHAPITRE V - LE POURVOI EN CASSATION IMMEDIAT CONTRE DES DECISIONS NON DEFINITIVES AU SENS DE L'ARTICLE 416, ALINEA 2, DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE¹

INTRODUCTION

La loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction (M.B. du 2 avril 1998), dite « loi Franchimont », a modifié notamment l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle. La loi a fait l'objet de nombreux commentaires dans des manuels de droit pénal et d'instruction criminelle récents alors que la jurisprudence y relative a fait l'objet de nombreuses contributions et articles (voir not. J. de Codt, "Les nullités de l'instruction préparatoire et le droit de la preuve. Tendances récentes", Rev dr. pén., 2000, p. 3-66; L. Huybrechts, "Twee jaar Wet Franchimont", in Jaarboek CBR, 2000-2001, Maklu, Anvers, 2001, p. 81-176 et la doctrine citée). Les premiers arrêts rendus par la Cour de cassation ont été examinés par M. De Swaef, " 'De Wet Franchimont': één jaar cassatierechtspraak", in Liber Amicorum Jean du Jardin, Kluwer, Deurne, 2001, p. 147-160. Enfin, vient d'être publié l'article de D. De Wolf, "Het cassatieberoep in het strafrechtelijk vooronderzoek : een overzicht van rechtspraak na de wet van 12 maart 1998", R.W., 2002-03, p. 1521-1540.

Dans son rapport annuel 1998-1999, p. 97 à 103, la Cour s'est déjà penchée sur l'application de la loi Franchimont et notamment sur le but et la portée de l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle. La présente contribution décrit la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne l'article 416, alinéa 2. Lorsque cette jurisprudence est publiée dans les *Arresten van het Hof van Cassatie*, ou dans le *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation*, dénommé depuis 2001 *Pasicrisie Belge*, ce sont ces références qui sont indiquées. Si l'arrêt est commenté dans une autre publication, cette référence-là sera aussi citée. Les arrêts qui n'ont été publiés que sur internet <http://www.cass.be>, sont mentionnés sous leur numéro de rôle.

SECTION 1 - LEGISLATION

§ 1. Texte originaire

A. DISPOSITION LEGALE

Le texte originaire de l'article 416 du Code d'instruction criminelle était libellé comme suit :

“Le recours en cassation contre les arrêts préparatoires et d'instruction, ou les jugements en dernier ressort de cette qualité, ne sera ouvert qu'après l'arrêt ou le jugement définitif; l'exécution volontaire de tels arrêts ou jugements préparatoires ne pourra, en aucun cas, être opposée comme une fin de non-recevoir.

La présente disposition ne s'applique point aux arrêts ou jugements rendus sur la compétence”.

¹ Ce chapitre a été rédigé par M. L. Huybrechts, conseiller, et M. G.-F. Raneri, référendaire.

B. BUT

Cette disposition légale avait pour but d'empêcher que la procédure pénale soit entravée par des pourvois en cassation dont l'effet est suspensif (G. Beltjens, *Droit criminel belge*, tome II, n° 30). La disposition voulait prévenir l'abus de droit (PAND. B, v° *Cassation en général*, n° 53). La plus grande célérité est, en effet, requise en matière pénale (M. Gendebien et X. Carton de Wiart, "Les pourvois en cassation en matière répressive", in *Les Nouvelles, Procédure pénale*, tome II, vol. I, n° 43).

La seule exception à l'interdiction d'introduire un pourvoi en cassation immédiat concernait les décisions rendues sur la compétence. En instaurant cette exception, le législateur a voulu empêcher que le procès soit poursuivi devant un juge incompétent (G. Beltjens, *op.cit.*, n°73; PAND. B, v° *Cassation en général*, n° 94; M. Gendebien et X. Carton de Wiart, *op.cit.*, n° 67).

C. PORTEE

1. Généralités

Dans sa version ancienne, l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle vise non seulement les jugements et arrêts des juridictions pénales concernant l'action publique mais aussi ceux rendus sur l'action civile, laquelle, conformément à l'article 4, alinéa 1^{er}, du Titre préliminaire, du Code de procédure pénale, est poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique.

En principe, aucun pourvoi en cassation immédiat n'est autorisé contre des décisions non définitives au sens de ladite disposition légale. Il ne s'agit pas seulement de décisions préparatoires ou d'instruction qui ne statuent pas sur le fond de la cause mais en général de décisions qui n'épuisent pas la juridiction du juge sur l'action publique ou sur l'action civile. Le pourvoi en cassation ne peut être introduit contre des décisions non-définitives qui ne sont pas rendues sur la compétence qu'après la décision définitive rendue en dernier ressort et qui ne peut faire l'objet d'une opposition. Un pourvoi en cassation introduit prématurément est irrecevable. La jurisprudence et la doctrine donnent de nombreux exemples de décisions non définitives en ce qui concerne l'action publique ou l'action civile (R. Declercq, *Beginselen van strafrechtspleging*, 2^{ème} éd., Deurne, Kluwer, 1999, n°2256-2278).

2. Décision définitive rendue sur l'action publique

Une décision définitive rendue sur l'action publique est celle qui met fin aux poursuites pénales contre l'intéressé. Il a été décidé qu'est irrecevable le pourvoi en cassation formé par la partie intervenante contre un arrêt rendu par la chambre des mises en accusation, par lequel est déclaré non fondé son appel contre l'ordonnance d'exequatur, rendue par la chambre du conseil, d'une demande d'entraide tendant à l'exécution de mesures provisoires ou d'une saisie en application de la loi du 20 mai 1997 sur la coopération internationale en ce qui concerne l'exécution de saisies et de confiscations, dès lors que cette décision constitue une décision préparatoire contre laquelle un pourvoi en cassation ne sera ouvert qu'après la décision définitive. Pour les mêmes motifs, est également irrecevable le pourvoi en cassation formé contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation qui statue sur la tierce opposition formée contre l'ordonnance dont appel de la chambre du conseil (Cass., 15 mai 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 284, et les conclusions de M. l'avocat général P. Duinslaeger). Un autre exemple de décision non définitive sur l'action publique concerne une ordonnance de la

chambre du conseil rendue en matière de douanes et accises. Celle-ci avait dessaisi le juge d'instruction et ordonné que les pièces de la procédure soient transmises à l'office du procureur du Roi afin d'agir comme de droit. Une telle décision constitue, d'une part, une décision préparatoire, d'autre part, une mesure d'ordre intérieur qui ne peut faire l'objet ni d'un appel ni d'un pourvoi en cassation immédiat (Cass., 10 décembre 2002, P.02.1146.N). Tel est encore le cas de l'arrêt de confirmation d'un jugement du tribunal de la jeunesse renvoyant la cause au ministère public en vue de poursuites devant la juridiction compétente s'il existe un fondement quant à ce, qui ne constitue pas une décision définitive (cass., 22 juillet 2003, P.03.0842.N).

3. *Décision définitive rendue sur l'action civile*

Un problème souvent délicat est de savoir si les décisions des juridictions pénales qui, statuant sur l'action civile, allouent une indemnité, ont ou non un caractère définitif au sens de l'article 416 du Code d'instruction criminelle. Quelques principes sont énoncés ci-dessous (J. Velu, "Le problème du caractère définitif ou non définitif, au sens de l'article 416 du Code d'instruction criminelle, des décisions des juridictions pénales qui, statuant sur l'action civile, allouent une indemnité", in *Mélanges offerts à Robert Legros*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1985, pp.735, et s. et conclusions avant cass., 4 avril 1984, *Bull. et Pas.*, 1984, I, 957).

Sont considérées comme étant des décisions définitives, les décisions qui statuent sur la totalité de ce que demande la partie civile, c'est-à-dire sur tous les éléments de l'indemnité réclamée. Par contre, ne sont pas définitives les décisions qui ne statuent que sur un ou certains éléments de la demande ou qui, lorsqu'elles allouent une indemnité, ne se prononcent pas sur tout ce qui a été réclamé, par exemple parce que la décision ordonne une mesure d'instruction ou réserve une partie de la demande et/ou les intérêts et les dépens.

La question se pose aussi de savoir quel est le caractère de la décision qui alloue une indemnité et qui, sans ordonner une mesure d'instruction ni réserver une partie du principal de la demande ou tout ou partie des dépens, soit renvoie la cause en continuation au premier juge, soit ordonne la réouverture des débats, soit surseoit à statuer, soit remet la cause sine die. On admet qu'il n'appartient pas à la Cour d'apprécier la légalité d'une telle décision. C'est pourquoi elle est considérée comme n'étant pas définitive.

L'application de ces règles peut donner lieu à des difficultés lorsque le juge statue sur les actions de plusieurs parties civiles. En principe, ces différentes actions doivent être considérées comme étant distinctes. Il y a une exception à cette règle lorsque le caractère non définitif d'une décision allouant une indemnité à une partie s'étend à la décision rendue au profit d'une autre partie. C'est, par exemple, le cas lorsque dans le cadre de l'action d'une partie civile le juge ordonne une mesure d'instruction qui peut influencer l'action civile d'une autre, comme l'assureur subrogé. Enfin, en cas d'ambiguïté, il y a lieu de considérer la décision comme étant non définitive à l'égard de toutes les parties.

Lorsqu'une partie s'étant pourvue en cassation se désiste de son pourvoi pour l'unique motif que la décision attaquée n'est pas définitive alors qu'elle l'est, la Cour ne décrète pas le désistement mais statue sur le pourvoi.

4. *Détention préventive*

On considère depuis longtemps que les décisions rendues en dernier ressort en matière de détention préventive échappent à la règle de l'article 416, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle. Ces décisions qui concernent la liberté individuelle sont indépendantes des

poursuites pénales qui donnent lieu à la détention préventive (M. Gendebien et X. Carton de Wiart, *op.cit.*, n° 58). Le pourvoi en cassation est d'ailleurs expressément prévu par l'article 31 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive (cf en ce qui concerne ce pourvoi en cassation, *Rapport annuel de la Cour 2000-2001*, p. 251-259).

§ 2. Nouveaux textes

A. LA LOI FRANCHIMONT

1. *Disposition légale*

L'article 37 de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade l'information et de l'instruction a modifié l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle. Depuis lors, il est libellé comme suit :

“L'alinéa précédent ne s'applique pas aux arrêts ou jugements rendus sur la compétence ou en application des articles 135 et 235bis, ni aux arrêts ou jugements relatifs à l'action civile qui statuent sur le principe d'une responsabilité.”

Cette disposition est applicable à partir du 2 octobre 1998 en vertu de l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 21 septembre 1998 (M.B. du 25 septembre 1998).

2. *But*

La loi du 12 mars 1998 n'a rien modifié au pourvoi en cassation immédiat concernant les arrêts et les jugements rendus sur la compétence. Elle instaure toutefois au profit des parties de nouveaux droits et recours pendant l'information et l'instruction judiciaire et lors du règlement de la procédure (H.-D. Bosly et D. Vandermeersch, *Droit de la procédure pénale*, 2^{ème} éd., La Chartre, Bruges, 2001, p.522-594). Dans ces cas aussi, le pourvoi en cassation n'est, en règle, possible qu'après la décision définitive, mais la loi instaure néanmoins une série de cas dans lesquels un pourvoi en cassation immédiat est autorisé. Le législateur a voulu ainsi que certains incidents de procédure soient plus rapidement réglés. Cela permet aussi de redresser d'éventuelles nullités à un moment adéquat.

En ce qui concerne les arrêts ou jugements rendus sur l'action civile, la loi tempère l'interdiction d'introduire un pourvoi en cassation immédiat. Trop fréquemment, une partie civile a dû attendre une décision définitive sur l'action civile avant de pouvoir introduire un pourvoi en cassation (J. Kirkpatrick, “Les deux réformes de la procédure en cassation contre les décisions des juridictions répressives sur les intérêts civils. Les modifications apportées aux articles 425 et 416 du Code d'instruction criminelle par les lois des 6 mai 1997 et 12 mars 1998”, *J.T.*, 1998, p. 609-613). Afin d'éviter de telles situations, on peut actuellement introduire un pourvoi en cassation immédiat contre les décisions qui ont déjà statué sur le principe d'une responsabilité sans que le juge épuise entièrement sa juridiction sur l'action civile.

B. LOI PORTANT EXTENSION DES POSSIBILITES DE SAISIE ET DE CONFISCATION EN MATIERE PENALE

1. *Disposition légale*

L'article 13 de la loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale (M.B. du 14 février 2003) modifie à nouveau l'article 416,

alinéa 2, du Code d'instruction criminelle (C. Caliman, "La loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale", *Custodes, Financieel rechercheren-L'enquête financière*, 2003, p. 69-104). Il est dorénavant libellé comme suit :

"L'alinéa précédent ne s'applique pas aux arrêts ou jugements rendus sur la compétence ou en application des articles 135 et 235bis, ni aux arrêts ou jugements relatifs à l'action civile qui statuent sur le principe d'une responsabilité, ni aux arrêts par lesquels conformément à l'article 524bis, § 1^{er}, il est statué sur l'action publique et ordonné une enquête particulière sur les avantages patrimoniaux."

2. *But*

La loi du 19 décembre 2002 modifie les articles 28sexies et 61quater du Code d'instruction criminelle. Nous y reviendrons.

La nouvelle loi autorise la confiscation tant des avantages patrimoniaux tirés d'une infraction du chef de laquelle le prévenu a été condamné que de ceux tirés de faits identiques qui ont été commis au cours de la même période. En vertu de l'article 524bis, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, le juge qui déclare le prévenu coupable pour le fait qui lui est imputé peut, sur réquisition du ministère public, ordonner une enquête particulière sur les avantages patrimoniaux visés aux articles 42, 3^o, 43bis et 43quater du Code pénal en vue de déterminer ces avantages patrimoniaux. Cette enquête particulière sur les avantages patrimoniaux n'est toutefois possible que si le ministère public démontre, sur la base d'indices sérieux et concrets, que le condamné a tiré de l'infraction ou de faits identiques au sens de l'article 43quater du Code pénal, des avantages patrimoniaux de quelque intérêt. La réquisition du ministère public pour mener une enquête particulière sur les avantages patrimoniaux ne peut jamais être introduite pour la première fois en degré d'appel.

§ 3. Cas particuliers

A. DISSOCIATION DE LA DECISION RENDUE SUR L'ACTION PUBLIQUE ET DE LA DECISION RENDUE SUR L'ACTION CIVILE

L'article 161 du Code d'instruction criminelle dispose que si le prévenu est convaincu d'infraction relevant de sa compétence, le tribunal prononcera la peine, et statuera par le même jugement sur les demandes en restitution et en dommages-intérêts. L'article 162 du même code oblige en outre le juge à statuer aussi sur les frais. Ces dispositions légales signifient en réalité l'interdiction de décisions séparées (note 1 sous Cass., 17 février 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n^o 95; *P.&B.*, note B. De Gryse, "Eenheid van uitspraak"; *R. Cass.*, 1999, 62, note E. Van Muylem, "Eenheid van uitspraak over de strafvordering").

La jurisprudence a toutefois rendu moins stricte l'obligation de statuer par un seul et même jugement sur l'action publique et sur l'action civile; le juge peut statuer sur l'ensemble de l'action publique et remettre à une date ultérieure, pour plus ample instruction, le jugement sur l'action civile (Cass., 9 juin 1970, *Bull. et Pas.*, 1970, I, 896). Mais l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle reste malgré tout applicable dans ce cas de sorte que la décision rendue sur l'action civile ne peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation qu'après la décision définitive (Cass., 1^{er} mars 1976, *Bull. et Pas.*, 1976, I, 713). Il faut évidemment tenir compte actuellement de la nouvelle réglementation en la matière.

B. DISSOCIATION DE LA DECISION RENDUE SUR CERTAINS ELEMENTS DE LA CULPABILITE ET/OU DE LA PEINE

Décider si le juge pénal a épuisé sa juridiction sur l'action publique est généralement aisé. C'est le cas lorsqu'il acquitte le prévenu, ou lorsqu'il le déclare coupable de l'infraction mise à sa charge et le condamne à une peine ou ordonne une mesure à son égard et statue sur les frais. Il doit le faire dans un seul jugement. Il se peut toutefois qu'en violation de la règle de l'unité du prononcé sur l'action publique, le juge statue sur la culpabilité et sur la peine par des décisions distinctes. Parfois, il statue même sur la culpabilité par des décisions distinctes (Cass., 17 février 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 95 et 96 ; *P.&B.*, 1998, 284, note B. De Gryse, "Eenheid van uitspraak", et *R. Cass.*, 1999, 60-61, "Eenheid van de uitspraak over de strafvordering"). Cette division illégale de la décision n'empêche pas qu'un pourvoi en cassation immédiat contre les jugements et arrêts qui n'épuisent pas la juridiction du juge pénal, sera rejeté comme étant prématuré (par exemple, Cass., 22 septembre et 3 novembre 1987, *Bull. et Pas.*, 1988, I, n° 45 et 139).

Il doit être souligné que la loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale instaure une exception importante à l'interdiction de statuer par des décisions distinctes sur les éléments de la peine. La décision rendue sur la culpabilité et les autres peines peut être dissociée de la décision relative à la confiscation des avantages patrimoniaux, et la première peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation immédiat.

C. DISSOCIATION DE LA DECISION RENDUE SUR L'ACTION PUBLIQUE ET SUR LES MESURES DE NATURE CIVILE QUI RELEVANT DE L'ACTION PUBLIQUE

Dans certains cas, le juge pénal doit se prononcer non seulement sur l'action publique mais aussi sur des mesures de nature civile qui relèvent de l'action publique. L'article 65, § 1^{er}, de la loi du 29 mars 1962 organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme dispose ainsi qu'outre la pénalité, le tribunal ordonne à la demande du fonctionnaire délégué ou du collègue des bourgmestre et échevins, moyennant les conditions et selon les modalités prévues par la disposition légale, soit la remise en état des lieux ou la cessation de l'usage contraire, soit l'exécution d'ouvrages ou de travaux d'aménagement, soit le paiement d'une somme représentative de la plus-value acquise par le bien à la suite de l'infraction.

Cette mesure a été reprise, moyennant quelques adaptations, par l'article 149, § 1^{er}, du décret du Parlement Flamand du 18 mai 1999 portant organisation de l'aménagement du territoire, par l'article 189 de l'ordonnance du 29 août 1991 de la Région de Bruxelles-Capitale organique de la planification et de l'urbanisme et par l'article 155 du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine. Lorsque, dans un tel cas, le juge se prononce sur l'action publique, mais remet la décision sur la mesure de nature civile, le pourvoi, selon une jurisprudence constante, n'est recevable qu'après la décision définitive sur l'action civile (Voir la jurisprudence citée par R. Declercq, *op.cit.*, n° 2261; voir récemment Cass., 18 mars 2003, P.02.1335.N).

SECTION 2 - ARRETS OU JUGEMENTS RENDUS SUR LA COMPETENCE

§ 1. Législation

En vertu de l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, l'interdiction de former un pourvoi en cassation immédiat ne s'applique pas aux arrêts ou jugements rendus sur la compétence. L'article 539 du Code d'instruction criminelle dispose, pour sa part, notamment

que lorsqu'une des parties aura excipé de l'incompétence d'un tribunal de première instance ou d'un juge d'instruction, ou proposé un déclinatoire, toutes les parties ont le droit d'interjeter appel contre la décision.

§ 2. Contestation de compétence

Il n'y a contestation de compétence au sens des articles 416, alinéa 2, et 539 du Code d'instruction criminelle, que s'il est prétendu qu'un juge a empiété sur les attributions d'un autre juge en manière telle qu'il en résulte un conflit de juridiction auquel seul un règlement de juges peut mettre fin. La qualification de contestation de compétence donnée par une partie à un moyen de défense, est sans importance; c'est l'objet réel de la contestation qui importe (Cass., 9 juin 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 343; voir aussi Cass., 24 septembre 2002, P.02.0853.N).

Une contestation relative à la saisine du juge d'instruction et à la recevabilité de la requête adressée à celui-ci en vue de l'accomplissement d'un acte d'instruction complémentaire ne constitue pas une contestation de compétence au sens des articles 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle (Cass., 24 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 179; *Rev. dr. pén.*, 2000, p.935, note P. Morlet, "Le dessaisissement du juge d'instruction par l'effet de son rapport").

Une contestation sur la qualification exacte des faits du chef desquels le demandeur est renvoyé devant la cour d'assises ne constitue pas un conflit de compétence (Cass., 13 décembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 688).

La décision du juge du fond de poser ou non une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage relève exclusivement du pouvoir du juge saisi et son refus ne constitue pas, non plus, une décision rendue sur la compétence (Cass., 24 septembre 2002, P.02.0853.N).

§ 3. Pourvoi en cassation

Lorsque l'inculpé qui a été renvoyé devant le tribunal correctionnel par la chambre du conseil n'a pas soulevé d'exception d'incompétence devant la chambre des mises en accusation, il ne peut introduire un pourvoi immédiat contre l'arrêt rendu par celle-ci pour invoquer ainsi une nouvelle exception d'incompétence (Cass., 26 juin 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 259).

L'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle ne s'applique pas à l'arrêt de la chambre des mises en accusation qui n'est pas rendu sur la compétence et qui n'ordonne pas de mesures en application des articles 135 et 235bis du même code (Cass., 28 mars 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 207).

SECTION 3 - ARRETS DE LA CHAMBRE DES MISES EN ACCUSATION RELATIFS AUX VOIES DE RECOURS PARTICULIERES DANS LE CADRE DE L'INFORMATION OU DE L'INSTRUCTION

§ 1. Législation

A. CONSULTATION DU DOSSIER REPRESSIF

L'article 61ter du Code d'instruction criminelle dispose que l'inculpé non détenu et la partie civile peuvent demander au juge d'instruction de consulter le dossier répressif. Le juge d'instruction peut interdire la communication du dossier ou de certaines pièces "si les

nécessités de l'instruction le requièrent ou si la communication présente un danger pour les personnes ou porte gravement atteinte à leur vie privée, ou si la constitution de partie civile ne paraît pas recevable ou que la partie ne justifie pas d'un motif légitime à consulter le dossier". Le juge d'instruction peut limiter la consultation par l'inculpé non détenu à la partie du dossier concernant les faits ayant conduit à l'inculpation et pour la partie civile à la partie du dossier ayant conduit à la constitution de partie civile.

Le procureur du Roi et le requérant peuvent saisir la chambre des mises en accusation d'un recours contre l'ordonnance du juge d'instruction qui, selon les cas, accorde l'autorisation de consulter le dossier en tout ou en partie ou l'interdit. L'article 61ter, § 5, règle la procédure. Le requérant peut aussi s'adresser à la chambre des mises en accusation si le juge d'instruction ne statue pas dans le délai légalement prévu.

B. LEVEE D'ACTES D'INFORMATION OU D'INSTRUCTION

1. Saisie et confiscation

La matière de la saisie et de la confiscation en matière pénale a été récemment modifiée par la loi du 19 décembre 2002.

Sous le régime actuel, les articles 42, 43, 43bis, 43ter et 43quater du Code pénal prévoient la confiscation obligatoire ou facultative, selon le cas :

1° des choses formant l'objet de l'infraction et de celles qui ont servi ou qui ont été destinées à la commettre, quand la propriété en appartient au condamné;

2° des choses qui ont été produites par l'infraction;

3° des avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, des biens et valeurs qui leur ont été substitués et des revenus de ces avantages investis;

4° des avantages patrimoniaux supplémentaires, des biens et valeurs qui leur ont été substitués et des revenus de ces avantages investis, qui sont trouvés dans le patrimoine ou en possession de personnes ayant été condamnées du chef de certaines infractions limitativement énumérées par la loi si le condamné a acquis ces avantages patrimoniaux pendant une période pertinente, c'est-à-dire une période commençant cinq ans avant son inculpation et courant jusqu'à la date du prononcé, alors qu'il existe des indices sérieux et concrets que ces avantages découlent de l'infraction pour laquelle il a été condamné ou de faits identiques et que le condamné n'a pas pu rendre plausible le contraire.

Si les choses ne peuvent être retrouvées dans le patrimoine du condamné, le juge procédera à leur évaluation monétaire et la confiscation portera sur une somme d'argent qui leur sera équivalente.

Enfin, l'article 77bis, § 4bis, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, inséré par l'article 191 de la loi-programme du 2 août 2002 (M.B. du 29 août 2002), instaure la saisie d'un bien immeuble, en cas d'abus de la position vulnérable d'un étranger commis notamment en matière locative pour qu'il soit mis éventuellement à la disposition du C.P.A.S., avec l'accord écrit du propriétaire ou du bailleur, afin de le restaurer et de le louer temporairement (F. Schuermans, "Huisjesmelkerij: nieuwe regelen inzake het beslag en het strafrechtelijk kort geding", *R.W.*, 2002-2003, p.1047-1052).

2. *Référé pénal*

Compte tenu des très larges possibilités de saisie, la loi a instauré le référé pénal. L'article 28sexies du Code d'instruction criminelle prévoit que, sans préjudice des dispositions des lois particulières, toute personne lésée par un acte d'information relatif à ses biens peut en demander la levée au procureur du Roi. Le procureur du Roi peut rejeter la requête "*s'il estime que les nécessités de l'information le requièrent, lorsque la levée de l'acte compromet la sauvegarde des droits des parties ou des tiers, lorsque la levée de l'acte présente un danger pour les personnes ou les biens, ou dans les cas où la loi prévoit la restitution ou la confiscation desdits biens*". Le procureur du Roi peut accorder une levée totale, partielle ou assortie de conditions.

La chambre des mises en accusation peut être saisie d'un recours contre la décision du procureur du Roi qui a refusé la levée ou qui ne l'a accordée que partiellement ou assortie de conditions. L'article 28sexies, § 4, du Code d'instruction criminelle règle la procédure. Le requérant peut aussi saisir la chambre des mises en accusation si le procureur du Roi n'a pas statué dans le délai légalement prévu.

Il existe une procédure similaire pour les actes d'instruction. En vertu de l'article 61quater du Code d'instruction criminelle, toute personne lésée par un acte d'instruction relatif à ses biens peut en demander la levée au juge d'instruction. Le juge d'instruction peut rejeter la requête pour des raisons identiques à celles prévues par l'article 28sexies du Code d'instruction criminelle et, comme le procureur du Roi, il peut accorder une levée totale, partielle ou assortie de conditions. En cas de décision favorable, le juge d'instruction peut prononcer l'exécution provisoire de la décision lorsque tout retard pourrait entraîner un préjudice irréparable.

L'article 61quater, § 5, du Code d'instruction criminelle règle l'appel interjeté par le procureur du Roi ou le requérant devant la chambre des mises en accusation contre l'ordonnance du juge d'instruction de manière quasiment identique à celle de l'article 28sexies du Code d'instruction criminelle. Le requérant peut aussi saisir la chambre des mises en accusation lorsque le juge d'instruction n'a pas statué dans le délai légalement prévu.

En vertu de la loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale, qui insère notamment un nouveau § 6 dans l'article 28sexies, et un nouveau § 7 dans l'article 61quater, du Code d'instruction criminelle, la levée d'un acte d'information ou d'instruction peut aussi être demandée au juge du fond : celui-ci statue dans les quinze jours en chambre du conseil. Le requérant peut interjeter appel devant la chambre des mises en accusation contre la décision de rejet de la requête ou lorsqu'aucune décision n'a été prise.

L'article 77bis, § 4bis, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers prévoit enfin que le référé pénal relatif à la saisie immobilière instituée par cette disposition ne peut être intenté qu'après un délai d'un an à compter de la date de la saisie.

C. ACCOMPLISSEMENT D'ACTES D'INSTRUCTION COMPLEMENTAIRES

L'article 61quinquies du Code d'instruction criminelle autorise l'inculpé et la partie civile à demander au juge d'instruction l'accomplissement d'un acte d'instruction complémentaire. Le juge d'instruction peut rejeter la demande "*s'il estime que la mesure n'est pas nécessaire à la manifestation de la vérité, ou est, à ce moment, préjudiciable à l'instruction*".

Le procureur du Roi, l'inculpé et la partie civile peuvent interjeter appel de l'ordonnance du juge d'instruction devant la chambre des mises en accusation. L'article 61quinquies, § 4, du Code d'instruction criminelle se réfère à l'article 61quater, § 5, en ce qui concerne la procédure. Le requérant peut aussi s'adresser à la chambre des mises en accusation si le juge d'instruction n'a pas statué dans le délai légalement prévu.

En vertu de l'article 127, alinéa 4, du Code d'instruction criminelle, l'inculpé et la partie civile peuvent demander au juge d'instruction, au cours de la première phase du règlement de la procédure après instruction, l'accomplissement d'actes d'instruction complémentaires conformément à l'article 61quinquies, du Code d'instruction criminelle.

§ 2. Pourvoi en cassation

Dès lors que les décisions de la chambre des mises en accusation rendues en application, selon le cas, des articles 61ter, § 5, 28sexies, § 4, 61quater, § 5, ou 61quinquies, § 4, et/ou de l'article 127, alinéa 4, du Code d'instruction criminelle, sont des arrêts d'instruction, ils ne peuvent, en principe, pas faire l'objet d'un pourvoi en cassation avant le jugement ou l'arrêt définitif rendu en la cause.

Sont ainsi irrecevables, les pourvois en cassation immédiats concernant :

- la consultation du dossier répressif : Cass., 16 février 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 89; *R.W.*, 1998-99, p.1530-1532, note B. De Smet, "Vervroegd cassatieberoep tegen arresten van de Kamer van Inbeschuldigingstelling over inzage in het strafdossier"; 13 octobre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, n° 529;
- la levée d'un acte d'information ou d'instruction: Cass., 1er décembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 499; Cass., 16 février 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 89; *R.W.*, 1998-99, p.1530-1532, note B. De Smet, "Vervroegd cassatieberoep tegen arresten van de Kamer van Inbeschuldigingstelling over inzage in het strafdossier"; Cass., 17 novembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 661; Cass., 30 mai 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 331;
- les actes d'instruction complémentaires : Cass., 1er décembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 500; *R.W.*, p.1529 (extrait), note A. Vandeplass, "Over de opheffing van het beslag en de teruggave van de goederen"; Cass., 16 février 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 91; *R.W.*, 1998-99, p.1530-1532, note B. De Smet, "Vervroegd cassatieberoep tegen arresten van de Kamer van Inbeschuldigingstelling over inzage in het strafdossier"; Cass., 24 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 179; *Rev. dr. pén.*, 2000, p.935, note P. Morlet, "Le dessaisissement du juge d'instruction par l'effet de son rapport"; Cass., 17 novembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 611, ou la demande d'être présent lors d'une reconstitution : Cass., 1er décembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 498; *R.W.*, p.1529 (extrait), note A. Vandeplass, "Over de opheffing van het beslag en de teruggave van de goederen". Cette règle s'applique aussi lorsque la demande d'un acte d'instruction complémentaire est tardive et, dès lors, irrecevable (Cass., 10 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 145).

Il n'existe pas encore de jurisprudence de la Cour en rapport avec le nouveau § 6 de l'article 28sexies et le nouveau § 7 de l'article 61quater, du Code d'instruction criminelle, insérés par la loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale.

SECTION 4 - ARRETS DE LA CHAMBRE DES MISES EN ACCUSATION RENDUS SUR L'APPEL DES ORDONNANCES DE LA CHAMBRE DU CONSEIL

§ 1. Législation

L'article 135, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle autorise le ministère public et la partie civile à interjeter appel de toutes les ordonnances de la chambre du conseil. Il s'agit tant des ordonnances en cours d'instruction judiciaire que de celles réglant la procédure.

L'article 135, § 2, du Code d'instruction criminelle ne permet à l'inculpé d'interjeter appel que dans certains cas. En cas d'irrégularités, d'omissions ou de causes de nullité visées à l'article 131, §1^{er}, ou relatives à l'ordonnance de renvoi, l'inculpé peut interjeter appel des ordonnances de renvoi prévues aux articles 129 et 130, sans préjudice de l'appel visé à l'article 539 dudit code. Il en va de même pour les causes d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique. En cas d'irrégularités, d'omissions ou de causes de nullité visées à l'article 131, §1^{er}, l'appel n'est recevable que si le moyen a été invoqué par conclusions écrites devant la chambre du conseil. Il en va de même pour les causes d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique, sauf lorsque ces causes sont acquises postérieurement aux débats devant la chambre du conseil. L'appel est interjeté devant la chambre des mises en accusation.

En vertu de l'article 131, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, la chambre du conseil prononce, s'il y a lieu, lors du règlement de la procédure, la nullité de l'acte et de tout ou partie de la procédure subséquente lorsqu'elle constate une irrégularité, une omission ou une cause de nullité affectant un acte d'instruction ou l'obtention de la preuve. L'article 131, § 2, ajoute que les pièces déclarées nulles sont retirées du dossier et déposées au greffe du tribunal de première instance, s'il n'y a pas eu d'appel dans le délai prévu à l'article 135.

L'article 235bis du Code d'instruction criminelle confère la même compétence à la chambre des mises en accusation (voir *Section 6 – Arrêts rendus en application de l'article 235bis du Code d'instruction criminelle*).

La "purge des nullités" préalable par la juridiction d'instruction vise un double but : d'une part, éviter que lorsqu'il forme sa conviction, le juge du fond soit involontairement influencé par la connaissance de fait du contenu des pièces déclarées nulles, d'autre part, permettre à la juridiction d'instruction de recommencer ou de rectifier en temps utile et de manière régulière des actes d'instruction déclarés nuls (Cass., 28 mars 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 208).

La loi du 4 juillet 2001 a complété l'article 131, § 2, et l'article 235bis, § 6, du Code d'instruction criminelle par la phrase : "*Les pièces déposées au greffe ne peuvent pas être consultées, et ne peuvent pas être utilisées dans la procédure pénale*". La Cour d'arbitrage a toutefois annulé cette phrase dans ces articles. Elle considère que l'impossibilité absolue d'utiliser devant le juge du fond des actes déclarés nuls n'est pas proportionnée à l'objectif consistant à prévenir toute insécurité juridique. Ces dispositions ne sont pas compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec le principe des droits de la défense (Cour d'arbitrage, 8 mai 2002, n° 86/2002, *M.B.* 24 mai 2002, seconde édition).

§ 2. Appel

A. ORDONNANCES QUI NE SONT PAS SUSCEPTIBLES D'APPEL

1. *En raison du caractère particulier de l'ordonnance*

Les ordonnances de la chambre du conseil ne sont pas toutes susceptibles d'appel. C'est notamment le cas de l'ordonnance rendue dans une affaire de douanes et accises qui dessaisit le juge d'instruction et ordonne que les pièces soient transmises à l'office du procureur du Roi pour qu'il soit statué comme de droit. Une telle ordonnance est, d'une part, une décision préparatoire, d'autre part, une mesure de nature interne qui n'est pas susceptible d'appel (Cass., 10 décembre 2002, P.02.1146.N). Tel est également le cas de l'arrêt de confirmation d'un jugement du tribunal de la jeunesse renvoyant la cause au ministère public en vue de poursuites devant la juridiction compétente s'il existe un fondement quant à ce, qui ne constitue pas une décision définitive et est sans rapport avec l'une des hypothèses prévues à l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle (cass., 22 juillet 2003, P.03.0842.N).

2. *En raison de l'irrecevabilité de la constitution de partie civile*

Quant à la partie civile, la recevabilité de son appel est subordonnée à la recevabilité de sa constitution de partie civile ; la chambre des mises en accusation a le pouvoir d'examiner la recevabilité de la constitution de partie civile (Cass., 8 octobre 2002, P.02.0419.N).

3. *En raison de l'objet de l'ordonnance*

L'inculpé ne peut former un appel recevable contre l'ordonnance qui considère que les actes d'instruction complémentaires qui ont été demandés ne sont pas nécessaires pour révéler la vérité ou qui constate qu'il existe des charges suffisantes. Nous y reviendrons lors de l'examen du pourvoi en cassation.

B. ORDONNANCES QUI SONT SUSCEPTIBLES DE FAIRE L'OBJET D'UN APPEL DE LA PART DE L'INCOLPE

Le droit d'appel de l'inculpé est limité. Il en résulte qu'en fonction de l'objet de l'appel, il peut être partiellement recevable et partiellement irrecevable.

Il a été admis à un certain moment qu'un inculpé pouvait former immédiatement un pourvoi en cassation recevable lorsque l'arrêt de la chambre des mises en accusation considère, d'une part, que son appel contre l'ordonnance de renvoi est irrecevable, d'autre part, que les moyens invoqués en degré d'appel ne permettent pas de déduire une irrégularité, une omission ou une nullité affectant soit un acte d'instruction soit l'obtention de la preuve. La Cour de cassation a considéré ainsi que l'arrêt attaqué avait statué, fût-ce de manière négative, sur une contestation relative à une irrégularité affectant un acte d'instruction au sens de l'article 135, § 2, du Code d'instruction criminelle et que, pour cette raison, tant l'appel que le pourvoi en cassation immédiat qui l'avait suivi étaient recevables (Cass., 22 décembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 531; voir aussi Cass., 21 juin 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 390). Cette jurisprudence a été abandonnée. Actuellement on ne subordonne plus le droit d'appel à la qualification donnée par l'appelant à sa contestation mais à l'objet réel de celle-ci (Cass., 27 juin 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 407, note).

En principe, il est décidé qu'en vertu de l'article 135, § 2, du Code d'instruction criminelle, l'appel de l'inculpé contre une ordonnance de renvoi est recevable, lorsqu'il se fonde sur des

irrégularités, des omissions ou des causes de nullité qui, conformément à l'article 131, § 1^{er}, affectent un acte d'instruction ou l'obtention de la preuve, s'il a été invoqué par conclusions écrites devant la chambre du conseil. Il en va de même pour les causes d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique, sauf lorsque ces causes sont acquises postérieurement aux débats devant la chambre du conseil (Cass., 13 janvier 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 22).

Les règles de la recevabilité de l'appel formé par l'inculpé ont été précisées ultérieurement. En vertu de l'article 135, § 2, du Code d'instruction criminelle, celui-ci peut interjeter appel contre :

1. les ordonnances statuant sur une irrégularité, une omission ou une cause de nullité visée à l'article 131, §1^{er}, du Code d'instruction criminelle si le moyen a été invoqué par conclusions écrites devant la chambre du conseil;
2. les ordonnances visées à l'article 539 du Code d'instruction criminelle;
3. les ordonnances de renvoi prévues aux articles 129 et 130 du Code d'instruction criminelle en cas d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique, à condition que le moyen ait été invoqué par conclusions écrites devant la chambre du conseil, sauf lorsque ces causes d'irrecevabilité ou d'extinction sont acquises postérieurement aux débats devant la chambre du conseil ;
4. les ordonnances de renvoi dans la mesure où elles-mêmes sont entachées d'irrégularités, d'omissions ou de causes de nullité (Cass. (audience plénière), 11 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 20, et les conclusions de M. l'avocat général P. Duinslaeger; *T. Strafr.*, 2000, 112, note R. Verstraeten, "De ontvankelijkheid van een cassatieberoep van een in verdenking gestelde tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling").

Les cas concrets dans lesquels l'appel est recevable sont examinés ci-dessous, sous C. Pourvoi en cassation. La jurisprudence a en effet aligné les conditions de recevabilité du pourvoi sur celles de l'appel.

§ 3. Pourvoi en cassation

A. GENERALITES

Les décisions de la chambre des mises en accusation qui règlent la procédure ne sont pas des décisions définitives au sens de l'article 416, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle (Cass., 24 septembre 2002, P.02.0853.N). L'article 416, alinéa 1^{er}, ne s'applique toutefois pas aux arrêts ou jugements rendus sur la compétence ou en application des articles 135 et 235bis ni aux arrêts ou jugements relatifs à l'action civile qui statuent sur le principe d'une responsabilité (Cass., 28 mars 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 207).

Est irrecevable le pourvoi en cassation formé contre un arrêt de la chambre des mises en accusation qui considère qu'elle est sans pouvoir pour annuler une citation directe devant le tribunal correctionnel lorsqu'une ordonnance de renvoi contre laquelle un appel a été interjeté, a été rendue le même jour (Cass., 12 février 2002, *NjW*, 2002, série 5, 169).

Le pourvoi en cassation immédiat est parfois recevable dans la mesure où il concerne certaines décisions de l'arrêt de la chambre des mises en accusation et irrecevable en ce qu'il concerne d'autres décisions (par exemple, Cass., 6 février 2002, *Rev. dr. pén.*, 2002, p.794). Il a ainsi été considéré que le pourvoi en cassation d'un inculpé est irrecevable dans la mesure où l'arrêt attaqué a statué sur l'existence de charges suffisantes et qu'il est recevable dans la mesure où il permet à la Cour d'examiner, d'office, s'il existe des irrégularités, omissions ou

causes de nullité relatives à l'arrêt de renvoi (Cass., 23 janvier 2002, *Rev. dr. pén.*, 2002, p.792, note J.P.S.).

L'irrecevabilité du pourvoi en cassation a une conséquence importante; elle empêche qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour d'arbitrage (Cass., 24 septembre 2002, P.02.0853.N).

B. MINISTERE PUBLIC ET PARTIE CIVILE

Le ministère public et la partie civile disposent en principe toujours du droit de former un pourvoi en cassation immédiat contre les arrêts de la chambre des mises en accusation rendus sur l'appel formé contre les ordonnances de la chambre du conseil. Le ministère public peut exercer un pourvoi immédiat contre toute décision susceptible de porter préjudice à l'action publique ou de constituer un obstacle à son jugement, quelles qu'aient été ses réquisitions (Cass., 23 mai 2001, *Pas.*, 2001, n° 307, avec les conclusions de M. l'avocat général R. Loop, *J.T.*, 2001, p.716 (extrait), note D. Vandermeersch et O. Klees; *Rev. dr. pén.*, 2001, p.897, et les conclusions de M. l'avocat général R. Loop).

C. INCULPE

Dans les premiers arrêts concernant la loi Franchimont, il a été simplement considéré que le pourvoi en cassation formé par l'inculpé avant la décision définitive, contre l'ordonnance de la chambre du conseil qui, sans statuer sur une contestation relative à la compétence, et sans faire application des articles 135 et 235bis du Code d'instruction criminelle, renvoie l'inculpé au tribunal correctionnel, est irrecevable (Cass., 15 décembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 523; *T. Straf.* 2000, 99, note F. Goossens).

Il a été décidé ultérieurement qu'aucun pourvoi en cassation immédiat ne peut être formé contre un arrêt de la chambre des mises en accusation qui renvoie l'inculpé au tribunal correctionnel (Cass., 20 janvier 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 34). Selon le sommaire de cet arrêt, il s'agissait d'un appel du ministère public et la condition (implicite) pour qu'un pourvoi en cassation immédiat puisse être formé est que l'arrêt statue sur une irrégularité, une omission ou une cause de nullité et qu'il ait été rendu uniquement sur l'appel de l'inculpé. Plus tard, cette jurisprudence a été nuancée (Cass., 23 janvier 2002, *Rev. dr. pén.*, 2002, p.794; voir *Section 4 – Arrêts de la chambre des mises en accusation rendus sur l'appel contre les ordonnances de la chambre du conseil – § 4.Applications – C. Ordonnances de renvoi dans la mesure où elles sont entachées d'irrégularités, d'omissions ou de causes de nullité*).

