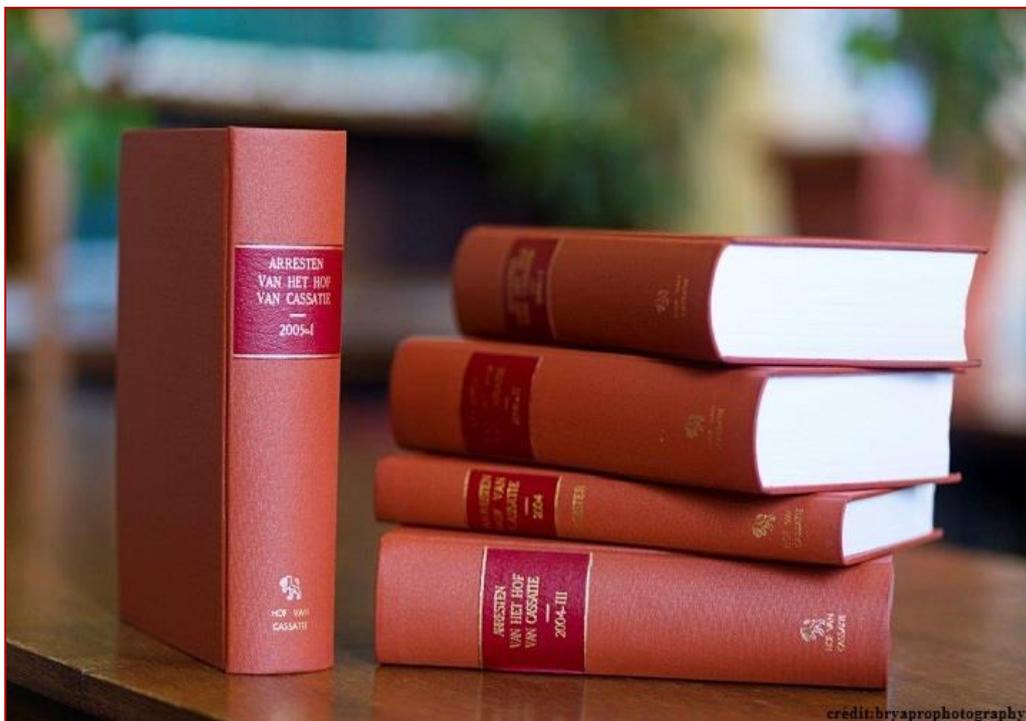


## Quelques arrêts importants



credit: bryap photography

Dans ce chapitre sont présentés, par matière, les arrêts les plus importants rendus par la Cour en 2023.

Une distinction est opérée entre, d'une part, les arrêts dits « clés » et, d'autre part, les autres arrêts importants. Les premiers concernent des arrêts qui présentent un intérêt particulier pour le développement de la jurisprudence ou pour l'interprétation de dispositions législatives déterminées, ou encore qui sont particulièrement pertinents d'un point de vue social ou sociétal. Ils font ainsi l'objet d'un exposé plus approfondi, et sont placés dans une perspective doctrinale et jurisprudentielle. Les autres arrêts importants sont exposés plus succinctement, en se limitant à la règle que la Cour a formulée dans chaque arrêt.

Dans la version électronique du présent rapport, accessible notamment sur les sites du SPF Justice<sup>1</sup> et *Stradalex*<sup>2</sup>, le texte intégral des arrêts résumés ci-après est accessible par le biais d'un lien hypertexte contenu dans le numéro de rôle de chaque arrêt renvoyant à *Juportal*, ou via un lien hypertexte mentionné en dessous de chaque arrêt résumé renvoyant à la base de données ECLI.

La Cour de cassation est, dans les résumés qui suivent, aussi identifiée par « la Cour », au moyen d'une lettre « C » majuscule. La référence à une cour d'appel ou du travail se distingue par un « c » minuscule.

Les textes figurant dans ce chapitre ne constituent pas une interprétation authentique des arrêts qu'ils résumet et ne lient pas la Cour.

## A. ARRÊTS-CLÉS

### Droit économique

#### ***Notion d'entreprise – Article I.1., alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, du Code de droit économique – Toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant – Organisation***

Arrêt du 23 novembre 2023 ([C.23.0023.N](#)) et les conclusions de Monsieur l'avocat général H. Vanderlinden

En vertu de l'article I.1, alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, du Code de droit économique, pour l'application de ce code, on entend, sauf disposition contraire, par entreprise : « chacune des organisations suivantes : (a) toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant ; (b) toute personne morale ; (c) toute autre organisation sans personnalité juridique ».

La Cour a été invitée dans différentes causes à faire la clarté sur les conditions sous lesquelles une personne physique peut être qualifiée d'entreprise. En pratique, c'est surtout dans le contexte de la faillite que cette question se révèle pertinente. Il s'agit, en effet, de savoir quand une personne physique (par exemple un administrateur de société) peut bénéficier des règles d'effacement prévues par le droit de la faillite.

Dans un arrêt du 18 mars 2022<sup>3</sup>, la première chambre francophone a, sur les conclusions conformes de Monsieur l'avocat général Ph. de Koster, dit pour droit qu'une personne physique ne peut être qualifiée d'entreprise que lorsqu'elle constitue une organisation consistant en un agencement de moyens matériels, financiers ou humains en vue de l'exercice d'une activité professionnelle à titre indépendant. La Cour a précisé à cette occasion qu'il s'ensuit que l'administrateur de société qui exerce sa fonction en dehors d'une organisation qui lui est propre n'est pas une entreprise au sens de l'article I.1, alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, du Code de droit économique.

La même chambre a confirmé cette jurisprudence dans un arrêt du 9 février 2023<sup>4</sup>.

Plusieurs auteurs ont adopté une autre position à cet égard, soutenant, entre autres arguments, qu'il n'y a pas lieu d'attacher une quelconque définition particulière à la notion d'entreprise et qu'il ne s'agit pas d'une condition autonome complémentaire. Selon cette vision, toute personne qui exerce une activité à titre indépendant est *ipso facto* une « organisation »<sup>5</sup>. De l'avis de la doctrine, l'existence d'une « organisation » n'est qu'une condition d'application indépendante qui vise les « autres organisations sans personnalité juridique », qui sont décrites dans les travaux préparatoires comme des organisations qui sont porteuses de propres droits et obligations et qui

---

<sup>1</sup> [https://justice.belgium.be/fr/ordre\\_judiciaire/cours\\_et\\_tribunaux/cour\\_de\\_cassation/jurisprudence](https://justice.belgium.be/fr/ordre_judiciaire/cours_et_tribunaux/cour_de_cassation/jurisprudence).

<sup>2</sup> <https://www.stradalex.com>.

<sup>3</sup> Voy. Cass. 18 mars 2022, RG C.21.0006.F, *D.A.O.R.* 2022/144, p. 23, note W. DERIJCKE, *J.D.S.A.* 2022, p. 83, note J. RENARD et V. GHAZOUANI, *J.T.* 2022, p. 324, note Z. PLETINCKX, *R.C.J.B.* 2023, p. 359, note J. HENRI, *R.P.S.-T.R.V.* 2022, p. 495, note N. APPERMONT et J. VANMALLEGHEM.

<sup>4</sup> Voy. Cass. 9 février 2023, RG C.22.0264.F, *J.L.M.B.* 2023, p. 564, note, *R.E.D.I.* 2023, p. 50.

<sup>5</sup> Voy. not. A. VAN HOE et N. APPERMONT, « Iedereen onderneming: wat met vennootschapsbestuurders », *T.B.H.* 2019, p. 502, n° 29. Voy. aussi P. MOINEAU et Fl. ERNOTTE, « Les gérants et administrateurs personnes physiques face au nouveau droit de la faillite », *J.L.M.B.* 2019, p. 717, n° 25.

participent, en tant que telles, au commerce juridique<sup>6</sup>. *A contrario*, cette doctrine se montre critique envers l'application du critère de l'« organisation » aux personnes physiques qui exercent une activité professionnelle à titre indépendant.

En dépit de cette critique, la Cour confirme, dans un arrêt rendu en audience plénière le 23 novembre 2023 et sur les conclusions conformes du ministère public, les précédents arrêts rendus en la matière en langue française. La Cour considère qu'une personne physique ne peut être qualifiée d'entreprise au sens de l'article I.1, alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, du Code de droit économique que lorsqu'elle démontre constituer une entreprise consistant en un agencement de moyens matériels, financiers ou humains qui lui sont propres, en vue de l'exercice d'une activité professionnelle à titre indépendant.

([ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20231123.1N.1](#))

## Droit fiscal

### ***Impôt sur les revenus – Dégrèvement d'office – Fait nouveau probant – Constat de l'inconstitutionnalité d'une disposition réglementaire par le pouvoir judiciaire – Autorité de la chose jugée***

Arrêt du 27 octobre 2023 ([F.22.0067.F](#))

Le litige ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour du 27 octobre 2023 portait sur une demande de dégrèvement d'office de cotisations à l'impôt des personnes physiques introduite par les demandeurs en cassation. L'article 376 du Code des impôts sur les revenus 1992<sup>7</sup> (ci-après « C.I.R.92 ») encadre strictement pareille demande. Entre autres exigences, elle doit s'appuyer sur des documents ou faits nouveaux probants, étant précisé par le texte que n'est pas considéré comme un élément nouveau, un nouveau moyen de droit ni un changement de jurisprudence<sup>8</sup>. Ainsi libellée, cette disposition laisse la place à l'interprétation. De longue date, l'administration admet que les arrêts de la Cour constitutionnelle sont des faits nouveaux probants au sens de l'article 376 du C.I.R.92<sup>9</sup>. La haute juridiction l'a expressément confirmé le 8 novembre 2006<sup>10</sup> en ce qui concerne ses arrêts rendus sur question préjudicielle. Elle ajoute qu'interpréter autrement cette disposition fiscale reviendrait à méconnaître les principes d'égalité et de non-discrimination inscrits aux articles 10, 11 et 172, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Constitution. La même conclusion s'impose-t-elle lorsqu'un juge de l'ordre judiciaire écarte une disposition réglementaire inconstitutionnelle sur le pied de l'article 159 de la Constitution ? Une telle décision est-elle un fait nouveau ? L'arrêt frappé de pourvoi a répondu par la négative, s'agissant de plusieurs arrêts des cours d'appel anversoise<sup>11</sup> et gantoise<sup>12</sup> qui ont écarté l'article 18, § 3, alinéa 2, de l'arrêté royal du 27 août 1993 d'exécution du C.I.R.92 et auxquels l'administration a entendu se conformer par circulaire<sup>13</sup>. Ce faisant, le juge d'appel s'est inscrit dans le courant jurisprudentiel majoritaire<sup>14</sup>. A la lecture des décisions rendues en ce sens, on constate que certains esprits restent marqués par les arrêts de la Cour constitutionnelle des 26 novembre 2020<sup>15</sup> et 13 octobre 2022<sup>16</sup>. Ces deux arrêts ne peuvent néanmoins avoir

<sup>6</sup> Voy. Projet de loi portant insertion du livre XX "Insolvabilité des entreprises" dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 29.

<sup>7</sup> Arrêté royal du 27 août 1993 d'exécution du Code des impôts sur les revenus 1992, *M.B.*, 13 septembre 1993, p. 20105.