Selon ce dernier arrêt, le pourvoi en cassation immédiat formé par l'inculpé qui a fait l'objet d'une ordonnance de non lieu de la chambre du conseil mais qui a été renvoyé après l'appel du procureur du Roi contre cette ordonnance, est irrecevable dans la mesure où l'arrêt statue sur l'existence de charges suffisantes; il est recevable en tant qu'il soumet d'office à la Cour l'examen des irrecevabilités, omissions ou causes de nullité dont l'arrêt de renvoi serait entaché.

La possibilité de former un pourvoi en cassation a été reconnue ensuite. La Cour a considéré qu'il suit du contexte des articles 416, alinéa 2, et 135, § 2, du Code d'instruction criminelle que l'inculpé ne peut former immédiatement un pourvoi en cassation contre la décision de la chambre des mises en accusation qui décide que l'instruction est complète, qu'il existe des charges suffisantes et qui le renvoie au tribunal correctionnel, que dans les cas similaires à ceux lui permettant d'interjeter appel (Cass. (audience plénière), 11 janvier 2000, *Bull.* et

Pas., 2000, I, n° 20, et les conclusions de M. l'avocat général R. Loop; *T. Strafr.*, 2000, 112, note R. Verstraeten, "De ontvankelijkheid van een cassatieberoep van een inverdenkinggestelde tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling"; voir aussi Cass., 30 janvier 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 59; Cass., 2 mai 2001, *Pas.*, 2001, n° 250; Cass., 30 octobre 2002, P.02.0774.F). Les cas dans lesquels on peut interjeter appel et les cas où le pourvoi en cassation est possible sont ainsi similaires.

Dans de nombreux arrêts, on retrouve cette équivalence. Elle est parfois formulée de manière légèrement différente (par exemple, Cass., 27 juin 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 407; Cass. (chambre des vacations), 22 août 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 434; Cass., 3 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 512; Cass., 17 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 556; *R. Cass.*, 2001, 253-259, note R. Declercq, "Cassatieberoep, vóór de einduitspraak, van de inverdenkinggestelde tegen arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling"; *Rev. dr. pén.*, 2001, p.332, et les conclusions de M. le procureur général J. du Jardin; *R.W.*, 2000-2001, p.1591-1594, note C. Idomon, "Hoger beroep en cassatieberoep door de inverdenkinggestelde tegen de beslissingen van de raadkamer en de kamer van inbeschuldigingstelling betreffende de regeling van de rechtspleging"; Cass., 4 septembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 442; *T.Straf.* 2002, série 1, 40 et la note; Cass., 2 octobre 2001, P.01.0844.N; Cass., 26 juin 2002, P.02.0866.F; Cass., 30 octobre 2002, P.02.0774.F; Cass., 28 novembre 2001, P.01.1345.F; Cass., 12 février 2002, *NjW*, 2002, série 5, 169, S. Vandromme, "Regeling van de rechtspleging. Bijkomende problemen met het verzoek tot bijkomende onderzoekshandelingen", *NjW*, 2002, série 5, 161-167; Cass., 19 février 2002, P.01.1715.N).

D'autres décisions présentent la règle de manière sommaire (Cass., 14 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 621; *R.W.*, 2001-02, p.236, note I. Gabriels, "Verzoek tot bijkomende onderzoekshandelingen tijdens de regeling van de rechtspleging (art. 61^{quinquies} et 127 Sv.)"; *T.G.R.*, 2001, 112 (extrait), note F. Mertens, "Het einde van de 'perpetuum mobile' in de wet Franchimont?"; Cass., 2 mai 2001, *Pas.*, 2001, n° 250; Cass., 12 septembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 460; Cass., 12 février 2002, *NjW*, 2002, série 5, 170, note S. Vandromme, "Regeling van de rechtspleging. Bijkomende problemen met het verzoek tot bijkomende onderzoekshandelingen"; *NjW*, 2002, série 5, 161-167; Cass., 26 juin 2002, P.02.0866.F; Cass., 24 septembre 2002, P.02.0853.N; Cass., 11 février 2003, P.02.0608.N).

§ 4. Applications

A. ORDONNANCES STATUANT SUR UNE IRREGULARITE, UNE OMISSION OU UNE CAUSE DE NULLITE VISEES A L'ARTICLE 131, § 1^{ER}, DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE, A CONDITION QUE LE MOYEN AIT ETE INVOQUE PAR CONCLUSIONS ECRITES DEVANT LA CHAMBRE DU CONSEIL

Si un moyen concernant l'obtention de la preuve a été invoqué par conclusions écrites devant la chambre du conseil, le pourvoi en cassation immédiat contre la décision de la chambre des mises en accusation est recevable.

Il s'agit par exemple :

- de la régularité de l'expertise faite au cours de l'instruction préparatoire (Cass. (audience plénière), 11 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 20, et les conclusions de M. l'avocat général P. Duinslaeger; *T. Strafr.*, 2000, 112, note R. Verstraeten, "De ontvankelijkheid van een cassatieberoep van een inverdenkinggestelde tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling"; Cass., 23 mai 2001, *Pas.*, 2001, n° 307; *J.T.*, 2001, p.716 (extrait), note D. Vandermeersch et O. Klees, *Rev. dr. pén.*, 2001, p.897 et les conclusions de M. l'avocat général R. Loop);

- de la régularité de la participation d'un membre de la police à un acte d'instruction et l'irrégularité d'une audition (Cass., 4 septembre 2001, Pas., 2001, n° 442);
- du refus d'écarter des pièces arguées de faux par une des parties (Cass., 19 décembre 2001, deux arrêts, *Rev. dr. pén.*, 2002, p.592);
- de la régularité de la décision prononçant la nullité des pièces, leur écartement du dossier et leur dépôt au greffe du tribunal de première instance (implicitement Cass., 2 octobre 2001, P.01.0599.N, et les conclusions de M. l'avocat général M. De Swaef);
- de la prétendue partialité de l'instruction ou inégalité dans le procès, du fait qu'une personne a apporté une assistance technique aux verbalisateurs au cours de l'information et qu'elle est ensuite intervenue pour le compte de la partie civile (Cass., 2 octobre 2001, P.01.0599, et les conclusions de M. l'avocat général M. De Swaef);
- de la régularité d'une perquisition (Cass., 12 février 2002, *NjW*, 2002, série 5, 169, S. Vandromme, "Regeling van de rechtspleging. Bijkomende problemen met het verzoek tot bijkomende onderzoekshandelingen");
- de la nullité prêtée aux actes d'un juge d'instruction incompétent *ratione loci* (Cass., 11 septembre 2002, P.02.0732.F);
- du renversement de la charge de la preuve (Cass., 24 septembre 2002, P.02.0853.N).

Est aussi recevable, le pourvoi en cassation d'un inculpé contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation rendu sur l'appel formé contre une ordonnance de renvoi même si la cause d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique n'a pas été invoquée par lui mais par un autre inculpé par conclusions écrites devant la chambre du conseil et que l'arrêt attaqué a statué à ce propos à la suite de l'appel interjeté par cet autre inculpé (Cass., 24 septembre 2002, P.02.853.N, note contraire du ministère public. Celui-ci a estimé que l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle doit être compris comme subordonnant le pourvoi immédiat contre un arrêt de renvoi à l'existence préalable d'un appel recevable par la partie même qui prétend se pourvoir).

Le fait que l'ordonnance de renvoi n'a pas répondu à toutes les exceptions soulevées par le prévenu ne constitue pas une irrégularité, une omission ou une cause de nullité affectant un acte d'instruction ou l'obtention de la preuve (Cass., 24 janvier 2001, *Pas.*, 2001, n° 47).

B. ORDONNANCES DE RENVOI PREVUES AUX ARTICLES 129 ET 130 DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE, EN CAS D'IRRECEVABILITE OU D'EXTINCTION DE L'ACTION PUBLIQUE, A CONDITION QUE LE MOYEN AIT ETE INVOQUE PAR CONCLUSIONS ECRITES DEVANT LA CHAMBRE DU CONSEIL, SAUF LORSQU'IL S'AGIT DE CAUSES D'IRRECEVABILITE OU D'EXTINCTION ACQUISES POSTERIEUREMENT AUX DEBATS DEVANT LA CHAMBRE DU CONSEIL

1. Causes d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique

Il faut répondre aux conclusions invoquant des causes d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique (Cass., 24 septembre 2002, P.02.0853.N).

Si, lors du règlement de la procédure, une cause d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique est invoquée par conclusions écrites devant la chambre du conseil ou est acquise postérieurement aux débats devant la chambre du conseil, le pourvoi en cassation immédiat contre la décision de la chambre des mises en accusation est recevable.

Il peut s'agir par exemple :

- de la détermination du point de départ du délai de prescription (Cass., 12 février 2002, *NjW*, 2002, série 5, 169, S. Vandromme, “Regeling van de rechtspleging. Bijkomende problemen met het verzoek tot bijkomende onderzoekshandelingen », *NjW*, 2002, série 5, 161-167) et de la durée de la prescription (Cass., 24 septembre 2002, P.02.0853.N).
- de l’application éventuelle d’une cause de justification (Cass., 4 septembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 442 ; *T.Straf.* 2002, série 1, 40 et la note);
- de l’exception *obscuri libelli* (Cass., 24 septembre 2002, P.02.0853.N);
- d’irrégularités, d’omissions ou de causes de nullité en matière d’entraide judiciaire internationale (Cass., 10 décembre 2002, P.02.1146.N);
- de la qualification exacte et du caractère punissable d’un fait (Cass., 11 février 2003, P.02.0608.N).

Aucun pourvoi en cassation immédiat ne peut être formé en ce qui concerne :

- le dépassement du délai raisonnable (Cass., 19 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 47);
- le refus d’accorder la suspension du prononcé de la condamnation (Cass., 2 mai 2001, *Pas.*, 2001, n° 250);
- le refus d’appliquer l’absorption (Cass., 24 septembre 2002, P.02.0853.N);
- le refus d’appliquer la cause d’excuse absolutoire prévue par le nouvel article 5, alinéa 2, du Code pénal (Cass., 12 février 2002, *NjW*, 2002, série 5, 169, S. Vandromme, “Regeling van de rechtspleging. Bijkomende problemen met het verzoek tot bijkomende onderzoekshandelingen », *NjW*, 2002, série 5, 161-167).

Ce sont, en effet, toutes des questions à propos desquelles le juge du fond décide de manière souveraine.

2. Refus de la chambre du conseil d’ordonner des mesures d’instruction complémentaires

Le refus de la chambre du conseil d’ordonner une mesure d’instruction complémentaire ne constitue pas une irrégularité de l’ordonnance de renvoi et ne donne pas lieu pour l’inculpé et la partie civile à interjeter appel ou à introduire un pourvoi en cassation immédiat (Cass. (audience plénière), 11 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 20, et les conclusions de M. l’avocat général P. Duinslaeger; *T. Strafr.*, 2000, 112, note R. Verstraeten, “De ontvankelijkheid van een cassatieberoep van een inverdenkinggestelde tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling”; Cass., 27 juin 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 407; Cass., 20 septembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 484; Cass., 17 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 556; *R. Cass.*, 2001, 253-259, note R. Declercq, “Cassatieberoep, vóór de einduitspraak, van de inverdenkinggestelde tegen arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling”; *Rev. dr. pén.*, 2001, p.332, et les conclusions de M. le procureur général J. du Jardin; *R.W.*, 2000-01, p.1591-1594, note C. Idomon, “Hoger beroep en cassatieberoep door de inverdenkinggestelde tegen de beslissingen van de raadkamer en de kamer van inbeschuldigingstelling betreffende de regeling van de rechtspleging”; Cass., 14 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 621; *R.W.*, 2001-02, p.236, note I. Gabriels, “Verzoek tot bijkomende onderzoekshandelingen tijdens de regeling van de rechtspleging (art. 61quinquies en 127 Sv.)”; *T.G.R.*, 112 (extrait), note F. Mertens, “Het einde van de ‘perpetuum mobile’ in de wet Franchimont?”; Cass., 4 septembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 442 ; *T.Straf.* 2002, série 1, 40 et la note; Cass., 2 octobre 2001, P.01.0599.N, et les conclusions de M. l’avocat général M. De Swaef); Cass., 12 février 2002, *NjW*, 2002, série 5, 169, en Cass., 12 février 2002, *NjW*, 2002, série 5, 170, note S. Vandromme, “Regeling van de rechtspleging. Bijkomende

problemen met het verzoek tot bijkomende onderzoekshandelingen”, *NjW*, 2002, série 5, 161-167).

La décision de la chambre du conseil relative à la question de savoir si une mesure d’instruction complémentaire ordonnée au cours de la première phase de la procédure a été exécutée est sans rapport avec la régularité de l’ordonnance de renvoi et ne peut donner lieu à appel ou à un pourvoi en cassation immédiat dans le chef d’un inculpé (Cass., 14 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 621; *R.W.*, 2001-02, p.236, note I. Gabriels, “Verzoek tot bijkomende onderzoekshandelingen tijdens de regeling van de rechtspleging (art. 61quinquies en 127 Sv.)”; *T.G.R.*, 2001, 112 (extrait), note F. Mertens, “Het einde van de ‘perpetuum mobile’ in de wet Franchimont?”).

Si elle a d’abord ordonné des actes d’instruction complémentaires, la chambre des mises en accusation n’est pas libérée de son obligation ultérieure, lors de la décision sur le règlement de la procédure, de statuer sur l’examen de la régularité de la procédure demandé également par l’inculpé (Cass., 12 novembre 2002, P.02.1202.N).

Est irrecevable le pourvoi en cassation immédiat formé contre l’arrêt confirmant l’ordonnance du juge d’instruction par le motif que la requête déposée en application des articles 61quinquies et 127, alinéa 4 du Code d’instruction criminelle est irrecevable du chef de violation de la loi du 15 juin 1935 concernant l’emploi des langues en matière judiciaire. Cette décision ne statue pas en application des articles 131 et 135, § 2, du Code d’instruction criminelle (Cass., 13 juin 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 361).

3. Contestation quant à l’existence de charges suffisantes

La Cour décide qu’il ne peut être formé de pourvoi en cassation immédiat contre la décision qu’il existe des charges suffisantes ou que le moyen invoqué à ce propos est irrecevable (Cass. (audience plénière), 11 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 20, et les conclusions de M. l’avocat général P. Duinslaeger; *T. Strafr.*, 2000, 112, note R. Verstraeten, “De ontvankelijkheid van een cassatieberoep van een inverdenkinggestelde tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling”; Cass., 27 juin 2000, P.00.0833.N; Cass., 5 septembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 441; Cass., 20 septembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 484; Cass., 28 novembre 2001, P.91.1345.F; Cass., 6 février 2002, *Rev. dr. pén.*, 2000, p.794; Cass., 12 février 2002, *NjW*, 2002, série 5, 169, S. Vandromme, “Regeling van de rechtspleging. Bijkomende problemen met het verzoek tot bijkomende onderzoekshandelingen”, *NjW*, 2002, série 5, 161-167; Cass., 11 février 2003, P.02.0608.N).

Il a aussi été décidé que le moyen qui se limite à contester l’existence de charges suffisantes est irrecevable (Cass., 5 septembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 441; *R. Cass.*, 2001, 259, note R. Declercq, “Cassatieberoep, vóór de einduitspraak, van de inverdenkinggestelde tegen arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling”; Cass., 27 février 2002, P.01.1776.F). L’examen de la décision de la chambre des mises en accusation selon laquelle il n’existe pas de charges suffisantes requiert d’ailleurs un examen des faits pour lequel la Cour est sans pouvoir (Cass., 21 mai 2002, P.01.0353.N, et les conclusions de M. le procureur général J. du Jardin).

La seule circonstance que la chambre du conseil, qui statue sur des réquisitions de renvoi, considère, en réponse au moyen de défense invoqué par l’inculpé, qu’aucun acte d’instruction complémentaire n’est requis, que l’instruction est complète et qu’il existe des charges suffisantes contre l’inculpé, relève de l’appréciation souveraine des éléments qui lui ont été régulièrement soumis, mais ne constitue pas une irrégularité, une omission ou une cause de nullité affectant l’obtention de la preuve (Cass., 24 septembre 2000, P.02.0942.N).

La chambre des mises en accusation qui, sur les conclusions de la partie civile, et sur la base des éléments qu'elle précise, décide qu'il n'existe aucune charge suffisante à l'encontre de l'inculpé et que les actes d'instruction demandés sont inutiles pour découvrir la vérité, n'est, de surcroît, pas tenue de donner les raisons pour lesquelles elle estime ces actes d'instruction inutiles (Cass., 21 mai 2002, P.01.0353.N, et les conclusions de M. le procureur général J. du Jardin).

C. ORDONNANCES DE RENVOI DANS LA MESURE OU ELLES SONT ENTACHEES D'IRREGULARITES, D'OMISSIONS OU DE CAUSES DE NULLITE

L'inculpé peut, selon les cas, interjeter appel ou introduire un pourvoi en cassation immédiat s'il invoque une irrégularité, une omission ou une cause de nullité de l'ordonnance de renvoi rendue par la chambre du conseil ou de l'arrêt de renvoi rendu par la chambre des mises en accusation (Cass., 5 septembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 441; R. Cass., 2001, 259, note R. Declercq, "Cassatieberoep, vóór de einduitspraak, van de inverdenkinggestelde tegen arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling").

En cas d'appel régulier de l'inculpé contre la décision qui le renvoie devant le tribunal correctionnel, la chambre des mises en accusation est tenue de vérifier l'ensemble des irrégularités, omissions ou causes de nullité visées à l'article 131, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle ou relatives à la décision de renvoi invoquées par l'inculpé, comme l'irrégularité soulevée en ce qui concerne l'absence de rapport du juge d'instruction devant la chambre du conseil (cass., 26 août 2003, P.03.1009.N). Une telle irrégularité peut être réparée (cass., 26 août 2003, P.03.1009.N). En effet, le ministère public peut encore faire rapport devant la chambre des mises en accusation.

Le pourvoi en cassation immédiat formé par l'inculpé qui a fait l'objet d'une ordonnance de non-lieu rendue par la chambre du conseil, mais qui a été renvoyé au tribunal correctionnel après l'appel du procureur du Roi, est irrecevable dans la mesure où l'arrêt statue sur l'existence de charges suffisantes; il est recevable dans la mesure où il permet à la Cour d'examiner, même d'office, s'il existe des irrégularités, omissions ou causes de nullité relatives à l'arrêt de renvoi, même si l'inculpé ne fait valoir aucun moyen (Cass., 23 janvier 2002, *Rev. dr. pén.* 2002, p.792, note J.P.S.; Cass., 6 février 2002, *Rev. dr. pén.* 2002, p.794).

Le fait de déterminer si un moyen invoque une irrégularité, une omission ou une cause de nullité de l'ordonnance de renvoi et s'il est donc recevable s'analyse au cas par cas. Nous donnons ci-dessous un aperçu sous la forme de mots-clés.

1. *Article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les droits de la défense*

Le moyen qui invoque la violation de l'article 6 de la convention est recevable. Cette disposition n'est toutefois pas applicable en principe aux juridictions d'instruction réglant la procédure (Cass., 5 septembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 441; Cass., 28 novembre 2001, P.01.622.F; Cass. 19 décembre 2001, deux arrêts, *Rev. dr. pén.*, 2002, p.592; Cass., 25 septembre 2002, P.02.0954.F, et les conclusions de M. l'avocat général J Spreutels).

Des griefs qui concernent l'exercice des droits de la défense devant la juridiction de jugement et non devant la juridiction d'instruction ne dénoncent pas une irrégularité, une omission ou une cause de nullité (Cass., 26 juin 2002, P.02.0866.F), dont l'ordonnance de renvoi serait elle-même entachée au sens de l'article 135, §2, du Code d'instruction criminelle.

La violation des droits de la défense permet l'appel et/ou le pourvoi en cassation immédiat (Cass., 2 mai 2001, *Pas.*, 2001, n° 250; Cass., 28 novembre 2001, P.01.1345.F; Cass., 10 décembre 2002, P.02.1146.N).

2. *Foi due aux actes*

Est recevable le moyen qui reproche à la chambre des mises en accusation d'avoir violé la foi due aux actes (Cass., 19 décembre 2001, deux arrêts, *Rev. dr. pén.*, 2002, p.592).

3. *Constitution de partie civile*

Est recevable le moyen concernant la régularité d'une constitution de partie civile devant le juge d'instruction ou devant la juridiction d'instruction (Cass., 11 février 2003, P.02.0608.N).

Est irrecevable le pourvoi en cassation immédiat de l'inculpé contre un arrêt rendu sur l'appel formé par une partie civile dont la qualité est contestée (Cass., 24 juillet 2001, P.01.0864.F et P.01.0791.F).

4. *Citation quant au fond*

Est irrecevable le moyen concernant la recevabilité d'une citation devant le juge du fond; la chambre des mises en accusation est sans compétence en tant que juridiction d'instruction pour statuer sur la régularité de la procédure introduite devant le juge du fond (Cass., 12 février 2002, *NjW*, 2002, série 5, 169, S. Vandromme, "Regeling van de rechtspleging. Bijkomende problemen met het verzoek tot bijkomende onderzoekshandelingen", *NjW*, 2002, série 5, 161-167).

5. *Autorité de la chose jugée d'une ordonnance du juge d'instruction*

Est irrecevable le moyen qui invoque la violation par la chambre des mises en accusation de l'autorité de la chose jugée qu'il prête à une ordonnance du juge d'instruction (Cass., 6 février 2002, *Rev. dr. pén.*, 2002, p.794).

6. *Inculpation*

Est recevable le moyen qui invoque le manquement à l'obligation d'inculper la personne qui fait l'objet d'une ordonnance de renvoi de la chambre du conseil (Cass., 4 septembre 2002, P.02.0690.F; Cass., 2 octobre 2002, P.02.0996.F; Cass., 23 octobre 2002, *Rev. dr. pén.*, 2003, p.307; Cass., 10 décembre 2002, P.02.1146.N).

7. *Motivation*

L'obligation de motivation prévue par l'article 149 de la Constitution ne s'applique pas aux juridictions d'instruction dès lors qu'elles ne prononcent pas de jugement au sens de cette disposition constitutionnelle (Cass., 24 septembre 2002, P.02.0853.N). En principe, elles peuvent se borner à constater qu'il existe des charges suffisantes (Cass., 20 septembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 484; Cass., 27 février 2002, P.01.1776.F).

L'absence de toute motivation permet l'appel et/ou le pourvoi en cassation immédiat (Cass., 7 juin 2000, *J.T.*, 2000, p.699, note D. Vandermeersch et O. Klees, "Le droit d'appel de l'inculpé contre l'ordonnance qui le renvoie devant la juridiction de jugement"). Cela vaut aussi lorsque la chambre des mises en accusation annule l'ordonnance de la chambre du conseil parce qu'elle n'a pas répondu aux conclusions concernant l'existence de charges

suffisantes et qu'elle évoque la cause (Cass., 23 mai 2001, *Pas.*, 2001, n° 307; *J.T.*, 2001, p.716 (extrait), note D. Vandermeersch et O. Klees; *Rev. dr. pén.*, 2001, p.897, et les conclusions de M. l'avocat général R. Loop) ou lorsque la chambre des mises en accusation se prononce sur la prétendue absence de motivation dans l'ordonnance de la chambre du conseil (Cass., 28 novembre 2001, P.01.1345.F).

Une motivation inadéquate de l'arrêt de la chambre des mises en accusation ne donne pas lieu à un pourvoi en cassation immédiat (Cass. (audience plénière), 11 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 20, et les conclusions de M. l'avocat général P. Duinslaeger; *T. Strafr.*, 2000, 112, note R. Verstraeten, "De ontvankelijkheid van een cassatieberoep van een inverdenkinggestelde tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling"; implicitement : Cass., 20 septembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 484; Cass., 6 février 2002, *Rev. dr. pén.*, 2002, p.794; Cass., 15 octobre 2002, P.02.0885.N). Dans un seul cas, il a été décidé que le pourvoi en cassation était irrecevable pour cette raison, mais le moyen a néanmoins été examiné (Cass., 24 janvier 2001, *Pas.*, 2001, n° 47).

Une certaine jurisprudence considère que lorsque la critique de la motivation se borne à contester l'existence de charges suffisantes, aucune irrégularité, omission ou cause de nullité au sens de l'article 135, § 2, du Code d'instruction criminelle n'est soulevée de sorte que dans ce cas le pourvoi est irrecevable (Cass., 5 septembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 441; R. Cass., note R. Declercq, "Cassatieberoep, vóór de einduitspraak, van de inverdenkinggestelde tegen arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling").

8. Procédure

Lorsque la chambre des mises en accusation statue sur le règlement de la procédure et que, dans ce cadre, elle entend le juge d'instruction, elle doit le faire en présence des parties (Cass., 25 septembre 2002, P.02.0954.F, et les conclusions de M. l'avocat général J. Spreutels).

L'omission des notifications prescrites aux articles 127, alinéas 3 et 5, et 135, § 3, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle constitue un manquement de l'ordonnance de renvoi, pouvant être soulevé à l'appui d'un pourvoi en cassation immédiat (Cass., 19 février 2002, P.01.1715.N).

Est irrecevable le pourvoi en cassation formé par l'inculpé, avant la décision définitive, contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation qui déclare irrecevable son appel contre l'ordonnance de la chambre du conseil disant non fondée la demande de l'inculpé tendant à l'allongement du délai de consultation du dossier prévu par l'article 127, alinéas 3 et 5, du Code d'instruction criminelle, dès lors que cet arrêt n'est pas une décision définitive au sens de l'article 416, alinéa 1^{er}, dudit code et ne statue ni sur une contestation de compétence, ni en application des articles 135 et 235bis dudit code, ni sur le principe d'une responsabilité (Cass., 6 juin 2001, *Pas.*, 2001, n° 338).

Est irrecevable le moyen qui se borne à reprocher à la chambre des mises en accusation d'avoir décidé que les personnes mentionnées par le greffier de la chambre du conseil dans les convocations en vue du règlement de la procédure, ne sont pas les demandeurs (Cass. 19 décembre 2001, deux arrêts, *Rev. dr. pén.*, 2002, p.592).

SECTION 5 - ARRETS RELATIFS AU CONTROLE DE L'INSTRUCTION JUDICIAIRE

§ 1. Législation

La chambre des mises en accusation est chargée du contrôle de l'instruction judiciaire. En vertu de l'article 136 du Code d'instruction criminelle, elle contrôle d'office le cours des instructions, peut demander des rapports sur l'état des affaires et peut prendre connaissance des dossiers. Elle peut déléguer un de ses membres et statuer conformément aux articles 235 et 235bis. Nous reviendrons ultérieurement sur ces derniers articles. Elle doit en particulier exercer son contrôle sur les affaires dans lesquelles l'instruction n'est pas clôturée après une année. En vertu de l'article 136bis du Code d'instruction criminelle, le procureur du Roi fait rapport au procureur général de toutes ces affaires. Si ce dernier l'estime nécessaire pour le bon déroulement de l'instruction, la légalité ou la régularité de la procédure, il prend, devant la chambre des mises en accusation, les réquisitions qu'il juge utiles. Dans ce cas, la chambre des mises en accusation peut, même d'office, prendre les mesures prévues par les articles 136, 235 et 235bis .

En vertu de l'article 235 du Code d'instruction criminelle, la chambre des mises en accusation, tant qu'elle n'aura pas réglé la procédure, pourra d'office, qu'il y ait ou non une instruction commence par les premiers juges, ordonner des poursuites, se faire apporter les pièces, informer ou faire informer, et statuer ensuite ce qu'il appartiendra. En vertu de l'article 236, un des membres de la chambre des mises en accusation fera les fonctions de juge d'instruction.

§ 2. Pourvoi en cassation

L'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle ne s'applique pas à l'arrêt de la chambre des mises en accusation relatif au contrôle de l'instruction judiciaire qui n'est pas rendu sur la compétence et qui n'ordonne pas de mesures en application des articles 135 et 235bis (Cass., 28 mars 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 207 ; voir aussi Cass., 9 janvier 2002, *Rev. dr. pén.*, 2002, p.684, et les conclusions de M. l'avocat général J. Spreutels).

SECTION 6 - ARRETS RENDUS EN APPLICATION DE L'ARTICLE 235BIS DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE

§ 1. Législation

L'article 235bis, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle rend la chambre des mises en accusation compétente, lors du règlement de la procédure, sur la réquisition du ministère public ou à la requête d'une des parties, pour contrôler la régularité de la procédure qui lui est soumise. Elle peut le faire d'office. L'article 235bis, § 2, du Code d'instruction criminelle prévoit que la chambre des mises en accusation agit de même dans les autres cas de saisine.

Les paragraphes 3 et 4 de l'article précité règlent la procédure à l'audience. En vertu de l'article 235bis, § 5, les irrégularités, omissions ou causes de nullité visées à l'article 131, § 1^{er}, ou relatives à l'ordonnance de renvoi et qui ont été examinées devant la chambre des mises en accusation, ne peuvent plus l'être devant le juge du fond, sans préjudice des moyens touchant à l'appréciation de la preuve ou qui concernent l'ordre public. Il en va de même pour les causes d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique sauf lorsqu'elles ne sont acquises que postérieurement aux débats devant la chambre des mises en accusation. Ces

dispositions ne sont pas applicables à l'égard des parties qui ne sont appelées dans l'instance qu'après le renvoi à la juridiction de jugement, sauf si les pièces sont retirées du dossier conformément à l'article 131, § 2 ou à l'article 235bis, § 6.

Lorsque la chambre des mises en accusation constate une irrégularité, une omission ou cause de nullité visée à l'article 131, § 1^{er}, ou une cause d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique, elle prononce, le cas échéant, la nullité de l'acte qui en est entaché et de tout ou partie de la procédure ultérieure. Les pièces annulées sont retirées du dossier et déposées au greffe du tribunal de première instance, après l'expiration du délai de cassation.

La loi du 4 juillet 2001 a complété l'article 235, § 6, du Code d'instruction criminelle par la phrase : *“Les pièces déposées au greffe ne peuvent pas être consultées, et ne peuvent pas être utilisées dans la procédure pénale”*. Comme il est mentionné ci-dessus, la Cour d'arbitrage a annulé cette phrase (Cour d'arbitrage, 8 mai 2002, n° 86/2002, *M.B.* 24 mai 2002, seconde édition).

§ 2. Compétence de la chambre des mises en accusation

La chambre des mises en accusation ne peut faire usage de sa compétence que lorsque l'article 235bis du Code d'instruction criminelle est applicable. Ce n'est pas le cas lorsque l'appel a été formé contre une ordonnance de la chambre du conseil qui dessaisit le juge d'instruction et ordonne que les pièces de la procédure soient transmises à l'office du procureur du Roi afin d'agir comme de droit. Une telle ordonnance constitue, d'une part, une décision préparatoire, d'autre part, une mesure d'ordre intérieur qui ne peut faire l'objet d'un appel, dont la chambre des mises en accusation ne peut en aucun cas être saisie, et à laquelle ne sont pas applicables les articles 135 et 235bis du Code d'instruction criminelle (Cass., 10 décembre 2002, P.02.1146.N).

Lorsque les inculpés, dans leur défense contre l'appel du ministère public à l'encontre de l'ordonnance de non-lieu de la chambre du conseil, ont invité la chambre des mises en accusation à exercer le contrôle de la régularité de la procédure qui lui est soumise, celle-ci est tenue de procéder à ce contrôle (Cass., 3 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 513).

La chambre des mises en accusation peut aussi examiner la régularité de la procédure qui lui est soumise lorsqu'elle est saisie en matière de détention préventive (Cass., 6 octobre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 514). Elle peut toutefois dissocier le contrôle de la détention préventive qui est soumise à des délais impératifs de l'examen de la régularité de la procédure (Cass., 20 octobre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 553). En matière de détention préventive, lorsque les irrégularités, omissions ou nullités soulevées par l'inculpé concernent les conditions légales de maintien de la détention préventive pour laquelle la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive a développé ses règles propres de contrôle de la régularité, seules ces dispositions procédurales sont applicables (Cass., 16 mai 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 298 ; *R.W.*, 2000-2001, p.591, note M. De Swaef ; Cass., 20 février 2001, *Pas.*, 2001, n° 106).

La chambre des mises en accusation peut examiner la régularité de la procédure qui lui est soumise (Cass., 10 février 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 78). Elle doit le faire lorsque, au moment du règlement de la procédure, elle est appelée à statuer sur les irrégularités invoquées par l'inculpé, nonobstant le fait que l'appel de l'inculpé est tardif (Cass., 31 juillet 2001, *Pas.*, 2001, n° 424).

Sans y être tenue, la chambre des mises en accusation peut exercer un contrôle d'office, c'est-à-dire sans réquisition préalable du ministère public ni requête des parties, même si elle n'est

pas régulièrement saisie, sur la régularité de la procédure qui lui est soumise (Cass., 18 mars 2003, P.02.1619.N).

On peut relever incidemment qu'en ce qui concerne l'article 235bis, §§ 5 et 6, du Code d'instruction criminelle, la Cour a considéré que la purge des nullités par la chambre du conseil avant le règlement de la procédure bénéficie à tous ceux qui seront renvoyés ultérieurement devant la juridiction de jugement lors du règlement de la procédure (Cass., 28 mars 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 208). Les pièces déclarées nulles avant le règlement de la procédure et subséquemment retirées de la procédure ne font plus partie de l'instruction (Cass., 19 décembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 709). La circonstance que des pièces aient été écartées avant le règlement de la procédure et l'interdiction d'utiliser celles-ci ultérieurement, confirmée par les articles 6 et 8 de la loi du 4 juillet 2001, ne constituent pas une violation des droits de la défense (Cass., 11 décembre 2001, P.01.1535.N). Comme il a déjà été dit, la Cour d'arbitrage a toutefois annulé la phrase insérée par les articles 6 et 8 de la loi du 4 juillet 2001, dans les articles 131, § 2, et 235bis, § 6 (Cour d'arbitrage, 8 mai 2002, n° 86/2002, *M.B.* 24 mai 2002, seconde édition).

Après cet arrêt de la Cour d'arbitrage, la Cour de cassation a considéré qu'il n'apparaît pas de l'article 235bis, § 6, qu'il y a une impossibilité absolue d'utiliser des pièces déclarées nulles devant le juge du fond, mais que cela n'implique pas qu'il y ait une possibilité absolue de consulter des pièces déclarées nulles et de les utiliser de manière illimitée dans la procédure pénale (Cass., 18 février 2003, P.02.0913.N).

§ 3. Pourvoi en cassation

Lorsque la chambre des mises en accusation statue sur l'appel d'une ordonnance relative à la levée d'un acte d'information ou d'instruction, et qu'elle a contrôlé la régularité de la procédure ou qu'il lui a été demandé de le faire, un pourvoi en cassation immédiat peut être formé dans cette mesure contre cette décision. Si ce n'est pas, le cas, le pourvoi en cassation est irrecevable (Cass., 11 mai 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 278), par exemple lorsque la question était uniquement de savoir si les biens saisis entraient ou non en considération pour une confiscation éventuelle en vertu de l'article 42, 3°, du Code pénal (Cass., 16 mai 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 299).

Le pourvoi immédiat formé par l'inculpé contre un arrêt de la chambre des mises en accusation qui déclare non fondé l'appel de l'inculpé contre l'ordonnance de renvoi de la chambre du conseil, est recevable lorsque l'inculpé a invoqué devant la juridiction d'appel, une irrégularité de l'ordonnance de renvoi consistant en un défaut de réponse aux conclusions qui dénoncent les lacunes de l'instruction et sollicitent l'accomplissement de devoirs complémentaires (Cass., 27 juin 2001, *Pas.*, 2001, n° 403).

L'absence de motivation de l'ordonnance réglant la procédure constitue une omission relative à cette ordonnance. Le pourvoi immédiat de l'inculpé contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation est recevable lorsque le moyen a été invoqué à l'appui de son appel (Cass., 23 mai 2001, *Pas.*, 2001, n°307; *J.T.*, 2001, p716 (extrait), note D. Vandermeersch et O. Klees; *Rev. dr. pén.*, 2001, p.897, et les conclusions de M. l'avocat général R. Loop).

Le contrôle d'office de la régularité de la procédure par la chambre des mises en accusation comprend la manière dont les parties versent des pièces aux débats (Cass., 15 janvier 2002, P.01.0412.N).

SECTION 7 - ARRETS DE LA CHAMBRE DES MISES EN ACCUSATION PORTANT RENVOI A LA COUR D'ASSISES

§ 1. Législation

En vertu de l'article 292bis du Code d'instruction criminelle, sans préjudice de l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, un pourvoi immédiat peut être formé contre un arrêt de renvoi à la cour d'assises dans les cas suivants :

- 1° si le fait n'est pas qualifié crime par la loi;
- 2° si le ministère public n'a pas été entendu;
- 3° si l'arrêt n'a pas été rendu par le nombre de juges fixé par la loi;
- 4° si les dispositions légales relatives à l'emploi des langues en matière judiciaire n'ont pas été respectées;
- 5° si les règles de la procédure contradictoire prévues à l'article 223 n'ont pas été respectées. (M. Preumont, "La récente réforme de la procédure devant la cour d'assises", *J.T.*, 2001, p.729-733).

§ 2. Pourvoi en cassation

Est irrecevable, à défaut d'intérêt, le pourvoi formé par un inculpé contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation déclarant irrecevable l'appel interjeté contre l'ordonnance de la chambre du conseil ordonnant la transmission des pièces au procureur général aux fins de mise en accusation (Cass., 20 septembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 484).

Un pourvoi immédiat est possible lorsqu'un arrêt de renvoi est rendu sur la compétence ou en application des articles 135 et 235bis du Code d'instruction criminelle. Dans les autres matières, il faut attendre l'arrêt définitif tel que prévu par l'article 416, alinéa 2 du Code d'instruction criminelle.

Lorsqu'un accusé a formé un pourvoi immédiat non limité contre un arrêt de renvoi et que ce pourvoi a été rejeté, il ne pourra plus, en vertu de l'article 438 du Code d'instruction criminelle, se pourvoir en cassation contre cet arrêt de renvoi après la décision définitive (Cass., 18 février 2003, P.02.0913.N).

Une contestation sur la qualification des faits pour lesquels le demandeur est renvoyé devant la cour d'assises ne constitue pas une contestation de compétence (Cass., 13 décembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 688).

SECTION 8 - JUGEMENTS ET ARRETS QUI, RENDUS SUR L'ACTION CIVILE, STATUENT SUR LE PRINCIPE DE LA RESPONSABILITE

L'arrêt attaqué qui considère que l'infraction commise par le prévenu a causé un dommage, statue sur le principe de la responsabilité (Cass., 13 octobre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 526). Le juge du fond statue sur le principe de la responsabilité lorsque l'action publique est prescrite et qu'il déclare, en statuant sur l'action civile, que l'infraction est établie (Cass., 4 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 3; *J.D.S.C.*, 2001, 259, note M. Delvaux, "Les anciennes banqueroutes simples et frauduleuses à la lumière de la nouvelle loi sur les faillites: aperçu du droit transitoire"; Cass., 11 septembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 456)

Le juge qui décide qu'il n'existe pas de lien causal entre l'infraction et le dommage statue sur le principe de la responsabilité (Cass., 28 mars 2001, *Pas.*, 2001, n° 174 ; *T.A.V.W.*, 2002, série 1, 43 et la note D. Van Trimpont, "De (mede-)aansprakelijkheid van de foutparkeerder").

Lorsque le juge statue sur les responsabilités respectives du prévenu et de la partie civile, il statue sur le principe de la responsabilité (Cass., 24 novembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 627; Cass., 1 mars 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 148; Cass., 8 mars 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 160; Cass., 5 avril 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 225; Cass., 28 février 2001, P.01.1632.F).

La décision selon laquelle un demandeur doit indemniser le défendeur concerne le principe de la responsabilité (Cass., 6 décembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 672; *De Verz.*, 2001, 505 (extrait), note J. Muyltermans et A. Pire, "Le transfert de propriété : comment appliquer l'article 17 de la loi du 21 novembre 1989 [relative à l'assurance obligatoire en matière de véhicules automoteurs]?"); cela vaut aussi pour l'arrêt qui décide que les parties civiles ne sont pas fondées à réclamer le préjudice qu'elles affirment avoir subi (Cass., 3 mai 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 268; *J.D.S.C.*, 2001, 269, note M. Delvaux).

L'arrêt attaqué, qui considère que le conducteur du véhicule qui a causé l'accident est exonéré de toute responsabilité dans celui-ci et dans le dommage qui en est résulté et que le Fonds commun de garantie automobile est tenu à indemnisation, statue sur le principe de la responsabilité (Cass., 22 décembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 694).

La décision selon laquelle la demanderesse est tenue d'intervenir en qualité d'assureur afin d'indemniser le préjudice subi par le défendeur est une décision statuant sur le principe de la responsabilité (Cass., 11 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 538). Cela vaut aussi pour l'arrêt qui, sur le plan civil, considère que la demanderesse, assureur, est tenue solidairement avec un tiers d'indemniser le dommage résultant de l'accident causé, pour le motif que ce tiers n'a pas commis un vol d'usage (Cass., 15 décembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 683) ou que le passager d'un véhicule volé ne l'a pas recelé (Cass., 12 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 23). Le moyen de cassation de la demanderesse, assureur, qui ne critique toutefois que la décision des juges d'appel qu'il n'y a pas eu de vol d'usage du véhicule assuré par la demanderesse de sorte que la demanderesse n'est pas tenue à garantie, ne concerne pas le principe de la responsabilité (Cass., 17 décembre 2002, P. 02.0119.N).

La cassation, sur le pourvoi non limité du prévenu, de la décision rendue sur l'action publique exercée à sa charge entraîne l'annulation des décisions définitives relatives au principe de la responsabilité, et des décisions non définitives relatives à l'étendue du dommage qui ont été rendues sur l'action civile exercée contre lui et qui sont la conséquence des premières décisions (Cass., 5 mai 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 262; Cass., 27 octobre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 568; Cass., 19 décembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 698; Cass., 24 avril 2002, P.02.0105.F).

La cassation, sur le pourvoi du demandeur, prévenu et partie civile, de la décision définitive rendue sur l'action civile exercée contre un autre prévenu, entraîne l'annulation de la décision définitive sur le principe de la responsabilité, et de la décision non définitive sur l'étendue du dommage, qui a été rendue sur l'action civile exercée contre lui par une autre partie civile, lorsque ces décisions sont fondées sur la même illégalité même si le pourvoi contre la décision non définitive est irrecevable et que le demandeur s'est, dès lors, désisté sans acquiescement (Cass., 20 septembre 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 481 ; Cass., 6 juin 2002, P.01.0391.F).

La cassation, sur le pourvoi régulier de la partie civile, de la décision définitive statuant sur le principe de la responsabilité entraîne l'annulation de la décision non définitive statuant sur le dommage, décision qui est la conséquence de la première, bien que le pourvoi contre la décision non définitive soit prématuré (Cass., 24 novembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 627).

Malgré le fait que la demanderesse, assureur, se désiste de son pourvoi sans acquiescement, l'annulation de la décision qui, rendue sur l'action civile exercée contre elle, statue sur le principe de la responsabilité, s'étend à la décision statuant sur l'étendue du dommage et qui est la conséquence de la première décision (Cass., 20 décembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 710; *De Verz.*, 2001, 361, note M. HOUBEN, "La Constitution, le Roi, le juge du fond et la Cour de Cassation. Nouvel aspect des règles en matière d'assurance").