<sup>8</sup> Dans un arrêt du 21 décembre 2017, la Cour a jugé que « constituent seuls des faits ou des documents nouveaux, ceux qui sont de nature à faire une preuve qui n'a pas été faite antérieurement et que le redevable n'était pas en mesure de produire ou d'alléguer avant l'expiration des délais de réclamation ou de recours » (voy. Cass. 21 décembre 2017, RG F.15.0098.N, *Pas.* 2017, p. 2509, n° 728, et les conclusions de Monsieur le procureur général D. THUIS). Voy. aussi Cass. 2 décembre 1999, RG F.96.0072.N, *Pas.* 1999, I, p. 1615, n° 652 ; Cass. 30 avril 1968, *Pas.* 1968, I, p. 1021.

<sup>9</sup> Voy. Circulaire administrative n° Ci.RH.862/536.019 du 4 mai 200.

<sup>10</sup> Voy. C. const. 8 novembre 2006, n° 160/2006, cons. B.7 : « il n'est pas raisonnablement justifié de ne pas accorder de dégrèvement d'office au redevable taxé en application d'une disposition dont il a été jugé qu'elle est inconstitutionnelle et dont l'administration ne considère pas que la question de sa constitutionnalité doit à nouveau être posée à la Cour d'arbitrage, alors que ce dégrèvement est accordé à celui qui invoque des "faits nouveaux probants" ».

<sup>11</sup> Voy. Anvers 24 janvier 2017, RG 2015/AR/117.

<sup>12</sup> Voy. Gand 24 mai 2016 et 20 février 2018, RG 2015/AR/1235.

<sup>13</sup> Voy. la circulaire 2018/C/57 du 15 mai 2018.

<sup>14</sup> Voy. les nombreuses références citées par A. RAYET, « Le dégrèvement d'office », *RGC.F.* 2021, p. 361, n° 68, note 169. Voy. *contra*, en jurisprudence, Civ. Bruxelles (fr.) 31 juillet 2020, *F.J.F.* 2021, p. 186 ; Civ. Gand 31 janvier 2019, *R.A.B.G.* 2019, p. 558, note H. SYMOENS. Voy. *contra*, en doctrine, T. ANDRIES et J. VANDEN BRANDEN, « Arrest van de Raad van Staat – Nieuw feit of geen nieuw feit – *That's the question ?* », note sous Cass. 21 décembre 2017, *T.F.R.* 2020, p. 79 : « *Verder valt uit niets af te leiden dat enkel een arrest van het GwH als nieuw feit dient te worden aanzien en dat andere uitspraken die ook oordelen over de geldigheid van aan rechtsnorm – lees de non-conformiteit van een bepaalde norm met een hogere rechtsnorm – moeten worden uitgesloten van het toepassingsgebied der nieuwe feiten* ».

<sup>15</sup> Voy. C. const. 26 novembre 2020, n° 160/2020. Voy. not., pour une critique de cet arrêt, L. BOUSEZ, « Le constat d'inconstitutionnalité en tant que motif de dégrèvement d'office ? Oui, mais pas n'importe lequel ! », *RGC.F.* 2022, pp. 152-155 ; A. RAYET, « Le dégrèvement d'office », *op. cit.*, p. 362, n° 70-71.

<sup>16</sup> Voy. C. const. 13 octobre 2022, n° 126/2022.

la portée qu'on se plaît parfois à leur reconnaître<sup>17</sup>. On rappellera que, dans le premier arrêt, le juge constitutionnel a décidé que « [l']article 376 du [C.I.R.92] n'est [...] pas incompatible avec les articles 10, 11 et 172 de la Constitution, dans l'interprétation selon laquelle les décisions des cours et tribunaux constatant l'inconstitutionnalité d'une disposition réglementaire en matière fiscale ne constituent pas un élément nouveau qui entre en considération pour le dégrèvement d'office de surtaxes »<sup>18</sup>, entre autres motifs parce que « si l'article 376 du [C.I.R.92] devait être interprété en ce sens qu'une [...] décision des cours et tribunaux, en-dehors du litige dans lequel l'inconstitutionnalité a été constatée, doit être considérée par l'administration fiscale comme un élément nouveau susceptible de donner lieu à un dégrèvement d'office de surtaxes, la décision juridictionnelle précitée se verrait attribuer une autorité qui n'est pas conforme à l'article 159 de la Constitution »<sup>19</sup>. La Cour constitutionnelle a réaffirmé sa position dans le second arrêt de 2022. Force est cependant de constater que ces arrêts se bornent à dire que, dans l'interprétation où un constat d'illégalité d'un juge judiciaire ne constitue pas un fait nouveau, l'article 376 du CIR ne viole pas les principes d'égalité et de non-discrimination. Ils ne se disent pas que l'interprétation contraire constituerait une telle violation. Par ailleurs, le juge constitutionnel est sans compétence pour contrôler la conformité d'une norme de rang légal à l'article 159 de la Constitution, de sorte que ses considérations sur l'autorité des décisions des cours et tribunaux ne s'imposent pas au pouvoir judiciaire. La Cour avait donc toute latitude pour apprécier le bien-fondé du moyen du redevable qui reprochait à la décision attaquée d'avoir considéré que le constat d'inconstitutionnalité de l'article 18, § 3, alinéa 2, de l'arrêté d'exécution du C.I.R.92 posé par les cours d'appel d'Anvers et de Gand dans d'autres affaires ne répondait pas à la notion de « fait nouveau » susceptible de fonder un dégrèvement d'office. La Cour rejette le moyen en ces termes : il suit des articles 376, § 1<sup>er</sup> et § 2, du C.I.R.92, de l'article 159 de la Constitution et de l'article 23 du Code judiciaire que « lorsqu'un juge écarte l'application d'une réglementation en raison de son inconstitutionnalité, cette décision revêtue de l'autorité de la chose jugée entre les parties ne constitue pas, pour un tiers redevable, un fait nouveau probant, mais un nouveau moyen de droit ou un changement de jurisprudence ». La raison doit être recherchée dans l'étendue de l'autorité de la chose jugée des décisions judiciaires. En effet, tandis que les arrêts préjudiciels de la Cour constitutionnelle jouissent d'une autorité de la chose jugée « relative renforcée »<sup>20</sup>, la Cour rappelle qu'en vertu de l'article 23 du Code judiciaire, l'autorité de la chose jugée des cours et tribunaux n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet de la décision. Cela suppose que la chose demandée soit la même, que la demande repose sur la même cause et que la demande soit entre les mêmes parties, *quod non in casu*. Le ministère public avait conclu en faveur d'une conception élargie de l'autorité de la chose jugée.

[\(ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20231027.1F.7\)](#)

## Procédure pénale

### ***Régularité de la preuve en matière pénale – Jurisprudence « Antigone » – Article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale – Violation du droit à un procès équitable – Irrégularités intentionnelles ou assimilées – Exclusion de la preuve***

Arrêts du 4 avril 2023 ([P.22.1730.N](#)) et du 25 avril 2023 ([P.23.0081.N](#))

Les deux affaires portaient sur des questions similaires, à savoir la perquisition illégale d'une habitation en vue de constater des faits liés à la prostitution.

Dans la première affaire (P.22.1730.N), la police, après avoir parcouru un site web contenant des annonces relatives à des services sexuels, a soupçonné que des activités sexuelles étaient pratiquées dans une chambre d'hôtel contre rémunération, sous la forme d'un « *gangbang* », c'est-à-dire des activités sexuelles auxquelles plusieurs personnes peuvent participer simultanément ou consécutivement. Aucune réservation n'était requise. Avec l'aval du ministère public, certains policiers se sont présentés pour participer à la « fête » en tant que « clients ». Une fois à l'intérieur, ils ont révélé leur véritable identité et ont commencé leur enquête, qui a fourni les éléments de preuve litigieux.

Dans la seconde affaire (P.23.0081.N), sur la base d'annonces en ligne du même acabit, la police a suspecté deux femmes de se livrer à des activités sexuelles rémunérées dans un même logement privé. Dans ce cas-ci, les policiers ont pris rendez-vous en se présentant comme des clients. Ils ont pénétré dans le logement après que la porte leur a

<sup>17</sup> En doctrine, voy. T. SAS, « *Ambtshalve ontheffing en wijziging jurisprudentie : het ene nieuwe feit is het andere niet* », note sous C. const. 26 novembre 2020, n° 160/2020, T.F.R. 2021, p. 763 : « *de hoven en rechtbanken zullen zich moeten schikken naar het arrest van het Grondwettelijk Hof. Een rechtscollege zal niet meer kunnen beslissen om rechtspraak van de hoven en rechtbanken, waarin de ongrondwettigheid van een bepaling wordt vastgesteld, te beschouwen als nieuw feit dat een ambtshalve ontheffing rechtvaardigt. Het arrest is bindend, minstens moet het rechtscollege een nieuwe vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof* ».

<sup>18</sup> Voy. C. const. 26 novembre 2020, n° 160/2020, cons. B.9.

<sup>19</sup> Voy. C. const. 26 novembre 2020, n° 160/2020, cons. B.6.4.

<sup>20</sup> Voy. e.a. G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 715-751, spéc. p. 716, n° 632.1 ; Fr. DELPEREE et A. RASSON-ROLAND, *La cour d'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 108.

été ouverte. Ils ont ensuite entamé la visite des lieux, qu'ils ont eux-mêmes qualifiée de contrôle sanitaire administratif mais qui, sur la base des actions décrites dans le procès-verbal, s'apparentait à la réalisation d'actes d'information. Manifestement, les agents verbalisateurs ont accordé de l'importance au fait que le logement n'était inscrit au nom de personne et qu'il était offert à la location.

Dans aucune des ces affaires, il ne fut question d'un mandat de perquisition délivré par le juge d'instruction, d'un flagrant délit ou de l'application de la loi du 7 juin 1969 fixant le temps pendant lequel il ne peut être procédé à des perquisitions, visites domiciliaires ou privations de liberté. Dans ces conditions, les juges d'appel ont jugé que les perquisitions – auxquelles s'apparentait le comportement des agents verbalisateurs – étaient illégales. Les preuves obtenues de manière irrégulière ont cependant été à chaque fois sauvées par l'application de la doctrine « Antigone », selon laquelle un élément de preuve obtenu irrégulièrement n'est nul, et ne doit, par conséquent, être écarté des débats, que lorsque le respect des formalités méconnues est prescrit à peine de nullité, lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve ou lorsque l'usage de celle-ci est contraire au droit à un procès équitable. C'est ce dernier critère, soit le droit à un procès équitable, qui retiendra notre attention.

La doctrine « Antigone », consacrée pour la première fois par la Cour dans son arrêt du 14 octobre 2003, et aujourd'hui inscrite à l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale<sup>21</sup>, est désormais bien connue. La Cour a d'ailleurs imposé l'application de cette doctrine – qui, en tant que telle, ne viole pas la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>22</sup> – en ce sens que l'exclusion de preuves irrégulières sans application de la jurisprudence Antigone donne lieu à une cassation avec renvoi<sup>23</sup>. Dans sa jurisprudence, la Cour a énoncé un certain nombre de sous-critères, à l'aune desquels le juge du fond peut contrôler l'exclusion d'une preuve à la lumière du droit à un procès équitable<sup>24</sup>. En outre, lorsque le juge du fond applique le « test Antigone », la Cour opère un contrôle marginal de son appréciation, c'est-à-dire qu'elle vérifie que le juge n'a pas déduit de ses constatations des conséquences qu'elles ne sauraient justifier. Il s'agit d'un contrôle marginal de l'appréciation des faits par le juge, qui est en principe souveraine.