SECTION 9 - PROBLEMES PARTICULIERS

§ 1. Droit transitoire

Un arrêt de la chambre des mises en accusation qui statue sur l'appel de l'inculpé contre une ordonnance de renvoi rendue le 2 octobre 1998, date de l'entrée en vigueur du nouvel article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle peut faire l'objet d'un pourvoi immédiat en application des articles 231 et 235bis du Code d'instruction criminelle (Cass., 8 décembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 510; Cass., 30 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 190). La chambre des mises en accusation ne peut toutefois pas appliquer le nouvel article 135 du Code d'instruction criminelle à la décision prise par la chambre du conseil sous l'empire de l'ancien article 135 (Cass., 30 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 190).

§ 2. Signification

En vertu de l'article 418 du Code d'instruction criminelle, le recours en cassation du ministère public ou de la partie civile sera notifié à la partie contre laquelle il sera dirigé; sinon, il sera irrecevable. Le pourvoi en cassation du demandeur qui n'est pas un inculpé, formé contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation rendu en application de l'article 61quater du Code d'instruction criminelle, doit donc être signifié au ministère public (Cass., 23 février 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 108; Cass., 28 avril 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 247); il en va de même pour un arrêt rendu en application de l'article 28sexies du Code d'instruction criminelle (Cass., 28 novembre 2001, P.01.1336.F).

Le pourvoi en cassation d'une partie civile contre un arrêt de non lieu à charge d'inconnu doit être notifié au ministère public (Cass., 26 mai 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 312), c'est-à-dire au procureur général près la cour d'appel contre lequel il est dirigé, et pas au procureur du Roi (Cass., 20 janvier 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 37, sommaire).

Le pourvoi en cassation d'une partie civile contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation qui a déclaré irrecevable son appel contre une ordonnance de la chambre du conseil, est irrecevable lorsque son pourvoi n'a pas été signifié aux parties contre lesquelles il est dirigé (Cass., 8 octobre 2002, P.02.0419.N).

§ 3. Pourvoi en cassation contre l'ordonnance de renvoi après la décision définitive

Lorsque, après la décision définitive, le prévenu forme un pourvoi en cassation contre l'ordonnance de renvoi de la chambre du conseil, le contrôle de la Cour et, dès lors, les

moyens qu'elle peut soulever d'office sont limités, selon un arrêt du 25 octobre 2000 (Cass., 25 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 576), à la validité formelle de l'ordonnance et aux règles relatives à la compétence de cette juridiction. Par contre, selon un arrêt du 28 novembre 2001 (Cass., 28 novembre 2001, *Rev. dr. pén.*, 2002, p.775 et la note signée J.P.S.), la personne qui fait l'objet du renvoi peut introduire immédiatement un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation qui est entaché d'une irrégularité, d'une omission ou d'une cause de nullité. Le pourvoi en cassation formé après la décision définitive ne peut dès lors concerner que les règles relatives à la compétence de la juridiction de jugement.

SECTION 10 - FORMULES UTILISEES PAR LA COUR

§ 1. Pourvoi en cassation ordinaire

Lorsque le pourvoi en cassation concerne la décision rendue sur l'action publique, la Cour examine, sur la base d'un pourvoi en cassation régulier, toutes les nullités et irrégularités pouvant entraîner la cassation. Elle procède à ce contrôle d'office sans préjudice des moyens soulevés (R. Declercq, *op. cit.*, n° 2285-2289).

La Cour mentionne qu'elle a effectué ce contrôle par la formule pénale suivante : Attendu que les formalités substantielles ou prescrites à peine de nullité ont été observées et que la décision est conforme à la loi". Lorsque la cause le requiert, pour les motifs énoncés par la formule, le texte est : "Attendu que les formalités substantielles ou prescrites à peine de nullité ont été observées et que la décision ne contient aucune illégalité qui puisse infliger grief au demandeur".

§ 2. Pourvoi en cassation contre un arrêt de renvoi au tribunal de police ou correctionnel

En cas de pourvoi immédiat contre un arrêt de renvoi, la formule suivante est parfois utilisée pour indiquer que le contrôle de la Cour est limité : *Attendu qu'il n'existe aucune irrégularité, omission ou cause de nullité relative à l'arrêt de renvoi*".

§ 3. Pourvoi en cassation contre un arrêt de renvoi devant la cour d'assises

En cas de pourvoi en cassation contre un arrêt de renvoi devant la cour d'assises, on combine les articles 292bis et 416 du Code d'instruction criminelle.

"Attendu que la décision de renvoi ne contient aucune des violations de la loi et n'est entachée d'aucune des nullités dont l'examen est, dans l'état actuel de la cause, soumise à la Cour".

§ 4. Pourvoi en cassation après la décision définitive

Vu le contrôle limité de la Cour en cas de pourvoi en cassation formé après la décision définitive contre l'ordonnance ou l'arrêt de renvoi de la chambre des mises en accusation, il est fait usage de la formule suivante : *Attendu que les règles relatives à la compétence de la juridiction de jugement ont été respectées*".

CONCLUSION

Il apparaît de ce qui précède qu'un grand nombre de pourvois en cassation ont été introduits devant la Cour sur la base de l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle.

Un nombre important de ces pourvois en cassation échoue pour cause d'irrecevabilité totale ou partielle. La jurisprudence de la Cour relative à l'article 416 du Code d'instruction criminelle est constante sur de nombreux points. Elle est encore en pleine évolution sur d'autres. C'est notamment le cas en ce qui concerne les possibilités de pourvoi en cassation immédiat contre les arrêts de la chambre des mises en accusation qui statuent sur l'appel dirigé contre une ordonnance de renvoi de la chambre du conseil au tribunal de police ou au tribunal correctionnel ou qui ordonnent eux-mêmes un renvoi. Bien qu'en cette matière, la jurisprudence de la Cour ait pu dissiper certaines obscurités de la loi, de nombreuses interrogations subsistent, auxquelles il ne pourra être répondu qu'au cas par cas.

La modification de l'article 416 du Code d'instruction criminelle par la loi du 12 mars 1998 constitue, par sa combinaison avec certaines autres dispositions de ladite loi, un facteur important de ralentissement de la procédure pénale. Le verrou qu'instituait l'interdiction du pourvoi immédiat avait précisément pour objet, et pour effet, d'empêcher la prolifération des moyens de procédure. De nombreux plaideurs tirent parti de la suppression de ce verrou pour décentrer les débats par l'organisation d'un véritable procès intenté au procès. L'effet retardateur est d'autant plus substantiel que le texte légal permet, en réalité, la réitération de la plupart des débats de forme devant la juridiction de jugement. A cet égard, on peut se demander quel est le sens du pourvoi en cassation immédiat dès lors que la possibilité existe de reproduire devant le tribunal ou la cour d'appel une contestation tranchée par la Cour saisie en application de l'article 416, alinéa 2, précité.

Cette disposition légale pourrait utilement être revue, soit par l'admission d'une vraie « purge » des nullités alléguées par les plaideurs, soit par une définition plus stricte des cas dans lesquels le pourvoi immédiat est admis et de l'effet dévolutif d'un pareil recours.

CHAPITRE VI - DISCOURS PRONONCÉ PAR MONSIEUR JEAN DU JARDIN, PROCUREUR GÉNÉRAL, À L'AUDIENCE SOLENNELLE DE RENTRÉE LE 1^{ER} SEPTEMBRE 2003 : LE DROIT DE DÉFENSE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION (1990-2003) (traduction)

Les matières à l'égard desquelles le droit de défense est pris en considération sont abondantes, dès lors que le champ d'application de ce droit recouvre en principe toutes les procédures, à toutes les phases de l'instance, même avant la phase strictement juridictionnelle, dans quelque discipline que ce soit, et sans distinction de parties.

On peut même dans l'analyse de ce droit faire des rapprochements avec les questions relevant du principe du contradictoire, de la motivation des jugements, de l'exercice des voies de recours, du principe de l'égalité des armes etc..⁽¹⁾.

Il eût été présomptueux et déraisonnable de vouloir examiner, fut-ce sur une période limitée à une douzaine d'années, toute la jurisprudence de notre Cour consacrée au droit de défense.

La lecture de la Pasicrisie révèle d'ailleurs de manière significative que le moyen tiré d'une violation du droit de défense est souvent rejeté, la Cour constatant que dudit moyen aucune violation de ce droit ne peut se déduire. Il nous a paru, par contre, intéressant de relever quelques cas significatifs dans lesquels la Cour a reconnu, non pas l'existence du droit de la défense -ce qu'elle n'a jamais cessé de faire- mais sa violation. En relevant ces cas, il devient possible de mieux dessiner les contours du concept, "d'autant plus, comme l'écrivent Franchimont, Jacobs et Masset, qu'il s'agit d'une matière en évolution et qui ne cesse de se préciser au gré des cas soumis aux cours et tribunaux" ⁽²⁾.

Mais, comme ces auteurs le font judicieusement observer: "les droits de défense étant des moyens mis à la disposition des parties pour que leur cause soit entendue équitablement et conformément à l'idée de justice qui préside notre système judiciaire, ce n'est que *dans la mesure où une partie a effectivement demandé, sans résultat, le respect de ses droits, qu'il peut y avoir violation des droits de la défense. La cour de cassation ne cesse de réaffirmer ce principe, en vertu duquel une violation de ces droits ne peut être invoquée pour la première fois devant elle, sous réserve - et la réserve est importante- des violations d'une règle essentielle de la justice, telle qu'elle en entrave fondamentalement le cours*" (o.c., p. 813, et la note 260).

Depuis les origines de notre Cour, le droit de défense a été l'objet de toute son attention.

Le plus souvent les griefs relatifs à la manière dont la défense des accusés avait été assurée dans les procédures d'assises, ne donnaient pas lieu à nullité; rares étaient, en effet, les cas donnant lieu à cassation.

¹ G. de Leval, "Institutions judiciaires", Liège, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1992, n° 16, pp. 28 et 29.

² Franchimont, Jacobs et Masset, "Manuel de procédure pénale", Liège, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1989, p.806.

Je me limiterai à ne donner que quelques exemples de la manière dont le droit de défense était, à cette lointaine époque, pris en considération, tout en n'étant pas explicitement désigné comme tel dans les sommaires des arrêts:

- La nullité résultant de ce que, lors de l'interrogatoire de l'accusé qui n'avait pas fait choix d'un *défenseur*, il ne lui en a pas été désigné un d'office n'est pas couverte par une désignation faite postérieurement à son interrogatoire et à laquelle il n'a aucunement concouru.

(Cass., 5 juillet 1833, *Pas.*, 1833, p. 126).

- La circonstance que l'avocat qui présente la défense de l'accusé ne fut pas le même que celui qui avait été désigné d'office, ne constitue pas une cause de nullité, lorsque aucune réclamation n'a été élevée de ce chef.

(Cass., 11 novembre 1837, *Pas.*, 1838, n° 155).

- L'absence des pièces qui doivent concourir à mettre les jurés à même de se livrer à une complète appréciation des charges et des moyens de défense, peut compromettre soit les intérêts de l'accusation, soit ceux de la défense.

(Cass., 10 janvier 1834, *Pas.*, 1834, p. 203).

- Par contre tout importante que puisse être la représentation à l'accusé des pièces à conviction, «néanmoins la loi ne statue pas la peine de nullité à défaut de cette représentation».

(Ch. de cassation de la Cour de La Haye, 17 avril 1829, *Pas.*, 1814-1830, Vol. VIII, T. II, 151).

- Le droit qu'a l'accusé de questionner les témoins n'enlève pas au président de la cour d'assises et à la cour elle-même de décider s'il y a lieu de poser les questions.

(Cass., 21 mars 1842, *Pas.*, 1842, I, p. 187).

- L'omission de la part du président de la cour d'assises de demander à l'accusé s'il veut répondre aux dépositions des témoins ne doit pas entraîner la nullité des débats. L'accusé qui ne s'y est pas opposé ne peut se plaindre de ce que les témoins ont été autorisés à se retirer après leur déposition.

(Cass., 16 juillet 1851, *Pas.*, 1851, I, p. 334).

- La représentation d'un prévenu par un avoué en correctionnelle ne peut vicier la procédure, alors surtout que ni le ministère public, ni la partie civile n'ont élevé aucune réclamation.

(Cass., 2 janvier 1836, *Pas.*, 1836, p. 170).

- Le prévenu ne peut se faire un moyen de ce qu'il n'aurait pas eu la réplique, surtout alors qu'il n'est pas établi que l'on aurait réclamé l'exercice de ce droit (Cass., 8 janvier 1855, *Pas.*, 1855, p. 32).

- Par contre la Cour de cassation de France avait déclaré qu' "un accusé ne peut renoncer à l'observation des formes prescrites en sa faveur, et (...) par son acquiescement il ne saurait couvrir la nullité qui doit résulter de leur inobservation".

Cass. fr., 11 juillet 1822, *Bull.*, 1822, Tome XXVII, n° 96.

- Un condamné ne peut se plaindre devant la Cour de cassation de ce que, dans l'instruction de l'affaire, on ne se serait pas livré aux expertises et aux expériences utiles à sa défense, lorsqu'il n'a été élevé de ce chef aucune réclamation, et lorsque d'ailleurs il pouvait lui-même prendre ces informations devant la Cour d'assises.

(Cass., 6 mai 1845, *Pas.*, 1845, p. 20).

Faut-il préciser qu'en matière civile également le droit de défense était reconnu: par exemple dans une procédure en conciliation "le délai donné par la loi pour comparaître étant calculé sur ce qui est nécessaire au défendeur pour pouvoir (...) préparer sa défense, la loi ne pouvait abandonner à l'une des parties le droit de la modifier à son gré, et de mettre ainsi son adversaire dans le cas, ou de ne pas comparaître, ou de présenter une défense incomplète".

(Bruxelles, 18 avril 1831, *Pas.*, 1831, II, p. 99).

Sans se risquer à généraliser à partir d'un échantillon aussi restreint, on peut néanmoins déjà constater que le respect du droit de défense ne constitue pas un impératif absolu, détachable de l'ensemble de la procédure, insensible aux droits des autres parties, ou imperméable aux impératifs de la recherche ou de la manifestation de la vérité, c'est-à-dire d'une bonne administration de la justice.

Qu'en est-il aujourd'hui où ces droits sont exercés dans un Etat de droit, soumis à une législation non seulement nationale mais également supranationale, essentiellement celle des droits de la Convention européenne? Tel est l'objet de notre analyse.

SECTION 1 - LE CONCEPT DE "DROIT DE DÉFENSE"³

§ 1. Le concept de "droit de défense"

Le concept n'est pas proclamé d'une manière formelle en tant que règle, quoiqu'il soit admis qu'il représente une valeur fondamentale dans tout Etat de droit. Il est même considéré comme un droit naturel, appartenant à la conscience collective avant même de relever du droit positif.

Il exprime l'idée que nul ne peut être juge dans sa propre affaire ("*nemo iudex in causa propria*"), que nul ne peut se faire justice à soi-même, et surtout qu'il est interdit au juge de statuer sans avoir écouté l'argumentation des parties ("*audiatur et altera pars*"). C'est "*la droite raison autant que la nature des choses*"⁴ qui impose que les plaideurs soient traités par le juge dans l'égalité.

Le droit de défense est ainsi d'emblée associé à toute contestation qui porte sur un droit ou sur un intérêt. En cela il est inhérent à tout acte juridictionnel, dont il est le corollaire nécessaire; son respect constitue la garantie d'une bonne justice.

C'est ce qu'a dit la Cour en son audience plénière du 19 juin 1992 (n° 552).

Cet arrêt concernait une procédure menée devant la Cour des comptes.

Dans d'importantes conclusions, M. l'avocat général Marc De Swaef faisait observer: "dat het recht van verdediging geen begrip (is) dat losstaande moet worden benaderd. Het dient te worden getoetst, enerzijds aan het ganse systeem waarin het wordt ingepast, anderzijds aan de

³ C'est intentionnellement que je traite non pas *des droits de la défense*, mais du *droit de défense*, à l'instar du Procureur général Hayoit de Termicourt (voir son discours du 15 septembre 1956, *Bull. et Pas.*, 1956); le singulier suggère mieux l'existence du principe, tandis que le pluriel viserait plutôt ses applications.

⁴ H. Motulsky, "Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile", dans *Mélanges Paul Roubier*, T. II, Paris, Librairie Dalby et Sincy, 1961, p. 181.

concrete situatie van de rechtsonderhorige die er zich kan op beroepen (...). Hoe dan ook liggen de krachtlijnen voor de toekomst duidelijk vast: aan een verdere procedurisering en formalisering met beklemtoning en nadere uitwerking van het recht van verdediging zal het Rekenhof wellicht niet kunnen ontsnappen. (...). Door de vervulling van deze algemene rechtsbeginselen ook aan te houden en te vereisen, bij de rechtspleging voor het Rekenhof, zal uw Hof in wezen slechts aansluiten bij de rechtspraak die het in de regel voor de andere gerechten ter zake huldigt" (A.C., 1991-1992, pp. 1003-1007).

Je tiens encore à relever ce passage des conclusions précitées dans lequel l'avocat général fait état d'une "substantielle accentverschuiving (...) naar de erkenning van het recht van verdediging (...) die wortelt (...) in een vertrouwde voedsingsbodem en sluit (...) enkel nauwer aan bij de huidige denkbeelden inzake het relatieve evenwicht tussen de rechten en plichten in elk procesgebeuren" (ibid., p. 1008). On ne pouvait mieux dire.

§ 2. Le droit de défense, en tant que *principe général du droit*

Ni la loi, qui y fait très occasionnellement allusion (par exemple, dans l'article 2 du Code judiciaire), ni la jurisprudence, qui s'y réfère pourtant abondamment, n'ont défini ou tenté de définir le concept de *principe général du droit*.

Le procureur général W.J. Ganshof van der Meersch a relevé dans sa mercuriale du 1 septembre 1970 que c'est surtout depuis 1961 que la jurisprudence de la Cour s'est affirmée à cet égard ⁽⁵⁾.

Mais il convient de rappeler que ce n'est pas la jurisprudence qui a créé le principe; elle n'a fait que constater l'existence de ce qu'elle considère comme un élément incontournable de l'ordre juridique, qui n'est même pas formulé dans la loi. "C'est, avait dit le procureur général, que son existence est si certaine que le législateur estime ne pas devoir le constater dans un texte de loi" (Ibid., p. 50). Et il ajoutait "La forme n'est pas l'essentiel; la loi, sous sa forme écrite, n'est qu'un aspect formel de la norme juridique. L'essentiel est que la règle de droit - écrite ou non écrite- soit certaine, acceptée et suffisamment précise pour pouvoir être sanctionnée" (ibid., p. 53).

Il n'en demeure pas moins que le législateur peut vouloir en régler l'exercice dans des matières déterminées; même sans s'y référer explicitement, le principe du respect du droit de défense s'y trouvera inclus comme un filigrane.

Dans ces cas le juge ne pourrait pas aller à l'encontre du texte de la loi, auquel il est tenu de se référer par priorité. Ceci peut expliquer pourquoi la jurisprudence qui se réfère explicitement au droit de défense est relativement peu abondante, par rapport à la jurisprudence, nombreuse celle-là, concernant des matières particulières réglant certains aspects de l'exercice de ce droit.

A partir de ces considérations, il ne peut plus être question de limiter l'application du principe général du droit aux seules contestations portées devant un juge.

⁵ "Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit", *Bull. et Pas.*, 1971, p. 49, note 220. Il cite, par ex., Cass., 2 mai 1961, *Bull. et Pas.*, 1961, p. 926, qui concerne précisément, en matière d'impôts directs, le droit de défense en tant que "principe général de droit inséparable de l'acte de juridiction". Mais il y avait déjà consacré des conclusions précédant l'arrêt du 14 juin 1956, dans lequel on peut lire que "lorsque la matière n'est pas prévue dans la loi, le juge à l'obligation de juger d'après les principes généraux (*Bull. et Pas.*, 1956, (1111) 1116 e.s.; - à la même époque le procureur général Hayoit de Termicourt en avait déjà rappelé les origines et les fondements dans son discours du 15 septembre 1956, intitulé "Un aspect du droit de défense" (*Bull. et Pass.*, 1956, p. 3); - J. Sace, "Quelques réflexions sur les principes généraux du droit", dans *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 79-88.

Bien au contraire, en érigeant le droit de défense au rang de principe général, la Cour de cassation en a affirmé le caractère *général* dans toute instance et devant toute juridiction, quoiqu'il n'ait pas paru indispensable au législateur de lui octroyer une reconnaissance légale, c.-à-d. d'exprimer son existence dans la loi, en d'autres mots de le relier à un texte. "C'est que (son) existence est si certaine qu'elle ne doit pas être constatée dans un texte de loi" ⁽⁶⁾.

Les cas où le droit de défense doit pouvoir être exercé sont d'ailleurs tellement nombreux et variés, qu'il ne serait pas possible de disposer d'un arsenal de textes qui soit exhaustif, sans encourir le risque d'encombrer les lois, tout en n'ayant même pas la garantie que toutes les hypothèses, où ce droit de défense pourrait être en jeu, auront été dûment envisagées.

C'est donc, comme le relevait encore le Procureur général Ganshof van der Meersch, dans un principe général du droit "que se trouve la protection (la plus) complète des droits de la défense". D'où la nécessité de recourir à *la théorie des principes généraux du droit*, "la seule qui soit de nature à donner pleine satisfaction, pour assurer, même en dehors des cas particuliers expressément réglés par le législateur, le respect des droits de la défense, assurés ainsi d'une protection qui ne saurait pâtir de lacunes dans les lois de procédure ou d'organisation judiciaire" ⁽⁷⁾.

Si, comme le pense Motulsky, le principe général relève d'un droit *suprapositif* qui se distingue du droit positif au sens strict, mais aussi de la règle jurisprudentielle, en ce qu'il préexiste à sa constatation judiciaire qui ne fait que le reconnaître ⁽⁸⁾, *ce précepte de droit naturel de la procédure* est néanmoins entré dans le droit positif par la jurisprudence s'y référant parfois de manière explicite, mais le plus souvent de manière implicite par le truchement de règles particulières de procédure ou d'organisation judiciaire, dont la raison d'être est précisément d'assurer le respect des droits de la défense, sans s'y référer expressément.

Nombreuses sont donc, tant au civil qu'au pénal, les règles contenant, en filigrane, des exigences quant au respect du droit de défense, et entourant ces exigences de garanties particulières qui répondent dans une large mesure à celles-ci ⁽⁹⁾.

Il est aussi, faut-il le rappeler, au moins deux textes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui consacrent le principe du droit de défense (voir infra).

Le principe général du respect du droit de défense en acquiert presque un caractère subsidiaire ou supplétif, dans la mesure où le juge doit se référer en priorité à la loi quand elle existe, et seulement au principe général en l'absence de texte.

Il reste que la Cour de cassation s'est -au pénal du moins- dégagée de l'obligation stricte de se référer à un texte de loi, quand elle peut invoquer une violation du principe général du droit de défense ⁽¹⁰⁾.

⁶ W.J. Ganshof van der Meersch, o.c., dans Mélanges à Jean Dabin, T. II, Bruxelles, Bruylant 1963, (569) 588.

⁷ Dans son discours du 1er septembre 1970, o.c., pp. 111, 112 et 116.

⁸ H. Motulsky, o.c., pp. 175 et 180.

⁹ W.J. Ganshof van der Meersch, o.c., dans Mélanges Dabin, pp. 593, 602.

¹⁰ Franchimont, Jacobs et Masset, o.c., p.805, note 223. Comme le relève J. Kirckpatrick -"L'article 1080 du Code judiciaire et les moyens de cassation pris de la violation d'un principe général de droit", dans Liber Amicorum E. Krings, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, (623) 629: "depuis 1971, les moyens de cassation pris, en matière civile, fiscale et disciplinaire, de la violation du droit de défense, ne se réfèrent plus à aucune disposition légale".

Le principe général du droit n'en est pas pour autant immuable, dès lors qu'il est, comme la loi d'ailleurs, tributaire de l'évolution de la société; d'où des limites mises à l'exercice du droit de défense (voir infra).

§ 3. La reconnaissance du droit de défense par la Convention européenne des droits de l'homme.

Les deux textes de la Convention consacrant l'existence du droit de défense sont: l'article 5 qui énonce le principe de la liberté individuelle, et l'article 6 qui énonce le droit à un procès équitable; le respect du droit de défense constitue d'ailleurs un des aspects essentiels du droit à un procès équitable ⁽¹¹⁾.

"Si, comme l'écrivent Franchimont, Jacobs et Masset, à propos de l'article 6, la plupart des droits consacrés par ce dernier texte se retrouvent épars dans le Code d'instruction criminelle, la Convention présente, à tout le moins, l'avantage de les rassembler et de les énoncer clairement", et même d'avoir renforcé le droit de défense, en tant que principe général, en lui donnant la prééminence et la sanction qui lui reviennent ⁽¹²⁾.

La seule lecture du texte de l'article 6 permet déjà de mesurer l'étendue des garanties données aux justiciables, quoique ledit article n'ait pas vocation à saisir toutes les phases d'une procédure quelconque; seule la phase juridictionnelle est soumise au respect de l'article 6.

La reconnaissance du droit de défense sous le couvert de l'article 6 n'est donc pas complète, d'autant plus que, pour que cette disposition de la Convention trouve à s'appliquer, "il faut qu'il s'agisse d'une "contestation sur des droits et des obligations de caractère civil ou (d'une) décision sur le bien-fondé de l'accusation en matière pénale, (...) dirigée contre le titulaire de droits prévus par ce texte" ⁽¹³⁾.

Quels sont donc ces droits de défense protégés par la Convention ?

Sur base de l'article 6.1:

- le droit au procès équitable sur base d'une appréciation de l'ensemble de la procédure (et non sur un incident ou un aspect particulier de la procédure).

C'est ce qu'enseignait encore récemment la Cour européenne dans son arrêt Allan, du 5 novembre 2002: considérant qu'il y a lieu d'examiner si le droit de défense a été respecté, celle-ci a décidé qu'il ne (lui) appartenait pas de déterminer si le prévenu est coupable, si la procédure de l'Etat concerné a été correctement suivie ou si une preuve était admissible. La question est de savoir si la procédure, *dans son ensemble*, y compris l'obtention des éléments de preuve, s'est déroulée dans le respect de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

- l'égalité des armes, c.-à-d. l'égalité dans la procédure entre, d'une part, l'accusé ou le prévenu, et, d'autre part, le ministère public et la partie civile

- la publicité des audiences et du jugement, avec l'exception du huis-clos

- le délai raisonnable

- l'indépendance et l'impartialité du tribunal établi par la loi.

¹¹ D. Karsenty, "Le droit au procès équitable" dans le Rapport de la Cour de cassation de France, 2001, 111-130.

¹² Manuel de procédure pénale, o. c., p. 806; A. Fettweis, Manuel de procédure civile, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Liège, 1985, p. 16.

¹³ Franchimont, Jacobs et Masset, o.c., p. 817, où les auteurs énumèrent les procédures exclues du champ d'application de l'article 6.

Sur base de l'article 6.2: la présomption d'innocence.

Sur base de l'article 6.3: le droit de l'accusé d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui, le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense, le droit d'interroger les témoins, le droit d'être assisté d'un interprète ⁽¹⁴⁾.

En définitive la prise en considération du droit de défense par la jurisprudence de notre Cour s'opérera soit par le truchement de textes spécifiques quand ils existent, soit, à défaut de texte, par le truchement de la Convention européenne ou d'un principe général de droit, la Cour se dégageant -au pénal du moins- de l'obligation de se référer à une disposition légale précise ⁽¹⁵⁾.

SECTION 2 - LE DROIT DE DÉFENSE AU COURS DU PROCÈS PÉNAL.

Les cas où l'exercice du droit de défense peut poser problème relèvent principalement du procès pénal. Le droit de défense y trouve à s'exprimer à toutes les phases de la procédure, notamment dès le stade de l'information ou de l'instruction ⁽¹⁶⁾.

§ 1. Les limites mises au secret de l'instruction, en fonction du droit de défense.

Le principe du secret de l'instruction a été maintenu dans la nouvelle procédure pénale, en raison de la nécessité de sauvegarder deux intérêts majeurs qui peuvent entrer en conflit, d'une part, le respect de la présomption d'innocence, d'autre part, les nécessités de la recherche de la vérité au cours de la phase préparatoire, qu'elle soit d'information ou d'instruction.

La loi du 12 mars 1998, *relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction*, entrée en vigueur le 2 octobre 1998, tout en ne renonçant pas au principe du secret de l'instruction, prévoit et organise un certain nombre de dérogations ou d'exceptions à ce principe, qui s'inscrivent indirectement dans le cadre de l'exercice du droit de défense.

Il s'agit, par exemple, de la communication d'une copie du procès-verbal d'audition ou de tout ou partie du dossier d'une instruction, que toute personne entendue en tant qu'inculpé ou partie civile peut demander, sauf nécessités de l'instruction (art. 28quinquies, 57 et 61ter C.I.cr.).

La loi prévoit cependant que l'inculpé -ou la partie civile- ne peut faire usage de ces renseignements que *dans l'intérêt de sa propre défense*, et à condition de respecter la présomption d'innocence et le droit de défense de tiers.

La jurisprudence de la Cour est rare à ce sujet ⁽¹⁷⁾.

En matière de détention préventive, l'art. 18, § 2 de la loi du 20 juillet 1990 prévoit une règle spécifique, en l'espèce la remise à l'inculpé détenu d'une copie des procès-verbaux de ses auditions dès qu'un mandat d'arrêt lui a été signifié.

Il s'agit de permettre un débat contradictoire devant le juge d'instruction entre, d'une part, le parquet, et, d'autre part, l'inculpé et son conseil, pendant les cinq jours qui suivent la

¹⁴ Franchimont, Jacobs et Masset, o.c., pp. 819 e.s.

¹⁵ Franchimont, Jacobs et Masset, o.c., p. 805, note 223 et note 9, supra.

¹⁶ Voir l'inventaire non exhaustif, mais significatif, qu'en font Franchimont, Jacobs et Masset, o.c., pp.807 e.s.

¹⁷ Voir: Cass., 10 novembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n°480, concernant l'art. 28quinquies, § 2 C.I.cr.; 16 février 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n°89, et 13 octobre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n°529, concernant l'art. 61ter C.I.cr.; 13 septembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n°466, concernant l'art. 61ter, § 5 du même code.

délivrance dudit mandat, le juge d'instruction pouvant en ordonner la mainlevée de manière autonome. Pour rendre ce débat possible, il fallait que la défense ait connaissance du contenu de ces auditions, d'où la règle de l'article 18 -qui n'est pas prescrite à peine de nullité- dont le non-respect peut être sanctionné par une remise en liberté, pour autant que l'exercice effectif du droit de défense en ait été affecté ⁽¹⁸⁾.

§ 2. La présomption d'innocence, corollaire du droit de défense

La présomption d'innocence découle directement du principe général du droit de défense, dont elle est un aspect essentiel. L'art. 6.2 C.E.D.H. en formule clairement le principe: "toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie" ⁽¹⁹⁾.

Cette présomption constitue une garantie de caractère procédural s'appliquant à toute procédure pénale, avec des conséquences directes quant à la charge de la preuve, laquelle incombe exclusivement à celui qui poursuit, mais aussi quant à l'état d'esprit du juge, celui-ci appliquant, en cas de doute raisonnable, l'adage "in dubio pro reo" ⁽²⁰⁾.

Cette pétition de principe se heurte d'emblée au fait qu'il n'y a point de procédure pénale sans que personne ne soit suspecté. J. Corstens considère même qu'à première vue, la présomption d'innocence est inconciliable avec la règle suivant laquelle il n'y a pas de procédure sans suspicion ⁽²¹⁾.

"Om een strafprocedure te mogen beginnen moet er een verdenking zijn, dat betekent een vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd en bij dwangmiddelen vaak ook een vermoeden dat een bepaalde persoon een strafbaar feit heeft gepleegd. Hoe kan men die persoon nu voor onschuldig moeten houden?" Et l'auteur poursuit: "Redelijke uitleg van de *presumptio innocentiae* brengt mee dat deze de wetgever en de strafvorderlijke autoriteiten vooral inprent de verdachte niet als een reeds veroordeelde aan te merken. Dit heeft verschillende consequenties" ⁽²²⁾.

Première conséquence essentielle de cette garantie: parce qu'il est présumé innocent, l'inculpé n'a rien à prouver, ni même à participer de quelque manière que ce soit à l'administration des preuves, voire à la recherche de la vérité (Voir infra: La charge de la preuve).

Par rapport aux très nombreux cas où une violation de la présomption d'innocence a été invoquée en vain, rares sont les cas dans lesquels la Cour a cassé pour violation de la présomption d'innocence; ils sont à cet égard assez significatifs pour être relevés à différents niveaux du procès pénal:

- au niveau de l'appréciation des faits :

La présomption d'innocence est garantie notamment par le contredit que l'inculpé peut faire relativement aux constatations des verbalisateurs, notamment concernant le caractère objectif

¹⁸ Cass., 15 décembre 1998, R.W., 1998-1999, 1389, avec obs. Vandeplass; 13 décembre 2000, *Bull. et Pas.* 2000, n° 689, et la note 1, p. 1937.

¹⁹ Fr. Kuty, "Le droit à un procès équitable au sens de la jurisprudence strasbourgeoise en 2002 – le respect des droits de la défense", *J.L.M.B.* 2003, p. (496), 505, et plus spécialement au sujet de la présomption d'innocence, p. 524 e.s.

²⁰ Il en va d'ailleurs *mutatis mutandis* de même au procès civil: le demandeur ne doit-il pas prouver ce qu'il allègue, le défendeur n'ayant de charge de preuve qu'à l'égard de ce qu'il allègue lui-même pour la défense de sa cause (art. 870 C.jud.).

²¹ J. Corstens, "Het Nederlands Strafprocesrecht", Anvers, Kluwer, 2002, p. 53.

²² Cour eur. D. H., arrêt Barbera et crts du 6 décembre 1988, série A, n° 146.

ou non de ces constatations, et par l'impartialité avec laquelle le juge apprécie la valeur probante de ces constatations.

(Cass., 4 février 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 62; 22 juin 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 386).

La présomption d'innocence implique qu'un prévenu n'est pas tenu d'apporter la preuve de la réalité d'une cause de justification invoquée par lui et qui n'est pas dépourvue de toute crédibilité.

(Cass., 21 avril 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 202).

Viola la présomption d'innocence, le juge qui a déjà formé sa conviction quant aux agissements du prévenu avant l'instruction de la cause, ce qui peut ressortir de l'indication que les remises successives de la cause avaient pour but de ramener le prévenu à de meilleures dispositions.

(Cass., 8 décembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 509).

En vertu de l'art.135, § 2 C.I.cr, l'inculpé peut interjeter appel de l'ordonnance de renvoi prévue à l'art. 130 dudit code, s'il a invoqué des irrégularités, des omissions ou des causes de nullité relatives à ladite ordonnance; tel est, par exemple, le cas d'une méconnaissance de la présomption d'innocence.

(Cass., 5 mars 2003, P.03.0086 F; voir aussi Cass. 23 mai 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 307, avec les conclusions de M. l'avocat général Loop; -Comp: Cass., 26 juin 2002, P.02.0866.F).

Le pouvoir discrétionnaire reconnu au président de la cour d'assises par l'article 258 C.I.cr. ne lui permet pas de faire apparaître aux jurés son opinion quant aux faits reprochés aux accusés.

(Cass., 8 mai 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 162).

Dès lors qu'elle permet la preuve contraire par tout moyen de droit, la présomption de faute instaurée par l'article 67bis des lois coordonnées relatives à la police de la circulation routière ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence.

(Cass., 7 février 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 75; voir infra: les présomptions en matière pénale).

Il en est de même en ce qui concerne l'article 205 de la loi générale sur les douanes et accises qui instaure une présomption de fraude susceptible d'être renversée par l'inculpé par tout moyen de droit.

(Cass., 17 octobre 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 551; voir également: 7 février 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 75).

- au niveau de l'appréciation de la peine et du taux de la peine :

Lorsqu'il ressort des constatations d'un arrêt de condamnation que les juges d'appel ont déterminé le taux de la peine en fonction de faits délictueux pour lesquels le prévenu a été condamné par un autre jugement, la Cour doit pouvoir contrôler si ce jugement antérieur est passé en force de chose jugée; sinon, il y a méconnaissance de la règle de la présomption d'innocence consacrée par l'article 6.2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

(Cass., 25 avril 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 500).

Lors de l'appréciation d'une demande de suspension, le juge peut tenir compte de tous les éléments propres à la personne du prévenu, mais il ne peut tenir compte, dans son

appréciation, de faits punissables dont la culpabilité du prévenu n'est pas définitivement établie.

(Cass., 13 octobre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 441).

Il y a violation de la présomption d'innocence lorsque les juges d'appel fondent l'augmentation de la peine infligée par le premier juge sur la circonstance de fait que le prévenu "n'a toujours pas mis fin" à la situation illicite née de l'infraction en matière d'urbanisme, ce qu'ils ne peuvent faire qu'après sa condamnation définitive du chef de ces faits.

(Cass., 25 juin 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 258; voir infra: le droit de défense et la motivation de la peine).

Le juge de la jeunesse qui constate que, dans le dossier répressif, il existe des indices de culpabilité dans le chef d'un mineur et qui, sans décision préalable sur le fond, subordonne néanmoins le maintien du mineur dans son milieu à l'exécution d'une prestation éducative, lui impose ainsi une mesure ayant le caractère d'une sanction, ce qui implique l'appréciation que le mineur a commis le fait qualifié infraction. Ainsi, ce juge viole la présomption suivant laquelle le mineur est censé être innocent.

(Cass., 4 mars 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 123 et les conclusions de l'avocat général Dubrulle; - voir aussi, Cass., 21 mai 2003, P.03.0524.F)

Le principe de la présomption d'innocence n'imprègne pas que l'appréciation de la valeur probante des preuves produites devant le juge du fond, ni l'application du degré de la peine au moment de l'examen du bien fondé d'une accusation, mais l'ensemble de la procédure, et bien évidemment le cours de la détention préventive: méconnaît la présomption d'innocence, l'arrêt de la chambre des mises en accusation qui, statuant sur le maintien de la détention préventive, se prononce sur la culpabilité d'un inculpé.

(Cass., 19 mars 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 155).

Par contre la Cour a considéré qu'écrire dans un mandat d'arrêt que l'inculpé "a commis" les faits qui lui sont reprochés, peut être compris comme "la constatation de l'existence d'indices sérieux de culpabilité".

(Cass., 26 mars 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, n° 166).

Même lorsque le juge d'instruction a violé la présomption d'innocence, cette violation ne constitue pas pour autant un vice irréparable: les juridictions d'instruction appelées à examiner la légalité du mandat d'arrêt ont le pouvoir d'en corriger les motifs.

(Cass., 5 novembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 453, et les conclusions de l'avocat général J. Spreutels).

Dans le cadre de l'expertise, si l'expert n'a pas à donner son avis sur une question de droit, ni à se prononcer sur la culpabilité du prévenu, "l'impartialité requise dans son chef ne saurait lui interdire d'émettre un avis technique ou scientifique sur l'existence ou l'absence des éléments matériels constitutifs d'une infraction" ⁽²³⁾.

Il résulte déjà de ces quelques exemples que le principe de la présomption d'innocence ne constitue pas une sorte d'*absolu catégorique*, existant indépendamment de toute condition ou

²³ Cass., 24 avril 2002, P.02.0012 F; - Comp. un problème similaire en matière civile: Cass., 14 septembre 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 605: le rapport d'expertise ne peut que procéder à des constatations ou donner un avis d'ordre technique; le juge qui charge l'expert de donner un avis sur le bien-fondé de la demande même, ne justifie pas légalement sa décision.

de tout rapport avec autre chose, mais doit être pris en considération *en même temps* que le principe de la liberté des preuves au pénal, et que la règle de l'intime conviction du juge.

Si la présomption d'innocence a pour corollaire 'in dubio pro reo' (le doute profite à l'accusé), il reste néanmoins cette préoccupation majeure du procès pénal, qui est de faire la part du doute et de la certitude, afin d'asseoir la conviction judiciaire.

S'il est de règle jurisprudentielle que le doute doit profiter à la personne poursuivie, encore faut-il que l'on s'entende sur ce qu'est ce *doute favorable*. Il ne s'agit tout d'abord pas d'une pétition de principe. L'appréciation de ce doute est plutôt d'ordre dialectique, c.-à-d. rationnel: il doit s'agir d'un "doute raisonnable" (Cass., 10 novembre 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 726) dans l'esprit du juge évidemment, et non pas dans l'esprit du prévenu, qui, par exemple, aurait été pris d'un doute à propos d'un élément de l'infraction mise à sa charge (Cass., 2 mai 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 515), ni dans l'esprit de l'expert, qui, d'ailleurs, n'exprime toujours qu'un avis (Cass., 25 mai 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 261).

Le doute étant fait d'une infinité de degrés, on peut même se demander s'il doit être nécessairement favorable ⁽²⁴⁾.

§ 3. La problématique de la preuve et le droit de défense

Une considération préliminaire s'impose: il est de jurisprudence constante de la Cour européenne que l'administration des preuves relève au premier chef de règles du droit interne, et que, partant, il revient aux seules juridictions nationales d'apprécier les éléments recueillis et débattus devant elles. Si la C.E.D.H. garantit par son article 6 le droit au procès équitable, qui intègre le droit de défense, elle ne régit pas pour autant les questions d'admissibilité des preuves elles-mêmes. Elle s'attache à rechercher si la procédure, envisagée dans son ensemble, présente un caractère équitable ⁽²⁵⁾.

L'administration de la preuve en matière répressive crée inévitablement une situation conflictuelle qui résulte de la recherche *active* de la vérité et de l'attitude en principe *passive* du prévenu présumé *innocent*.

§ 4. Les présomptions en matière pénale

En matière pénale, les présomptions de fait peuvent servir de moyen de preuve. Le juge apprécie celles-ci souverainement et le prévenu peut les contester. Dans cette mesure, il n'y a pas de violation du droit de défense. La jurisprudence est d'ailleurs constante à cet égard ⁽²⁶⁾.

Il résulte aussi de la jurisprudence européenne que "les présomptions de droit ou de fait figurant dans les lois répressives ne sont pas en soi incompatibles avec la présomption d'innocence, si elles sont enserrées *"dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et en préservant les droits de la défense"* ⁽²⁷⁾.

Il est important de relever à cet égard l'article 67bis des lois coordonnées relatives à la police de la circulation routière (inséré par la loi du 4 août 1996) qui prévoit que certaines infractions

²⁴ M-C. Nagouas-Guérin, "Mythe et réalité du doute favorable en matière pénale", *Rev.Sc.Crim.*, 2002, 283; St.Van Overbeken, *In dubio pro reo*, R.W., 1994-95, 1190.

²⁵ Fr. Kutty, "Chronique de jurisprudence de la C.E.D.H. relative au procès équitable", *J.L.M.B.*, 2003, 496.

²⁶ R. Declercq, "Beginselen van Strafrechtspleging", Anvers, Ed. Kluwer -1999, 2° éd., n° 1293 e.s.; voir p.e.: Cass., 12 juin 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 591; 13 octobre 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, I, n° 409; 30 janvier 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 62.

²⁷ Cour eur. D.H., arrêt Salabiaku du 7 octobre 1988, série A, n° 141-A, §28.

en matière de roulage sont *censées* avoir été commises par le titulaire de la plaque d'immatriculation du véhicule lorsque le conducteur n'a pas été identifié au moment de la constatation de l'infraction.