Désormais, le « contrôle Antigone » a une portée plus générale que le recueil de preuves *sensu stricto*. Il doit également être appliqué quand l'irrégularité de l'obtention de la preuve implique la violation d'une formalité essentielle concernant l'organisation du pouvoir judiciaire, ce qui est, par exemple, le cas lorsque le juge d'instruction intervient en dehors de sa saisine et qu'une preuve utilisée contre le prévenu a été recueillie dans ce cadre<sup>25</sup>. Le fait que l'irrégularité engendre la violation d'un droit fondamental, tel le droit au respect de la vie privée<sup>26</sup>, est sans incidence. Par ailleurs, le seul fait que l'irrégularité n'empêche pas le prévenu de contredire la preuve ou l'obtention de celle-ci n'est pas suffisant pour considérer son usage comme étant conforme au droit à un procès équitable<sup>27</sup>.

La doctrine Antigone n'échappe pas à la critique, ainsi que l'exprime de façon concise l'extrait de doctrine qui suit : « en sanctionnant automatiquement chaque violation des règles de procédure par la sanction la plus sévère de l'exclusion de la preuve, on risque que les prévenus d'infractions graves échappent aux poursuites, ce qui affecte le sentiment de justice. Inversement, le ministère public peut difficilement reprocher au prévenu de violer la loi quand la preuve a été obtenue par des irrégularités intentionnelles, voire des infractions<sup>28</sup>. Nul ne plaide pour le retour d'un formalisme excessif, mais le fossé entre l'enquête suivant les règles et l'enquête telle que pratiquée ne peut être trop profond. Si les règles de la procédure sont vidées de leur contenu et que les irrégularités sont insuffisamment sanctionnées, les instances de poursuite et d'enquête seront de moins en moins enclines à attacher de l'importance au respect strict des dispositions légales. Aujourd'hui, le balancier paraît pencher trop loin, et des méconnaissances de très grande portée de règles de procédure substantielles protégeant souvent des droits

<sup>21</sup> Plus spécifiquement dans la loi du 24 octobre 2013 modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités (M.B., 12 novembre 2013, p. 84999).

<sup>22</sup> Voy. C. VAN DE HEYNING, « Antigoon doorstaat (voorlopig) de mensenrechtentoes », note sous C.E.D.H. 31 janvier 2017, *Kalneniene c. Belgique*, et C.J.U.E. 17 décembre 2015, aff. C-419/14, *WebMindLicenses*, T. *Strafr.* 2017, pp. 117 à 121.

<sup>23</sup> Voy. not. Cass. 6 février 2019, RG P.19.0097.F, *Pas.* 2019, p. 279, n° 76 ; Cass. 22 mai 2018, RG P.17.0994.N, *Pas.* 2018, p. 1011, n° 318.

<sup>24</sup> Voy. not. Cass. 28 mai 2013, RG P.13.0066.N, *Pas.* 2013, p. 1201, n° 327. Voy. aussi le point 2 des arrêts commentés.

<sup>25</sup> Voy. Cass. 10 juin 2014, RG P.14.0282.N, *Pas.* 2014, p. 1549, n° 513, R.W. 2014-15, p. 1189, note A. DE NAUW, N.C. 2015, p. 196, note R. VERSTRAETEN et P. VERMOOTE : « *Het verbod voor de onderzoeksrechter andere feiten te onderzoeken dan deze die bij hem aanhangig zijn gemaakt, is niet voorgeschreven op straffe van nietigheid. Bijgevolg kan de rechter het als gevolg van die overschrijding opgeleverde bewijs enkel nietig verklaren of op een andere wijze uitsluiten wanneer hij preciseert hoe en waarom die onregelmatigheid ofwel de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast ofwel tot gevolg heeft dat het gebruik van dat bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces* ». Voy. *contra*, mais antérieurement à la loi susmentionnée du 24 octobre 2013, Cass. 24 avril 2013, RG P.12.1919.F, *Pas.* 2013, p. 929, n° 254, et les conclusions de Monsieur l'avocat général D. VANDERMEERSCH, R.W. 2014-15, p. 108, note B.D.S., *Rev. dr. pén. crim.* 2013, p. 998, note Chr. DE VALKENNEER, J.T. 2013, p. 416, note L. KENNES.

<sup>26</sup> Voy. not. Cass. 12 décembre 2018, RG P.18.0924.F, *Pas.* 2018, p. 2517, n° 705 ; Cass. 26 septembre 2018, RG P.18.0482.F ; Cass. 9 avril 2019, RG P.18.0059.N.

<sup>27</sup> Voy. Cass. 5 mai 2020, RG P.19.1272.N.

<sup>28</sup> Sur les relations entre la doctrine Antigone et l'infraction, voy. aussi ci-après.

fondamentaux restent souvent sans aucune suite. La recherche de la vérité connaît ses limites: dans un État de droit démocratique, un contrepois doit exister contre l'intervention de la police et de la justice »<sup>29</sup>.

Le Code de procédure pénale en projet propose également un régime adapté d'exclusion de la preuve : les preuves obtenues en violation d'un certain nombre de normes fondamentales, en ce compris les règles de compétence des cours et tribunaux, doivent en principe être exclues des débats, sauf lorsque le juge constate que l'irrégularité n'est pas le fruit d'une violation intentionnelle ou inexcusable du droit ou de la valeur protégée, que l'atteinte au droit ou à la valeur protégée est de moindre importance que l'intérêt général à la poursuite de l'infraction<sup>30</sup> et que l'utilisation de la preuve irrégulière ne porte pas atteinte à l'intégrité de la justice<sup>31</sup>.