L'article 67bis allège dès lors la charge de la preuve qui pèse en principe sur le ministère public en instituant à l'égard du titulaire de la plaque d'immatriculation du véhicule une présomption de culpabilité, légale mais réfragable ⁽²⁸⁾; il appartient au titulaire de la plaque d'immatriculation dudit véhicule d'apporter des éléments de preuve permettant de le disculper ou de créer un doute raisonnable quant à l'identification du conducteur.

(Cass., 17 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 160; voir également: Cass., 22 octobre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 421).

Cette dérogation au principe qui impose l'administration de la preuve à la partie poursuivante se justifie par le but visé par le législateur en la matière, à savoir l'efficacité de la lutte contre la délinquance routière, plus spécialement dans les cas où l'identification de l'auteur de l'infraction est malaisée.

Dès lors qu'elle peut être renversée par "tous moyens", cette présomption de culpabilité ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence dont l'article 6.2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est l'expression.

(Cass., 7 février 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 75; 16 avril 2002, P.01.0119.N).

C'est très pertinemment que R. Declercq (o.c., n° 1295) pose la question de savoir "of het begrip *vermoeden* wel zin heeft in het strafproces (...) Een feitelijk vermoeden leidt trouwens niet tot zekerheid, maar tot een zekere waarschijnlijkheid die geen veroordeling wettigt".

§ 5. Le témoignage - conditions d'admissibilité

Le problème du témoignage peut poser une question de dosage entre les nécessités de la manifestation de la vérité et le respect du droit de défense.

L'article 6.3, d C.E.D.H. consacre le droit de l'inculpé de faire convoquer et interroger des témoins, ce qui tend à assurer une égalité de traitement par rapport à l'accusation et à la partie civile, pour autant, toutefois, que les auditions demandées soient susceptibles d'aider à la manifestation de la vérité, ce sur quoi il est de règle que le juge décide souverainement.

Il importe de rappeler ici que la Cour européenne a délaissé la question de l'admissibilité des preuves au droit interne: ce qui importe aux juges européens, c'est de pouvoir juger, *à partir d'une appréciation de l'ensemble de la procédure*, s'il a été satisfait aux exigences du procès équitable de l'article 6 C.E.D.H., et notamment si le droit de défense a été respecté.

La Cour européenne admet donc que le droit interne puisse fixer des conditions pour l'admissibilité des preuves, notamment des témoignages, et que le juge puisse apprécier la nécessité et la pertinence des questions à poser aux témoins, du point de vue de l'aide à la découverte de la vérité et des nécessités de la manifestation de la vérité ⁽²⁹⁾.

²⁸ Cass., 19 octobre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 547; voir également Cass., 17 octobre 2001, P.01.1021.F, en ce qui concerne l'article 205 de la loi générale sur les douanes et accises; Sur la présomption irréfragable de l'article 265, § 1^{er}, de la loi générale sur les douanes et accises, selon laquelle le commettant est toujours tenu pour pénalement responsable des infractions commises par ses préposés, la Cour d'arbitrage a confirmé et complété sa jurisprudence en constatant qu'il s'agit là d'une atteinte grave au principe de la personnalité des peines, C.A., n° 43, 2001 du 29 mars 2001.

²⁹ H. Bekaert, "La manifestation de la vérité dans le procès pénal", Bruxelles, Bruylant, 1972.

Mais une disposition légale modifiant les règles d'administration de la preuve en matière pénale ne peut s'appliquer qu'aux faits commis après son entrée en vigueur, dès lors qu'elle porte atteinte au droit de défense⁽³⁰⁾.

Quoiqu'il en soit le prévenu ne peut être interrogé sous serment comme témoin dans sa propre cause, même pas à sa demande⁽³¹⁾. Dès lors, l'audition d'un prévenu sous la foi du serment est nulle⁽³²⁾. Cette thèse est déduite du droit de tout accusé de se taire⁽³³⁾.

Toutefois, la circonstance qu'un témoin soit interrogé sous serment par le juge et se constitue partie civile à un stade ultérieur de la procédure ne donne pas lieu à la violation du droit à un procès équitable, ni du principe de l'égalité des armes. En effet, un tel témoignage est soumis à la contradiction des parties litigantes, notamment du prévenu, et sa valeur probante est appréciée par le juge. La circonstance qu'un prévenu puisse s'opposer au fait qu'une partie civile déjà constituée soit interrogée sous serment comme témoin, n'y fait pas obstacle.

En outre, lorsque la défense d'un prévenu contre l'action civile exercée contre lui est sans relation avec la preuve de l'infraction mise à sa charge, ce sont les règles relatives à la charge de la preuve en matière civile qui lui sont applicables. Cela implique que, même en matière répressive, les règles de la preuve du droit civil sont applicables à la preuve de l'existence et de l'étendue du dommage.

Selon ces règles de droit civil, l'existence et l'étendue du dommage né d'une infraction sont des faits juridiques qui peuvent être établis par toutes voies de droit, y compris témoins et présomptions. (Cass., 26 février 2002, R.G. P.00.1037.N, R.W., 2002-2003, 1505, et la note signée B. Backx, "De burgerlijke partij als getuige in eigen zaak".)

A. LE DROIT DE DÉFENSE ET LE TÉMOIGNAGE ANONYME

Par divers arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur l'utilisation de la preuve testimoniale anonyme. En principe, le prévenu doit pouvoir contredire tous les moyens de preuve en audience publique. Les témoins à charge doivent à tout le moins pouvoir être interrogés au cours d'une des phases de l'instruction. L'admission d'un témoignage anonyme en tant que *preuve unique et adéquate* donnant lieu à condamnation est susceptible de porter atteinte au droit à un procès équitable et, partant, de violer l'article 6.3, lu conjointement avec l'article 6.1 C.E.D.H. et de méconnaître le droit de défense⁽³⁴⁾.

De l'examen de la jurisprudence européenne rendue à cet égard se déduit la règle qu'aucune condamnation ne peut se fonder exclusivement ni même de manière décisive sur des déclarations testimoniales anonymes. En outre, le prévenu doit avoir l'occasion de contredire de tels témoignages et le juge est en tout cas tenu d'en contrôler la crédibilité.

Il y a lieu de relever à cet égard l'arrêt de cassation rendu le 2 mai 1990 (*Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 156) par lequel la Cour a décidé qu'il n'y a pas violation du droit de défense, lorsque le juge a, pour asseoir sa conviction, fondé celle-ci non seulement sur une appréciation générale

³⁰ Cass., 19 octobre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 547.

³¹ Cass., 19 septembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 478; 20 juin 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 382.

³² Cass., 11 mars 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 362; 6 mai 1993, n° 225; 5 juin 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 336, R.W., 2002-2003, n° 32 – col. 1257 et la note signée Chris De Roy.

³³ Cour eur. D.H., arrêt Funke, Crémècux, Mialti et Dobbartin c. France du 25 février 1993, série A, n° 256.

³⁴ Cour eur. D.H., arrêt Kostovski du 20 novembre 1989, Serie A, n° 166; arrêt Windisch du 27 septembre 1990, Serie A, n° 186; arrêt Delta du 19 décembre 1990, Serie A, n° 191-A; arrêt Doorson c/ Pays-Bas du 26 mars 1996, Rec. Cour eur.D.H. 1996-II; arrêt Van Mechelen et autres c/ Pays-Bas du 23 avril 1997, Rec. Cour eur. D.H. 1997-III; arrêt Visser c. Pays-Bas du 14 février 2002, n° 2666/95; J. de Codt, La preuve par témoignage et les droits de la défense, dans Rev. Trim. D.H., 1998, (157) 164.

des différents éléments de preuve et notamment sur les déclarations d'un coprévenu, mais également sur des renseignements recueillis auprès de témoins demeurés anonymes, qui ont été versés au dossier, dont le prévenu a eu connaissance et qu'il a pu librement contredire⁽³⁵⁾.

Notre Cour s'est ainsi progressivement ralliée à la jurisprudence européenne.

Le point de départ de notre analyse est l'arrêt rendu le 15 juillet 1997 (*Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 314), précédé des conclusions de l'avocat général De Riemaeker qui analyse d'une manière approfondie la jurisprudence antérieure à la décision citée.

Le pourvoi en cassation déposé en cette cause était notamment dirigé contre un arrêt interlocutoire par lequel la cour d'assises avait décidé que l'identité des témoins anonymes devait rester cachée. Le demandeur en cassation faisait valoir que, dès lors qu'on le privait de la possibilité de faire convoquer ces témoins à l'audience, le refus de communiquer leurs identités constituait une violation de l'article 6 de la Convention et de son droit de défense.

La Cour a décidé que le caractère contradictoire de l'audition des témoins devant la cour d'assises, ainsi que le droit à un procès équitable et le droit de défense sont en principe sauvegardés lorsqu'il est offert à l'accusé des possibilités de défense au cours de l'instruction judiciaire et la possibilité d'interroger les témoins anonymes au cours des audiences de la cour d'assises.

Nous lisons dans les conclusions de l'avocat général que "een procedure die voldoende tegengewicht vormt voor de handicap van de verdediging, die de betrouwbaarheid van de getuige niet kon controleren omdat zij de identiteit van de getuigen niet kenden, niet noodzakelijk een schending meebrengt van de rechten gewaarborgd door art.6 E.V.R.M., voor zover de strafprocedure in haar geheel genomen, alsmede de bewijsvoering, een eerlijk karakter vertonen, en de veroordeling *niet uitsluitend* noch op *beslissende wijze* gegrond is op anonieme verklaringen".

Si la crédibilité des témoignages anonymes est contrôlable et si la défense a la possibilité de "vragen (te) stellen over de gang van zaken tijdens het vooronderzoek, over de hoedanigheid van de anonieme getuige of over de wijze waarop die getuige aan zijn wetenschap is gekomen", le droit de défense n'est pas violé (A.C., 1997, p. 747).

La Cour a confirmé cette jurisprudence à plusieurs reprises, en insistant particulièrement sur la circonstance que le juge ne peut asseoir sa conviction intime exclusivement ni même de manière prépondérante sur un témoignage anonyme; il est tenu d'avoir égard à d'autres éléments de preuve⁽³⁶⁾.

L'arrêt rendu le 25 septembre 2002 (P.02.0954.F) mérite également notre attention en ce qu'il a décidé que si, lors du règlement de la procédure, la juridiction d'instruction rejette le moyen de défense contestant le dépôt de déclarations anonymes dans le dossier répressif par la constatation que le rapport du juge d'instruction, entendu lors du délibéré en dehors de la présence des parties, a permis de s'assurer des garanties ou informations relatives au témoin anonyme que l'arrêt attaqué énumère ensuite, ces circonstances constituent une méconnaissance des droits de la défense.

³⁵ A. De Nauw constate que "die redenering niet overeenstemt met het arrest Kostovski dans "De wet op de anonimiteit van getuigen", R.W., 2002-2003, 922.

³⁶ Cass., 12 mai 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 240; 12 janvier 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 13; 27 avril 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 241; 27 juin 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 402; 28 juin 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 410; 9 septembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 480; 4 avril 2001, *Pas.* 2001, P.01.0041.F, *Bull. et Pas.* 2001, n° 201; 21 mai 2002, P.01.0322.N; 17 décembre 2002, P.02.0027.N.

B. LA LOI DU 8 AVRIL 2002 RELATIVE À L'ANONYMAT DES TÉMOINS³⁷

Inspirée par la jurisprudence européenne et par celle de notre Cour, cette loi prévoit expressément la possibilité de conserver l'anonymat partiel ou complet des témoins à des conditions très strictes visant tant la protection du témoin menacé que la garantie du droit de défense. Un certain nombre de dispositions ont été insérées à cette fin dans le Code d'instruction criminelle.

Toutefois, cette loi ne porte pas atteinte à la règle jurisprudentielle suivant laquelle la condamnation d'un prévenu ne peut se fonder exclusivement ni même de manière prépondérante sur des témoignages anonymes.

En effet, le nouvel article 341 (article 16 de la loi précitée) dispose expressément que "les témoignages ne peuvent être pris en considération comme preuve que pour autant qu'ils soient corroborés dans une mesure déterminante par d'autres moyens de preuve".

§ 6. La preuve illégalement obtenue

Le point de départ de notre analyse de la récente jurisprudence de la Cour concernant la preuve en matière pénale est l'arrêt de principe du 13 mai 1986 (*Bull. et Pas.*, 1986, I, n° 558) qui, en application de la *règle dite d'exclusion des preuves* – instaurée dès 1923 dans le droit belge⁽³⁸⁾ – distingue pour la première fois de manière explicite deux sortes de preuves illégalement obtenues. La règle énoncée par l'arrêt précité est la suivante: "Est illégale, la preuve obtenue par un acte inconciliable avec les règles substantielles de la procédure pénale ou avec les principes généraux du droit, et plus particulièrement avec le respect des droits de la défense, même si cet acte n'est pas expressément interdit par la loi".

Suivant une jurisprudence constante, "en vertu du régime de la libre administration de la preuve, tout élément de preuve illégalement obtenu est inadmissible. Outre les illégalités équivalentes à des infractions ou contraires aux textes formels de la loi, des irrégularités peuvent être commises"⁽³⁹⁾.

La Cour a non seulement confirmé sa jurisprudence de 1986 mais elle l'a aussi affinée, notamment par l'arrêt rendu le 4 janvier 1994 (*Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 1): "Le juge ne peut déclarer établie une infraction, si la preuve en a été obtenue à la suite d'un fait punissable ou d'une autre manière irrégulière, soit de la part de l'autorité chargée de la recherche, de la constatation ou des poursuites en matière d'infraction, soit de la part du dénonciateur de l'infraction; dans ce cas, le juge pénal ne peut déclarer établi le fait mis à charge du prévenu,

³⁷ La loi est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2002. A. De Nauw, o.c., 921; J. Le Calvez, "Les dangers du "X" en procédure pénale: opinion contre le témoin anonyme", *Le Dalloz*, 2002, n° 40, *Chroniques - Doctrine*, 3024; M. Nève, Fr. Kuty et S. Berbuto, "Le témoignage anonyme", *J.T.*, 2003, 277; M.A. Beernaert et D. Vandermeersch, "La loi du 8 avril 2002", *R.D.P.*, 2002, 715.

³⁸ A. De Nauw, "Les règles d'exclusion relatives à la preuve en procédure pénale belge", *R.D.P.*, 1990, 714; Ph. Traest, "De rol van de particulier in het bewijsrecht in strafzaken: naar een relativering van de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs?", dans *Liber Amicorum Jean du Jardin*, Edit Kluwer, 2001, Anvers, Kluwer, 2001,(61) 63.

³⁹ Voir les conclusions de l'avocat général du Jardin précédant cet arrêt, ainsi que la jurisprudence et la doctrine y citées; voir également: Cass., 13 janvier 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 15; la preuve obtenue non pas illégalement mais *déloyalement* est nulle (Cass., 22 mai 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 302). Ainsi, la règle absolue d'exclusion des preuves est-elle appliquée d'une manière plus large.

sauf si la preuve de l'infraction est apportée par d'autres éléments de preuve qui ne se déduisent ni directement ni indirectement de la preuve obtenue irrégulièrement" (⁴⁰).

L'illégalité de certains éléments de preuve n'entraîne toutefois pas nécessairement la nullité de tous les actes d'instruction ultérieurs (⁴¹).

Cette illégalité ne porte atteinte de manière irréparable au droit de défense et au droit à un procès équitable que "lorsque la confusion entre les actes d'instruction et la preuve illégale est telle que les actes d'instruction se trouvent entachés de la même illégalité et que tant l'instruction que l'action publique sont fondées sur celle-ci" (Cass., 14 décembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 678).

Dans un arrêt du 30 mai 1995 (*Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 267), la Cour distingue la *preuve* de l'infraction de la *révélation* de celle-ci: la circonstance que le dénonciateur d'une infraction en a eu connaissance en raison d'une illégalité (ou d'une irrégularité), n'affecte pas la régularité de la preuve, qui a été obtenue ultérieurement sans illégalité ni irrégularité (⁴²).

Un prélèvement corporel peut servir de preuve pour autant que le consentement du prévenu à ce prélèvement ait été exprès, volontaire et suffisamment éclairé; cette condition exclut le consentement obtenu par ruse ou tout autre acte malhonnête (⁴³).

S'il s'impose d'écarter des débats toutes les preuves considérées comme irrégulières ainsi que tous les éléments en découlant, cette règle n'empêche pas le juge de statuer à la lumière d'autres preuves qui, n'étant entachées d'aucun vice, sont soumises à la libre contradiction des parties (⁴⁴).

Il importe peu que les pièces écartées des débats continuent à figurer matériellement dans le dossier de la procédure (Cass., 20 janvier 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 31) (voir infra: la procédure de 'purge' des nullités).

Philip Traest regrette cette relativisation de la règle d'exclusion des preuves dès lors qu'elle donne lieu à une approche purement casuistique du problème. L'auteur considère que: "een globale bezinning over het bewijsrecht en een eventueel initiatief van de wetgever zijn dan ook dringend gewenst. Hierdoor zou het bewijsrecht meer voorzienbaar worden en zou tegelijk vermeden worden dat eisen van doelmatigheid regelen van een behoorlijke procesvoering zouden verdringen" (o.c., 78).

L'arrêt rendu le 3 novembre 1999 (*Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 583 et la note) est également digne d'intérêt en ce qu'il a décidé que le juge pénal qui conteste au prévenu le droit d'utiliser la teneur d'un témoignage recueilli lors d'une instruction annulée pour vice de procédure comme support de la démonstration qu'il entend faire pour étayer sa défense, méconnaît le principe

⁴⁰ Voir les conclusions de l'avocat général du Jardin, dans R.W., 1994-1995, 185; Ph. Traest, "De rol van ...", dans *Liber Amicorum Jean du Jardin*, o.c., 65; dans le même sens: Cass., 17 janvier 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 311 et 17 avril 1991, R.D.P., 1992, 94, et la note signée Chr. De Valkeneer, "De illégalité commise par un tiers dans l'administration de la preuve", 104; R.W., 1991-1992, et la note signée Vandeplass, 403; 9 décembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 540.

⁴¹ Cass., 14 décembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 678; 18 avril 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 212.

⁴² Voir la note signée Fr. Kuty dans J.L.M.B., 1998, 489; dans le même sens: Cass., 23 avril 2002, P.01.0277.N. – Voir également infra: la preuve inadmissible.

⁴³ Cass., 31 janvier 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 61 et les conclusions de Monsieur l'avocat général Loop qui analyse notamment d'une manière circonstanciée la problématique du droit du prévenu de se taire, *Rev.Dr.Santé*, 2002-2003, 158.

⁴⁴ Cass., 23 décembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 534, plus spécialement p. 1180; comp. Cass., 23 avril 2002, P.01.0277.N.

général du droit relatif au respect du droit de défense. Il en ressort que le droit de défense doit pouvoir être mieux *mis en valeur* sans être, pour autant, privilégié de manière absolue (⁴⁵).

Il y a lieu de relever ici les importantes modifications législatives intervenues à cet égard: la loi du 12 mars 1998 qui, renforçant le contrôle de l'information et de l'instruction, vise l'enlèvement de pièces déclarées nulles du dossier judiciaire (voir infra: la procédure de purge) et la loi du 4 juillet 2001 qui a complété les articles 131, § 2, et 235bis, § 6, du Code d'instruction criminelle comme suit: "*les pièces déposées au greffe ne peuvent pas être consultées, et ne peuvent pas être utilisées dans la procédure pénale*"; il est ainsi dérogé à la jurisprudence précédemment citée qui autorisait le prévenu à utiliser les pièces écartées du dossier pour sa défense.

Toutefois, par l'arrêt rendu le 8 mai 2002 (n. 86/2002), la Cour d'arbitrage a considéré "qu'en décidant de manière absolue et générale que les pièces annulées par une juridiction d'instruction ne peuvent pas être consultées et ne peuvent pas être utilisées dans la procédure pénale, même lorsqu'elles contiennent des éléments qui peuvent être indispensables à la défense d'une partie, les articles 131, § 2, et 235bis, § 6, du Code d'instruction criminelle (tels qu'ils ont été complétés par la loi du 4 juillet 2001) violent les articles 10 et 11 de la Constitution, *lus à la lumière du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense*" (...) La Cour d'arbitrage a ajouté que "l'impossibilité absolue d'utiliser devant le juge du fond des actes dont la nullité a été prononcée n'est pas proportionnée à l'objectif consistant à prévenir toute insécurité juridique et porte une atteinte disproportionnée aux droits de la défense". Ainsi, par application de la règle de la proportionnalité (⁴⁶), la Cour d'arbitrage a annulé le complément législatif précité des articles 131, § 2 et 235, § 6, du Code d'instruction criminelle et a ainsi indirectement rétabli l'*ancienne* jurisprudence consacrée notamment par l'arrêt du 3 novembre 1999.

La règle déduite de l'arrêt du 11 décembre 2001 (P.01.1535.N) se voit néanmoins réduite à néant dans la mesure où il a été décidé que, nonobstant l'intervention législative ultérieure du 4 juillet 2001, le retrait de la procédure des pièces déclarées nulles à la suite d'une procédure de purge en application des articles 131, § 1^{er}, 136, 136bis et 235bis du Code d'instruction criminelle doit toujours être définitif et que personne ne pourra plus utiliser ces pièces par la suite. Cette règle impliquerait une violation des droits de la défense.

À cet égard, l'arrêt rendu le 18 février 2003 en cause Vercauteren mérite d'être spécialement mentionné.

§ 7. Le retrait des pièces du dossier et le droit de défense

Dans l'arrêt du 18 février 2003 (P. 02.0913.N – en cause Vercauteren), la Cour a décidé dans un premier temps que le juge pénal est tenu d'appliquer toutes les dispositions légales d'ordre public tant qu'elles n'ont pas été annulées par la Cour d'arbitrage.

L. Arnou, "Beklaagde mag nietige stukken aanvoeren voor verdediging", dans *Juristenkrant*, 2002, n° 50, p. 4-5; R. Verstraeten e.a., "Strafprocesrecht: recente ontwikkelingen", dans *Thémis*, *Strafprocesrecht*, Bruges, Die Keure, 2002, 56.

⁴⁶ La proportionnalité désigne un rapport d'adéquation entre un moyen et un but; cette règle peut être érigée au rang de principe général de droit, en raison de sa fonction régulatrice.

Concrètement, cette règle implique qu'au moment de la prononciation de l'arrêt attaqué – en l'espèce, l'arrêt rendu le 12 octobre 2001 par la chambre des mises en accusation – il y avait lieu d'appliquer la disposition de l'article 235bis du Code d'instruction criminelle suivant laquelle "les pièces annulées sont retirées du dossier et déposées au greffe du tribunal de première instance, après l'expiration du délai de cassation".

La Cour a toutefois déclaré ensuite que le juge pénal est tenu d'écarter, en tout ou en partie, toute disposition légale belge contraire aux normes juridiques nationales supérieures ou aux normes juridiques internationales directement applicables dans l'ordre juridique belge, tel que le respect du droit de défense.

Si elle semble avoir ainsi incité au rejet de la disposition en question en raison de son incompatibilité avec une norme supérieure, tel que le droit de défense, la Cour se montre néanmoins moins stricte à cet égard.

En effet, après avoir énoncé qu'il résulte de l'article 235bis du Code d'instruction criminelle que, si l'impossibilité d'invoquer des actes déclarés nuls devant le juge du fond n'est pas absolue, la possibilité de prendre connaissance de pièces déclarées nulles ou d'utiliser celles-ci sans restriction au cours de la procédure n'est pas davantage absolue, la Cour a décidé que, lorsque les pièces déclarées nulles contiennent des éléments susceptibles d'être indispensables à la défense d'une partie, le juge peut déterminer la mesure dans laquelle le droit de défense requiert l'utilisation de ces pièces par une partie, tout en veillant aux droits des autres parties, qu'à cette fin, il peut imposer des modalités et des restrictions quant à la communication et à l'utilisation de ces pièces. Le moyen qui soutient que le juge ne peut imposer de telles restrictions ou modalités manque en droit.

Ainsi, la Cour a-t-elle décidé que le droit de défense n'est pas absolu et que le juge peut imposer des modalités ou des restrictions à l'exercice de ce droit.

Nous avons déjà signalé que cette décision n'est pas conciliable avec l'arrêt du 11 décembre 2001 (P.01.1535.N) par lequel la Cour a décidé que les pièces déposées au greffe à la suite d'une procédure de purge doivent être considérées comme retirées définitivement de la procédure et que personne ne pourra plus les utiliser par la suite.

S'il a été allégué que l'arrêt rendu le 8 mai 2002 par la Cour d'arbitrage (86/2002) a rétabli la jurisprudence de la Cour de cassation, telle qu'elle est consacrée par l'arrêt du 3 novembre 1999 (*Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 583), l'arrêt du 18 février 2003 (P.02.0913.N) est censé parachever la règle énoncée dans cet arrêt.

Toutefois, il ne s'ensuit pas que le juge ne puisse pas subordonner l'exercice du droit de défense à des modalités ou à des restrictions, ainsi qu'il a été décidé par l'arrêt du 18 février 2003; ce dernier arrêt a effectivement considéré que, lorsque les pièces déclarées nulles contiennent des éléments susceptibles d'être indispensables à la défense d'une partie, le juge peut déterminer la mesure dans laquelle la partie intéressée peut utiliser ces pièces et, ainsi, exercer son droit de défense, tout en ayant égard aux droits des autres parties. Ce principe ne semble pas inconciliable avec la règle contenue dans l'arrêt du 3 novembre 1999.

L'arrêt du 18 février 2003 semble également compatible avec l'arrêt rendu le 24 septembre 2002 (P.02.0718.N) qui a décidé que la question de savoir si l'accès d'une partie aux pièces détenues par une autre partie mais non produites devant le juge ni utilisées au cours du procès, ou de savoir si la demande de ces pièces adressées par l'autre partie à des autorités étrangères doit pouvoir être contredite par la partie intéressée, est étrangère au principe de l'égalité des parties devant le juge appelé à statuer sur le bien-fondé de l'action publique.

Cet arrêt a plutôt examiné la question de l'éventuelle utilisation de pièces déterminées à la lumière du principe spécifique de l'égalité des armes et y a répondu par la négative dès lors qu'il a explicitement relevé que l'égalité des armes entre les parties implique uniquement que chaque partie à la cause puisse utiliser devant le juge appelé à connaître de la cause les mêmes moyens de procédure et dans une même mesure prendre connaissance des pièces et des éléments soumis à l'appréciation de ce juge.

Cette observation s'applique également à l'arrêt du 30 octobre 2001 (P.01.1239.N) suivant lequel l'article 6 C.E.D.H. quiert qu'il soit notamment permis au prévenu d'avoir connaissance de tous les éléments de preuve invoqués à sa charge et de les contredire et que le droit à un procès équitable implique que le ministère public communique au juge tous les éléments à décharge du prévenu dont il dispose.

L'arrêt du 18 février 2003 ne déroge pas à la règle induite de l'arrêt du 30 octobre 2001 qui portait sur des éléments pouvant être invoqués par le ministère public à charge du prévenu; même en considérant que la Cour a affiné la règle de l'arrêt du 3 novembre 1999 par son arrêt du 18 février 2003, ce dernier arrêt est conciliable avec celui du 30 octobre 2001.

§ 8. L'admissibilité de la preuve

Outre les cas de preuves illégalement ou irrégulièrement obtenues, se pose la question de la preuve inadmissible: ce point concerne non pas *l'obtention de la preuve* mais son *mode de production* au cours du procès pénal.

La Cour a décidé qu'il y a violation du droit de défense lorsque, certaines pièces de la procédure n'ayant pas été communiquées à la juridiction de jugement et, en conséquence, n'ayant pas été soumises à la contradiction des parties, le prévenu n'a pu contester la régularité d'un acte d'instruction: en l'espèce, le mandat de perquisition qui n'avait pas été joint au dossier de la procédure. "Les constatations faites au cours d'une visite domiciliaire illégale et les preuves recueillies ensuite de ces constatations ne peuvent fonder une condamnation" ⁽⁴⁷⁾.

En réalité, il ne s'agit pas d'une question de validité de la preuve. Pour L. Arnou, "bewijsmateriaal dat op een ontoelaatbare wijze is voorgelegd heeft op zich wel waarde als bewijs, maar verliest dit door de wijze waarop het voor de rechter is gebracht" (o.c., 11). "De schending van het recht van verdediging is niet gebeurd bij het verkrijgen zelf van de onderzoeksresultaten (wat overigens niet kon worden nagegaan), maar wel door de wijze waarop de onderzoeksresultaten voor de vonnisrechter waren gebracht. (...) Volgens het Hof van cassatie moet de beklaagde tegenspraak kunnen voeren omtrent alle stukken, die betrekking hebben op het misdrijf zelf of op een bestanddeel ervan." (ibid., 13).

Quant au contrôle de la régularité d'une preuve obtenue à l'étranger, la Cour a estimé que le juge pénal "n'étant saisi d'aucune contestation portant sur la violation d'une règle de droit interne de l'Etat sur le territoire duquel la preuve a été obtenue, ne doit pas vérifier d'office si la preuve a été obtenue conformément au droit étranger" (Cass., 13 mars 2002, P.01.1765.F). Pour P. Monville, commentateur de cet arrêt, "la Cour hésite à s'engager elle-même dans le contrôle de la régularité", reportant la difficulté de la preuve sur la personne poursuivie. "Une alternative consisterait, estime-t-il, à transposer *mutatis mutandis* l'adage in *dublio pro reo* à la matière" (R.D.P., 2003, p. 109- 121).

⁴⁷ Cass., 24 avril 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 124; lire le commentaire concernant cet arrêt dans: L. Arnou, "Toelaatbaarheid van bewijs in strafzaken en recht van verdediging", R. Cass., 1997, 10.

§ 9. La procédure de purge dans l'intérêt, notamment, du droit de défense

Il est hors de doute qu'une bonne administration de la justice exclut toute illégalité ou irrégularité. Aux fins de focaliser plus rapidement l'examen des juridictions répressives sur le fond de la cause et d'éviter toutes manœuvres dilatoires au cours du procès, il a semblé utile de purger le dossier de ses irrégularités en temps utile et de préserver ainsi le droit de défense.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, la juridiction d'instruction est autorisée à exclure tous indices sérieux de culpabilité obtenus irrégulièrement.

(Cass., 17 mai 1994, R.W., 1994-95, 603, et la note signée De Nauw A., "Voorlopige hechtenis en onregelmatig onderzoek: een kentering in de rechtspraak?").

La loi du 12 mars 1998 précitée *relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de (...) l'instruction* a instauré un système de purge des irrégularités à effectuer avant le renvoi des causes aux juridictions de jugement, dans le but de permettre aux juridictions d'instruction de trancher immédiatement toutes les contestations concernant, notamment, les irrégularités entachant les preuves et aux juridictions de jugement de se pencher uniquement sur les questions essentielles de l'appréciation de la preuve, de la déclaration de la culpabilité et de la peine.

Il est incontestable que le respect du droit de défense est un des fondements de ce système (Doc. parl., Chambre, 1996-97, n° 857/1, 61-62). Toutefois, pour éviter l'invocation à la légère de moyens divers dans le seul but d'entraver le cours de l'instruction, le dépôt de conclusions écrites devant la chambre du conseil a été imposé.

Les quelques cas sur lesquels, depuis le 2 octobre 1998, date de l'entrée en vigueur de la loi du 12 mars 1998, la Cour a eu à statuer sur cette procédure exceptionnelle, ne concernaient que rarement, et encore indirectement, le droit de défense.

Ainsi, la Cour a déclaré irrecevable à défaut d'intérêt, le pourvoi formé par l'inculpé contre un arrêt de la chambre des mises en accusation qui a restitué à cet inculpé l'exercice entier de ses droits de défense après avoir, conformément à sa demande, prononcé la nullité de l'ordonnance de renvoi (Cass., 5 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 9).

Par arrêt rendu le 28 mars 2000 (*Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 208), la Cour a décidé que la purge des nullités par les juridictions d'instruction en vertu des articles 131, § 1^{er}, 136, 136bis et 235bis du Code d'instruction criminelle bénéficie à tous ceux qui sont renvoyés ou seront renvoyés devant la juridiction de jugement lors du règlement de la procédure, même s'ils n'étaient pas concernés par la procédure de purge, de sorte que les pièces nulles ne peuvent plus être utilisées contre eux (voir ci-avant, les conséquences de l'arrêt rendu le 8 mai 2002 par la Cour d'arbitrage dans la cause n° 86/2002).

Suivant l'arrêt de cassation rendu le 18 avril 2001 (*Bull. et Pas.*, 2001, n° 212), l'illégalité des déclarations faites sous serment par une des parties n'entraîne pas nécessairement la nullité de tous les actes d'instruction ultérieurs. Il appartient à la juridiction d'instruction qui constate l'illégalité de certaines preuves, de considérer en fait, et dès lors souverainement, si et dans quelle mesure ces preuves illégales se trouvent ou non à l'origine des autres actes d'instruction ou se confondent avec eux, *de sorte que les droits de la défense et le droit à un procès équitable seraient compromis de manière irréparable* ⁽⁴⁸⁾.

⁴⁸ Voir également: Cass., 25 septembre 2002, P.02.0954.F et les conclusions de M. l'avocat général Spreutels, R.D.P., 2002, 1220.

Dans son arrêt du 11 décembre 2001 (P.01.1535.N) - *postérieur à la loi du 4 juillet 2001* - la Cour a expressément confirmé la règle suivant laquelle les décisions d'annulation précédemment rendues sont également obligatoires à l'égard des parties qui n'étaient pas concernées par la procédure de purge et la purge bénéficie à chacun, compte tenu des intérêts de toutes les parties.

Conclusions quant à la problématique de la preuve:

Il peut être fait état d'une limitation du droit de défense au sens d'une relativisation de *'la règle d'exclusion des preuves'* dans le souci d'un juste équilibre soit entre l'intérêt individuel et l'intérêt général, soit entre la protection des droits de la défense et les exigences d'une lutte efficace contre la criminalité⁽⁴⁹⁾.

Un assouplissement progressif des règles de preuve, originaires rigoureuses, se manifestant à l'heure actuelle en réponse à ces exigences, la question du contrôle de l'admissibilité de la preuve à la lumière du respect du droit de défense, en d'autres termes, de l'inadmissibilité de la preuve illégalement obtenue, devient de plus en plus prépondérante par exemple, lorsque la police et/ou la partie poursuivante n'ont pas participé à cette obtention illicite (voir Cass., 17 janvier 1990, R.W., 1990-91, n° 1, p. 464 et la note signée L. Huybrechts).

La prise en considération du droit de défense conduit, en effet, inéluctablement à une appréciation critique des preuves produites, ce qui entraîne une limitation du principe de la liberté dans l'appréciation des preuves, mais fait naître également une tension au sein même du procès pénal, entre, d'une part, les exigences du respect du droit de défense, et d'autre part, les impératifs de la manifestation de la vérité avec le cas échéant pour objectif la sauvegarde de la preuve, même si celle-ci a été obtenue en violation de prescriptions légales ou en méconnaissance de l'exigence de loyauté.

L'accroissement d'un certain formalisme légal ou de la régulation dans l'administration de certains modes de preuve peut être considéré comme le moyen de compenser cette tension ou de l'esquiver⁽⁵⁰⁾. Il y a lieu de se référer à cet égard à la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête (M.B.12 mai 2003, p. 25351)⁽⁵¹⁾.

⁴⁹ Ph. Traest, "Het bewijs in strafzaken", Gand, Mys et Breesh, 1992, 352, n° 675; Ph. Traest, "De rol van de particulier in het bewijsrecht in strafzaken: naar een relativering van de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs?", dans *Liber Amicorum Jean du Jardin*, o.c., (61) 68; J. de Codt, "Les nullités de l'instruction préparatoire et le droit de la preuve", R.D.P., 2000, p.56, note 163; J. du Jardin, "De quelques aspects de l'évolution récente du droit de la preuve en matière pénale", dans *Ann. dr. Louvain*, 2000, 146.

⁵⁰ E. Molina, "Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain", *Rev.sc.crim.*, 2002, 263.

⁵¹ *Comp. Cass.*, 26 février 2002, P.01.1473.N; voir le numéro spécial de la revue 'Orde van de dag - Criminaliteit en samenleving' concernant le thème "Bijzondere Opsporingsmethoden - Het doel heiligt de middelen?", Anvers, Kluwer, mars 2003, Fasc. 21 : l'analyse de cette loi par Ph.Traest, (p. 15 e.s.) et les observations critiques de L. Van Outrive, (p.55 e.s.) qui révèle le déséquilibre instauré par cette loi entre la protection des officiers de la police et les droits de la défense (*ibid.*, p. 68) et se réfère par analogie à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant le témoignage anonyme (*ibid.*, p. 69).

§ 10. L'expertise dans le cours du procès pénal.

Les progrès des sciences exactes et des sciences humaines ont eu pour effet que le recours à l'expertise judiciaire est de plus en plus fréquent.

Tant le droit de défense que le champ de l'intime conviction du juge se trouvent en conséquence directement confrontés à des preuves de moins en moins -ou de plus en plus difficilement- contestables, sauf, le cas échéant, au niveau des conditions mises par la loi pour leur administration.

Notre examen quant à la manière dont le droit de défense par rapport à l'expertise a été pris en considération par la jurisprudence de la Cour, a porté essentiellement sur le recours à l'expertise judiciaire dans le cours du procès pénal.

La matière n'est que très exceptionnellement et très rudimentairement réglée par la loi ⁽⁵²⁾. L'intrusion de l'expertise dans le procès pénal, qui se singularise par une phase préalable dite inquisitoire, c.-à-d. non-contradictoire, suivie d'une phase dite accusatoire, c.-à-d. contradictoire, mais qui se déroule à un moment où l'expert a déjà rempli sa mission et rédigé son rapport, devait pourtant inéluctablement poser des problèmes quant à l'exercice du droit de défense.

En l'absence de dispositions légales explicites, il revenait à la jurisprudence de se montrer créative.

La position de la Cour a été longtemps la suivante: le caractère inquisitoire de la procédure pénale préparatoire -l'information du procureur du Roi ou l'information judiciaire- n'étant pas compatible avec les dispositions du code judiciaire, celles-ci sont en principe inapplicables en matière pénale: l'expert remplit donc légalement sa mission au pénal hors la présence des parties, même lorsqu'il s'agit d'une expertise portant sur l'objet de l'action civile jointe à l'action pénale. Ce n'est pas le cas à l'égard du ministère public, parce que celui-ci est en charge de l'action publique.

Comme l'écrivait déjà Paul Leclercq sous un arrêt du 22 mai 1922 (*Pas.*, 1922, I, p. 317, note 1): "C'est la qualité du juge qui fixe les formes de la procédure, et non la qualité des intérêts qui sont débattus devant lui. Delà suit que si, par exception, la contestation sur des intérêts privés est portée devant le juge répressif, les formes de la procédure à suivre sont déterminées par les règles sur les litiges soumis aux tribunaux répressifs: le Code d'instruction criminelle et les lois annexes."

La Cour a ainsi rejeté toute contradiction sans faire de distinction entre les expertises relatives à l'action publique ou à l'action civile, ni selon qu'elles étaient ordonnées par le procureur du Roi, par le juge d'instruction ou par le juge du fond. Il suffisait que la contradiction soit assurée devant ce juge du fond.

Un arrêt de la Cour européenne, puis deux arrêts de la Cour d'arbitrage ont amené la Cour de cassation à nuancer -progressivement- sa jurisprudence.

Dans l'arrêt *Mantovanelli c/ France* du 18 mars 1997 (Rec. Cour eur. D.H. 1997-II) -qui concernait toutefois une procédure non pénale mais administrative- la Cour européenne relevait que la faculté pour les parties de faire valoir leurs observations à l'audience était insuffisante; elles eussent dû pouvoir le faire avant même le dépôt du rapport d'expertise.

⁵² H. Bekaert, "La manifestation de la vérité dans le procès pénal". Troisième partie: De l'expertise dans le cadre du projet, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 127 e.s.

Dans un arrêt du 30 avril 1997, la Cour d'arbitrage estimait que l'absence de contradiction dans l'expertise pénale aboutissait à ce que la recherche des preuves puisse se faire au prix d'une atteinte au droit de défense, celui-ci ne pouvant s'exercer qu'au moment de la discussion du rapport au cours des débats à l'audience (⁵³).

La Cour d'arbitrage relevait qu'il n'y avait pas de dispositions légales régissant l'expertise ordonnée par le juge pénal, qui interdiraient ou rendraient impossible l'application à ce type d'expertise des dispositions du Code judiciaire garantissant le caractère contradictoire de l'expertise en matière civile; et qu'il n'y avait pas davantage de principes généraux de droit qui excluraient l'application de ces dispositions à l'expertise ordonnée par le juge pénal. En conséquence la Cour d'arbitrage estimait que les dispositions du code judiciaire assurant la contradiction dans la procédure devaient être applicables. La circonstance que la juridiction ordonnant l'expertise est une juridiction pénale ne suffisait pas à les rendre inapplicables.

La Cour d'arbitrage confirma son point de vue à propos de l'expertise ordonnée au stade préparatoire de l'information du procureur du Roi et de l'instruction judiciaire (voir les arrêts du 24 juin 1998 et du 13 janvier 1999, R.D.P., 1999, 720).

Sans doute faut-il, estimait la Cour d'arbitrage, mettre un tempérament au principe du contradictoire, en raison des impératifs spécifiques de l'action publique: d'une part le respect de la présomption d'innocence, et, d'autre part, les exigences de la recherche de la vérité sans alerter prématurément le suspect.

La Cour d'arbitrage invitait même le législateur "à tempérer son option (le caractère non contradictoire de l'expertise au stade de l'instruction) et à déterminer dans quels cas et à quelles conditions une expertise doit être contradictoire, même au stade de l'information ou de l'instruction".

Dans son arrêt du 24 juin 1998 (*Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 332), rendu sur les conclusions de l'avocat général De Riemaecker, la Cour de cassation estimait que les règles du code judiciaire qui concernent l'office du juge dans la direction du procès ne peuvent être suivies devant le juge pénal: il s'agissait, par exemple, de la convocation des parties aux opérations d'expertise, au motif que "l'application de cette règle en matière répressive rendrait possible le développement d'un débat contradictoire en dehors de la présence du juge".

La Cour de cassation va, dans le sillage des arrêts de la Cour d'arbitrage, nuancer sa position sur au moins deux points.