Les arrêts commentés doivent être replacés dans le contexte de ces préoccupations et de cette évolution. Des critiques sont souvent formulées quant au fait que certains juges du fond admettent aisément l'existence d'une irrégularité dans l'administration de la preuve, pour ensuite maintenir dans les débats la preuve irrégulière via une interprétation plutôt formelle et large des critères Antigone (en particulier, en ce qui concerne la relation entre la gravité de l'irrégularité et celle de l'infraction, cette dernière l'emportant toujours). Cette situation peut conduire certaines instances de recherche ou de poursuite à commettre, même délibérément, des irrégularités, en les dissimulant à peine, car elles comptent sur l'absolution accordée quasi-systématiquement par les juges.

Dans ce contexte, les deux arrêts donnent une portée plus restreinte à l'un des sous-critères que la Cour a développés pour apprécier le respect du droit du prévenu à un procès équitable. Il s'agit du critère relatif au caractère intentionnel de l'irrégularité, qui peut être compris comme la violation ou la méconnaissance délibérée des dispositions légales relatives à l'obtention de la preuve, afin de trouver des indices ou des preuves de faits punissables. Cela inclut les irrégularités qui sont assimilables à des actes intentionnels et qui démontrent une négligence grave, c'est-à-dire les cas qui, quelle que soit toute autre apparence possible, sont si flagrants ou si graves, au regard des circonstances particulières de l'espèce, qu'ils doivent avoir été commis intentionnellement ou équivaloir à des actes intentionnels<sup>32</sup>. Dans les arrêts commentés, la Cour cite, à titre exemplatif, quelques circonstances que le juge du fond peut prendre en compte dans son appréciation (mission concrète, moyens disponibles, connaissances générales attendues des agents verbalisateurs, etc.). En effet, le but n'est pas non plus que chaque faute commise par une instance de recherche ou de poursuite soit assimilée à un acte intentionnel. L'appréciation se fait raisonnablement, en tenant compte d'une certaine marge. Il peut également être déduit de la jurisprudence de la Cour que l'acte intentionnel dont il est question ici ne se confond pas avec le dol général, à savoir le fait d'agir sciemment et volontairement. Le fait que l'irrégularité puisse, en théorie, constituer une infraction (intentionnelle) de la part de celui qui l'a commise n'est donc pas déterminant<sup>33</sup>.

Dans les deux arrêts commentés, la Cour part du principe que l'action intentionnelle ou la négligence qui peut y être assimilée entraîne l'exclusion de la preuve, sauf dans des cas exceptionnels, où, pour résumer, cette exclusion présenterait un caractère manifestement disproportionné au regard de l'intérêt général lié aux poursuites. On pourrait par exemple concevoir que la même perquisition, délibérément entamée ou menée de manière irrégulière, connaisse un sort différent selon qu'elle mène à la découverte de la victime d'un meurtre ou qu'elle permet de trouver un élément de preuve concernant une infraction moins répréhensible ou moins sévèrement punie. Il est vrai que l'importance des poursuites pénales ne permettra pas de maintenir toute preuve irrégulière dans les débats, mais il n'est pas possible d'élaborer à l'avance une échelle de proportionnalité adéquate. Une approche *ad hoc* est requise dans chaque cas.

À cet égard, il convient également de souligner que cette proportionnalité doit s'apprécier au regard des faits effectivement examinés ou découverts et non au regard de la qualification générale que peuvent revêtir ces faits ou des faits habituellement connexes. Dès lors, il n'y a pas lieu de craindre que des qualifications puissent servir à accentuer l'importance des poursuites pénales, dans la mesure où les faits seraient présentés comme plus graves qu'ils ne le sont en réalité.

---

<sup>29</sup> M. VANDERMEERSCH, « Antigoon herzien : zet het Hof van Cassatie het licht op rood ? », *T. Straff.* 2023/4, pp. 213 à 221 (traduction libre). Voy. aussi les commentaires des arrêts en question : R. VERSTRAETEN, « Antigoon en de onverschoonbaarheid van de routine », note sous mis. acc. Gand, 5 avril 2022, *N.C.* 2023, pp. 300 à 310 ; Fr. LUGENTZ, « Preuve irrégulière dont l'usage porte atteinte au droit à un procès équitable : une approche particulière de la sanction en cas d'illégalité commise intentionnellement ou par l'effet d'une négligence grave ? », *Rev. dr. pén. crim.* 2023, pp. 863 à 878.

<sup>30</sup> Voy. aussi à ce sujet : Cass. 30 avril 2014, RG P.13.1869.F, *Pas.* 2014, p. 1024, n° 307 : « L'équilibre des droits entre les parties n'épuise pas la notion de procès équitable. L'idéal de justice en est également une composante. Il en résulte que le poids de l'intérêt public à la poursuite d'une infraction et au jugement de ses auteurs peut être pris en considération et mis en balance avec l'intérêt de l'individu à ce que les preuves à sa charge soient recueillies régulièrement ».

<sup>31</sup> Voy. Cass. 24 avril 2013, RG P.12.1919.F, *Pas.* 2013, p. 929, n° 254.

<sup>32</sup> Voy. à ce propos, notamment au sujet de la connaissance de l'état psychologique d'un acteur judiciaire, R. VERSTRAETEN et S. DE DECKER, « Antigoon sluit de achterpoort, maar opent een raam », *T. Straffr.* 2005, pp. 289-290.

<sup>33</sup> Voy. Cass. 15 juin 2021, RG P.21.0260.N : « Les comportements qui bouleversent l'ordre social de manière telle qu'ils sont punis par la loi et les conditions formelles en matière d'obtention de preuves qui revêtent une importance telle pour le respect du droit à un procès équitable et des droits de la défense que la loi sanctionne leur violation par la nullité, font l'objet de situations juridiques distinctes et non comparables ».

En outre, l'appréciation *ad hoc* requise doit être suffisamment explicite pour permettre à la Cour d'exercer son contrôle de la légalité. En l'espèce, la circonstance que les faits supposés – sur la base des informations disponibles avant les perquisitions, il n'y avait pas d'indices d'autres infractions que la publicité pour la prostitution d'adultes ou l'exploitation d'une telle prostitution – pouvaient mener et ont finalement mené à des préventions (larges) de traite des êtres humains et de participation à une organisation criminelle n'a pu convaincre la Cour – même à la marge – que la gravité des infractions dépassait celle des irrégularités.

([ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230404.2N.10](#) et [ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230425.2N.8](#))

***Prescription de l'action publique – Prononciation de la peine – Suspension de la prescription durant l'instance de cassation – Moment de la fin de la suspension***

Arrêt du 5 avril 2023 ([P.23.0066.F](#)) et les conclusions de Monsieur l'avocat général D. Vandermeersch

Deux prévenus furent condamnés, en degré d'appel, du chef d'abus de biens sociaux, d'infractions en matière de T.V.A. et en matière d'impôts sur les revenus. La condamnation fut également assortie de peines de confiscation de sommes d'argent.

A la suite d'un pourvoi en cassation, la Cour a cassé partiellement l'arrêt de la cour d'appel en tant qu'il ordonnait la confiscation spéciale d'une somme d'argent, en tant qu'il omettait de statuer sur la demande d'une partie civile de se voir attribuer les fonds saisis et en tant qu'il statuait sur l'action civile.

La cause, ainsi limitée, fut renvoyée devant une autre cour d'appel. Celle-ci, après vérification des causes d'interruption et de suspension, a déclaré l'action publique dirigée contre les prévenus éteinte par prescription.

A l'appui de son pourvoi, le procureur général près la cour d'appel soutenait que dans la mesure où les faits ont été jugés établis, ils ne pouvaient plus être déclarés prescrits, les fondements de la prescription devant être recherchés dans l'oubli présumé de l'infraction, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Selon le moyen, la prescription ne pouvait pas être jugée acquise puisque les préventions fondant la peine querellée avaient été déclarées établies avant l'échéance du délai, décision que la cassation intervenue avait laissée intacte.

L'arrêt rejette le pourvoi.

Deux enseignements peuvent en être tirés.

D'une part, l'article 1<sup>er</sup> du titre préliminaire du Code de procédure pénale définit l'action publique comme « l'action pour l'application des peines ». Il s'en déduit que tant la prononciation de la peine que la déclaration de culpabilité doivent intervenir avant que la prescription ne soit acquise. Il ne suffit donc pas que l'action publique soit introduite devant le juge pénal en temps utile, encore faut-il qu'elle soit jugée définitivement dans le délai de prescription.

D'autre part, en cas de cassation avec renvoi, limitée à l'ensemble de la peine ou à l'une des peines prononcées par la décision attaquée, la prescription de l'action publique reprend son cours à compter de l'arrêt de la Cour.

([ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230405.2F.14](#))

***Compétence et ressort – Compétence – Matière répressive – Juridiction d'instruction – Renvoi au tribunal correctionnel – Correctionnalisation d'un crime – Effets – Extension à une autre infraction formant un fait unique avec ce crime et requalifiée en crime – Conditions***

Arrêt du 20 décembre 2023 ([P.23.0636.F](#))

Un inculpé avait été renvoyé devant le tribunal correctionnel du chef d'un crime correctionnalisé en raison de circonstances atténuantes admises par la chambre du conseil, et du chef d'un délit. Devant les juges d'appel, il fut invité à se défendre du délit requalifié en crime en raison de l'ajout d'une circonstance aggravante. Il fut reconnu coupable du crime qui avait été correctionnalisé et du fait requalifié, les juges d'appel n'ayant cependant pas, pour ce dernier, constaté à leur tour qu'il existait des circonstances atténuantes les autorisant à en connaître. Toutefois, statuant sur la peine à infliger, ils décidèrent que les deux faits avaient été commis avec la même intention, de sorte qu'il n'y avait lieu d'appliquer qu'une seule peine, la plus forte.

Le prévenu s'est pourvu en cassation et reprocha aux juges d'appel de s'être, par cette requalification d'un délit et sans avoir admis l'existence de circonstances atténuantes (ainsi que les y autorisait l'article 3, alinéa 3, de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes), arrogés la compétence de connaître d'un crime.

L'arrêt rejette cette défense : considérant qu'à la suite de la décision de la cour d'appel, les deux infractions sont unies par une seule intention délictueuse, elles forment un fait pénal unique, tandis que la seconde, une fois

requalifiée, ne fait pas partie des crimes dont la correctionnalisation est interdite<sup>34</sup>, la Cour juge que les circonstances atténuantes qui avaient été admises par la juridiction d'instruction lors du règlement de la procédure pour la première, valent également pour la seconde, une fois celle-ci requalifiée en un crime<sup>35</sup>.

[\(ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20231220.2F.3\)](#)

### **Détention préventive – Libération provisoire – Requête – Dépôt via e-Deposit – État actuel de la réglementation**

Arrêt du 27 décembre 2023 ([P.23.1720.N](#))

Cet arrêt répond à la question de savoir s'il est possible de déposer une requête de mise en liberté provisoire via *e-Deposit*.

Le prévenu qui se trouve en détention préventive quand la juridiction de jugement est saisie de son affaire peut demander sa mise en liberté provisoire. En application de l'article 27 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, la mise en liberté provisoire peut être accordée sur requête déposée au greffe de la juridiction appelée à statuer. Il est statué sur la requête en chambre du conseil (ou, le cas échéant, par la chambre des mises en accusation) dans les cinq jours de son dépôt. S'il n'est pas statué sur la requête dans le délai de cinq jours, éventuellement prorogé en cas de remise accordée à la demande de l'intéressé conformément à l'article 32 de la loi du 20 juillet 1990, ce dernier est mis en liberté.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt commenté, le conseil de l'intéressé, qui avait interjeté appel d'un jugement du tribunal correctionnel condamnant son client, a demandé la mise en liberté provisoire de ce dernier dans l'attente que la cour d'appel examine la cause. Cependant, la requête de mise en liberté provisoire n'avait pas été déposée physiquement au greffe de la cour d'appel (comme le prescrit l'article 27, § 3, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 20 juillet 1990), mais électroniquement via *e-Deposit*. Dans la décision attaquée, la cour d'appel a déclaré la requête irrecevable à défaut de signature manuscrite.