D'abord par l'arrêt du 8 février 2000 (*Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 100), rendu en audience plénière sur les conclusions de l'avocat général Duinslaeger, qui avait procédé à une analyse approfondie de toute la problématique, la Cour précise que rien ne s'oppose à l'application des articles 973 et 978 du Code judiciaire (qui concernent la convocation des parties par l'expert,

⁵³ Il y a à propos de cet arrêt une abondante doctrine; voir notamment: H.D. Bosly, note sous C.A., 30 avril 1997, R.R.O., 1997, 340; B. De Smet, "De afbrokkeling van het geheim karakter van het deskundigenonderzoek in strafzaken", RW 1997-1998, 105; A. Masset, "L'expertise pénale du fond (enfin) contradictoire", J.L.M.B., 1997, 792; A. Sadzot, "Le caractère contradictoire des expertises aux différents stades de la procédure pénale: derniers rebondissements", J.L.M.B., 1998, 1288; G. Closset-Marchal, "L'expertise et le Code judiciaire", dans les Actes du colloque du 23 mai 2001, consacré à l'expertise, Bruxelles, Bruylant 2002, p. (5) 28 e.s.; P. Martens, "L'influence de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage sur l'expertise en matière pénale, dans: X (éd.), *Perspectieven uit de recente rechtspraak in strafzaken - Gent, 2000*, 109 et *Tendances de la jurisprudence en matière pénale, Union belgo-luxembourgeoise de droit pénal*, éd., Gand, Mys et Breesch, 2000, (101), 109; Ph. Traest et P. Van Caeneghem, "De tegensprekelijkheid van het deskundigenonderzoek in strafzaken", dans "Strafzaken: een status questionis ten behoeve van de rechtspractici", T.Strafr., 2000, 49; voir aussi: Cass., Fr., 16 janvier 2003 et l'observation dans Recueil Dalloz, 29 mai 2003, *Jurisprudence, sommaires commentés*, p. 1403.

l'envoi des préliminaires aux parties et la prise en compte de leurs observations), lorsque l'expertise ne concerne que les intérêts civils. Par contre l'intérêt supérieur de l'action pénale peut néanmoins faire que l'expert n'accomplisse pas toutes ses opérations en présence des parties ou de leurs conseils. Il appartient au juge de déterminer les modalités d'accomplissement de l'expertise, compte tenu des droits de la défense et des exigences de l'action publique.

Il y a ensuite l'arrêt du 12 avril 2000 (*Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 249) ⁽⁵⁴⁾ qui, rappelant qu'une expertise ordonnée par le juge pénal et portant sur l'action publique, n'est en principe pas soumise aux dispositions du Code judiciaire donnant à l'expertise un caractère contradictoire, souligne néanmoins que dans ce cas l'expertise ne peut être accomplie contradictoirement "que pour autant que et dans la mesure où cela lui est imposé par le juge dans le libellé de sa mission; que même dans ce cas l'expert judiciaire apprécie dans quelle mesure une opération d'expertise peut, d'un point de vue technique, être ou non réalisée en présence d'un tiers, tel le conseil technique d'une partie".

Comme le constate G. Closset-Marchal, "le juge, et même l'expert, ce qui est plus contestable, sont donc appelés à apprécier souverainement la faisabilité d'une expertise contradictoire" (o.c., p. 33).

L'évolution de la jurisprudence relative à la matière de l'expertise, dont la place dans le contentieux juridictionnel est de plus en plus importante, est donc remarquable.

Signalons encore quelques arrêts significatifs du point de vue du droit de défense :

- Viole la foi due au rapport d'expertise ainsi que les droits de la défense, le juge qui, à tort, attribue ce rapport à *un expert judiciaire ou à un expert judiciaire désigné par le parquet* sans permettre aux parties de se défendre à l'égard de la valeur probante accrue qu'il attache à ce rapport en raison d'une qualité inexacte qu'il attribue à l'expert.

(Cass., 19 mai 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 491).

- Les parties ont le droit de demander une expertise complémentaire, voire la désignation d'un collègue d'experts.

(Cass., 24 novembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 490).

- Viole les droits de la défense le juge d'appel qui décide que, nonobstant l'accord des parties pour modifier la mission de l'expert telle qu'elle a été déterminée par le premier juge, il n'y a pas lieu de modifier cette mission.

(Cass., 1^{er} mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 122).

- La circonstance que les parties ne peuvent participer à l'expertise ordonnée par le juge d'instruction, sauf si et dans la mesure où celui-ci estime adéquat pour la recherche de la vérité, ne constitue pas en soi une violation du droit de défense. Il appartient donc au juge qui a désigné l'expert -et ce peut être le cas échéant le juge du fond-, de décider du caractère contradictoire de l'expertise selon les nécessités de la manifestation de la vérité.

(Cass., 19 février 2003, P.02.1400.F, J.T., 2003, 464; voir également Cass., 5 mars 2002, P.00.1165.N)

⁵⁴ Cass., 12 avril 2000, R.W. 2001-2002, 306 et la note signée B. De Smet, "De samenwerking tussen de deskundige en de partijen in strafzaken", p.307, n° 3.

§ 11. Les énonciations obligatoires de la citation

Il y a lieu de réitérer à cet égard la référence à la règle de l'article 6.3, a, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui dispose que "tout accusé a droit notamment à être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui".

Dans son arrêt du 14 mai 2003 la Cour d'arbitrage précise que "le principe de légalité en matière pénale, garanti par les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution ainsi que par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, procède notamment de l'idée que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable." (M.B., 30 mai 2003, p. 29589, B.9.3)

A ce propos la jurisprudence de la Cour européenne est très claire:

"Als centraal bestanddeel van elke strafrechtspleging is de juridische kwalificatie van het aan de beschuldigde ten laste gelegde strafbare feit een voorwaarde voor een eerlijk procesverloop. (...) Een nauwkeurige en volledige kennisgeving van de bezwaren die tegen de beschuldigde bestaan is een essentiële voorwaarde voor een eerlijk proces" ⁽⁵⁵⁾.

Il serait vain de tenter de retrouver cette règle dans le Code d'instruction criminelle (voir notamment les articles 145, 182 et 211).

Nous n'avons pu relever, pour la période qui nous intéresse, aucun arrêt de la Cour se prononçant sur une violation du droit de défense en rapport avec les exigences quant aux mentions que doit contenir la citation.

Il est vrai que le juge du fond apprécie souverainement si le défaut d'un élément essentiel de la citation constitue effectivement une violation du droit de défense.

Dans les cas évoquant cette problématique devant elle, la Cour n'a pas conclu à la violation du droit de défense par le motif que les juges d'appel avaient pu constater concrètement que ce droit n'avait pas été violé. Ceci n'empêche pas qu'en principe, l'absence de certains éléments essentiels peut donner lieu à une violation du droit de défense, par exemple, lorsque le prévenu n'a pas eu, *in concreto*, la possibilité d'exercer librement ses droits de défense.

Pourraient ainsi, *en principe*, constituer une violation du droit de défense:

l'omission de l'indication de la date et du lieu des faits (Cass., 9 juin 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, I, n° 274); si elle est nécessaire, l'indication de la date des faits dans la citation n'est que provisoire et il appartient au juge du fond de déterminer définitivement, en la rectifiant le cas échéant, la date de l'infraction d'après les résultats de l'instruction; le juge ne peut toutefois procéder à cette rectification qu'à la double condition que les faits retenus par lui soient les mêmes que ceux qui fondaient la poursuite et que le prévenu ait eu la possibilité de présenter sa défense contre la qualification rectifiée (Cass., 21 septembre 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 390, voir également 8 juin 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 294);

le défaut d'indication de la disposition légale violée, lorsque le prévenu ne connaît pas avec suffisamment de certitude l'objet de la prévention (Cass., 13 février 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 77);

l'énonciation incomplète de l'objet et de la cause de la citation (Cass., 13 octobre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 443; 29 mars 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 211);

⁵⁵ Balans van de rechtspraak van het Hof voor het jaar 2001 – Stuk, opgemaakt door de rechtsgeleerde onder toezicht van de voorzitter van het Hof, R.U.D.H. 2002, (126) 137.

le fait qui constitue la prévention doit être énoncé de manière à en faire connaître suffisamment l'objet (Cass., 23 décembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 534; 23 mai 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 306);

s'il est requis qu'un prévenu soit suffisamment informé des faits mis à sa charge, aucune disposition ne prescrit que l'information puisse uniquement avoir lieu par la voie d'une ordonnance de renvoi ou d'une citation; une telle information peut également être trouvée au moyen des pièces du dossier répressif dont le prévenu peut prendre connaissance et au sujet desquelles il peut librement exercer son droit de défense devant le juge (Cass., 28 juin 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 335; 23 mai 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 306);

l'omission de la qualité dans laquelle le prévenu est cité à comparaître, si cette qualité constitue un élément essentiel de l'infraction ou s'il est établi que l'irrégularité a porté atteinte au droit de défense (Cass., 19 juin 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 609; 13 octobre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 443; 23 mai 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 306; 12 novembre 2002 et les conclusions de Monsieur l'avocat général De Swaef, RG P.01.0962.N, NjW 2003, 130);

lorsqu'un fait est qualifié dans la décision de renvoi ou dans la citation, mais que cette qualification n'est pas suffisamment précise, le prévenu doit être tenu informé, en vue de l'exercice de son droit de défense, de la précision qui y sera apportée et le juge doit également lui donner la possibilité de se défendre à ce propos, en ajournant l'examen de la cause si besoin est. Tant le ministère public, la partie civile que le juge peuvent procéder à la notification de la précision et cette précision peut même avoir lieu pour la première fois en appel (Cass., 28 juin 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 335; 31 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 589);

sur le pourvoi du procureur général, fait par application de l'article 441 du Code d'instruction criminelle, la Cour annule sans renvoi le jugement qui viole le droit de défense du prévenu en condamnant celui-ci par défaut lorsque la citation à comparaître devant la juridiction répressive a été signifiée par erreur à une personne autre que le prévenu et que celui-ci n'a eu connaissance de ladite citation qu'après la date de l'audience (Cass., 15 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 626).

SECTION 3 - LE DROIT DE DÉFENSE ET LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE AU PÉNAL

§ 1. Le principe du contradictoire

L'ancrage fondamental du principe général du droit que constitue le respect du droit de défense réside en dernier analyse dans la mise en œuvre du principe du contradictoire, qui en est, surtout -mais pas seulement- en matière pénale la composante majeure⁽⁵⁶⁾.

Sans débat contradictoire, il n'y a en effet pas de réelle défense. Le plein exercice du droit de défense par chacune des parties au litige est un principe fondamental qui domine l'ensemble du procès depuis l'acte introductif d'instance jusqu'au jugement définitif⁽⁵⁷⁾.

En vertu de ce principe, une partie ne peut être correctement jugée sans avoir pu défendre entièrement et librement sa cause, sans connaître l'objet de la demande adverse, ses moyens et

⁵⁶ L. Favoreu, "Droit des libertés fondamentales", Précis Dalloz, 2002, pp. 477-478, n° 657; -Lire dans le Rapport annuel de la Cour de cassation de France, La documentation française, 2001, D. Karsenty, "Le droit au procès équitable", pp. 111-130.

⁵⁷ A. Fettweis, o.c., p.13.

les pièces produites à l'appui de celle-ci, ce qui implique qu'avant jugement le débat ait été contradictoire; "il n'est de défense que dans la contradiction" (ibid., p. 9).

Ce principe n'a jamais été contesté. Il est d'ailleurs consacré expressément ou implicitement par de nombreuses dispositions du Code judiciaire et du Code d'instruction criminelle.

Il est généralement admis que ce principe, comme l'écrit R. Declercq, "samenvalt met het recht van verdediging dat een algemeen rechtsbeginsel is dat geldt voor alle gerechten - en eigenlijk t.o.v.alle procespartijen -, ook al heeft de wetgever de uitoefening ervan niet of niet helemaal of op een verschillende manier geregeld in bepaalde domeinen"⁵⁸. L'auteur ajoute: "er is geen algemeen rechtsbeginsel inzake tegenspraak dat verschillend zou zijn van het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging" (Voir Cass., 17 juin 1991, *Bull. et Pas.*, 1991, I, n° 537; 4 décembre 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 522; 14 janvier 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 24; 11 décembre 2001, P.01.1535.N; 21 mai 2003, P.03.0439.F).

Dans une remarquable note intitulée "L'autorité de la chose jugée, le principe dispositif et le principe du contradictoire", (publiée sous Cass., 8 octobre 2001 in R.C.J.B., 2002, (231), 242), G.Closset-Marchal, partant de l'idée que "le respect des droits de la défense est un principe de droit pénal et de procédure pénale mettant l'accent, comme son nom l'indique, sur la défense de la personne poursuivie, tandis que le principe du contradictoire tend, en procédure civile, à protéger les droits de toutes les parties à l'instance, qu'il s'agisse non seulement du défendeur, mais également du demandeur ou d'un intervenant", fait observer que l'identification du principe du contradictoire au respect du droit de défense n'est qu'"approximative", en ce que " le principe du contradictoire est, à la fois, plus étendu et plus limité que le respect des droits de la défense. Plus étendu en ce qu'il concerne toute partie à l'instance, quelle que soit sa situation procédurale. Plus limité en ce qu'il ne constitue qu'un moyen parmi d'autres, le plus important sans doute, de protéger les droits des parties" l'auteur ajoute néanmoins que "l'expression 'droits de la défense' est cependant communément admise".

Comme pour le droit de défense, l'obligation de respecter le contradictoire tout au long du procès et à travers chaque incident que l'instance peut comporter, est à ce point évidente que, comme le relève encore G.Closset-Marchal (ibid.) "ni le Constituant, ni le législateur n'ont cru devoir le consacrer, de manière générale, dans un texte".

Le principe du contradictoire peut en conséquence être considéré comme "un principe général du droit" s'imposant au juge (cfr. la mercuriale du procureur général W.J. Ganshof van der Meersch, déjà citée), comme il en est du principe général du droit de défense, dont il est d'ailleurs difficilement dissociable (Voir, G. de Leval, o.c., n°16, pp. 28 et 29) .

§ 2. Le principe du contradictoire en matière pénale⁵⁹

Viole le droit de défense, la décision de condamnation qui modifie la date des faits de la prévention sans que le prévenu ait été averti de la modification, alors que cette date constituait un élément de la défense du prévenu, qui invoquait la prescription de l'action publique (Cass.,

⁵⁸ R. Declercq, o.c., n° 1003 et la note 346.

⁵⁹ C'est cet aspect du droit de défense que M. le procureur général Hayoit de Termicourt avait analysé dans sa mercuriale du 15 septembre 1956.

Voir également: Cass., 10 septembre 1991, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 13; 8 octobre 1991, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 70; 29 juin 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, I, n° 312; 14 mai 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 229; 16 juin 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 362; 23 juin 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 392; 10 novembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 599; 29 mars 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 211; 19 avril 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 262; 29 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 655.

21 avril 1991, *Bull. et Pas.*, 1991, I, n° 419 – voir ci-avant: les énonciations obligatoires de la citation).

Le juge ne peut condamner un prévenu du chef d'une infraction autre que celle pour laquelle il était poursuivi que s'il constate, soit que le fait ainsi retenu est celui même qui fondait la poursuite ou y était compris, et que le prévenu a été invité à se défendre sur la nouvelle qualification, soit que le prévenu avait comparu volontairement devant le premier juge du chef du fait, distinct, retenu à sa charge ou avait été cité à comparaître de ce chef (Cass., 21 janvier 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 263).

Lorsqu'une personne est poursuivie du chef de participation à un crime ou un délit prévu par le Code pénal suivant un des modes défini par les alinéas 2 et 3 de l'article 66 de ce même code, le juge ne peut la condamner du chef d'avoir provoqué directement ce crime ou ce délit, si elle n'a pas été informée de la disqualification et qu'elle n'a pu présenter ses moyens de défense quant à cette nouvelle qualification (Cass., 26 octobre 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, I, n° 432). Toutefois, il n'est pas requis que le prévenu soit averti de la requalification des faits mis à sa charge, pour autant que celui-ci ait pu exercer son droit de défense (Cass., 8 février 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 72; 1^{er} février 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 62; 31 mai 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 268; 1^{er} octobre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 379 et 14 janvier 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 24).

Si le droit de défense requiert qu'un prévenu soit suffisamment informé des faits mis à sa charge, aucune disposition ne prescrit que l'information puisse uniquement avoir lieu par la voie d'une ordonnance de renvoi ou d'une citation; une telle information peut également être donnée soit au moyen des pièces du dossier répressif dont le prévenu peut prendre connaissance et au sujet desquelles il peut librement exercer son droit de défense devant le juge, soit par les réquisitions prises à l'audience par le ministère public, soit par une invitation du juge à se défendre sur la requalification, pour autant qu'elles concernent les faits sur lesquels se fonde l'ordonnance ou la citation (Cass., 28 juin 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 335).

En matière répressive, le juge ne peut rejeter une action civile sur un motif invoqué d'office qui n'est pas d'ordre public et qui n'a pas fait l'objet d'une contestation entre les parties, mais il peut, sans violer le droit de défense, suppléer d'office aux motifs invoqués par les parties dès lors qu'il se fonde uniquement sur des faits ou sur des pièces régulièrement soumis à son appréciation et qu'il ne modifie ni l'objet ni la cause de la demande (Cass., 30 mai 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 263).

Le juge peut suppléer d'office aux motifs proposés par les parties en se fondant sur une pièce régulièrement versée aux débats et dont le demandeur et son conseil font usage; en déduisant de cette pièce l'existence d'un élément de fait bien qu'aucune des parties n'ait opéré cette déduction, le juge ne méconnaît ni le principe du contradictoire ni le principe général du droit relatif au droit de défense (Cass., 23 octobre 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 398).

Le caractère contradictoire de la procédure devant la cour d'assises, ainsi que le droit à un procès équitable et le droit de défense sont en principe sauvegardés lorsqu'il est offert à l'accusé des possibilités de se défendre au cours de l'instruction judiciaire et de faire interroger les témoins anonymes au cours des audiences de la cour d'assises (Cass., 15 juillet 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 314; voir ci-avant: la preuve testimoniale anonyme).

Méconnaît le principe général du droit relatif au respect du droit de défense, la décision qui renvoie le prévenu au tribunal correctionnel sans qu'il ait été convoqué à l'audience aux fins d'y être entendu (Cass., 24 février 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 115; voir toutefois, Cass., 26 mars 2003, P.03.0208.F).

La qualification ne peut être régulièrement modifiée que sous la double condition que les faits retenus par le juge soient les mêmes que ceux qui fondaient la poursuite et que le prévenu ait été à même de présenter sa défense contre la nouvelle qualification; il en est ainsi lorsque la partie civile a déposé des conclusions demandant une telle modification de la prévention et que le prévenu a été mis en mesure de faire valoir ses observations, en disposant du temps nécessaire à la présentation de sa défense ⁽⁶⁰⁾.

Le respect du droit de défense et, plus spécialement, de la règle des débats contradictoires relatifs à des pièces nouvellement jointes au dossier, est garanti par la notification à l'inculpé et à son conseil que le dossier est à leur disposition pour consultation avant l'audience, sans que l'existence de pièces nouvelles doive être spécialement mentionnée (Cass., 13 juillet 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 415).

Le principe général du droit relatif au respect du droit de défense ne prescrit pas au juge de soumettre à la contradiction des parties le raisonnement par lequel il s'est convaincu (Cass., 10 novembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 599; 5 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 7).

Les pièces à conviction, indépendamment du fait qu'elles ont été déposées au greffe soit du tribunal de police ou du tribunal correctionnel, soit de la juridiction qui connaît de la cause en degré d'appel, font partie du dossier répressif dont les parties et le juge peuvent prendre connaissance et sont soumises à la contradiction des parties (Cass., 18 juillet 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 428).

Lorsqu'il ressort des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard que, après la clôture des débats et avant l'audience durant laquelle l'arrêt a été prononcé, des pièces ont été soumises au juge, desquelles il ne s'avère pas qu'il les a soit écartées des débats soit soumises à la contradiction des parties, la Cour ne peut vérifier si le juge ne s'est pas appuyé dans son jugement sur des pièces n'ayant pas été soumises à la contradiction des parties (Cass., 10 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 531).

La remise à l'inculpé d'une copie des procès-verbaux contenant ses auditions, dès qu'un mandat d'arrêt lui a été signifié, a été imposée afin de permettre à l'inculpé de mieux préparer sa défense, d'éclairer son avocat et de rendre possible un éventuel débat contradictoire avant la première comparution en chambre du conseil; cette formalité n'est pas prescrite à peine de nullité, la sanction de sa méconnaissance s'appréciant au regard de l'exercice effectif du droit de défense (Cass., 13 décembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 689).

Pour apprécier si une cause a été entendue équitablement au sens de l'article 6.1 C.E.D.H., il convient de rechercher si la cause, prise dans son ensemble, a été l'objet d'un procès équitable: dès lors que le prévenu a eu la possibilité, devant la juridiction de jugement, de contredire librement les éléments apportés contre lui par le ministère public, il ne pourrait prétendre que son droit de défense a été méconnu ni qu'il n'a pas eu droit à un procès équitable (Cass., 5 juin 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 336 ; 16 mai 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 288).

Viole le droit de défense, l'arrêt qui décide que le demandeur a commis une faute concrète en lien causal avec le dommage qu'il a subi, sans ordonner la réouverture des débats afin de lui permettre de se défendre sur cette faute concrète, lorsque le défendeur qui, certes, conteste être totalement responsable de l'accident, ne précise pas quelle faute en lien causal avec le dommage est reprochée au demandeur (Cass., 12 février 2002, RG P.00.0984.N).

⁶⁰ Cass., 3 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 126; voir aussi Cass., 14 janvier 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 24; 13 janvier 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 21; voir également ci-après: Les droits de la défense et la requalification.

La chambre des mises en accusation ne peut, sans ordonner la réouverture des débats, soulever une cause de nullité, d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique qui, faute d'avoir été invoquée par une partie, n'a pu faire l'objet d'un débat contradictoire (Cass. 5 mars 2003, P.02.1496.F).

§ 3. Le droit de défense et la requalification

Le juge du fond est saisi de faits et non de qualifications. Il est même tenu de donner au fait retenu sa qualification légale correcte, même si la *nouvelle* qualification comprend d'autres éléments de droit que ceux contenus dans la qualification originaire (Cass., 2 décembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 522; voir également: Cass., 21 janvier 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 263).

Lorsqu'il estime devoir modifier la qualification originaire, il est tenu d'en avertir le prévenu et de lui permettre de présenter réellement tous ses moyens de défense ⁽⁶¹⁾.

Suivant la Cour, "la qualification est modifiée de manière régulière pour autant que le prévenu ait été averti de la modification *ou* qu'il ait fait valoir ou pu faire valoir ses moyens de défense". Le cas échéant, le juge est tenu d'ordonner la réouverture des débats ⁽⁶²⁾.

Lorsque la qualification d'un fait dans l'ordonnance de renvoi ou la citation n'est pas suffisamment précise, le prévenu doit être tenu informé de la précision qui y sera apportée et le juge doit également lui donner la possibilité de se défendre à ce sujet, en remettant l'affaire si besoin est. Tant le ministère public ou la partie civile que le juge peuvent procéder à l'information de la précision et cette précision peut même avoir lieu pour la première fois en appel.

(Cass., 28 juin 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 335; 31 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 589; voir également: Cass., 4 décembre 2001, P.00.0558.N).

Par ces décisions, la Cour reste fidèle à sa jurisprudence traditionnelle (voir R. Declercq, o.c. n° 1008, et la note 347).

Ce problème de qualification se pose également en matière non pénale, sous le couvert d'un principe spécifique, *le principe dispositif* (voir *infra*).

§ 4. La conviction du juge et les éléments de fait non soumis à contradiction

La règle est suffisamment connue: le juge qui fonde sa décision sur ses connaissances personnelles ou encore sur des éléments de fait ou des renseignements recueillis en dehors de l'instruction et des débats que les parties n'ont pu contredire, viole le droit de défense. (Cass., 14 février 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, I, n° 92; 25 septembre 2002, P.02.0954.F; 6 novembre 2002, P.02.0755.F; 20 novembre 2002, P.02.0708.F).

⁶¹ Cass., 10 avril 1991, *Bull. et Pas.*, 1991, I, n° 419; 21 janvier 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 263; 26 octobre 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, I, n° 432; 8 février 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 72; 14 janvier 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 24; 13 janvier 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 21; 17 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 554; 16 mai 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 288; 4 décembre 2001, P.00.0558.N; 23 octobre 2002, P.02.0958.F; Lire: B. Lapériou-Schneider, "Haro sur l'obligation d'informer le prévenu", dans Dalloz, 2002, jurisprudence, commentaires, 31.

⁶² Cass., 8 décembre 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 774; 8 février 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 72; 1^{er} février 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 62; 31 mai 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 268; 1^{er} octobre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 379.

Toutefois, il ne se déduit pas nécessairement de ce seul fait qu'il s'est fondé sur des faits ressortissant à sa connaissance personnelle; ces données peuvent avoir été fournies par d'autres éléments du dossier ou de l'instruction d'audience. (Cass., 13 mars 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 423).

Cette règle vaut évidemment en matière pénale, mais également en matière civile (Cass., 15 octobre 1992, *J.T.*, 1993, 226; 11 janvier 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 19; 14 novembre 2002, C.01.0125.F).

Il est fait exception à cette règle pour des faits considérés comme notoires ou d'expérience commune.

(Cass., 25 janvier 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 39; 23 septembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 364; 26 juin 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 346; 25 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 575; 6 novembre 2002, C.01.0152.F, C.01.0138.F et 19 juin 2003, C.01.0383.F).

§ 5. Poursuite d'une personne morale et de la personne habilitée à la représenter

La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales a inséré un article 2bis dans le Titre préliminaire du Code de procédure pénale qui prévoit la désignation d'office, par le juge pénal, d'un mandataire *ad hoc* chargé de représenter la personne morale faisant l'objet des poursuites.

Le juge pénal qui condamne une personne morale sans convoquer ni entendre préalablement le mandataire *ad hoc* viole le droit de défense de ce dernier, dès lors qu'en raison de son mandat judiciaire, il doit précisément être appelé à la cause. Il suit de la circonstance que la Cour a accueilli son pourvoi en cassation que l'arrêt attaqué n'est pas censé constituer un arrêt rendu par défaut à l'égard du mandataire *ad hoc* ⁽⁶³⁾.

Ayant instauré une cause exclusive de peine pour une infraction commise tant par une personne physique que par une personne morale, au profit de celle des deux qui a commis la faute la moins grave, pour autant que l'infraction ait été commise par négligence par la personne physique, la loi associe la cause exclusive de peine au fait que la personne morale puisse être sanctionnée.

(Cass., 3 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 511, *R.D.C.B.*, 2003, 191).

§ 6. Le droit de défense et l'exigence du délai raisonnable

La personne poursuivie trouve dans le droit, que lui reconnaît l'article 6.1 C.E.D.H., d'être entendue dans un délai raisonnable par un tribunal qui décidera du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, une garantie du point de vue de l'exercice de son droit de défense.

Rendre la justice dans un délai raisonnable constitue même une obligation qui va plus loin que le respect du droit de défense, parce que cette obligation doit être mise en regard de "ce mal qui nous ronge" qu'est l'arriéré judiciaire ⁽⁶⁴⁾.

⁶³ Cass., 7 janvier 2003, P.02.0271.N, et la note circonstanciée, signée par l'avocat général P. Duinslaeger; - Sur la question de l'action en justice des personnes morales, voir: A. Decroës, "L'action en justice des personnes morales: de la décision d'agir à la comparition", *T.B.B.R.*, 2003, p. 294 e.s.

⁶⁴ Selon la formule de J. van Compernelle, "Les garanties du procès équitable ou la construction d'un droit processuel commun", *Act.dr.*, 2003, 31.

Nous prenons comme point de départ de notre réflexion la loi du 30 juin 2000 qui a inséré un article 21 ter dans le Titre préliminaire du Code de procédure pénale, réglant précisément les conséquences du dépassement, en tenant compte de la fragilisation du droit de défense que ce dépassement peut entraîner ⁽⁶⁵⁾, notamment en ce qui concerne la discussion des éléments de preuve produits à son égard.

La genèse de cette loi se retrouve précisément dans la jurisprudence de la Cour de cassation, laquelle a connu une évolution significative ⁽⁶⁶⁾, et, par exemple, dans l'arrêt du 9 décembre 1997 que le législateur a cité plus particulièrement ⁽⁶⁷⁾.

Cet arrêt édictait que lorsque le juge "constate régulièrement que la violation (de l'article 6.1 C.E.D.H.) est excessive à ce point que même une peine minimum, fût-elle prononcée avec sursis, ne constituerait pas une réparation adéquate, il peut se borner à déclarer l'inculpé coupable".

Le juge pénal qui constate que le délai raisonnable a été dépassé peut aussi prononcer une peine, justifiée en droit, qui n'est *pas inférieure* au minimum légal, mais qui est "réduite de manière réelle et mesurable par rapport à celle qu'il aurait pu infliger s'il n'avait pas constaté la durée excessive de la procédure" ⁽⁶⁸⁾.

Mais le juge est en tout cas tenu de déterminer les effets qui, à son estime, doivent être dégagés du dépassement. Il ne peut légalement décider que le dépassement ne lèse pas le prévenu ⁽⁶⁹⁾, mais il ne peut déclarer l'action publique irrecevable ou éteinte ⁽⁷⁰⁾.

"Dépasser le délai raisonnable porte en soi atteinte au droit fondamental qui est reconnu au prévenu par l'article 6.1 C.E.D.H.; la circonstance que le prévenu a la possibilité d'accélérer l'examen de sa cause en comparaisant volontairement devant le juge pénal et qu'une telle coopération n'entraîne pas que ses droits s'en voient compromis devant la juridiction de jugement, n'y change rien" ⁽⁷¹⁾.

La personne poursuivie n'est en aucun cas tenue de coopérer activement avec les autorités judiciaires afin s'accélérer l'examen de sa cause dans un délai raisonnable.

(Cass., 29 juin 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n°67).

Mais celui qui exerce surabondamment ses droits procéduraux, sans que l'on puisse reprocher aux autorités judiciaires des périodes d'inactivité ou des lenteurs injustifiées, est malvenu de

⁶⁵ Ce que soulignait le Conseil d'Etat dans son avis (*Doc. parl.*, Chambre, 1998-1999, n° 1961/4, 25 mars 1999, avis du Conseil d'Etat, p.4) ; Cass., 17 et 31 octobre 2001, P.01.0807 F et P.01.1036 F; voir aussi: Fr. Kuty: "Durée du délibéré en degré d'appel, dépassement du délai raisonnable et appréciation de la part de la Cour de cassation", note sous Cass., 10 février 1999 et 30 juin 2000 R.C.J.B., 2002, 63.

⁶⁶ Sur cette évolution significative, lire D. Holsters, "Motivering van de straf: waarborg voor de beklaagde?", dans *Liber Amicorum Jean du Jardin*, o.c., p. 43.

⁶⁷ Cass., 9 décembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 543, et les conclusions de l'avocat général Bresseleers dans A.C., sous le même numéro; voir aussi: Cass., 25 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 64, prononcé en audience plénière; *Doc.Parl.*, Sénat, 1999-2000, n° 2-279/3, 14 juin 2000, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme Taelman, p. 2.

⁶⁸ Cass., 17 et 31 octobre 2001, P.01.1036.F en P.01.0807.F.

⁶⁹ Cass., 13 mai 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 247; 29 juin 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 408; 31 octobre 2001, P.011.1036 F.

⁷⁰ Cass., 9 décembre 1997, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 543, cité ci-dessus; 13 mai 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 247.

⁷¹ Cass., 6 février 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 67.

se plaindre d'un dépassement du délai raisonnable ⁽⁷²⁾. Deux arrêts faisant application du nouvel article 21ter méritent d'être signalés ⁽⁷³⁾.

§ 7. Le droit de défense vis-à-vis de la motivation de la peine – art. 195, C.I.cr.

L'exigence de motivation quant à la peine ou à la mesure prononcée et quant au degré de cette peine ou mesure, permet au condamné de mieux comprendre la décision qui le condamne et notamment de savoir dans quelle mesure il a été tenu compte de sa défense. C'est pourquoi il est d'ailleurs de règle que le juge statue par une seule et même décision sur la culpabilité et sur la peine. (voir sur ce dernier point les conclusions du ministère public sub Cass., 8 février 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 98).

Est en conséquence illégale pour défaut de motivation, la décision du juge d'appel qui aggrave la durée de l'emprisonnement fixée par le premier juge sans en indiquer le motif.

(Cass., 31 mars 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 410; voir aussi: Cass., 6 décembre 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 530; -29 septembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 492; -16 février 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, n° 127)

L'individualisation de la peine n'autorise toutefois pas le juge à sanctionner la manière dont l'inculpé s'est défendu.

L'exercice plein et libre du droit de défense, dont la présomption d'innocence est un des aspects, implique, en effet, que le prévenu ne doit en principe pas rendre compte de la manière dont il organise sa défense ou soutient son innocence.

(Cass., 6 mars 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 408; -18 janvier 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 27; -3 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 125; -10 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 143).

Rappelons toutefois que la présomption d'innocence ne concerne que la déclaration de culpabilité du prévenu relative aux faits mis à sa charge; cette présomption n'empêche pas le juge de prendre en considération, lors de la détermination du taux de la peine, tous les éléments propres à la personnalité du prévenu.

(Cass., 16 novembre 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, I, n° 463).

Il y a ainsi violation du droit de défense lorsque le juge motive la gravité - ou l'aggravation - de la peine notamment par :

- le cynisme de la défense (Cass., 16 octobre 1990, *Bull. et Pas.*, 1991, I, n° 84),
- le refus d'avouer (Cass. 24 février 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 112),
- la manière de soutenir son innocence "malgré les éléments du dossier" (Cass., 3 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 125),
- la mauvaise foi -dans le contexte de la détention préventive (Cass., 24 novembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 629),
- la circonstance que l'inculpé n'avait toujours pas mis fin à la situation illicite pour laquelle il était poursuivi, les juges d'appel lui reprochant une abstention coupable, ce qu'ils ne pouvaient faire qu'après sa condamnation définitive du chef des faits mis à sa charge (Cass., 25 juin 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 258).

⁷² Cour eur. D.H., arrêt Debbasch c. France, du 3 décembre 2002, requête n° 49.392/99.

⁷³ Cass., 17 octobre 2001, P.01.0807 et 31 octobre 2001, P.01.1036; voir aussi Cass., 15 octobre 2002, P.01.1365 N; voir aussi Cass., 10 décembre 2002, P.02.1146 N

Autre chose est de tenir compte, pour l'appréciation du taux de la peine, de l'attitude que l'inculpé a eu au cours de l'enquête à l'égard des témoins et des victimes, celui-ci "n'ayant cessé, au cours de l'enquête, de revendiquer sa manière d'agir en tentant de tourner en dérision les multiples témoins et victimes qui l'accablent" (Cass., 19 mai 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 294).

§ 8. Le droit de défense et la chose jugée au pénal.

Le principe général du droit de l'autorité *erga omnes* de la chose jugée au pénal, traditionnellement admis, est affaibli par la récente jurisprudence de la Cour. Les droits de la défense ont été le "trigger" ⁽⁷⁴⁾ de cette évolution jurisprudentielle remarquable en ce que, dans un premier temps, elle a modéré l'autorité *erga omnes* de la chose jugée au pénal pour finalement renoncer à celle-ci.

Cette (r)évolution a été entamée par l'arrêt rendu le 15 février 1991 (*Bull. et Pas.*, 1991, I, n° 322) en audience plénière sur les conclusions circonstanciées de l'avocat général D'Hoore suivant lesquelles les garanties prévues au bénéfice des parties au procès par l'article 6.1, C.E.D.H. priment l'autorité *erga omnes* de la chose jugée au pénal à l'égard des tiers qui n'ont pas été parties au procès pénal.

"Arrêt remarqué autant que remarquable, dont la doctrine tint à épingler la motivation dense et presque frappée en médaille ⁽⁷⁵⁾ (...) Si l'application du principe général du droit (consacrant l'autorité *erga omnes* de la chose jugée) est contraire à l'article 6 de la Convention, la disposition de la Convention, qui a un effet direct, prime". L'éminent auteur signale que "cet arrêt a eu un retentissement considérable. Il permet désormais à tout tiers, étranger au procès pénal, qui se voit assigné au civil sur la base des constatations matérielles couvertes par l'autorité de la chose jugée du jugement pénal, d'invoquer le droit au procès équitable pour se voir accorder le droit de réfuter la preuve alléguée".

Ainsi, le principe du procès équitable visé à l'article 6.1, précité implique-t-il la possibilité dans le chef de toute personne intéressée de faire valoir ses droits au titre de partie au procès.

I. Boone relève à bon droit que "het Hof niet zegt dat de toepassing van de internrechtelijke regel voor de direct werkende verdragsbepaling moet wijken, maar het kent aan het gezag van het strafrechtelijk gewijsde een beperkte draagwijdte toe, zodat dit verenigbaar wordt met het recht van verdediging en met het recht op een eerlijk proces" (o.c., p. 339).

Cette jurisprudence a été confirmée par les arrêts des 14 avril 1994 (*Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 178), 14 juin 1996 (*Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 234), 2 octobre 1997 (*Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 381) et 24 juin 2002, C.01.0508.N; voir aussi: Cass., 16 mai 2003, C.01.0473.N.

Non seulement les décisions du juge pénal portant sur des constatations de fait mais aussi les décisions concernant des questions juridiques, telle que l'existence de lien de causalité, peuvent être contestées devant le juge civil.

Quant aux décisions des juridictions d'instruction, celles-ci n'ont autorité de chose jugée que dans les seuls cas où la loi leur attribue le pouvoir de statuer sur le fond de la cause comme

⁷⁴ "Trigger" ou déclencheur: lire la fine analyse de cette jurisprudence faite par Ingrid Boone: "Gezag van strafrechtelijk gewijsde en de burgerlijke rechter", dans *NjW*, 2002, 336.

⁷⁵ J. van Compennolle, o.c., 17 e.s.; A. Giudicelli, *Chroniques*, *Chronique de jurisprudence, procédure pénale*, *Rev. Sc. crim.*, 2003, pp. 125 e.s.

une juridiction de jugement. Tel n'est pas le cas lorsqu'une juridiction d'instruction statue sur une cause de justification, par exemple la légitime défense ⁽⁷⁶⁾.

Il suit également de cette jurisprudence que l'autorité de la chose jugée au pénal ne fait plus obstacle à ce qu'une partie à un procès pénal conteste ultérieurement, au cours d'un procès civil, les éléments à l'égard desquels elle n'a pu faire valoir de moyens de défense antérieurement, tel que, par exemple, l'assureur de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs qui, légalement, ne peut contester le lien de causalité devant le juge pénal.

Quiconque n'était pas partie à un procès pénal a le droit de contester les conséquences de la décision pénale qui lui sont néfastes sans même devoir invoquer le droit de défense ⁽⁷⁷⁾.

Il est clair que les conséquences de cette jurisprudence sont radicales ⁽⁷⁸⁾, notamment en ce qui concerne la théorie de l'unité des fautes pénale et civile ⁽⁷⁹⁾.

Il est également remarquable que, bien qu'inspirée du droit de défense, la jurisprudence de l'arrêt rendu le 2 octobre 1997 – ainsi que par ailleurs celle de l'arrêt innovateur du 15 février 1991 – permettent la contestation d'éléments déduits du dossier répressif, sans l'invocation du droit de défense, ce qui est par ailleurs inutile dès lors qu'il est admis que l'article 6.1, C.E.D.H. consacre ce droit (voir les conclusions de l'avocat général D'Hoore, déjà citées, p. 643).

Ceci confirme également la thèse suivant laquelle, contrairement au principe général du droit relatif au respect du droit de défense, l'autorité de la chose jugée revêt un caractère purement *fonctionnel*; elle constitue uniquement "een processuele techniek die beoogt de onveranderlijkheid van het definitief rechterlijk oordeel te waarborgen" ⁽⁸⁰⁾.

SECTION 4 - LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE EN MATIÈRE CIVILE

§ 1. Le principe du contradictoire

Viole le droit de défense, le juge qui fonde sa décision sur un moyen qui n'a pas été invoqué par les parties ou sur un moyen invoqué d'office, sans donner à celles-ci la possibilité de se défendre à cet égard ⁽⁸¹⁾.

⁷⁶ Cass., 28 novembre 2002, C.01.0102.F, et les intéressantes conclusions de l'avocat général De Riemaeker, portant sur le problème de la chose jugée reconnue aux décisions des juridictions d'instruction.

⁷⁷ Cass., 2 octobre 1997, *Bull. et Pas.* 1997, I, n° 381, avec les conclusions de l'avocat général Dubrulle; I. Boone, o. c., p. 341, n° 13.

⁷⁸ L'analyse précitée de I. Boone se révèle particulièrement intéressante sur ce point.

⁷⁹ I. Boone, o. c., et la note 32; voir également Ch. Hennau-Hublet, G. Schamps, "Responsabilité pénale et responsabilité civile: une parenté contestée. Prescription extinctive de l'action civile. Autorité de la chose jugée au pénal sur le civil. Faute pénale et faute civile, *Ann. dr. Louvain* 1995, 113 – 200; G. Schamps, *Unité des fautes civile et pénale: une brèche*, J.L.M.B., 1991, 1165 - 167, note sous Cass., 15 février 1991, RG 6764.

⁸⁰ P. Taelman, "Het gezag van het rechterlijk gewijsde - een begrippenstudie", Kluwer, 2001; lire aussi la critique de M. le procureur général E. Krings, dans R.W. 2002-2003, 478-479.

⁸¹ Cass., 10 septembre 1990, *Bull. et Pas.*, 1991, I, n° 14; 8 mars 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, I, n° 131; 26 juin 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 326; 21 octobre 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 391; 7 avril 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 171; 22 mai 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 266; 28 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 74; 20 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 632; 12 février 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n°82; 28 juin 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n°409; 9 novembre 2001, C.00.00162.F.

Est irrecevable le moyen de cassation qui invoque la violation du principe général du droit du contradictoire alors qu'il se limite à reprocher au juge d'avoir fondé sa décision sur un moyen qui n'avait pas été invoqué par les parties, sans avoir donné à celles-ci la possibilité de se défendre à ce sujet; il n'existe pas, dans ce cas, de principe général du droit "du contradictoire" applicable, qui se distinguerait du principe général du droit relatif au respect du droit de défense (Cass., 17 juin 1991, *Bull. et Pas.*, 1991, I, n° 537; 4 décembre 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 522).

Bien qu'il soit tenu d'appliquer les règles de droit en vigueur aux éléments soumis à son appréciation par les parties, le juge a également l'obligation de respecter le droit de défense; il ne peut rejeter une demande sur la base d'un abus de droit si ce fondement juridique n'a pas été invoqué par les parties. (Cass., 11 juin 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 532).

Le juge qui écarte des débats des conclusions contestant l'applicabilité de l'article 751 du Code judiciaire déposées postérieurement à l'expiration du délai, viole le droit de défense en ce qu'il n'autorise pas la partie intéressée à contester la régularité de la procédure (Cass., 4 octobre 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 357 – voir également ci-après: le droit de défense et le dépôt de conclusions).

Le juge est tenu d'examiner la nature juridique des faits invoqués par les parties et, quelle que soit la qualification que celles-ci leur ont donnée, peut suppléer d'office aux motifs invoqués devant lui, dès lors qu'il n'élève aucune contestation dont les parties ont exclu l'existence, qu'il se fonde uniquement sur des faits régulièrement soumis à son appréciation et qu'il ne modifie ni l'objet ni la cause de la demande; il doit, ce faisant, respecter les droits de la défense (Cass., 19 juin 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 326).

Elève une contestation dont les conclusions des parties ne font pas état et au sujet de laquelle ces parties n'ont pu s'expliquer, le juge d'appel qui décide que, nonobstant l'accord des parties pour modifier la mission de l'expert telle qu'elle a été déterminée par le premier juge, il n'y a pas lieu de modifier cette mission; ce faisant, le juge d'appel viole le principe dispositif, si la contestation est étrangère à l'ordre public, et dans tous les cas, le principe général du droit relatif au respect du droit de défense. (Cass., 1^{er} mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 122).

L'article 6.1, C.E.D.H. garantit à toute personne le droit à un examen équitable de sa cause par une instance judiciaire indépendante et impartiale; il suit de cette règle et du principe général du droit relatif au respect du droit de défense que les parties au procès doivent se voir offrir la possibilité de contredire toute pièce ou tout argument de nature à influencer la décision du juge (Cass., 13 septembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 455).

Viole les articles 1349 et 1353 du Code civil ainsi que le principe général du droit relatif au respect du droit de défense, l'arrêt qui fonde sa décision sur un fait connu du juge de science personnelle et n'ayant pas été soumis à la contradiction des parties (Cass., 11 janvier 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 19- voir supra: la conviction du juge).

§ 2. Le droit de réplique, composante du droit de défense.

"Porte atteinte aux droits de la défense, l'arrêt qui refuse au prévenu le droit de répliquer, en déclarant la cause suffisamment entendue", lisait-on déjà dans un arrêt de la Cour du 5 juillet 1886.

(*Pas.*, 1886, I, 290 et la note).

Il était néanmoins de jurisprudence constante que la violation du droit de défense ne pouvait être déduite de la circonstance que les parties n'avaient pas connaissance de l'avis donné en

matière civile par le ministère public, et ne pouvaient y répliquer ⁽⁸²⁾ (voir également ci-après: Le droit de défense devant la Cour de cassation).

A la suite de plusieurs arrêts de la Cour européenne ⁽⁸³⁾ ayant condamné la Belgique, notamment pour absence du droit de répliquer aux conclusions prises par l'avocat général devant la Cour de cassation, notre Cour a nuancé sa jurisprudence: "dès lors que les parties dans l'instance devant la Cour ont le loisir de répondre (aux observations du ministère public) à l'audience avant la clôture des débats" ⁽⁸⁴⁾.

En modifiant notamment les articles 767 et 1107 du Code judiciaire, et 420bis et ter du C.I.cr., la loi du 14 novembre 2000 a consacré cette pratique.

Dans les travaux préparatoires il est d'ailleurs souligné que "la Cour a adapté sa procédure en matière pénale depuis le 31 octobre 1991 (*date de l'arrêt Borgers de la Cour eur. D.H.*), et en matière civile depuis 1996 (*année au cours de laquelle fut rendu l'arrêt Vermeulen*)" ⁽⁸⁵⁾.

Cette réforme ne réalise toutefois qu'un *contradictoire partiel*, en ce que les parties ne peuvent répliquer qu'aux conclusions du ministère public, et non pas entre elles, et sans même que soit instauré un débat à ce stade de la procédure après la réplique des parties.

§ 3. La communication de pièces pendant le délibéré

Le procureur général Hayoit de Termicourt avait, dans sa mercuriale, prononcée le 15 septembre 1956 et consacrée à "un aspect du droit de défense" ⁽⁸⁶⁾, relevé les avatars et les hésitations de la jurisprudence de la Cour à l'égard de ce problème qui est aujourd'hui heureusement résolu d'une manière respectueuse du droit de défense.

Avec l'autorité qui était la sienne, l'éminent magistrat exprimait ce qui devait être "suivant (sa) conviction du moins, la vérité légale": "Si une partie désire produire une note ou un document après la clôture des débats, elle ne peut que solliciter à cette fin une réouverture de ceux-ci; mesure dont le juge appréciera l'opportunité. Quant au juge saisi de pièces pendant la délibération, il n'a (...) d'autre pouvoir que de les écarter de la procédure ou d'ordonner la réouverture des débats" (p. 22).

⁸² Voir notamment: Cass., 22 mars 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, I, n° 154, avec les conclusions de M. l'avocat général Leclercq, dans lesquelles un intéressant rapprochement est fait entre les principes généraux de droit d'une part du respect du contradictoire, et d'autre part du respect des droits de la défense.

⁸³ Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ayant mis en cause la Belgique à propos du rôle du ministère public près la Cour de cassation:

1. Cour eur. D.H., arrêt Delcourt c. Belgique du 17 janvier 1970 en matière pénale, série A, n° 11, décision prise à l'unanimité.

2. Cour eur. D.H., arrêt Borgers c. Belgique du 30 octobre 1991 en matière pénale, décision prise par 18 voix contre 4, série A, n° 214-B.

3. Cour eur. D.H., arrêt Vermeulen c. Belgique du 20 février 1996 en matière civile, décision prise par 15 voix contre 4, Rec. Cour eur. D.H. 1996-I.

4. Cour eur. D.H., arrêt Van Orshoven c. Belgique du 25 juin 1997 en matière disciplinaire, décision prise par 7 voix contre 2, Rec. Cour eur. 1997-III.

Ces arrêts répondent à des griefs identiques, pris de la violation de l'article 6, § 1^{er} de la Convention, en l'espèce:

- ne pas avoir eu connaissance des conclusions du ministère public avant l'audience;

- ne pas avoir eu la faculté d'y répliquer;

- la participation du ministère public au délibéré.

⁸⁴ Cass., 1^{er} avril 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 185, avec en note le renvoi aux arrêts de la C.E.D.H. du 30 octobre 1991 en c. Borgers c. Belgique, et du 20 février 1996, en c. Vermeulen c. Belgique.

⁸⁵ Doc. Parl., Chambre, 5 mai 2000, 50 0631/001, p. 6.

⁸⁶ *Pas.* 1956. Cet aspect était le caractère contradictoire des débats devant les juridictions répressives de jugement.

Voici à titre indicatif quelques arrêts récents conformes à ces règles appliquées à la matière pénale⁽⁸⁷⁾ :

Une partie n'ayant pas comparu à l'audience, et qui découvre pendant le délibéré une pièce nouvelle ou un fait nouveau, d'une importance à son estime déterminante, peut demander la réouverture des débats⁽⁸⁸⁾. Le juge doit alors rouvrir les débats. Lorsqu'il estime ne pas devoir rouvrir les débats, il ne peut qu'écarter ces pièces de la procédure⁽⁸⁹⁾.

Si le juge, sans réouverture des débats, tient compte d'une pièce transmise par une partie pendant la délibération, il viole à la fois le caractère contradictoire des débats et le droit de défense. En effet il ne peut puiser les éléments de sa décision que dans l'instruction et les débats de la cause.

Le juge viole également le droit de défense, lorsqu'il écarte une pièce déposée après la clôture des débats, sans avoir statué sur la demande qui lui a été faite de les rouvrir⁽⁹⁰⁾.

Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 22 mars 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, I, n° 514, l'avocat général Leclercq relevait qu'en matière *civile* la Cour n'interprète pas l'article 772 du Code judiciaire comme une disposition laissant au juge du fond une appréciation souveraine de l'opportunité d'une réouverture des débats, et qu'il incombait donc à la Cour de vérifier si la décision attaquée justifiait légalement le rejet de la demande de réouverture des débats (p. 309)⁽⁹¹⁾.

Viole aussi le droit de défense, le juge qui écarte des pièces, par le seul motif qu'elles n'ont pas été communiquées en temps utile, par ex. en même temps que les conclusions additionnelles⁽⁹²⁾.

§ 4. Le droit de se faire représenter en justice

La Cour européenne impose la présence d'un défenseur non seulement au stade des audiences de jugement proprement dit, mais également au stade de l'instruction préliminaire (...) "Il faut voir là une application remarquable du principe selon lequel les règles *du procès équitable* doivent saisir la phase préalable au jugement dès l'instant que leur inobservation initiale peut être de nature à compromettre le droit de l'intéressé à se défendre correctement"⁽⁹³⁾.

⁸⁷ Les mêmes règles s'appliquent *mutatis mutandis* au civil, quoique dans cette dernière matière il soit fait référence à des dispositions spécifiques du Code judiciaire, et par exemple, les articles 748,§2 et 772, ayant donné lieu à une jurisprudence également spécifique, où le droit de défense n'apparaît qu'en filigrane (voir infra).

⁸⁸ Cass., 26 juin 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n°397

⁸⁹ Cass., 13 novembre 1991, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 141; 10 octobre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 531; 14 février 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 92; 9 octobre 2002, P.02.1183.F

⁹⁰ Cass., 16 septembre 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 617; voir aussi Cass., 14 février 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 91.

⁹¹ Voici quelques arrêts indicatifs en matière *non pénale*: Cass., 17 décembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 524; -22 janvier 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 38; -15 avril 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 213; -5 octobre 2001, n° 525; -13 mai 2002, S.01.0161.F.; -3 octobre 2002, C.01.10511, avec les conclusions de l'avocat général Werquin, qui relevait notamment que la portée de l'art. 748, § 2 du Code judiciaire est "de permettre une instruction complète du litige et d'assurer le respect bien compris du principe de la contradiction, (...) l'article 748, § 2 (...) (organisant) une procédure permettant au défendeur d'exercer son droit de défense".

⁹² Cass., 26 novembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 633; 30 octobre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 436; lire les conclusions de l'avocat général De Riemaeker, précédant l'arrêt du 22 mars 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 155; sur le problème de la prise de conclusions: voir infra et les considérations relatives à la Loi du 3 août 1992, ayant modifié plusieurs articles du Code judiciaire.

⁹³ L. Favoreu, "La protection des droits et libertés dans le cadre de la C.E.D.H.", Précis Dalloz, p. 413. Sur "le procès de l'absent", voir aussi A. Giudicelli, o.c., p. 129 e.s.

A cet égard, notre Cour, statuant en matière pénale, a décidé que le jugement rendu sans que le prévenu ait été interrogé au fond et sans que l'avocat qui le représente ait été entendu en ses moyens de défense, est un jugement par défaut, même si l'avocat a entendu les réquisitions du ministère public et n'a déclaré faire défaut qu'après celles-ci.

(Cass., 19 janvier 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 29 et la note signée Vandeplass, dans R.W., 1998-99, 3050).

Viola l'article 6.1 et 3, c, de la Convention la décision par laquelle le juge, saisi ensuite de l'opposition du prévenu, dénie à celui-ci le droit de se faire représenter par son conseil au motif que la crainte d'être arrêté qu'il invoque, n'entraîne aucune impossibilité de comparaître en personne.

(Cass., 16 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 158).

Les dispositions conventionnelles précitées ont des effets directs dans l'ordre juridique interne et priment la norme de droit interne moins favorable – en l'espèce, l'article 185, § 2, du Code d'instruction criminelle; le droit du prévenu faisant défaut de se faire représenter par son conseil implique que, nonobstant l'obligation de comparaître en personne imposée au prévenu, le juge répressif doit autoriser le conseil à représenter son client, même si ce dernier n'établit pas qu'il est dans l'impossibilité de comparaître en personne⁽⁹⁴⁾.

Comme le relève avec pertinence le Professeur J. van Compernelle, "l'arrêt Van Geysseghem⁽⁹⁵⁾ rend caduques les règles du défaut et oblige à repenser toutes les dispositions du Code d'instruction criminelle relatives à la représentation du prévenu devant les juridictions pénales"⁽⁹⁶⁾.

Il s'agit actuellement d'une *lex lata*, la loi du 12 février 2003 ayant adapté divers articles du Code d'instruction criminelle à cette jurisprudence, en prévoyant notamment de manière expresse la représentation du prévenu, de la partie civilement responsable et de la partie civile qui ne comparaissent pas personnellement. Ainsi, la nouvelle législation "consolide" le droit de défense, sans toutefois déroger aux exigences d'une bonne administration de la justice, le tribunal restant autorisé à ordonner la comparution personnelle en tout état de cause⁽⁹⁷⁾.

En inscrivant le droit de la représentation du prévenu dans le droit interne, le législateur a voulu se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne qui tend à *équilibrer deux intérêts opposés*: d'une part, l'intérêt du prévenu à comparaître à l'audience en vue d'une administration équitable et complète de la preuve et, d'autre part, l'intérêt d'une défense adéquate.

Lorsque le prévenu ne comparaît ni personnellement ni à l'intervention de son conseil, le jugement est réputé contradictoire seulement si le prévenu s'est présenté à l'audience

⁹⁴ Cass., 16 mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 158; 8 juin 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 335; 15 février 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 122; 4 septembre 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 443; comp. avec la jurisprudence antérieure: Cass., 20 juin 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 612 et 31 octobre 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 466. Sur le problème de la comparution personnelle et le droit à l'assistance d'un défenseur, dans la jurisprudence européenne: lire la Chronique d'actualité – Droits de l'homme, « Droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme », J.C.P.(Semaine Juridique), 2003, I 109, p.233; L. Boré, "Capacité pour agir et se défendre devant le juge pénal", J.C.P. (Semaine Juridique), 2002 - I, 179, p. 2003.

⁹⁵ Cour eur. D. H., arrêt Van Geysseghem c. Belgique du 21 janvier 1999, requête n° 26.103/95.

⁹⁶ J. van Compernelle, o.c., 30.

⁹⁷ Dans les arrêts rendus les 16 mars 1999 et 8 juin 1999, dont les documents parlementaires font état, et dans l'exposé des motifs de la proposition de loi originaire, la référence à *l'obligation du prévenu de comparaître personnellement* vise non pas l'ordre de comparution personnelle mais l'obligation générale au sens de l'article 185, § 2, du Code d'instruction criminelle, tel qu'il était applicable à cette époque.

introductive ⁽⁹⁸⁾. La comparution personnelle ne peut être ordonnée à l'égard d'une personne citée qui n'a comparu à l'audience introductive ni personnellement ni à l'intervention de son avocat. Dans ce cas, il ne peut s'agir que de procédure par défaut ⁽⁹⁹⁾.

Il y a également lieu de relever l'arrêt rendu le 4 octobre 2000 (*Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 515) par la Cour qui a décidé que "le droit d'ester en justice étant, en règle, personnel, l'administrateur légal ou le tuteur n'ont de titre pour intervenir en qualité de représentant qu'au cas où la personne représentée ne peut pas agir elle-même de sorte que la défense de ses intérêts requiert l'intervention d'un mandataire". Ainsi, la Cour a considéré que la mère d'un enfant mineur d'âge qui s'était originairement constituée partie civile en qualité de tutrice de son enfant mineur ne revêtait plus ultérieurement la qualité pour interjeter appel, son enfant ayant entre-temps atteint sa majorité. Cette décision est à comparer avec l'arrêt rendu le 30 janvier 2001 par la Cour européenne des droits de l'homme, en ce qu'il a également décidé que l'administrateur légal ou le tuteur ne sont autorisés à intervenir que lorsque la personne représentée ne peut pas agir elle-même ⁽¹⁰⁰⁾.

Viole le droit de défense, le juge de la jeunesse qui ordonne le retour provisoire d'un mineur d'âge dans son milieu familial, sous la surveillance d'un délégué du service de protection judiciaire, lorsque l'audience au cours de laquelle le ministère public a été entendu en ses réquisitions a eu lieu en l'absence du mineur d'âge et qu'il n'apparaît pas, au surplus, que celui-ci a été assisté d'un avocat à l'audience à laquelle il a comparu.

(Cass., 27 novembre 2002, P.02.1423.F).

En ce qui concerne l'assistance obligatoire par un avocat, il y a lieu de se référer à la nouvelle version de l'article 293 du Code d'instruction criminelle insérée par la loi du 20 septembre 2002 (entrée en vigueur le 1er novembre 2002) qui prévoit l'assistance obligatoire par un avocat de l'accusé cité à comparaître devant la cour d'assises ⁽¹⁰¹⁾.

Quant à la procédure de comparution immédiate instaurée par la loi du 28 mars 2000 (C.I.cr., Livre II, Titre II, Chap.V, art. 216quinquies *e.s.*, la Cour d'arbitrage ⁽¹⁰²⁾ a estimé que la suppression de la possibilité de former opposition contre un jugement prononcé par défaut, l'impossibilité pour le prévenu de solliciter des devoirs d'instruction complémentaires et de faire contrôler l'instruction par les juridictions d'instruction et la réduction sévère du délai de comparution et donc du temps laissé au prévenu *pour organiser sa défense*, prévues par les articles 216quinquies § 3, et 216septies C.I.cr., si elles sont justifiées dans leur principe, sont, du fait de leur combinaison, de nature à apporter à *l'exercice des droits de défense* du prévenu

⁹⁸ Rappelons ici que notre Cour avait, par l'arrêt du 9 mars 1999 (*Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 142), anticipé sur l'abrogation de l'art. 421 C.I.cr. aujourd'hui réalisée par ladite loi du 12 février 2003 (M.B., 28 mars 2003, p.15914).

⁹⁹ Comp. avec l'arrêt du 2 octobre 2002 (P.02.0832.F) suivant lequel le droit d'être représenté n'implique pas que l'accusé détenu puisse choisir, au cours d'une instance contradictoire, d'être jugé par défaut et se ménager ainsi le recours de l'opposition". La Cour ajoute qu'en poursuivant l'instruction d'une cause en la présence d'un accusé, pris au corps et qui a manifesté la volonté de ne plus assister aux audiences et d'être jugé par défaut, la cour d'assises ne méconnaît pas le droit de défense.

¹⁰⁰ Cour eur. D.H., arrêt *x... c. France*, du 30 janvier 2001, J.C.P.(Semaine Juridique) 2001, n° 10526: par cet arrêt la Cour européenne reconnaît le droit effectif à un procès équitable, même dans le chef d'un incapable, poursuivi devant une juridiction pénale. Cette protection porte sur des droits qui ne sont pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs. Il faut donc rechercher si, concrètement, la personne poursuivie était réellement en mesure d'exercer ses droits procéduraux, si les garanties qui ont été accordées dans le cadre de la procédure lui étaient réellement accessibles. Voir: L. Boré, *o.c.*, p.2003.

¹⁰¹ Cette loi rectifie l'erreur du législateur qui, lors de la révision complète de la procédure devant la cour d'assises par la loi du 30 juin 2000, avait sans s'en rendre compte abrogé la disposition concernant l'assistance obligatoire (note signée F. Goossens, dans T.V.W., 2003/21, 12).

¹⁰² C.A., 28 mars 2002, J.L.M.B., 2002, 664.

des limitations qui ne sont pas dans un rapport raisonnable avec les objectifs poursuivis par la loi instaurant une procédure de comparution immédiate en matière pénale. Ces articles doivent dès lors être annulés (partiellement en ce qui concerne l'article 216septies).

"Cet arrêt sévère constitue la condamnation sans appel d'une loi qui, dès avant son vote, avait fait l'objet de nombreuses critiques (notamment quant à l'exercice du droit de défense) qui n'avaient pas été prises en compte par le législateur" (¹⁰³).

§ 5. Le principe dispositif, expression essentielle du droit de défense ¹⁰⁴

Ce principe directeur du *procès civil* définit le rôle des parties et du juge au cours de la procédure civile; il concerne le pouvoir qu'ont les parties de déterminer devant ce juge la cause et l'objet de l'action qui les opposent: il leur revient à elles seules de tracer le cadre du litige soumis au juge qui, lui, doit se prononcer sur tout ce qui est demandé, mais aussi seulement sur ce qui lui est demandé; il ne peut ainsi statuer *ultra petita*; il ne lui appartient pas d'élever une contestation dont les parties ont exclu l'existence; il lui est interdit de fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans les débats (¹⁰⁵).

Ce principe est fondé sur le caractère essentiellement contradictoire du procès civil.

Le droit de défense complète ce principe, en mettant l'accent sur la nécessaire loyauté des parties et du juge (¹⁰⁶).

Ainsi circonscrit le principe dispositif commande, tout d'abord, que le juge reste dans le cadre des faits tracés par les parties, ce qui veut dire qu'il ne peut d'office en évoquer d'autres, ensuite qu'une requalification juridique de la cause, à laquelle il peut et même doit, le cas échéant, procéder, doit nécessairement se faire dans le respect dudit principe dispositif qui apparaît ainsi comme le creuset du droit de défense (¹⁰⁷).

La faculté reconnue au juge de donner leur exacte qualification aux faits et actes litigieux a pour limite la possibilité reconnue aux parties de renoncer aux droits dont elles ont la libre disposition, ce qui implique qu'elles sont mises à même de le faire.

Les cas où la Cour constate une violation du principe dispositif et du principe général du droit de défense sont relativement fréquents, malgré le caractère essentiel de ces principes, trop souvent méconnus, semble-t-il, par les juges du fond.

Par deux arrêts du 11 juin et du 4 septembre 1992 (*Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 532 et 589), la Cour a censuré des requalifications qui n'avaient pas fait l'objet de débats.

¹⁰³ Chronique semestrielle de jurisprudence, dans R.D.P., 2002, 1107.

¹⁰⁴ La matière civile présente de nombreux cas où le droit de défense entre en jeu. Ne voulant pas étendre démesurément l'objet de la présente analyse, je puis fort heureusement renvoyer le lecteur à "L'examen de jurisprudence (1991 à 2001) du droit judiciaire privé", dont nous gratifient les professeurs J. van Compernelle et G. Closset-Marchal, et leurs assistants JFr.van Droogenbroeck, A. Decroës et O. Mignolet, et publié à la R.C.J.B., 2002, pp. 437 e.s., et pp. 653 e.s.; - voir également: B. Beignier, "Les principes généraux du droit et de la procédure civile", dans Etudes offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XX siècle, Editions Litec, 2001, pp.1654 e.s.; G. Bolard, "Les principes directeurs du procès civil", J.C.P.(Semaine Juridique), 1993, I, 3693; P. Sargos, "Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation - Les garde-fous des excès du droit, J.C.P. (Semaine juridique), 2001/12, p. 589 e.v.

¹⁰⁵ G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 2002.

¹⁰⁶ Note sous Cass., 31 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 82, et note sous Cass., 25 juin 1990, *Bull. et Pas.*, 1990, I, n° 624.

¹⁰⁷ Voir: G. Closset-Marchal, "Les pouvoirs respectifs du juge et des parties dans la détermination de l'objet et de la cause de la demande", note sous Cass., 8 février 2001, T.B.B.R., 2002,(446) 447; J.-P. Gridel, "La Cour de cassation française et les principes généraux de droit privé", Dalloz 2002, Chronique, Doctrine, p. 228.

La Cour s'est également prononcée sur l'obligation qu'a le juge d'appliquer aux faits soumis à son appréciation, les règles de droit sur base desquelles il statue, dans le respect toutefois du droit de défense, en n'élevant pas, par exemple, une contestation dont les conclusions des parties avaient exclu l'existence.

(Cass., 18 février 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, I, n° 103).

Le juge a la faculté de décider que le fait invoqué constitue, non pas un quasi-délit comme le soutenait une partie à l'appui de sa demande, mais un délit, pour autant que sa décision ne soit pas fondée sur des éléments de fait autres que ceux sur lesquels était fondée la demande. G. Closset-Marchal perçoit dans cette jurisprudence une évolution vers une meilleure répartition des rôles, la qualification définitive en droit relevant de l'appréciation du juge, à la condition substantielle que le droit de défense soit assuré.

(Cass., 22 janvier 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 44; -8 février 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 79).

Méconnaît également le droit de défense:

-le juge qui, sans ordonner la réouverture des débats, rejette les demandes formulées en ordre subsidiaire, pour contradiction et incompatibilité avec la demande principale.

(Cass., 23 avril 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 236)

-le juge qui élève d'office un moyen sans le soumettre à la contradiction.

(Cass., 17 septembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 467, 30 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 657; voir aussi: Cass., 7 avril 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 171; 28 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 74; 20 novembre 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 632; 17 juin 2002, S.99.0144.F).

-le juge d'appel qui, nonobstant l'accord des parties pour modifier la mission de l'expert, telle que déterminée par le premier juge, décide qu'il n'y a pas lieu de la modifier.

(Cass., 1^{er} mars 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 122).

Les parties ne peuvent toutefois tirer ni de l'art. 6.1 C.E.D.H., ni du principe général du droit de défense, "un droit illimité de contredire, après la clôture des débats, l'avis du ministère public. Ce droit se limite à ce qui est nécessaire pour garantir (ledit droit de défense) 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".

(Cass., 13 septembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n°435) ⁽¹⁰⁸⁾.

L'arrêt qui ne permet pas à la Cour de cassation de vérifier si une contestation, dont les conclusions des parties auraient exclu l'existence, n'avait pas été élevée, et, partant de vérifier si l'article 1138, 2° du Code judiciaire avait bien été observé, viole le principe dispositif que consacre cette disposition du Code judiciaire.

(Cass., 13 janvier 2003, S.01.0179.F).

§ 6. Le droit de défense et le dépôt de conclusions

la problématique des conclusions principales et additionnelles

les articles 740 et 747, § 2, du Code judiciaire.

¹⁰⁸ Faut-il rappeler que la loi du 14 novembre 2000, qui a modifié notamment les articles 767 et 1107 du Code judiciaire, autorise dorénavant la réplique à l'avis du ministère public – (voir ci-après).

Le principe général du droit relatif au respect du droit de défense, tel qu'il est applicable en cas de dépôt de conclusions prises à l'appui d'une demande ou en vue de soumettre des arguments à la contradiction ou encore pour contester les allégations de la partie adverse, implique que les parties à la cause mènent loyalement la procédure et s'abstiennent de tout acte entravant de manière déraisonnable le cours du procès contradictoire (¹⁰⁹).

Dans sa jurisprudence récente, la Cour nous rappelle que la règle de l'article 747, § 2, du Code judiciaire ne tend pas nécessairement à priver la partie qui a omis de déposer ses conclusions dans le délai imparti, du droit au délai prévu pour répliquer à des conclusions. Il serait toutefois déloyal de ne pas déposer de conclusions principales ou de se limiter à des conclusions purement formelles, pour finalement développer ultérieurement les arguments principaux ou même la totalité de ses arguments dans des conclusions dites additionnelles ou sommaires. En agissant ainsi, la partie ralentit considérablement le cours des débats contradictoires. Lorsqu'une partie omet de conclure dans le délai fixé pour le dépôt de ses conclusions principales ou dépose ces conclusions de manière irrégulière, elle ne peut fait valoir tous ses arguments pour la première fois dans des conclusions additionnelles. Toute autre décision rendrait la règle de l'article 747, § 2, du Code judiciaire inopérante. Ce comportement déloyal ralentit sans raison les débats contradictoires. Ainsi, l'écartement de toutes conclusions additionnelles contenant en réalité des conclusions principales s'impose (¹¹⁰) mais les conclusions déposées après l'expiration du délai ne peuvent être écartées des débats dans la mesure où elles contestent l'application de l'article 747, § 2, du Code judiciaire; le juge qui omet cette règle viole le droit de défense de la partie même si celle-ci a tardivement déposé ses conclusions.

(Cass., 27 janvier 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 73; voir également cass., 4 octobre 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, n° 357; 6 avril 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 208).

"Le respect des droits de la défense veut que des conclusions communiquées et déposées hors délai mais portant uniquement et spécifiquement sur un incident de procédure relatif à la communication et/ou au dépôt de conclusions prises antérieurement prises, puissent toujours être soumises à l'appréciation du juge" (¹¹¹).

Dans son arrêt du 14 mars 2002 (C.00.0198.N), la Cour a expressément retenu le critère du procès loyal: elle a décidé que les conclusions déposées dans le délai de réponse fixé par le juge ne peuvent tendre à invoquer de nouveaux moyens auxquels une des autres parties ne pourra plus répondre (¹¹²).

¹⁰⁹ Il faut à ce propos tenir compte de l'exposé des motifs de la loi du 3 août 1992, ayant apporté de substantielles modifications aux articles 740, § 1, 747, 748, § 2, 749 à 753 du Code judiciaire, dans le but d'accélérer la procédure "de telle manière que le juge puisse toujours statuer dans un délai raisonnable, sans pour autant porter atteinte aux droits de la défense" (Doc. Parl. Chambre, 566/3 - 91/92, 17 juillet 1992, Rapport au nom de la Commission de la Justice, p. 2).

¹¹⁰ Cass., 26 novembre 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 633; 16 février 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 94; 22 mars 2001, *Bull. et Pas.*, 2001, n° 155 et les conclusions de Monsieur l'avocat général De Riemaeker; 14 mars 2002, C.00.0198.N.

¹¹¹ J. van Compernelle, G. Closset-Marchal, J.F. van Droogenbroeck, A. Decroës, O. Mignolet, o.c., p. 530 et 533.

¹¹² Lire: Ph. Thion, "Deloyal procesvoering - een toetsteen bij het concluderen", *NjW*, 2002, 50, qui se rallie à la thèse de la Cour. L'arrêt du 26 novembre 1999 a admis la violation de l'article 747, § 2, du Code judiciaire et la méconnaissance du principe général du droit relatif au respect du droit de défense alors que, la méconnaissance du principe général précité n'ayant pas été invoquée devant la Cour – comme c'est aussi le cas dans l'arrêt du 22 mars 2001 - l'arrêt du 14 mars 2002 a uniquement retenu la violation de l'article 747, § 2, du Code judiciaire.

Il ressort manifestement de cette jurisprudence que les droits de défense qui s'affrontent ne sont pas unilatéraux et qu'ils impliquent des obligations réciproques. La règle générale n'est plus l'écartement systématique des débats de toutes conclusions additionnelles déposées en l'absence de conclusions principales régulières antérieures. Il y a lieu à nuance: le dépôt de conclusions antérieures mais tardives, par exemple, n'entraîne pas nécessairement l'écartement de conclusions ultérieures. La partie qui n'a pas déposé de conclusions principales peut néanmoins prendre des conclusions additionnelles si le droit de défense le justifie.

Dans son arrêt du 14 février 2003 (C.00.0665.N) qui porte sur des conclusions tardivement déposées par une partie avertie en application de l'article 751, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, du Code judiciaire, la Cour a décidé que la sanction prévue au quatrième alinéa du même paragraphe de l'article précité n'est pas applicable aux conclusions que cette partie a déposées non seulement après l'expiration du délai de deux mois prévu à cet alinéa, mais aussi après le dépôt de nouvelles conclusions par la partie qui a elle-même demandé l'application de la sanction, effectué postérieurement à la date de fixation déterminée conformément à l'article 751, § 1^{er}, alinéa 1er, du Code judiciaire (¹¹³).

SECTION 5 - DROIT DE DÉFENSE ET PROCÉDURE DISCIPLINAIRE

§ 1. Droit de défense et procédure disciplinaire.

Non sans avoir résisté quelque peu (¹¹⁴) la Cour s'était, dans son arrêt du 14 avril 1983, (*Bull. et Pas.*, 1983, I, n° 441), précédé des conclusions très remarquables de l'avocat général Jacques Velu, ralliée à la position de la Cour européenne, suivant laquelle les exigences de l'article 6 C.E.D.H. doivent être prises en considération dans les procédures disciplinaires (Cour eur. D.H., arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyre* du 23 juin 1981, Série A, n° 43).

Je puis, à ce propos, me contenter de rappeler le discours que j'ai eu l'honneur de prononcer ici-même il y a trois ans; je constatais à cette occasion, d'une part, la pénétration du droit de la Convention européenne dans les procédures disciplinaires, et, d'autre part, les entraves encore mises par les autorités disciplinaires au droit de se défendre librement et entièrement (¹¹⁵).

Depuis il y eut l'arrêt du 21 septembre 2001, (D.00.0029.F) par lequel la Cour rappelle que l'art. 6.3, a et b, C.E.D.H., qui consacre le droit de tout accusé d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui, *ne s'applique pas*, en principe, à une procédure disciplinaire engagée sur le fondement de manquements allégués aux règles de la déontologie et pouvant aboutir à la suspension du droit d'exercer la profession. Pour le surplus la Cour estime que "les droits de la défense ne sont pas méconnus du seul fait que le ministère public n'a pas, avant l'audience, communiqué à la partie adverse les moyens qu'il compte développer en ses réquisitions, pourvu que la partie adverse soit effectivement à l'audience en mesure de répliquer" (¹¹⁶).

¹¹³ Voir aussi Cass., 14 mai 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 281.

¹¹⁴ Voir Cass., 21 janvier 1982 et les conclusions de M. le procureur général Dumon, *Bull. et Pas.*, 1983, I, 623.

¹¹⁵ "Le contrôle de légalité exercé par la Cour de cassation sur la justice disciplinaire", discours prononcé par le procureur général le 1^{er} septembre 2000, *Bull. et Pas.* 2000, pp. 44 e.s. *Pas. en A.C.*, 2000, I, 37 e.s., R.W. 2000-2001, 735; J.T. 2000, 625.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 39.

§ 2. Le principe du contradictoire en matière disciplinaire

Depuis le mois de septembre 2000 ¹¹⁷, un seul arrêt a été rendu duquel il ressort que ni les articles 20, 21, 25 de l'arrêté royal n° 79 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des Médecins et 24 de l'arrêté royal du 6 février 1970 réglant l'organisation et le fonctionnement des conseils de l'Ordre des médecins, ni le principe général du droit relatif au respect du droit de défense ne requièrent que les décisions d'intenter des poursuites disciplinaires à l'égard d'un médecin ou de convoquer celui-ci à comparaître devant le conseil rendues par le conseil provincial de l'Ordre des médecins contiennent des précisions concrètes quant aux faits mis à charge.

(Cass., 20 décembre 2001, D.01.0009.N; - voir *supra* : les mentions obligatoires de la citation).

SECTION 6 - LE DROIT DE DÉFENSE DEVANT LA COUR DE CASSATION ¹¹⁸.

Il a été abondamment et suffisamment écrit sur le droit de réplique aux conclusions du ministère public octroyé aux parties, à la suite de la jurisprudence de la Cour européenne condamnant une pratique qui pendant des décennies n'avait pourtant jamais soulevé de critique, pour que je m'autorise à n'aborder ce sujet que succinctement ¹¹⁹.

Je me limiterai donc à rappeler qu'après que la Cour ait de facto adapté sa pratique de manière à rencontrer les critiques des juges européens, le législateur veilla à modifier comme il convenait le Code judiciaire (la Loi du 14 novembre 2000 modifiant notamment les articles 1105 et 1107 dudit code), en telle manière que le droit de défense eu de meilleures possibilités de s'exprimer au cours d'une procédure pourtant essentiellement écrite, et que le principe de l'égalité des armes, apparemment malmené par la présence du ministère public au délibéré, fut garanti par l'exclusion de celui-ci du délibéré, où il n'avait de toute façon jamais eu de voix délibérative. Mais les apparences devaient être sauves: «Justice must not only be done; it must also be seen to be done» ... ⁽¹²⁰⁾

SECTION 7 - ENCORE QUELQUES QUESTIONS PARTICULIÈRES, OÙ INTERVIENT LE DROIT DE DÉFENSE.

§ 1. Le droit de défense de l'assureur de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs

La possibilité offerte par la loi à l'assureur de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs d'intervenir dans une procédure pénale se justifie par la considération qu'il doit pouvoir se défendre lorsqu'un préjudicié introduit une demande en dommages-intérêts à

¹¹⁷ En ce qui concerne les droits de la défense en matière disciplinaire, voir également: I. Opdebeek, "Het recht van verdediging en het recht om zijn standpunt naar voor te brengen" dans "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur", T.Gem. 1993, p. (51) 58; I. Opdebeek, note concernant la portée de la présomption d'innocence en matière répressive et disciplinaire en cas de promotion, T. Gem., 2000, p. 253.

¹¹⁸ Voir ci-avant: Le droit de réplique, composante du droit de défense.

¹¹⁹ Pour les références à la jurisprudence et à la doctrine en cette matière, voir: 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. 89.

¹²⁰ J. du Jardin, "Justice must not only be done ...", in Imperat Lex, Liber Amicorum Pierre Marchal, Bruxelles, Larcier, 2003, 37 e.s..

l'égard de son assuré (article 14, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs).

L'intervention de l'assureur n'est toutefois admissible que s'il n'existe pas encore de décision portant atteinte à son droit de défense (Cass., 25 novembre 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, I, n° 752; Van Schoubroeck, Jocqué, Vanderspikken et Cousy, *Overzicht van rechtspraak, verzekering motorrijtuigen, 1980-1997, T.P.R.*, 1998, p. 278-280, n° 96.1).

Il ressort de l'arrêt rendu le 12 juin 2001 (*Bull. et Pas.*, 2001, n° 352) que, par un même motif juridique, l'assureur peut non seulement *ne pas* accepter le débat en cas de décision antérieure mais aussi, *a contrario*, accepter le débat nonobstant une telle décision. L'arrêt a décidé que la règle de l'article 14, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 21 novembre 1989 précitée a été instaurée dans l'intérêt de l'assureur. L'article 812 du Code judiciaire vise à protéger les droits de la partie intervenante (¹²¹). Ainsi, les droits de la défense de l'assureur sont réellement déterminants (¹²²).

§ 2. Le droit de défense et la procédure de faillite.

La pratique du dépistage d'entreprises commerciales en difficulté et de la faillite d'office méconnaissaient le droit du failli de se défendre en temps utile. C'est ce qui ressort de la mercuriale prononcée le 1^{er} septembre 1986, par le Procureur général E. Krings qui soulignait le caractère inquisitorial de cette procédure et la nécessité d'assurer la protection du droit de défense dès le premier stade de la procédure (¹²³).

C'est à la suite de cette mercuriale que la Cour, opérant un revirement de jurisprudence, a décidé dans son arrêt du 10 décembre 1990 (¹²⁴): "sauf cas d'urgence exceptionnelle, le respect des droits de la défense impose que le débiteur soit, préalablement à la décision, entendu en ses moyens" (¹²⁵).

L'arrêt du 25 juin 1993 (¹²⁶) présente un intérêt tout particulier en ce qu'il précise les pouvoirs limités des juges dans le cadre des voies de recours en matière de faillite d'office.

Le juge, qui envisage de prononcer la faillite après le rejet du concordat, doit entendre à nouveau le débiteur ou du moins l'y inviter pour qu'il puisse présenter ses remarques à propos des conditions de la faillite (Cass., 26 janvier 1996) (¹²⁷). Dans ses conclusions précédant cet

¹²¹ Comp. Cass., 29 mars 1988, *Bull. et Pas.*, 1998, I, n° 473, suivant lequel le juge pénal ne peut connaître de la demande introduite par le préjudicié postérieurement à la décision définitive sur l'action publique.

¹²² G. Jocqué, "De rechten van verdediging van de verzekeraar voor de strafrechter", note sous Cass., 12 juin 2001, A.J.T., 2001-02, 942 e.s.

¹²³ E. Krings, "Le pouvoir judiciaire et la procédure de faillite", discours de rentrée prononcé par le procureur général à l'audience solennelle de la Cour le 1^{er} septembre 1986, *Bull.*, 1987, n° 12, 14, 15, 16 et 34: "Le juge doit-il informer au préalable l'entreprise de la mesure qu'il envisage de prendre et doit-il le convoquer pour lui donner l'occasion de faire valoir ses moyens de défense ? (...) Cette question n'est pas réglée expressément par la loi, mais il s'agit incontestablement d'un problème de droits de la défense. (...) Peut-on dire que les droits de la défense sont suffisamment garantis par le droit à l'opposition ? (...) L'opposition prévue par l'article 473 n'est donc pas une mesure qui garantit (...) le respect des droits de la défense. Or, le respect de ces droits est un principe général de droit qui s'applique à toute l'activité judiciaire. On ne voit pas pour quel motif il ne devrait pas être respecté lorsque le tribunal déclare la faillite d'office. (...)"

¹²⁴ N° 183; Voir aussi, Cass., 9 février 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 79; Cass., 21 septembre 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 394.

¹²⁵ Voir J.L. Fagnart, "Droits de la défense et déclaration de faillite", note sous Cass., 27 avril 1989, *R.C.J.B.*, 1990, p.218 et plus spécialement pp. 243 et 244, n° 30 et n° 31.

¹²⁶ Cass., 25 juin 1993, *Bull. et Pas.*, 1993, n° 307 et la note de bas de page n° 2 faisant référence à la mercuriale du Procureur général E. Krings précitée, n° 12 et suivants, notamment n° 18.

¹²⁷ N° 56 et les conclusions de M. l'avocat général Janssens de Bisthoven.

arrêt, l'avocat général Janssens de Bisthoven relevait la lente évolution de la jurisprudence vers un plus grand souci du droit de défense et concluait que "même en l'absence d'un texte légal, le respect des droits de la défense requiert que, sauf motifs d'urgence exceptionnelle, le débiteur soit entendu ou à tout le moins convoqué avant d'être déclaré d'office en faillite".

Si la jurisprudence, s'est ainsi rangée à l'avis du Procureur général E. Krings, c'est également ce qui inspira la loi sur les faillites du 8 août 1997 qui supprima la faillite d'office (¹²⁸).

Rappelons-nous que le service de dépistage est aujourd'hui remplacé par un service de prévention: le service d'enquête commerciale. Le tribunal de commerce n'a ainsi plus le pouvoir de se saisir d'autorité du cas d'une entreprise en difficulté pour la déclarer en faillite.

§ 3. Caractère contradictoire de la procédure en matière fiscale.

Le législateur a le pouvoir de déroger aux règles du Code judiciaire, droit commun de la procédure, en organisant, par exemple, d'une manière spécifique le caractère contradictoire de la procédure fiscale ainsi que l'exercice du droit de défense, notamment la procédure d'expertise pour fixer la valeur normale des immeubles en vue de la perception des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, dans le but de sauvegarder tant les droits ou prérogatives de l'administration que les droits des contribuables.

(Cass., 6 octobre 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, I, n° 417).

Sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour européenne, il n'est plus débattu depuis longtemps de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en matière fiscale (¹²⁹).

Il appartient au juge de concrétiser les garanties abstraites visées à ces dispositions conventionnelles, notamment en ce qui concerne le droit du contribuable de se taire, son accès à un tribunal indépendant et impartial appelé à vider son litige dans un délai raisonnable et à disposer de la compétence de pleine juridiction, questions qui toutes, concernent, directement ou indirectement, le droit de défense.

Si le Code des impôts sur les revenus ne prévoit pas que le demandeur, ayant pris connaissance du mémoire en réponse, puisse déposer un mémoire en réplique, cette lacune a été comblée grâce à une jurisprudence qui n'a précisément d'autre fondement que le respect du droit de défense, comme l'avait souligné à l'époque le procureur général van der Meersch (¹³⁰).

A cet égard, il y a lieu de relever les arrêts rendus par la Cour :

- le 20 janvier 2000, (*Bull. et Pas.*, 2000, I, n°52), rappelant le caractère nécessairement contradictoire de la procédure en réclamation dirigée contre une imposition à l'impôt sur les revenus ;
- le 24 janvier 2002, (F.00.0099.N), décidant que les cours et tribunaux doivent pouvoir exercer en matière d'amendes fiscales, non pas un simple contrôle d'opportunité mais un

¹²⁸ Loi du 8 août 1997 (M.B. 28 octobre 1997), modifiée par la loi du 4 septembre 2002 (M.B. 21 septembre 2002).

¹²⁹ Cass., 5 février 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 67 en 68; 25 mai 1999, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 307; B. Coopman, et K. Lammens, "Zwijgrecht, mildering van boetes, redelijke termijn: naar een concrete invulling van de mensenrechten van belastingplichtigen", T.F.R., 2002, 739 e.s.

¹³⁰ Cass., 13 octobre 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, I, n° 398; les conclusions de l'avocat général Leclercq avant Cass., 3 décembre 1998, J.D.F., n° 3, p. 395; W.J. Ganshof van der Meersch, "Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit", J.T., 1970, p. 594, note 483; J.D.F., 1999, p. 50. – Lire également: V. Scoriels, "Le principe de confiance légitime en matière fiscale et la jurisprudence de la Cour de cassation", J.T., 2003, 301.

contrôle plus large permettant notamment l'examen de la conformité des amendes tant aux dispositions légales qu'aux principes généraux du droit (T.F.R., 2002, 763).

§ 4. Récusation et droit de défense:

La Cour de cassation a considéré que l'article 838 du Code judiciaire (Loi du 12 mars 1998, art. 7) est en principe applicable à toutes les procédures, et notamment aux procédures disciplinaires, dès lors que cette disposition constituait un élément important du droit de défense.

(Cass., 24 février 2000, *Bull. et Pas.*, 2000, I, n° 141).

Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 17 septembre 2002 (P.02.0386.N et P.02.0662.N), l'avocat général Duinslaeger a relevé le caractère contradictoire de la procédure en récusation depuis la mise en vigueur de la loi du 12 mars 1998, et que, partant, une décision ne peut intervenir qu'après la convocation des parties, ce qui conforte la prise en considération du droit de défense dans une procédure aussi particulière que la récusation.

§ 5. Le droit de défense devant les autorités ecclésiastiques

Le principe général du droit relatif au respect du droit de défense est un principe applicable aux autorités ecclésiastiques ⁽¹³¹⁾.

La Cour a eu à se prononcer sur la question de l'autonomie interne des autorités ecclésiastiques en cas de décisions susceptibles de porter atteinte à des droits civils au regard des garanties consacrées par les principes généraux du droit (droit de défense, débats contradictoires, etc...) et l'article 6.1 C.E.D.H.

Les arguments de l'arrêt rendu le 3 juin 1999 par la Cour statuant en chambres réunies sur un second pourvoi ne sont pas fondamentalement différents de ceux contenus dans l'arrêt du 20 octobre 1994.

Du principe de l'autonomie organisationnelle de chaque confession, affirmé par l'article 21 de la Constitution, il se déduit que, d'une part, la nomination et la révocation des ministres d'un culte ne peuvent être décidées que par l'autorité religieuse compétente, conformément aux règles du culte, et, d'autre part, la discipline et la juridiction ecclésiastiques ne peuvent s'exercer sur ces ministres du culte que par la même autorité et conformément aux mêmes règles.

Il n'appartient pas au juge, même siégeant en référé, d'ordonner en vertu des droits de l'homme ou du droit de défense le maintien dans sa charge pastorale d'un ministre du culte privé de cette charge par les autorités ecclésiastiques.

Il s'ensuit que les autorités religieuses sont tenues de respecter leurs propres normes. Toutefois, comme le fait observer R. Torfs, "een contrôle van de binnenkerkelijke rechtsgang op de bestaande interne procedures door de profane rechter (is) volledig aanvaardbaar" ⁽¹³²⁾. Hendrik Vuye parle de "marginale toetsing" ⁽¹³³⁾.

¹³¹ Cass., 20 octobre 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, I, n° 443 et 3 juin 1999, en chambres réunies, *Bull. et Pas.*, 1999, I, n° 30.

¹³² R. Torfs, note sous Cass., 3 juin 1999, "Religieuze gemeenschappen en interne autonomie - Fluwelen evolutie", dans *Mensenrechten - Jaarboek van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Anvers, Maklu 1998 - 2000, 253-264, plus spécialement 261-262, de sorte que les procédures ecclésiastiques internes sont

Cette "position radicale", avait déjà été défendue "avec verve" par François Rigaux dans sa note sous le premier arrêt rendu par la Cour de cassation en 1994 (¹³⁴). Selon Rigaux, chaque procédure mérite les garanties les plus élémentaires en matière de droit de défense. Cette thèse, approuvée par la majeure partie de la doctrine (¹³⁵), plaidait en faveur d'une "profaanrechtelijke verificatie van de binnenkerkelijken procedure": lorsqu'un droit civil est menacé, "(mag) aan de Staat de bevoegdheid niet worden ontzegd om te controleren of (een) religieuze ontslag procedure wel degelijk aan de vereisten van de rechtstaat beantwoordt" (¹³⁶), en évitant toutefois toute ingérence dans la décision des autorités ecclésiastiques.

R. Torfs relève que "de profaanrechtelijke toetsing van binnenkerkelijke beslissingen niet rimpelloos ongewijzigd blijft na de cassatiearresten van 1994 en 1999. (...). Il note que "de verificatie van de interne procedures, *gesuggereerd door het Hof van Cassatie*, lijkt (mij) onvermijdelijk" (o.c., 264).

CONCLUSIONS

La lecture d'une douzaine d'années de jurisprudence de notre Cour relative au droit de défense m'a amené à constater que, si le principe général du respect de ce droit doit être considéré comme un impératif qui ne se conçoit pas sans son exercice de manière optimale, sa concrétisation suppose, comme il en va de tout principe, sa mise en balance avec d'autres impératifs concomitants, notamment celui d'une bonne administration de la Justice, rendue dans un délai raisonnable, et celui de la manifestation de la vérité dans le cadre d'un procès équitable.

S'il ne faut pas que le cours de la Justice soit truffé d'obstacles mis à l'exercice du droit de défense (¹³⁷), il ne faut pas non plus que cet exercice ait pour effet de contrecarrer l'administration de la Justice.

Il me paraît ainsi résulter de cette jurisprudence qu'il est impérieusement nécessaire de concilier des intérêts qui ont l'apparence d'être contradictoires. On a justement parlé de *cohabitation* d'intérêts (¹³⁸), laquelle est possible par une prise en considération de la procédure dans son ensemble, comme le disent avec constance la Cour européenne et notre Cour.

La conjonction de ces impératifs, comme de ces nécessités, conduit à la reconnaissance de limites à la mise en œuvre du principe général de droit et constitue un défi que la jurisprudence de la Cour me paraît avoir relevé. La Cour européenne a d'ailleurs, elle-même, admis très clairement que le droit de défense doit connaître des limites, celles induites, par

contrôlées à la lumière des principes généraux du droit et de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

¹³³ H. Vuye, "Hoe gescheiden zijn Kerk en Staat? Interpretatiemogelijkheden omtrent art. 21 van de Grondwet" (note sous Cass., 20 octobre 1994, R. Cass., 1995, 49-58, plus spécialement p. 56).

¹³⁴ F. Rigaux, "Le respect des droits fondamentaux par les institutions non étatiques", note sous Cass., 20 octobre 1994, R.C.J.B., 1996, 124-129; R. Torfs, o.c., 261.

¹³⁵ P. Lemmens, R. Verstegen, H. Vu ye, etc... cités par R. Torfs, o.c., 261.

¹³⁶ R. Torfs, o.c., p. 262.

¹³⁷ dont il faut constater que la violation est trop souvent invoquée de manière injustifiée; combien de fois la Cour n'est-elle pas amenée à devoir dire que telle ou telle circonstance, prise à elle seule ou en soi, ne constitue pas une atteinte au droit de défense?

¹³⁸ F. Kutty, "Le droit à un procès équitable", J.L.M.B., 2003/12, p.505.

exemple, du droit des tiers ou des victimes, qui ont aussi des droits que garantit la Convention (¹³⁹).

Tout est donc affaire d'équilibre, non seulement entre les parties qui s'opposent, mais aussi entre le droit des parties et les nécessités de la Justice.

Le droit de défense n'est donc plus pris pour un absolu - tant est qu'il l'ait jamais été-.

Tout en lui laissant son attribut de principe général, il s'agit de le relativiser, ce qui revient précisément à lui faire perdre de son caractère absolu, du moins provisoirement en fonction des différentes phases de la procédure, dès lors qu'il est mis en rapport avec tout un contexte procédural évolutif.

Le droit de défense s'insère d'ailleurs dans le principe du contradictoire, condition essentielle du procès équitable. Sans contradiction, il ne peut en effet y avoir de réelle défense.

L'équilibre qui doit être atteint dans cette mise en balance d'intérêts opposés est celui qui parvient à neutraliser les tensions entre intérêt particulier et intérêt général, et, par exemple, entre la présomption d'innocence et les exigences de la manifestation de la vérité(¹⁴⁰).

A titre d'exemple de cette relativité de la mise en œuvre du principe général du droit de défense, citons les nécessités d'une lutte efficace contre certaines formes de criminalité grave, qui ont fait évoluer non seulement la jurisprudence en matière de preuves, mais ont aussi permis d'affiner le droit de la preuve, avec, d'une part, une accentuation du formalisme légal, facteur de contention de forces opposées, et, d'autre part, un affinement de la jurisprudence excluant non seulement la preuve illicite mais aussi la preuve, non illicite, mais irrégulièrement recueillie.

Un autre exemple de cette relativité peut être trouvé dans l'évolution de la jurisprudence relative à l'expertise, où apparaît le souci de connaître la vérité à propos d'une question technique obligeant le juge à recueillir un avis extérieur, mais aussi de permettre en temps utile aux parties de discuter cet avis et la méthode suivie.

Nous pensons aussi à l'évolution jurisprudentielle et législative relative à la représentation des parties au procès, d'où apparaît le souci d'atteindre un équilibre entre des intérêts opposés, non seulement ceux de parties qui s'affrontent, mais aussi l'intérêt général à ce que la Justice soit rendue avec transparence, opposé aux intérêts particuliers.

Nous pensons aussi à la relativité de l'annulation d'un acte de procédure, dont seule peut se prévaloir la partie à laquelle l'acte litigieux a effectivement porté atteinte.

Il y a encore l'appréciation de l'autorité de la chose jugée, marquée par une approche plus raisonnable que strictement juridique.

Il faut enfin relever que, si le principe général du droit de défense impose un grand nombre d'obligations procédurales, il requiert aussi un minimum de diligence de la part du justiciable lui-même.

Loin de méconnaître le droit de défense - ce qu'elle n'a d'ailleurs jamais fait- la Cour a situé ce droit au cœur d'un ensemble d'impératifs, ce qui a eu pour effet d'accentuer ses possibilités d'expression, mais aussi de baliser son exercice en fonction de ces autres impératifs lesquels

¹³⁹ Cour eur. D.H., arrêt Doorson c. Nederland, du 26 mars 1996, o.c., § 70: "Les principes du procès équitable commandent également que, dans les cas appropriés, les intérêts de la défense soient mis en balance avec ceux des témoins ou des victimes appelés à déposer".

¹⁴⁰ Sur cette mise en balance d'intérêts, lire: J. de Corte, "De achterkant van de privacy – Kan het beroep op privacy leiden tot straffeloosheid", NjW, 2003, 798.

peuvent, selon les phases de la procédure, apparaître parfois plus essentiels ou plus nécessaires.

La mise en œuvre du droit de défense et son appréciation par le juge, fut-il de cassation, impliquent une marge d'appréciation (*a margin of appreciation*), que la Cour européenne reconnaît aux juges nationaux, l'interprétation de ce droit se devant d'être ni restrictive, ni extensive, mais téléologique, la défense devant être effective plutôt que théorique (¹⁴¹).

La jurisprudence de la Cour me paraît ainsi être l'expression d'une *juste prudence*, globalement satisfaisante parce que raisonnable, la procédure étant vue dans son ensemble selon le critère de la jurisprudence européenne, et moins engoncée qu'auparavant par des contraintes légales ou par de principes trop rigides.

¹⁴¹ J.G.C. Schokkenbroek, "Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens", Leiden 1996, geciteerd in de rede van Hoogleraar B.E.P. Myjer, "Bij een vijftigste Verjaardag" voor de Vrije Universiteit te Amsterdam, op 7 december 2000, p. 11, noot 30.

CHAPITRE VII - *DE LEGE FERENDA* – PROPOSITIONS DU MINISTÈRE PUBLIC

Ce chapitre indique quels sont, à la lumière des constatations faites à l'occasion de l'examen des pourvois introduits et des arrêts rendus au cours de l'année judiciaire, les problèmes juridiques que la Cour n'a pas pu résoudre de manière satisfaisante en raison d'une lacune à laquelle il reviendrait au législateur de remédier, ainsi que ceux résultant de divergences de jurisprudence générant l'insécurité juridique et auxquelles il incombe aussi au législateur d'apporter remède. Sont, en outre, signalés les problèmes juridiques liés à l'application des lois ou au fonctionnement du Pouvoir judiciaire en général et de la Cour de cassation en particulier, pour lesquels une modification législative est souhaitée.

Ce faisant, le ministère public n'exprime que son propre avis, par lequel il n'engage pas la Cour.

A. PROPOSITIONS ANTÉRIEURES.

1. Dans le précédent rapport annuel de la Cour, diverses modifications législatives avaient été proposées, en pages 234 à 238. Quelle suite leur a-t-il été réservée ?

On n'a pu relever qu'une proposition de loi déposée au Sénat le 9 avril 2003 (Doc. parl. Sénat, 2-1598/1), en vue de compléter l'article 579 du Code judiciaire par une disposition attribuant explicitement aux tribunaux du travail la connaissance des demandes relatives à la réparation des dommages subis par les personnes en formation professionnelle victimes d'un accident du travail ou d'un accident sur le chemin du travail au sens de la législation sur les accidents du travail des travailleurs salariés.

Aucune suite n'a été donnée aux autres propositions de modifications législatives mentionnées dans le rapport annuel précédent et qui étaient relatives aux matières suivantes :

- l'article 1798, alinéa 1^{er}, du Code civil relatif à l'étendue de l'action directe du sous-traitant à l'encontre du maître de l'ouvrage ;
- l'article 168 du Code judiciaire relatif au secrétariat du premier président de la Cour de cassation ;
- les procédures disciplinaires de certaines professions, jugées tantôt discriminatoires, tantôt incomplètes ;
- l'article 682 du Code judiciaire en matière d'assistance judiciaire dans les procédures introduites devant la Cour de cassation ;
- l'introduction d'un article 1067*bis* dans le Code judiciaire prévoyant que, lorsque le greffier fait application de l'article 792, alinéas 2 et 3, du Code judiciaire, il reproduit, à propos du recours en cassation, le texte de l'article 1080 du même code ;
- les articles 1140 et suivants du Code judiciaire en vue d'éviter les demandes téméraires, vexatoires ou sans fondement relatives à la prise à partie des juges ;
- l'article 1280 du Code judiciaire en vue de prévenir les conflits de compétence juridictionnelle dans le contentieux du divorce ;

- l'article 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 16 décembre 1987 portant exécution de l'article 24, alinéa 1^{er}, de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail, en y remplaçant les termes « la date figurant sur la lettre » par les termes « la date du cachet de la poste figurant sur la lettre ».

2. Aucune suite n'a été donnée non plus à des modifications législatives proposées dans les autres rapports annuels et qui étaient relatives aux matières suivantes :

- les articles 648, 4^o, et 652 du Code judiciaire, concernant la simplification de la procédure de dessaisissement d'un juge qui néglige de juger la cause prise en délibéré (rapport annuel 2001, p. 400) ;

- les articles 1073 et suivants du Code judiciaire, afin de permettre à la Cour de cassation de sanctionner le pourvoi en cassation manifestement abusif en infligeant d'office une sanction pécuniaire à celui qui, en quelque matière que ce soit, a abusé de façon caractérisée du droit de former un pourvoi (Rapport annuel 2001, p. 400) ;

- l'article 1080 du Code judiciaire, en prévoyant l'assistance obligatoire d'un avocat à la Cour de cassation en toutes matières, et pas seulement en matière civile (rapport annuel 2000, p. 152) ;

- l'article 418 du Code d'instruction criminelle, en prévoyant l'obligation pour tout demandeur en cassation de signifier son recours à la partie contre laquelle il est dirigé (rapport annuel 2001, p. 404) ;

- l'article 110 de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat, en précisant le délai d'appel applicable à l'égard d'une décision en matière disciplinaire (rapport annuel 2001, p. 404) ;

- la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, en prévoyant la représentation ou l'assistance obligatoire par un avocat lorsqu'un mineur est partie à l'instance en cassation (rapport annuel 2000, p. 154) ;

- l'application de l'article 39 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse à l'égard des mineurs en danger résidant dans la Région de Bruxelles-Capitale (rapport annuel 2001, p. 406).

Dans le rapport annuel 2000, il avait été proposé que la loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux, des délinquants d'habitude et des auteurs de certains délits sexuels, soit complétée par la disposition qu'une personne tombant sous l'application de cette législation doive, également devant la Cour de cassation, être assistée par un avocat et que le pourvoi en cassation contre la décision de la commission supérieure de défense sociale ne puisse être interjeté que par l'avocat de l'interné.

Ces propositions ont trouvé écho dans la loi du 25 février 2003, publiée au Moniteur belge du 28 avril 2003 (p. 22670) qui insère dans la loi du 9 avril 1930 un article 19^{ter} et qui complète l'article 28, alinéa 1^{er}, de la même loi.

La proposition de loi n^o Doc. 50 1083/001, modifiant le Code d'instruction criminelle, en ce qui concerne la révision de la condamnation en matière criminelle, et le Code judiciaire, en ce qui concerne la requête civile, déposée à la Chambre des Représentants le 7 février 2001, a été

transmise au Sénat le 17 mai 2002, où elle a fait l'objet d'un premier examen les 20 novembre et 2 décembre 2002.

Quant à la proposition de loi n° 2-654/1, insérant un article 447ter dans le Code d'instruction criminelle, déposée au Sénat le 13 février 2001, elle a été prise en considération le 31 mai 2001 et est restée en l'état depuis lors.

La proposition de loi n° 655, modifiant les articles 131 du Code judiciaire (affaire traitée en audience plénière de la Cour de cassation) et 326 dudit code (magistrat d'un parquet chargé d'exercer les fonctions du ministère public dans un autre parquet), déposée au Sénat le 13 février 2001, a été prise en considération et envoyée en Commission de la Justice le 31 mai 2001. Depuis cette date, la situation est inchangée.

La proposition de loi n° 2-1140, modifiant l'article 207 du Code judiciaire, en ce qui concerne le statut des référendaires près la Cour de cassation, déposée au Sénat le 3 mai 2002, a été prise en considération le 8 mai 2002 et est restée en l'état depuis lors.

Une loi du 8 avril 2003, publiée au Moniteur belge du 12 mai 2003, a modifié le Code judiciaire en ce qui concerne la compétence territoriale du juge en matière de saisies conservatoires et de moyens d'exécution ; mais elle ne concerne nullement la modification de la loi du 20 mai 1997 sur la coopération internationale en ce qui concerne l'exécution des saisies et des confiscations, qui était proposée dans le rapport annuel 2001 de la Cour.

B. NOUVELLES PROPOSITIONS

1. *Code judiciaire, article 259terdecies*

L'article 259terdecies du Code judiciaire prévoit que la nomination des référendaires près la Cour de cassation devient définitive au terme d'un stage de trois ans, sauf décision contraire prise par le Roi, exclusivement sur la proposition, selon le cas, du premier président ou du procureur général, faite en fin de stage.

Aucune évaluation des référendaires n'est prévue en cours de stage. S'il apparaissait, durant cette période, qu'un référendaire ne convient pas pour ce qu'on attend de lui, il devrait être possible de procéder à son évaluation avant la fin de son stage, pour proposer qu'il ne soit pas nommé définitivement sans attendre l'écoulement du délai de trois ans.

Un tel système d'évaluation est prévu par l'article 259octies du Code judiciaire à l'égard des stagiaires judiciaires.

2. *Code judiciaire, article 340*

La loi du 3 mai 2003 modifiant certaines dispositions de la deuxième partie du Code judiciaire (*M.B.*, 2 juin 2003) a modifié l'article 340 de ce code en ce qui concerne les rapports de fonctionnement à établir par les cours, les tribunaux et les assemblées générales des juges de paix et des juges aux tribunaux de police.

Le nouvel article 340, § 3 - qui n'est toutefois pas encore entré en vigueur - prévoit que ces rapports, qui doivent être transmis avant le 30 avril ou le 1^{er} mars de chaque année selon qu'ils émanent d'une cour ou d'une autre juridiction, traitent notamment de certains points se rapportant à l'*année judiciaire* écoulée et d'autres se rapportant à l'*année civile* écoulée (nouvel article 340, § 3, alinéas 4 et 5). Une telle distinction ne repose sur aucune nécessité; elle est, par contre, de nature à rendre plus difficilement perceptible la situation de la juridiction ou des juridictions concernées. Il est dès lors préférable que les rapports de fonctionnement portent sur une période unique, l'année civile se présentant à cet égard comme la période de référence la plus opportune compte tenu des dates auxquelles les rapports de fonctionnement doivent être établis.

3. *Code judiciaire, article 614*

En vertu de l'article 614 du Code judiciaire la Cour de cassation statue sur les demandes en cassation :

- 1° des décisions prononcées par les conseils d'appel de l'Ordre des avocats;
- 2° des décisions prononcées par les conseils provinciaux ou les conseils d'appel de l'Ordre des médecins;
- 3° des décisions prononcées par les conseils provinciaux ou les conseils d'appel de l'Ordre des pharmaciens;
- 4° des décisions prononcées par les conseils mixtes d'appel de l'Ordre des médecins vétérinaires;
- 5° des décisions prononcées par la Commission d'appel de l'Institut des réviseurs d'entreprises;
- 6° des décisions prononcées par les Conseils d'appel de l'Ordre des architectes;
- 7° des décisions prononcées par le Conseil d'appel de l'Ordre de l'objection de conscience;
- 8° des décisions du Conseil d'enquêtes maritimes;
- 9° des décisions prononcées par la Commission d'appel de l'Institut des experts-comptables et de conseils fiscaux;
- 10° des décisions prononcées par les (commissions) de recours visées à l'article 428ter, § 6.

Selon la nature de la décision, il existe de grandes différences par exemple en ce qui concerne le délai dans lequel le pourvoi doit être introduit ou en ce qui concerne la forme du pourvoi. Dès lors que chaque pourvoi doit être exercé selon les conditions qui s'y appliquent, cette réglementation disparate donne souvent lieu à des arrêts de rejet du chef d'irrecevabilité. Le pourvoi en cassation contre des décisions prises par les organes cités à l'article 614 du Code judiciaire devrait pour cette raison être réglé de manière uniforme.

La nécessité d'une réglementation plus transparente et uniforme a déjà été soulignée par le procureur général J. du Jardin dans son discours «Le contrôle de légalité exercé par la Cour de cassation sur la justice disciplinaire au sein des ordres professionnels» prononcé à l'audience solennelle de rentrée du 1^{er} septembre, publié dans le rapport annuel 2000 de la Cour.

4. Code judiciaire, article 658

L'article 658 du Code judiciaire dispose que lorsque la Cour ordonne le dessaisissement, par exemple pour cause de suspicion légitime, le renvoi est fait d'un tribunal à un autre tribunal ressortissant à la même cour d'appel ou à la même cour du travail.

Le renvoi à un tribunal du même ressort n'est pas toujours une bonne solution parce qu'il est souvent préférable en vue d'une bonne administration de la justice, que la cause soit instruite par un tribunal d'un ressort tout à fait différent.

C'est pourquoi il serait recommandé de modifier l'article 658 de sorte que la Cour puisse librement ordonner le renvoi à un autre tribunal, sans la limitation contenue dans la loi qui impose que le renvoi soit fait à un tribunal du même ressort.

5. Code judiciaire, article 652

Si le juge néglige pendant plus de six mois de juger la cause qu'il a prise en délibéré, le procureur général près la cour d'appel demande son dessaisissement (article 652 du Code judiciaire).

La procédure qui en résulte devant la Cour de cassation est compliquée et est conforme aux règles applicables en cas de dessaisissement pour cause de suspicion légitime.

La Cour décide d'abord si la requête "n'est pas manifestement irrecevable". Ensuite le président du tribunal ou de la cour doit faire une déclaration sur l'opportunité du dessaisissement ; les parties à la cause peuvent déposer des conclusions et enfin la cause est fixée à une audience publique de la Cour. L'avocat général conclut, les parties peuvent plaider et la Cour rend son arrêt. Tout cela va de pair avec un grand nombre de formalités, d'envois, d'avertissements qui, à la fois, prennent beaucoup de temps et sont onéreux, dans des cas où les parties ont déjà perdu un temps précieux.

Ces formalités ne sont pas du tout nécessaires en cas de demande de dessaisissement formée lorsque le juge néglige pendant plus de six mois de juger la cause. Il suffirait de supprimer les formalités particulières prévues par l'article 656 du Code judiciaire pour cette demande de dessaisissement spécifique et de permettre à la Cour de décider *de plano* avec la possibilité supplémentaire que si la Cour ne statue pas immédiatement, elle peut aussi autoriser que le chef de corps et le juge concerné dépose un mémoire à bref délai devant la Cour.

6. Code judiciaire, article 682

La manière dont la procédure d'assistance judiciaire se déroule en pratique devant la Cour est reproduite très partiellement dans les dispositions du Code judiciaire concernant cette assistance judiciaire. Après avoir été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme le 30 juillet 1988 en cause de Aerts, la Cour a adapté sa procédure de manière prétorienne. Les adaptations ont été approuvées par la Cour européenne des droits de l'homme en cause de Debeffe le 9 juillet 2002..

Il semble néanmoins qu'il serait opportun de préciser dans la loi comment l'assistance judiciaire est accordée ou refusée par la Cour.

L'article 682 du Code judiciaire pourrait notamment être adapté comme suit :

"Devant le bureau de la Cour de cassation, la procédure est suivie conformément aux articles 675 à 677 et 681.

Sauf s'il s'agit du mémoire en réponse au pourvoi, le Bureau de la Cour de cassation ne se prononce, dans les matières visées à l'article 478 du Code judiciaire sur la demande d'assistance judiciaire qu'après avoir recueilli l'avis d'un avocat à la Cour de cassation désigné par le bâtonnier de l'Ordre.

Il peut néanmoins rejeter la demande sans cet avis préalable s'il constate que, soit la requête d'assistance judiciaire, soit le pourvoi envisagé est manifestement irrecevable ou manifestement fondé sur un moyen non sérieux ou que le délai d'introduction du pourvoi est trop proche de son expiration pour permettre à un avocat à la Cour de cassation de l'introduire en temps utile.

Les décisions du Bureau qui rejettent la requête ou n'accordent pas l'assistance judiciaire sont motivées".

Par ailleurs pour les procédures d'urgence aucun texte ne permet de préciser les modalités d'octroi ou de rejet de la demande. Un article 682*bis* pourrait être inséré : «En cas d'urgence, le premier président se prononce sur la requête, après avoir recueilli l'avis du procureur général, sans qu'un avis préalable de l'avocat à la Cour de cassation ne soit requis et sans que les parties doivent être appelées ou entendues ».

7. *Simplification du traitement du pourvoi en cassation*

Le Hoge Raad der Nederlanden applique déjà depuis des années une procédure simplifiée. L'article 81 de la 'Nederlandse wet op de rechterlijke organisatie' dispose que: "Indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, dan kan hij zich bij de vermelding van de gronden van zijn uitspraak te dier zake beperken tot dit oordeel".

Il est ainsi admis aux Pays-Bas qu'il peut être mis fin à des «plaintes» en cassation, qui n'ont aucune chance d'aboutir et qui ne présentent aucun intérêt par une motivation très brève.

En 2002, en matière civile, 174 rejets sur 303 ont été traités de cette manière pour 151 rejets sur 290 en 2001. En ce qui concerne les affaires pénales, l'article 81 RO a été appliqué à 483 rejets sur 675, pour 654 rejets sur 736 en 2001. En matière fiscale, l'article 81 RO a été appliqué en 2002 à 211 rejets sur 495 et en 2001 à 196 rejets sur 481. (Rapport annuel 2001-2002 – Hoge Raad der Nederlanden, 55, 61 et 67).

Une disposition analogue à celle de l'article 81 RO permettrait de traiter les affaires devant la Cour de manière simplifiée. Cela a déjà été proposé par la Cour de cassation dans le Rapport annuel 2001 à la page 486.

Une disposition analogue existe en droit français: selon la loi du 25 juin 2001, une formation restreinte de trois magistrats peut déclarer non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation. Cette disposition est largement appliquée.

Le législateur pourrait envisager cette possibilité dans les cas où, déjà actuellement, il permet à la Cour de siéger dans une formation restreinte à trois conseillers.

8. *Code judiciaire, articles 741 et suivants*

En ce qui concerne les conclusions, les articles 741 et suivants du Code judiciaire font état de 'conclure', ensuite de 'dépôt' des conclusions au greffe et ensuite de leur 'communication' à la (aux) partie(s) adverse(s).

En vertu de l'article 747, lorsque le juge a fixé des délais pour conclure, les conclusions 'communiquées' après l'expiration des délais sont d'office écartées des débats. Dans l'hypothèse d'une lecture littérale, la 'communication' à l'expiration des délais entraînerait ladite sanction. Il résulte toutefois du rapprochement de l'article 747 et des articles 742, 745 et 746 qui le précèdent qu'en principe seules les conclusions 'déposées' au greffe après l'expiration du délai fixé par le juge sont écartées des débats (voir en ce sens : Cass., 23 mars 2001, C.97.0270.N, n° 158). Cela semble le plus logique : le cachet du greffe portant la date constitue l'élément pertinent pour le contrôle exercé par le juge. En outre, les conclusions remises sont adressées 'en même temps' à la partie adverse (article 745) : le juge qui peut difficilement contrôler cela, peut supposer que tout est 'en ordre', et que si ce n'est pas le cas des problèmes déontologiques éventuels peuvent surgir pour lesquels l'Ordre des avocats devra intervenir. Le législateur devrait en tout cas apporter quelques éclaircissements.

En outre, l'article 747 provoque (trop) d'incidents de procédure (Rapport annuel 2002, p. 125-127) auxquels il pourrait être mis fin par une intervention du législateur.

Les articles 749 à 753 du Code judiciaire concernant la fixation donnent aussi lieu à d'importantes difficultés (voir par ex. en ce qui concerne la portée de la sanction prévue à l'article 751, § 1^{er}, alinéa 4: Cass., 27 septembre 2001, C.99.0153.N, Rapport annuel 2002, p. 118-119).

Aux termes de l'article 751, § 1^{er}, la partie la plus diligente peut requérir un jugement réputé contradictoire à l'égard de la partie qui est défaillante lors de l'introduction ou à une audience ultérieure ou qui n'a pas conclu dans le délai fixé. La situation visée à l'article 751 coïncide avec la situation du défaut (Rapport annuel 2002, p.180-181). La procédure est 'réputée' contradictoire uniquement en ce qui concerne les possibilités de recours. Ainsi la partie adverse ne peut faire opposition.

Une lecture littérale de l'article 751 permettrait qu'une partie demande l'application de ladite sanction à l'égard d'une partie qui a déjà conclu mais qui omet de prendre des conclusions additionnelles. Cela semble contraire à la disposition de l'article 804, alinéa 2, du Code judiciaire: en vertu de cet article la procédure est contradictoire à l'égard d'une partie qui a comparu conformément aux articles 728 –729 du Code judiciaire et a déposé des conclusions au greffe ou à l'audience (voir par ex. aussi: Cass., 17 décembre 1998, Pas. 1998, n° 524; Cass., 15 décembre 1995, Pas. 1995, n° 554).

La formulation de l'article 751 devrait donc être adaptée. L'objectif est uniquement de sanctionner la partie qui n'a encore déposé (aucune) conclusions au greffe ou à l'audience. Dès qu'elle a pris des conclusions, la procédure se déroule contradictoirement.

Il s'ensuit qu'il faudrait donner la préférence à une révision globale du Code judiciaire en ce sens que le juge pourrait jouer un rôle plus actif sans être gêné de manière excessive par des réglementations formalistes telles qu'elles existent actuellement. On pourrait envisager à cet égard la désignation d'un Commissaire Royal.

C'est d'autant plus le cas que l'introduction du dossier électronique, suppose des adaptations importantes du droit judiciaire, tel qu'il ressort des travaux du groupe de travail 'e-justice'. Le dossier électronique ne suppose d'ailleurs pas uniquement des modifications apportées au Code judiciaire mais aussi au Code civil et à un certain nombre de dispositions fiscales.

9. *Code d'instruction criminelle : procédure par défaut.*

La loi du 12 février 2003 modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne le défaut et abrogeant l'article 421 du même Code (M.B. du 28 mars 2003, ed. 4, 15914) dispose

notamment que sous certaines conditions, si le prévenu ne comparaît pas en personne ou par un avocat, après avoir comparu à l'audience d'introduction, le jugement rendu sera réputé contradictoire et sera signifié au prévenu à la requête du ministère public.

La loi ne précise toutefois pas le point de départ des délais des recours (appel, cassation) qui peuvent être introduits contre de telles décisions « réputées contradictoires ».

Aux termes des travaux parlementaires (Doc. Parl. Sénat, 2002-2003, n° 2-1356/2,5) le point de départ du délai pour former le recours prendrait cours à partir du prononcé du jugement réputé contradictoire.

Le sens de la signification légalement obligatoire d'une telle décision est toutefois peu claire à défaut d'effet juridique.

En tout cas l'absolue sécurité juridique est une condition essentielle dans le régime des recours et il est donc indiqué que la loi soit précisée sur ce point.

10. Code d'instruction criminelle, articles 525 jusque et y compris 540

La procédure de règlement de juges réglée de manière fragmentaire par le Code d'instruction criminelle (articles 525 jusque et y compris 540) pourrait faire l'objet d'une procédure adaptée, actuelle, simplifiée et complètement élaborée.

11. Loi du 4 août 1996, article 52, alinéa 2

Il résulte des termes actuels de l'article 52, alinéa 2, de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, qu'un délégué syndical suppléant, qui n'est pas membre de la délégation syndicale, ne bénéficie de la protection à laquelle se réfère cette disposition, que dans la mesure où et aussi longtemps que ledit délégué syndical suppléant remplace le délégué syndical effectif (Cass., 10 février 2003, RG S.02.0068.F, à paraître à la Pas. 2003, avec concl. M.P.).

Les termes de la loi sont certes ce qu'ils impliquent, mais la solution est peu satisfaisante eu égard au régime habituel de protection des travailleurs protégés effectifs et suppléants. Il y a, en l'espèce, un manque de cohérence.

Il semblerait dès lors opportun, d'une part, de remplacer, dans l'article 52, alinéa 2, première phrase, précité, les termes « les membres de la délégation syndicale » par les termes « les délégués syndicaux effectifs et suppléants », et, d'autre part, de remplacer, dans le même article 52, alinéa 2, seconde phrase, les termes « à la date du début de leur mission » par les termes « à la date du début de la mission que la délégation syndicale est chargée d'exercer ».

CHAPITRE VIII - RAPPORT DES ACTIVITÉS DU PARQUET PRÈS LA COUR DE CASSATION AU COURS DE L'ANNÉE JUDICIAIRE 2002-2003

Le présent rapport a été rédigé et approuvé, conformément aux prescriptions l'article 346, § 2, 2° du Code judiciaire, par l'assemblée de corps du parquet qui s'est réunie le 25 juin 2003.

Ce rapport comprend deux parties:

1. un rapport sur le fonctionnement au cours de l'année judiciaire 2002-2003
2. des propositions d'optimisation du fonctionnement du parquet et de son secrétariat.

SECTION 1 - RAPPORT SUR LE FONCTIONNEMENT AU COURS DE L'ANNÉE JUDICIAIRE 2002-2003

§ 1. Le personnel du parquet et de son secrétariat

A. ORGANIGRAMME DES MAGISTRATS DU PARQUET (PAS DE MODIFICATION)

1 procureur-général (N)

1 premier avocat général (F)

11 avocats généraux (6N et 5F) – cinq membres apportent la preuve de leur connaissance de la langue française et de la langue néerlandaise; un membre apporte la preuve de sa connaissance de la langue allemande.

1 avocat général délégué (N)

soit 14 magistrats au total.

B. ORGANIGRAMME DES RÉFÉRENDAIRES, MAGISTRATS DÉLÉGUÉS ET ATTACHÉS AU SERVICE DE LA DOCUMENTATION ET DE LA CONCORDANCE DES TEXTES

- Sur le cadre légal des quinze référendaires, la formation réelle est de 13¹, dont cinq (3N et 2F) sont placés sous l'autorité du procureur général (cfr. art. 135bis, alinéa 2, du Code judiciaire);

- 8 magistrats délégués (1 à temps plein et les autres présents 1 jour par semaine) sont occupés à la Cour sous l'autorité et la direction du premier président et du procureur général;

- 7 attachés (6 statutaires et 1 contractuel) sont occupés par le service de la documentation et de la concordance des textes sous l'autorité et la direction du premier président et du procureur général.

Il a été demandé de porter le nombre des référendaires à 20 le 2 décembre 1001 ainsi que le nombre des attachés à 10 le 24 mars 2003.

¹ Ce nombre est de 15 au 1^{er} septembre 2003.

C. ORGANIGRAMME DU SECRÉTARIAT (PAS DE MODIFICATION)

1 secrétaire en chef (N)

1 secrétaire chef de service (F)

1 secrétaire (F)

4 secrétaires adjoints (2N) (2 places vacantes)

1 gestionnaire de bibliothèque (1F)

2 rédacteurs (2N)

4 employés (2N – dont un délégué dans la fonction de secrétaire adjoint + 1F et 1N contractuels)

3 agents administratifs(N)

1 assistant technique judiciaire (N)

§ 2. Les tâches des magistrats et de leurs collaborateurs**A. LES TÂCHES JUDICIAIRES DES MAGISTRATS**

La mission essentielle des magistrats du parquet est de conclure dans chacune des affaires fixées aux audiences de la Cour (art. 1105 C. jud.). Pour ce faire, il leur faut procéder à une étude préalable du dossier de la procédure, des mémoires en cassation, de la jurisprudence et de la doctrine et établir les conclusions qu'ils prendront oralement ou par écrit devant les chambres de la Cour

Cette tâche est déterminée par la spécificité de la fonction du ministère public près la Cour à savoir:

A partir d'une analyse des problèmes juridiques qui ont entraîné un pourvoi en cassation, examiner de manière totalement indépendante et impartiale, et plus simplement dans l'intérêt de la loi, les solutions possibles et les justifier conformément à la jurisprudence de la Cour, dont l'unité doit toujours être garantie, en tenant compte des besoins de la société pouvant justifier une évolution de la législation.

Dans cette optique, le parquet est idéalement placé du fait des contacts externes qu'il peut engager, contrairement aux magistrats du siège, afin, si besoin en est, d'apporter des compléments d'information à la Cour.

La loi du 14 novembre 2000 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'intervention du ministère public dans la procédure devant la Cour de cassation, a apporté des modifications importantes à cette procédure (voir notamment les articles 1105 et 1107 concernant les conclusions écrites): cela implique qu'une copie des conclusions écrites doit être transmise aux parties avec la mention de la date de fixation afin de leur donner la possibilité de réagir à

ces conclusions par exemple en déposant une note. Depuis l'entrée en vigueur de la loi précitée – le 29 décembre 2000 – le nombre de conclusions écrites du ministère public a considérablement augmenté.

Le service des audiences est réparti entre les magistrats du parquet de la manière suivante (pas de modification):

- affaires civiles et commerciales (1^{ère} chambre)
 - Chambre N : quatre avocats-généralistes
 - Chambre F : trois avocats-généralistes

- affaires pénales (2^{ème} chambre)
 - Chambre N : le procureur-général et trois avocats-généralistes
 - Chambre F : deux avocats généraux

- affaires sociales (3^{ème} chambre)
 - Chambre N : un avocat général
 - Chambre F : le premier avocat général

- les affaires fiscales N et F fiscale sont fixées à la 1^{ère} chambre N et F.

- affaires disciplinaires :
 - Affaires N : le procureur général
 - Affaires F : le premier avocat général

Le cas échéant, ces magistrats sont remplacés par un membre du parquet

- l'assistance judiciaire (N et F) : deux avocats généraux

Cette spécialisation n'empêche pas les magistrats d'occuper, par exemple en raison des nécessités du service (Code judiciaire, art. 133, dernier alinéa), le siège du ministère public dans une autre chambre

La création d'une chambre à trois conseillers (au lieu de cinq) a permis de fixer plus d'affaires, ce qui a eu un effet bénéfique sur le déroulement de la procédure en cassation, mais a augmenté la charge de travail des avocats généraux : ils sont en effet amenés à conclure dans plus d'affaires au cours d'un plus grand nombre d'audiences. Il faut à cet égard relever que si l'effectif de la Cour a été augmenté en 1997 de quatre conseillers, l'effectif du parquet

ne l'a été que de deux unités. Une augmentation du nombre de membres du personnel du parquet a été demandée au ministre de la Justice mais n'a pas été accordée (voir infra).

Les quatorze magistrats du ministère public ont assumé cette fonction durant l'année judiciaire envisagée au cours de 227 audiences, plus spécialement:

83 de la 1^{ère} chambre (39 F et 44 N),

83 de la 2^{ème} chambre (42 F et 41 N),

41 de la 3^{ème} chambre (21 F et 20 N),

20 audiences de vacation (10 F et 10 N),

Ils ont ainsi traité un nombre total de 3098 affaires.

Au cours de l'année judiciaire 2001-2002 ils sont intervenus au cours de 243 audiences.

Il faut aussi relever que les missions du parquet de cassation se sont sensiblement alourdies à la suite de l'entrée en vigueur des lois du 12 mars 1998, l'une relative à l'amélioration de la procédure pénale, l'autre modifiant le Code judiciaire et le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne la procédure en dessaisissement sur la base de laquelle de nombreux dossiers sont soumis à la Cour de cassation. 87 affaires ont été instruites au total.

Une tâche traditionnelle des magistrats du parquet est la rédaction de sommaires et de notes relatifs aux arrêts de la Cour qui sont publiés.

Si l'on sait que l'on prévoit la publication d'environ 750 arrêts au cours de l'année judiciaire 2002-2003 on conçoit l'importance de cette tâche.

La loi charge aussi le parquet de cassation de missions qui dépassent le cadre des avis donnés aux chambres de la Cour.

Il s'agit notamment de :

- la dénonciation sur ordre du ministre de la Justice ainsi que l'avis préalable du parquet de cassation (C. jud., art. 610 et 1088 et C.I.C., art.441) (7 dénonciations au cours de l'année judiciaire envisagée);

- les pourvois dans l'intérêt de la loi (C. jud., art. 612 et 1089 et C.I.C., art. 442); il revient ainsi au procureur général de dénoncer d'office les décisions rendues en dernier ressort contraires aux lois ou aux formes de procéder contre lesquelles aucune partie ne s'est pourvue en cassation, ou qui révèlent des divergences persistantes d'interprétation d'un point de droit;

- les demandes de dessaisissement (C. jud., art. 651 et C.I.C., art. 542);

- les recours en annulation d'un règlement en application de l'article 501 du Code judiciaire.

- le procureur près la Cour a aussi la mission légale (C. Jud., art. 345, alinéa 2) lors de l'ouverture de l'année judiciaire, de prononcer un discours en assemblée générale et publique sur un sujet convenable à la circonstance: cette année le discours a été prononcé par Monsieur le premier avocat général Leclercq sur le thème: "La notion d'accident survenu dans le cours de l'exécution du contrat de travail, dans la doctrine des arrêts de la Cour".

- deux magistrats du parquet exercent, indépendamment de leurs fonctions au sein de la Cour de cassation, les fonctions de ministère public auprès de la Cour de justice Benelux. Depuis l'assemblée générale tenue à Copenhague le 26 mars 2001, Monsieur Jean du Jardin, procureur général près la Cour de cassation, exerce la fonction de premier avocat général chef du parquet de la Cour de Justice Benelux. Monsieur Jean-François Leclercq, premier avocat général près la Cour de cassation, y fait fonction d'avocat général suppléant.

D'autres données, notamment statistiques, relatives au fonctionnement du ministère public près la Cour figurent dans le présent rapport annuel de la Cour.

B. INVENTAIRE DES TÂCHES DES RÉFÉRENDAIRES, DES MAGISTRATS DÉLÉGUÉS ET DES ATTACHÉS AU SERVICE DE LA DOCUMENTATION ET DE LA CONCORDANCE DES TEXTES AU PROFIT DU PARQUET

- Référendaires: ils prêtent assistance, compte tenu de leur cadre actuel encore incomplet (15, pour 30 magistrats du siège et pour 14 magistrats du parquet) tout d'abord aux magistrats du siège de la chambre à laquelle ils sont affectés et, si nécessaire, au ministère public notamment dans la préparation des conclusions... Ils rédigent des notes de synthèse et rassemblent la documentation nécessaire (jurisprudence, doctrine, travaux préparatoires). Les référendaires se sont vus confier 104 tâches par le parquet au cours de l'année judiciaire envisagée.

- Magistrats délégués: ceux-ci sont chargés d'études générales qui ne sont pas nécessairement liées à un dossier, ainsi que de la vérification de la traduction des résumés d'arrêts établis par le parquet.

- Attachés au service de la documentation et de la concordance des textes: en ce qui concerne leurs tâches plus particulièrement en rapport avec le parquet, ils traduisent les résumés établis par le parquet, les conclusions du ministère public ainsi que la mercuriale du procureur général.

Leur nombre insuffisant a un effet néfaste sur les délais de publication des arrêts. Le retard pris par la publication des arrêts dans la Pas. et les A.C., alors que leur diffusion par Internet est assurée de manière pratiquement immédiate, appelle d'urgence une solution pour éviter que la situation n'empire, au détriment de l'image de marque que la Cour et son parquet peuvent donner par le truchement de la jurisprudence.

Ce retard est notamment dû à l'effectif trop réduit des traducteurs travaillant au sein de la Cour. L'attention du ministre de la Justice a déjà été attirée sur ce grave problème, par une lettre du 24 mars 2003, assortie d'une demande insistante pour que le cadre des traducteurs soit augmenté de trois unités. Jusqu'ores il n'y a pas été donné de suite. Ce cadre n'a plus été augmenté depuis sa création en 1973 alors que le nombre d'arrêts rendus par la Cour était à l'époque de 1164 et qu'il est en 2002 de 3214.

C. LES CONCLUSIONS PRISES PAR LE MINISTÈRE PUBLIC AU COURS DE L'ANNÉE JUDICIAIRE 2001-2002

Introduction

Les avocats généraux prennent dans toute affaire dont la Cour est saisie, des conclusions qui sont soit orales, soit écrites.

Nous nous permettons de nous référer au rapport du parquet 2001-2002 qui décrit cette tâche de manière circonstanciée sous le point 2.3.a

Il faut rappeler que lorsque ces conclusions sont écrites elles constituent une pièce de la procédure qui suit le sort de l'arrêt. Elles sont donc en principe accessibles sur Internet en même temps que les arrêts. Les conclusions qui sont prononcées verbalement à l'audience, mais dont la synthèse est publiée au Bulletin des Arrêts de la Cour, figurent également sur Internet

Le ministère public limite la prise de conclusions écrites aux cas où elles peuvent constituer un ajout doctrinal à la règle induite de l'arrêt, ou apporter des éclaircissements utiles à la compréhension de la *ratio decidendi*.

Conclusions les plus importantes prises au cours de l'année judiciaire 2002-2003 et destinées à être publiées

(i) Droit civil, droit commercial et droit économique

- La notion de « vendeur » dans la loi sur les pratiques du commerce, Cass., 13 septembre 2002, C.. 01.0220.N
- Le régime légal appliqué aux provisions d'honoraires accordées au curateur au cours des opérations de liquidation de la faillite, Cass., 11 octobre 2002, C.01.0235.N
- La compétence du curateur pour réclamer la réparation du dommage subi par la masse, Cass., 24 octobre 2002, C.00.0476.N et C.00.0477.N
- Les effets contractuels de la prorogation d'un bail commercial malgré l'épuisement du droit des preneurs d'en demander le renouvellement, Cass., 24 octobre 2002, C.01.0137.F
- L'application du principe général du droit "fraus omnia corrumpit" en cas de concours entre la faute intentionnelle de l'auteur d'une infraction et l'imprudence ou la négligence de la victime, Cass., 6 novembre 2002, P.01.1108.F

- Le droit de recours de l'assureur de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs contre le conducteur qui a causé un accident du roulage, Cass., 8 novembre 2002, C.00.0159.N
- L'autorité de la chose jugée au civil attachée à la décision d'une juridiction d'instruction qui retient une cause de justification, Cass., 28 novembre 2002, C.01.0102.F
- L'appréciation des circonstances graves et objectives dont le juge peut tenir compte pour avancer la date de la cessation des paiements antérieurement à la date du jugement de faillite, Cass., 10 janvier 2003, C.01.0418.N
- Les conditions de l'ébranlement de crédit d'une société anonyme dissoute et mise en liquidation, Cass., 6 mars 2003, C.01.0598.F
- L'emprunt d'une chose viciée en l'absence du propriétaire et la notion de gardien, Cass., 20 mars 2003, C.02.0437.F
- La subrogation de l'assureur du locataire d'un véhicule faisant l'objet d'un crédit-bail, qui a payé au bailleur l'indemnité de résiliation stipulée en cas de destruction du véhicule, dans les droits de son assuré contre le tiers responsable, Cass., 26 mars 2003, P.02.1609.F
- Les conditions de renouvellement du bail en cas de pluralité de preneurs, Cass., 11 avril 2003, C.99.0368.N
- Le caractère illicite de l'avantage résultant de la perte de rémunérations provenant d'un travail au noir, Cass., 14 mai 2003, P.02.1204.F
- Le calcul de l'indemnité de congé à laquelle le concessionnaire peut prétendre en cas de cessation unilatérale de la concession de vente exclusive accordée pour une durée indéterminée, Cass., 16 mai 2003, C.00.0375.N
- La compensation après faillite par rapport à la compensation en général, Cass., 26 juin 2003, C.01.0528.F
- L'adjudicataire suite à une saisie immobilière et la notion d'acquéreur au sens de l'article 12 de la loi sur les baux commerciaux, Cass., 19 juin 2003, C.01.0381.F

(ii) Droit judiciaire

- La notion « d'autorité administrative » à l'égard de la décision d'un conseil de classe délibérant d'un établissement d'enseignement libre, Cass., ch. réunies, 6 septembre 2002, C.01.0382.N
- La notion « d'autorité administrative » à l'égard de la politique de recrutement d'une université libre, Cass., ch. réunies, 6 septembre 2002, C.02.0177.N
- Le moment de la communication des pièces en cas de fixation par le président, des délais pour conclure, Cass., 3 octobre 2002, C.01.0511.F
- Le droit aux honoraires du notaire désigné dans le cadre d'une saisie exécution immobilière, Cass., 24 octobre 2002, C.00.0724.F
- Les conditions requises en cas d'extension ou de modification de la demande en degré d'appel, Cass., 29 novembre 2002, C.00.0729.N
- Le désaveu d'une élection de domicile faite dans une citation, Cass., 6 mars 2003, C.02.0114.F

- L'incidence d'un arrêt préjudiciel, rendu par la Cour d'arbitrage en cours de procédure en cassation, sur la recevabilité du pourvoi dirigé contre la décision par laquelle la cour d'appel donne une interprétation définitive de la disposition légale au sujet de laquelle elle a posé la question préjudicielle, Cass., 20 mars 2003, C.02.0437.F
- Le point de départ du délai fixé par le juge prononçant une astreinte avant que l'astreinte puisse être encourue, Cass., 28 mars 2003, C.99.0446.N
- Les conséquences du rejet du pourvoi en cassation en ce qui concerne le fait d'encourir une astreinte infligée par l'arrêt attaqué, Cass., 28 mars 2003, C.02.0248.N
- L'intérêt à interjeter appel dans le chef de l'appelant ayant fondé sa demande originaire sur son droit de propriété et ayant cédé son immeuble en cours d'instance, Cass., 24 avril 2003, C.00.0561.F et C.01.0004.F
- L'élection de domicile devant le premier juge et sa mention au cours d'une instance ultérieure not. en cassation, Cass., 30 mai 2003, C.00.0670.N
- L'exception d'incompétence soulevée au cours de la procédure de suspension devant le Conseil d'Etat, Cass., ch. réunies, 13 juin 2003, C.02.0552.N
- La compétence du Conseil d'Etat à l'égard d'une autorité administrative qui a constaté qu'il n'y avait ni cas fortuit ni cas de force majeure, Cass., ch. réunies, 13 juin 2003, C.02.0557.N

(iii) Droit fiscal

- L'autorisation qui doit être donnée par le juge des saisies en cas de saisie-arrêt simplifiée en matière fiscale, Cass., 12 septembre 2002, C.01.0070.N
- La notion de commandement en matière d'impôt sur les revenus et sa conséquence sur l'interruption de la prescription, Cass., 10 octobre 2002, C.01.0067.F
- La révision de la déduction de la T.V.A. sur les biens d'investissements faisant l'objet d'un usufruit, Cass., 11 octobre 2002, C.01.0103.N
- Le droit de ne pas procéder au recouvrement des droits d'importation en cas d'erreur commise par les autorités douanières compétentes, Cass., 8 novembre 2002, C.00.0356.N
- L'obligation existant dans le chef du receveur de la T.V.A. de justifier une demande de consignation des sommes dues, Cass., 3 janvier 2003, C.00.0318.N
- Le contrôle par le juge des saisies de la régularité de la retenue des excédents T.V.A., Cass., 3 janvier 2003, C.00.0116.N
- Détermination de la quotité forfaitaire d'impôt étranger dans le cadre de la Convention belgo-coréenne du 29 août 1977 préventive de double imposition, Cass., 9 janvier 2003, F.00.0109.F
- Conséquences de la signification d'un commandement pour une dette d'impôt contestée, Cass., 21 février 2003, C.01.0287.N
- L'invocation, en matière d'impôts sur les revenus, devant la cour d'appel du grief pris de l'absence de titre pour établir une imposition, Cass., 13 mars 2003, F.01.0074.F
- Détermination des dispositions des législations sociales et fiscales applicables à l'avantage résultant de l'octroi de chèques-repas, Cass., 8 mai 2003, F.01.0053.F
- L'obligation pour l'administration d'établir une nouvelle imposition pour remplacer une imposition déclarée nulle, Cass., 16 mai 2003, F.01.0081.N

- Déductibilité des frais accessoires au titre de charges professionnelles pour un contribuable non soumis à l'arrêté royal du 8 octobre 1976 relatif aux comptes annuels des entreprises, Cass., 12 juin 2003, F.02.0001.F

(iv) Droit social

- Le droit à l'aide sociale de l'étranger contre qui il ne peut pas être procédé matériellement à un éloignement, Cass., 7 octobre 2002, S.00.0165.F

- La notion de cohabitation du chômeur ayant charge de famille, Cass., 7 octobre 2002, S.01.0109.F

- Principe de légalité au profit de l'O.N.S.S. et négligence de sa part, Cass., 25 novembre 2002, S.00.0036.F

- La notion d'accident du travail intentionnellement provoqué par la victime, Cass., 25 novembre 2002, S.01.0172.F

- Les notions de transporteur de choses et d'exploitant dans la sécurité sociale des travailleurs salariés, Cass., 9 décembre 2002, S.01.0096.F

- La prescription de l'action en paiement des allocations de péréquation dues en cas d'accident du travail, Cass., 9 décembre 2002, S.01.0104.F

- La notion d'ordre définitif de quitter le territoire en matière d'aide sociale accordée à un étranger, Cass., 23 décembre 2002, S.97.0056.F

- La notion de trajet en rapport direct avec l'exécution du contrat de travail en matière de trajets assimilés, en cas d'accident sur le chemin du travail, Cass., 13 janvier 2003, S.00.0007.F

- Accident sur le chemin du travail et trajet normal parcouru par le travailleur à plusieurs reprises en vue d'exécuter le travail convenu, Cass., 27 janvier 2003, S.00.0122.F

- La protection en règle inexistante du délégué syndical suppléant lorsque la délégation syndicale est chargée d'exercer les missions du comité pour la prévention et la protection au travail, Cass., 10 février 2003, S.02.0068.F

- La base légale de la disposition réglementaire suivant laquelle, en matière d'allocations aux handicapés, il n'est tenu compte de la séparation de fait des conjoints ou de la fin de la cohabitation des personnes qui sont établies en ménage, que pour autant que ces situations durent depuis un an au moins, Cass., 7 avril 2003, S.01.0135.F

- Principe de légalité, respect dû aux anticipations légitimes d'autrui et répétition de l'indu en matière d'allocations familiales pour travailleurs salariés, Cass., 26 mai 2003, S.01.0108.F

- La validité de la clause de non-concurrence dans les contrats de travail d'ouvrier et d'employé, Cass., 30 juin 2003, S.02.0098.F

(v) Droit pénal et procédure pénale

- Les conséquences de la radiation temporaire du registre des experts comptables externes sur le droit de porter le titre d'expert-comptable, Cass., 10 septembre 2002, P.01.0577.N

- Le délai dans lequel le juge pénal doit statuer sur une demande de récusation d'un juge, Cass., 17 septembre 2002, P.02.0386.N – P.02.0602.N – P.02.0662.N

- L'interdiction pour la chambre des mises en accusation, saisie du règlement de la procédure, d'entendre le juge d'instruction en dehors de la présence des parties, Cass., 25 septembre 2002, P.02.0954.F
- Les conditions de l'immatriculation obligatoire des véhicules à moteur circulant en Belgique, Cass., Ch. Réunies, 25 septembre 2002, P.02.0153.F
- L'autorité de la chose jugée au civil attachée à la décision d'une juridiction d'instruction qui retient une cause de justification, Cass., 28 novembre 2002, C.01.0102.F
- Le principe de compétence universelle de la loi du 16 juin 1993, modifiée par la loi du 10 février 1999, relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, Cass., 12 février 2003, P.02.1139.F
- La notion «d'offre au public » en cas de loteries, Cass., 4 mars 2003, P.02.0892.N
- La notion «d'exercice de l'activité d'une entreprise d'investissement », Cass., 4 mars 2003, P.02.0978.N
- L'application de la notion de « faute commise sciemment et volontairement » à des infractions commises par une personne physique identifiée et par une personne morale responsable, Cass., 4 mars 2003, P.02.1249.N
- La notion de « sinistre causé intentionnellement » dans le contrat d'assurance terrestre afin d'exclure la garantie de la personne civilement responsable, Cass., 25 mars 2003, P.02.0607.N – P.02.1097.N
- Les indications dans le document de transport en cas de transport par route de marchandises dangereuses, Cass., 25 mars 2003, P.02.1349.N

(vi) Droit public et administratif

- La naissance du droit à une indemnité lorsque les pouvoirs publics ne se sont pas prononcés en temps utile sur l'expropriation envisagée, Cass., 13 décembre 2002, C.00.0261.N

§ 3. Autres tâches du parquet

Les magistrats du parquet assurent encore d'autres tâches qui ne sont pas strictement judiciaires.

On citera plus particulièrement les tâches suivantes:

- (1) L'avis donné à la Commission « détention préventive inopérante » instituée par la loi du 13 mars 1973.

Cette Commission a traité au cours de l'année judiciaire envisagée par le présent rapport 34 dossiers, soit 8 dossiers F et 26 dossiers N.

- (2) La participation à des réunions en groupes de travail internes comme :

- la participation du procureur général aux assemblées générales de la Cour lorsque le Code judiciaire requiert sa présence .

- - la participation du procureur général à la réunion des présidents de section de la Cour concernant les activités des différentes chambres.

-- les réunions du parquet qui ont lieu toutes les deux semaines et où des problèmes juridiques et de gestion sont discutés. Des réunions à composition restreinte sont organisées en plus de ces réunions plénières, par exemple par les magistrats chargés des affaires pénales, ceci en vue de l'interprétation uniforme des nouvelles dispositions pénales. Il en ressort que le parquet travaille comme une équipe dynamique.

-- le groupe de travail composé du procureur général et des avocats généraux chargés d'établir un rapport d'évaluation législative intégré dans le rapport annuel de la Cour de cassation (voir les Rapports annuels de la Cour sous la rubrique de *lege ferenda*-propositions du ministère public). Le but est de suggérer des modifications législatives à la suite des arrêts rendus par la Cour (Doc. Parl. Sénat, 1998-1999, n° 918).

- le comité d'accompagnement 'internet' et le groupe de travail 'Cass. 2000' chargés de coordonner l'informatisation et le site internet de la Cour de cassation.

- le jury du concours d'accès à la fonction de référendaire près la Cour de cassation.

- la direction et la formation des référendaires et des magistrats délégués de la Cour de cassation.

-- la commission spécialisée de la documentation de la Cour de cassation.

-- le service d'information de la presse à propos d'arrêts pouvant intéresser l'opinion publique.

-- le Conseil de la formation professionnelle au barreau de cassation.

-- la contribution et la participation à la rédaction du rapport annuel de la Cour. La rubrique « de *lege ferenda* » est rédigée exclusivement par le parquet (voir infra).

- la commission du rapport annuel de la Cour.

- la participation du parquet au groupe de travail mixte « siège-parquet » chargé de l'examen et de l'élaboration de propositions de réforme de la procédure de cassation en matière répressive.

(3) La participation des magistrats du parquet à des commissions et groupes de travail externes.

Les magistrats du parquet estiment que ces tâches externes sont indispensables pour maintenir le contact avec la réalité sociale.

Il s'agit notamment des tâches suivantes :

- la participation à la Conférence permanente des chefs de corps de la Cour de cassation et des cours d'appel où l'on cherche à résoudre les problèmes actuels concernant l'administration de la justice;

la participation au groupe de travail « Juridat » via la conférence permanente des chefs de corps de la Cour de cassation, des cours d'appel et des cours du travail, chargé de la coordination des sites internet des cours et tribunaux et des banques de données de la jurisprudence au niveau fédéral;

- la présidence de la Cellule de traitement des informations financières par un avocat général près la Cour de cassation;

- l'appartenance à la Commission centrale de la Documentation (niveau fédéral);

- l'appartenance au Conseil supérieur de la Justice;

- l'appartenance à la Commission nationale de la magistrature;
- l'appartenance au Centre de l'étude de l'application du droit communautaire en matières fiscales et pénales;
- l'appartenance à la Commission «Tribunaux de l'application des peines, statut juridique des détenus et fixation de la peine »;
- la participation à divers groupes de travail du projet Phenix relatif à l'informatisation du pouvoir judiciaire;
- les magistrats du parquet sont encore chargés de la formation permanente des magistrats et des stagiaires judiciaires, notamment en droit judiciaire, en droit pénal économique et financier ainsi que du programme de formation des magistrats des cours suprêmes africaines;
- à la demande du barreau de cassation, des magistrats du parquet collaborent au programme de formation aux procédures en cassation;
- des magistrats du parquet assument, dans les limites légales, des charges d'enseignement dans des universités et des écoles, notamment des écoles de police, pour dispenser des cours, entre autres, de droit judiciaire, de droit fiscal, de droit pénal des affaires, de droit pénal comparé, de protection de la jeunesse, de droit allemand.
- un avocat général a assisté aux réunions du SPF-Justice concernant l'évaluation de la fonction d'attaché au service de la documentation et de la concordance des textes dans le cadre de la réforme Copernic.

Il faut aussi mentionner l'appartenance à l'Association d'étude comparée du droit en Belgique et aux Pays-bas, les visites, les visites de travail ou contacts professionnels du parquet avec les services nationaux ou étrangers, notamment avec les services de la bibliothèque des Parlements fédéraux, régionaux et communautaires, le Conseil supérieur de la Justice, le Hoge Raad der Nederlanden, la Cour de cassation de France, les visites de la Cour suprême d'arbitrage de la fédération de Russie.

On ne peut omettre de signaler aussi la désignation, sur la proposition du Gouvernement, d'un magistrat du parquet de cassation comme juge ad hoc près la Cour internationale de Justice de La Haye.

Plusieurs magistrats du parquet contribuent à l'évolution de la doctrine par leurs publications et leur participation à des journées d'étude, colloques et séminaires en tant que rapporteur.

Monsieur le procureur général J. du Jardin a participé du 2 au 4 octobre 2002 à la Cinquième Conférence Eurojustice à Visby (Suède). Il y a fait une communication sur les tâches du parquet de la Cour de cassation de Belgique.

La Cour de cassation et son parquet ont reçu du 3 au 20 décembre 2002 la visite de magistrats tchadiens désireux de parfaire leur formation. Le procureur général émérite Piret s'est rendu à N'Djamena au siège de la Cour suprême du Tchad du 6 au 16 février 2003 pour rencontrer le souhait de la délégation tchadienne de bénéficier de l'expérience du parquet de la Cour de cassation.

Le procureur général J. du Jardin s'est rendu à Moscou du 21 au 26 avril 2003, accompagnant la délégation présidée par le premier président de la Cour et composée du président et d'un président de section.

Cette visite s'inscrivait dans le cadre des entretiens et des échanges d'expérience entre les cours suprêmes russe et belge en matière du règlement de contentieux commerciaux. M. du Jardin a spécialement développé le thème de la procédure de la reconnaissance et de l'exécution sur le territoire belge des décisions rendues dans les Etats membres de la Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988) relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Le 24 mai 2003 le procureur général a été appelé en consultation par l'informateur M. Di Rupo qui a tenu à s'entretenir avec lui des problèmes que rencontre la Justice en général, et la Cour de cassation en particulier.

Monsieur le procureur général J. du Jardin a participé du 1^{er} au 3 juin 2003 à la quatrième Conférence des procureurs généraux d'Europe qui a eu lieu à Bratislava (Slovaquie), et qui avait pour thème: "La place institutionnelle du ministère public dans la justice pénale en Europe". Quarante cinq pays y étaient représentés.

§ 4. Inventaire des tâches du secrétariat

Les tâches du secrétariat ont déjà fait l'objet d'une description détaillée dans le rapport annuel 2001-2002.

A. INFORMATISATION DE LA JURISPRUDENCE

Comme il a déjà été remarqué le parquet et son secrétariat sont représentés dans divers groupes de travail, internes et externes, qui sont chargés de l'informatisation du pouvoir judiciaire, à savoir la coordination des sites internet de la Cour et du pouvoir judiciaire (Juridat). C'est dans cette optique que l'on étudie l'amélioration des procédures en vue de la consultation des banques de données de la jurisprudence

B. LE PROJET PHENIX

Il a pour but d'unifier et de moderniser les systèmes informatiques utilisés par le pouvoir judiciaire. Il doit aussi permettre de créer et de gérer des dossiers électroniques. Deux avocats généraux et le secrétaire en chef suivent ces travaux, non seulement lorsque ceux-ci peuvent concerner directement la Cour de cassation, mais également lorsque certaines questions de principe sont abordées, concernant notamment la séparation des pouvoirs et les exigences de la confidentialité (secret professionnel, secret de l'instruction, respect de la vie privée).

Au cours de l'année judiciaire envisagée ils ont participé au total à quatre réunions de travail et ont reçu plusieurs cd-roms concernant l'analyse fonctionnelle, parmi lesquels deux sont destinés à être commentés.

Il faut remarquer que la charge de travail des membres du personnel du secrétariat n'a pas été allégée du fait que la formation du personnel a été augmentée de deux membres comme prévu par l'arrêté royal du 17 février 2002 (M.B. 27 février 2002), puisqu'un secrétaire adjoint a quitté le secrétariat après six mois à peine et que trois membres du secrétariat ont été longuement absents pour cause d'incapacité de travail.

Beaucoup de temps a aussi été consacré à des réunions en vue de l'adaptation du statut du secrétaire en chef et du secrétaire, de la description des fonctions et de l'évaluation dans le cadre de la réforme Copernic.

SECTION 2 - PROPOSITIONS D'OPTIMALISATION DU FONCTIONNEMENT DU PARQUET ET DE SON SECRÉTARIAT

Optimaliser une fonction doit être le souci permanent de ceux qui l'exercent. Cela implique la prise en considération simultanée de plusieurs paramètres touchant, pour ce qui concerne le parquet près la Cour de cassation, des facteurs intellectuels, administratifs et techniques.

Quant aux magistrats du parquet, l'optimisation de leur travail dont la charge augmente d'année en année, rend un accroissement de leur nombre absolument nécessaire comme cela a déjà été exprimé, en vain, dans les Rapports annuels de la Cour. Le ministre de la Justice a, par sa lettre du 5 février 2002, bien voulu considérer qu'il s'agissait là d'une nécessité incontestable mais cette déclaration de bonne intention est restée lettre morte.

Cet accroissement devrait aller de pair avec une amélioration de l'assistance juridique et administrative (voir le rapport 2001-2002, chapitre II, p. 25).

§ 1. L'assistance juridique

Nous avons insisté dans notre rapport annuel sur l'assistance juridique qui peut être apportée par les référendaires; l'expérience accumulée au cours des dernières années nous prouve que leur utilité et leur efficacité ne peuvent être contestées. Mais ils sont encore toujours trop peu nombreux. L'article 135bis du Code judiciaire prévoit un nombre maximum de trente. Le nombre actuel (13), dont seulement 4 se trouvent sous l'autorité du procureur général, ne répond plus aux nécessités du service, ce qui est d'ailleurs aussi le cas pour les (4) référendaires francophones.

Il fut demandé au ministre de la Justice le 2 décembre 2002 de porter ce nombre à 20. Deux rappels datant du 19 mars 2003 et du 30 avril 2003 sont restés sans réponse.

Il faut remarquer à cet égard qu'aux Pays-Bas, le Hoge Raad dispose d'un 'Wetenschappelijk bureau' comprenant plus de cinquante juristes, dont la tâche est comparable à celle de nos référendaires.

§ 2. L'assistance administrative

L'assistance administrative souhaitée consisterait à pouvoir disposer d'un collaborateur pour deux ou trois magistrats, ce qui équivaldrait à une extension du secrétariat de quatre unités.

Il est un fait qu'il est de plus en plus nécessaire de faire appel à un système informatique efficace, comme il fut déjà remarqué dans les rapports annuels précédents. Le manque d'informaticien au sein du secrétariat se fait cruellement ressentir au détriment d'une bonne exécution des nombreuses tâches que doivent accomplir le parquet et son secrétariat.

Il faut aussi veiller à une diffusion aussi rapide que possible des arrêts de la Cour et des conclusions du ministère public. Afin de permettre cette diffusion dans les deux langues, il faut accroître de manière drastique la formation du personnel du Service de la documentation et de la concordance des textes qui s'occupent principalement des traductions, surtout en ce qui concerne les francophones. Tout retard dans les traductions entraîne un retard dans la diffusion des arrêts et des conclusions, ce qui porte préjudice non seulement aux juridictions

mais aussi à tout le monde juridique qui est constitué notamment d'avocats, de facultés de droit et des justiciables en général.

Il est possible d'agir sur l'arriéré de la Cour grâce aux efforts fournis par les magistrats mais aussi par les services logistiques.

Appelé en consultation par l'informateur, M. Di Rupo, le 24 mai 2003, le procureur général a eu l'occasion d'attirer son attention notamment sur le manque manifeste d'appui juridique et administratif dont souffre son parquet.

Conclusion

Le maintien de ces efforts requiert l'existence d'un appui logistique suffisant ce qui suppose l'accroissement du corps des référendaires ainsi que du service de traduction, du greffe et du secrétariat du parquet.

CHAPITRE IX - LA COUR DE CASSATION EN CHIFFRES

INTRODUCTION

Ce chapitre donne et analyse comparativement les chiffres de l'année civile 2002 ainsi que les données les plus importantes des premiers six mois de l'année 2003. La dernière section énonce les perspectives actuelles.

La Cour répertorie les affaires sous les lettres suivantes :

C : le droit privé et le droit public ainsi que le droit fiscal (sauf les impôts directs)

D : le droit disciplinaire

F : le droit fiscal (impôts directs)

G : l'assistance judiciaire

P : le droit pénal

S : le droit social.

La première chambre traite les affaires C, D et F.

La deuxième chambre traite les affaires P.

La troisième chambre traite principalement les affaires S et occasionnellement aussi les affaires C et F.

Chaque chambre comprend une section française et une section néerlandaise.

Les affaires G relèvent du bureau d'assistance judiciaire.

SECTION 1 - CHIFFRES DE L'ANNÉE 2002

§ 1. Données globales pour l'année civile 2002

Le nombre d'affaires nouvelles décroît très légèrement depuis 1999, la tendance étant plus spécialement marquée en matière sociale ('dossiers S') et fiscale ('dossiers F'). Le solde positif – soit la différence entre le nombre d'arrêts rendus et celui des affaires nouvelles – augmente de façon significative sous l'effet combiné de la diminution limitée du flux des introductions et de l'accroissement considérable du nombre d'arrêts. Alors que l'expérience montre qu'une réduction du nombre d'affaires nouvelles entraîne fréquemment une réduction du nombre d'arrêts, on doit constater que tel n'a pas été le cas.

D'un point de vue d'ensemble, on n'observe pas de véritable arriéré. L'évolution est d'ailleurs favorable également dans les sections où la maîtrise des flux entrants s'est révélée la plus problématique par le passé.

Pour l'année 2002, la répartition des affaires nouvelles entre les deux rôles linguistiques a été de 57 % dans le rôle néerlandais et de 43 % dans le rôle français ; la distribution varie toutefois selon les matières.

Graphiques 1, 2 et 3

§ 2. Données par matières

A. DOSSIERS C

Le 'rôle C', qui regroupe les affaires en matière civile, en matière commerciale, en matière administrative et en matière d'impôts indirects, a été, par le passé, la principale source de l'arriéré de la Cour. Aujourd'hui, le nombre d'affaires à traiter est repassé sous la barre des mille unités, ce qui implique que la durée moyenne de traitement d'un dossier est inférieure à deux ans.

L'évolution du nombre d'affaires nouvelles depuis 2000 fait apparaître une réduction constante dans le rôle français et une augmentation constante dans le rôle néerlandais. Une des raisons de cette dernière tendance peut être recherchée dans la résorption de la majeure partie de l'arriéré dans le rôle néerlandais, ce qui augmente l'attractivité d'un recours en cassation.

Le nombre d'arrêts rendus dans le rôle néerlandais a augmenté et a atteint un nouveau maximum. Dans le rôle français, les flux entrants et sortants sont en équilibre.

Il en résulte que la durée moyenne de traitement est à peu près égale dans les deux rôles linguistiques, de l'ordre de quinze mois.

Graphiques 4, 5 et 6

B. DOSSIERS D

Les chiffres relatifs aux dossiers D, qui regroupent les pourvois en cassation introduits dans le cadre de procédures disciplinaires des professions libérales, ne présentent pas une importance suffisante que pour en tirer des enseignements statistiques pertinents. Pour la plupart, ces affaires font l'objet d'un traitement rapide, notamment pour la raison que le pourvoi est suspensif en cette matière.

Graphiques 7, 8 et 9

C. DOSSIERS F

Le flux entrant est, en cette matière, remarquablement réduit, alors que des milliers d'affaires sont toujours pendantes devant les cours d'appel. Dans les deux sections, le nombre d'arrêts rendus excède celui des affaires nouvelles. Celles-ci ne sont pas traitées par priorité, bien qu'il ait été initialement décidé de les éliminer rapidement. Le nouveau droit de la procédure en matière fiscale, en vigueur depuis 1999, n'est pas applicable à ces anciennes affaires pour lesquelles la Cour est contrainte de continuer à utiliser les anciennes règles de procédure, ce qui n'est pas de nature à simplifier le traitement de ces dossiers. Fin 2003, la durée de traitement des affaires fiscales sera certainement inférieur à un an dans les deux sections.

Graphiques 10, 11 et 12

D. DOSSIERS P

La comparaison du nombre des affaires nouvelles et de celui des arrêts rendus atteste de l'effort extrême fourni par la section néerlandaise pour réduire toujours davantage le nombre d'affaires restant à juger. La section française maintient à cet égard son rythme de travail à un excellent niveau qu'elle ne pourrait, elle non plus, que difficilement améliorer.

Dans les deux sections, un dossier est désormais traité dans un délai moyen de trois mois, ce qui apparaît parfaitement raisonnable compte tenu des règles de la procédure pénale. Conformément à la loi relative à la détention préventive, les dossiers concernant cette matière sont traités dans un délai de quinze jours.

Graphiques 13, 14 et 15

E. DOSSIERS S

Le nombre de pourvois en matière sociale est peu élevé, en constante diminution. La durée moyenne de traitement est inférieure à un an en cette matière où l'on n'observe donc pas d'arriéré. Les chiffres de la section française révèlent un raccourcissement significatif des délais. Ceux de la section néerlandaise demeurent constants, présentant un équilibre entre les flux entrant et sortant.

Graphiques 16, 17 et 18

F. DEMANDES D'ASSISTANCE JUDICIAIRE

Le nombre des demandes d'assistance judiciaire a diminué pour la première fois depuis de nombreuses années. Il est malaisé d'en identifier la cause. La politique menée, qu'il s'agisse du seuil des ressources financières ou du filtre que constitue le défaut manifeste de fondement de la requête, est, quant à elle, demeurée constante.

Graphiques 19, 20 et 21

§ 3. Les résultats des pourvois en cassation ¹

Le taux de cassation en matière civile reste relativement élevé, ce qui s'explique par l'assistance obligatoire d'un avocat de cassation pour ce type d'affaires. Le taux de cassation, de 40 %, se situe dans la moyenne des dernières années.

Le taux de cassation est plus élevé encore en matière sociale. Toutefois, le nombre relativement réduit d'affaires incite à une certaine réserve dans l'analyse. Vraisemblablement les avocats du barreau de cassation procèdent-ils à une sélection particulièrement stricte en cette matière.

On observe à nouveau des taux extrêmement bas en matière pénale, de l'ordre de 9%, ce qui est indicatif du fait que, dans ce type d'affaires, de nombreux pourvois sont introduits inutilement. L'explication s'en trouve dans la combinaison des coûts de procédure très réduits et de l'absence d'obligation de recourir à un avocat spécialisé.

Graphiques 22 et 23

¹ Les pourcentages mentionnés tiennent compte des désistements de pourvoi qui sont assimilés aux rejets. Ils excluent par contre les contentieux particuliers tels que les demandes de dessaisissement.

§ 4. Les résultats par chambres et par sections

Le nombre d'arrêts prononcés par chambres et par sections n'a d'intérêt pour le citoyen que dans la mesure où ces chiffres permettent d'évaluer la durée vraisemblable d'une procédure devant la Cour selon la chambre devant laquelle l'affaire est pendante.

Pour la Cour, ces chiffres constituent un outil de gestion interne qui permet de mieux équilibrer, quand le besoin s'en fait sentir, les apports des magistrats et référendaires.

A. PREMIÈRE CHAMBRE

La section néerlandaise de la 1^{ère} chambre a rendu 531 arrêts. Cela représente un doublement par rapport à 1998. Il paraît évident que ce chiffre ne sera plus atteint à l'avenir, ce que les chiffres au 30 juin 2003 montrent d'ailleurs. Le rapport annuel 1999 (p. 242) faisait état de l'objectif, pour la 1^{ère} chambre néerlandaise, de rendre annuellement 500 arrêts dans un délai de quatre ans. Cet objectif a donc été réalisé.

La première chambre française demeure constante à un niveau de 275 arrêts, environ, ce qui constitue une augmentation de 10 % par rapport à la période de 1991-1998. Le nombre d'arrêts doit cependant être encore augmenté pour réduire davantage la durée moyenne de traitement des dossiers, quinze mois constituant à cet égard un objectif raisonnable.

Graphiques 24, 25 et 26

B. DEUXIÈME CHAMBRE

Les résultats de la 2^{ème} chambre correspondent à ceux relatifs aux dossiers P.

Graphique 27

C. TROISIÈME CHAMBRE

Outre les affaires sociales qui constituent leur domaine d'activité essentiel, les deux sections de la 3^{ème} chambre ont traité un certain nombre de dossiers en d'autres matières.

La 3^{ème} chambre française a développé une activité intense au cours de la période. On n'observe de retard dans aucune des deux sections.

Graphiques 28, 29, 30

SECTION 2 - CHIFFRES DU PREMIER SEMESTRE 2003

Le détail des chiffres du premier semestre 2003 se présente comme suit :

Type de dossiers	Rôle linguistique	A juger au 1/1/2003	Nouveaux dossiers	Arrêts prononcés	A juger 30/06/2003
C	Nl.	630	190	216	604
	Fr.	338	140	163	315
	Tot.	968	330	379	919
F	Nl.	74	25	16	83
	Fr.	68	8	31	45
	Tot.	142	33	47	128
S	Nl.	59	27	43	43
	Fr.	107	30	58	79
	Tot.	166	57	101	122
D	Nl.	22	10	13	19
	Fr.	6	6	6	6
	Tot.	28	16	19	25
P	Nl.	486	561	689	358
	Fr.	189	395	430	154
	Tot.	675	956	1119	512

L'évolution au cours du 1^{er} semestre 2003 est assez comparable à l'évolution durant l'année 2002.

Le nombre d'affaires nouvelles au 30 juin 2003 est en stagnation dans toutes les matières.

Le nombre d'affaires à juger continue de diminuer par rapport à l'année précédente, dans toutes les matières également. Le nombre d'arrêts est en moindre diminution que celui des affaires nouvelles, de sorte que la résorption de l'arriéré s'accélère. Le nombre d'affaires à traiter a diminué dans tous les types d'affaires par rapport au 30 juin 2002.

SECTION 3 - PERSPECTIVES

Les progrès réalisés d'un point de vue quantitatif sont satisfaisants à tous égards. Les précédents rapports annuels avaient mis en évidence que seules certaines sections étaient confrontées à un problème d'arriéré et que des efforts devaient y être déployés. Ces efforts ont été fournis ; l'arriéré de la 1^{ère} chambre, qui symbolisait l'arriéré de la Cour, est aujourd'hui ramené à des proportions acceptables et sera ultérieurement encore réduit, la perspective d'une durée moyenne de traitement égale à un an en matière civile étant envisageable à court terme.

La Cour reste néanmoins confrontée à la difficulté de traiter rapidement les affaires qui lui sont soumises en maintenant la qualité de ses décisions, répondant en cela à l'attente du justiciable. Un certain nombre de mesures sont de nature à résoudre ce problème.

Le recours à des chambres composées de trois conseillers constitue l'une de ces mesures. La loi autorise cette composition dans les affaires dont la solution est évidente. La Cour utilise cette possibilité principalement à la 1^{ère} chambre néerlandaise où les besoins étaient les plus grands. Cette expérience s'est avérée très positive. Certaines affaires peuvent être traitées de manière simplifiée par des chambres à trois conseillers, ce qui permet à la Cour d'accorder une attention plus soutenue à des dossiers dans lesquels elle doit exercer sa fonction normative.

Bien sûr, d'autres pistes peuvent également être explorées, comme une autorisation légale, de portée générale, de motiver sommairement les décisions relatives aux affaires qui ne soulèvent aucune question de droit d'intérêt général.

L'efficacité qui caractérise le traitement du contentieux soumis à la Cour rend aujourd'hui superflue toute mesure importante de nature légale ou en ce qui concerne son organisation. Le défi actuel porte plus sur l'approfondissement et l'affinement de sa jurisprudence, ce qui, hormis une extension du corps des référendaires, ne requiert aucune intervention pour servir plus avant la société d'une façon efficace.

ANNEXE - COMPOSITION DE LA COUR DE CASSATION AU 1^{ER} SEPTEMBRE 2003

Direction générale : le président I. Verougstraete

PREMIERE CHAMBRE

Direction : le président I. Verougstraete

Section française

le président de section Parmentier

les conseillers Echement

Storck

Batselé

Fettweis

Plas

Matray

Velu

Gosseries

Suppléants :

les conseillers de Codt

Close

Dejemeppe

Section néerlandaise

le président Verougstraete

le président de section Boes

les conseillers Waûters

Suetens-Bourgeois

Londers

Dirix

Stassijns

Fettweis

Suppléants :

les conseillers Dhaeyer

Goethals

Maffei

Debruyne

DEUXIEME CHAMBRE

Direction : le président de section M. Lahousse

Section française

le président de section Lahousse

les conseillers Fischer
de Codt

les conseillers Close
Mathieu
Dejemeppe

Section néerlandaise

le président de section Forrier

les conseillers Dhaeyer
Huybrechts

les conseillers Goethals
Frère
Maffei
Debruyne
Van hoogenbemt

Suppléants :

les conseillers Storck
Fettweis
Matray
Velu

Suppléants :

le conseiller Fischer
le président de section Boes
les conseillers Suetens-Bourgeois
Londers

TROISIEME CHAMBRE

Direction : le président I. Verougstraete

Section française

le président de section Parmentier

les conseillers Echement

Storck

Plas

Matray

Velu

Gosseries

Section néerlandaise

le président Verougstraete

le président de section Boes

le conseillers Waûters

Dhaeyer

Suetens-Bourgeois

Dirix

Stassijns

Suppléants :

les conseillers Close

Batselé

Suppléants :

les conseillers Huybrechts

Frère

Van hoogenbemt

BUREAU D'ASSISTANCE JUDICIAIRE

Président : Monsieur F. Fischer

Présidents-suppléants : Messieurs J.-P. Frère et A. Fettweis

Ministère public pour les trois chambres et le bureau d'assistance judiciaire :

M. le procureur général, M. le premier avocat général et Mme et MM. les avocats généraux

MINISTERE PUBLIC

Procureur général : Monsieur J. du Jardin

Premier avocat général : Monsieur J.-F. Leclercq

Avocats généraux : Messieurs

M. De Swaef

G. Bresseleers

Madame A. de Raeve

Messieurs G. Dubrulle

X. de Riemaecker

J. Spreutels

A. Henkes

R. Loop

P. Duinslaeger

Th. Werquin

M. Timperman

D. Thijs (délégué)

REFERENDAIRES

B. De Temmerman

A. Bossuyt

Th. Emiquin

A. De Wolf

V. Van Overmeire

S. Mosselmans

G. Van Haeghenborg

I. Boone

D. De Roy

G.-F. Raneri

M. Traest

D. Patart

P. T'Kindt

P. Lecroart

S. Lierman

MAGISTRATS DELEGUES

D. Kreit

P. Blondeel

V. Dooms

K. Moens

M.-R. Monami

M. Bosmans

A. Smetryns

F. Stévenart Meeûs

GREFFIERS

Greffier en chef : M. E. Sluys

Greffier-chef de service : Mme K. Merckx

Greffiers et greffiers adjoints :

M.J. Massart

J. Pigeolet

A. Clément

F. Adriaensen

D. Bierlaire

Ph. Van Geem

P. Van Den Abbeel

F. Gobert

L. De Prins

Chr. Danhiez

SECRETARIAT DU PREMIER PRESIDENT

Secrétaire de cabinet: Madame A. Clément

SECRETARIAT DU PARQUET

Secrétaire en chef: Monsieur E. Derdelinckx
Secrétaire-chef de service: Monsieur E. Ruytenbeek
Secrétaire : Monsieur D. Messelier
Secrétaires adjoints: Mesdames
N. Van den Broeck
I. Neckebroek (délégué)

SERVICE DE LA CONCORDANCE DES TEXTES

Directeurs : Monsieur L. Vande Velde
 Monsieur R. Leune

Attaché chef de service:

Madame M. Kindt

Premier attaché: Madame A.-F. Latteur

Attachés :

Monsieur D. Huys

Monsieur S. De Wilde

Madame V. Bonaventure

SERVICE DE LA DOCUMENTATION

Monsieur B. Docquier

GESTIONNAIRE DE LA BIBLIOTHEQUE

Madame N. Hanssens-Laigaux