Dans l'arrêt ici commenté, la Cour n'aborde pas ce dernier point, qui faisait pourtant l'objet du moyen invoqué par le demandeur<sup>36</sup>. En effet, il n'y a lieu de répondre à la question de savoir si une signature est exigée lors du dépôt d'une requête de mise en liberté provisoire via *e-Deposit* que dans la mesure où une telle requête peut valablement être déposée via *e-Deposit*. C'est ici que le bât blesse.

Il faut, d'emblée, préciser que le dépôt d'une requête de mise en liberté provisoire via *e-Deposit* n'est *a priori* pas exclu par la Cour. Au contraire, la Cour rappelle sa jurisprudence antérieure selon laquelle la requête de mise en liberté provisoire doit être formulée dans un écrit du requérant ou de son conseil, remise ou reçue<sup>37</sup> au greffe, le cas échéant par télécopie<sup>38</sup>, « ou [être] communiquée au greffe au moyen d'un système informatique visé à l'article 32<sup>ter</sup> du Code judiciaire »<sup>39</sup>.

L'article 32<sup>ter</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire dispose (entre autres) que « tout dépôt auprès des cours ou tribunaux » peut se faire au moyen du système informatique de la Justice désigné par le Roi. Le système visé dans cette

---

<sup>34</sup> En vertu de l'article 2, alinéa 3, de la loi du 4 octobre 1867 portant attribution aux cours et tribunaux de l'appréciation des circonstances atténuantes (*M.B.*, 5 octobre 1867, p. 5505), disposition abrogée par l'article 121 de la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (*M.B.*, 19 février 2016, p. 13130), lequel article 121 fut cependant annulé par la Cour constitutionnelle au terme de son arrêt n° 148/2017 du 21 décembre 2017.

<sup>35</sup> Par l'effet du délit collectif, deux infractions n'en constituent plus qu'une et il n'est dès lors pas envisageable que les circonstances atténuantes admises pour un fait ne le soient pas pour le second. Quant à cette notion de « fait pénal unique » et à ses conséquences, selon la Cour, du point de vue de la compétence du juge du fond qui requalifie un délit en crime, voy. Cass. 9 janvier 1980, *Pas.* 1980, p. 537 et la note sous cette publication ; P. MORLET, « Changement de qualification – Droits et devoirs du juge », *Rev. dr. pén. crim.* 1990, pp. 583-584.

<sup>36</sup> Voy. L. EVENS, « *Signed, sealed and delivered* : over de handtekening in het strafrecht », note sous Anvers 11 mai 2021, *Limb. Rechtsl.* 2022, pp. 72-80.

<sup>37</sup> Sur la notion de réception au greffe, voy. Cass. 28 janvier 2014, RG P.14.0112.N, *Pas.* 2014, p. 287, n° 75 ; Cass. 26 novembre 2019, RG P.19.1147.N, *Pas.* 2019, p. 2162, n° 629, et les conclusions de Monsieur l'avocat général B. DE SMET, *J.T.* 2020, p. 82, note M. REGOUT.

<sup>38</sup> Sur le dépôt d'une requête par télécopie, voy. Cass. 3 septembre 2019, RG P.19.0911.N, *Pas.* 2019, p. 1522, n° 432, *T. Strafr.* 2020, p. 60, note L. D., *J.T.* 2020, p. 82, note M. REGOUT.

<sup>39</sup> Voy. Cass. 31 janvier 2023, RG P.23.0102.N. Dans ce dernier arrêt, il a également été jugé que l'envoi d'un courrier électronique au greffe ne saurait être considéré comme une demande remise ou reçue au greffe au sens de l'article 27, § 3, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 20 juillet 1990, ni comme un dépôt au moyen d'un système informatique visé à l'article 32<sup>ter</sup> du Code judiciaire, et ce indépendamment du fait qu'un tel système informatique ne soit pas encore opérationnel pour introduire une requête de mise en liberté provisoire auprès du greffe concerné.

disposition est le système *e-Deposit*, en vertu de l'article 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 16 juin 2016<sup>40</sup>. L'arrêté royal du 16 juin 2016 a déjà été modifié par des arrêtés du 9 octobre 2018<sup>41</sup> et du 29 septembre 2021<sup>42</sup>.

Les dispositions de l'arrêté royal du 16 juin 2016 n'impliquent pas *ipso facto* que le système *e-Deposit* est opérationnel pour les communications et les services qui y sont mentionnés. Pour rendre le système *e-Deposit* concrètement opérationnel, il faut en effet procéder à des ajustements techniques, ajustements que l'arrêté royal du 16 juin 2016 confie au ministre. Conformément à l'article 10, § 1, de cet arrêté, le ministre peut déterminer à l'égard de quels utilisateurs et à partir de quel moment le système en question est mis en fonction, « au fur et à mesure de la mise à disposition des moyens techniques nécessaires ». C'est dans ce contexte qu'a été adopté l'arrêté ministériel du 20 juin 2016<sup>43</sup>, modifié plusieurs fois depuis lors<sup>44</sup>.

La possibilité pour le Roi d'échelonner le champ d'application matériel et temporel du système *e-Deposit* découle de la loi. En effet, l'article 32<sup>ter</sup>, alinéa 2, du Code judiciaire prévoit que le Roi fixe les modalités du système informatique visé à l'alinéa 1<sup>er</sup>. La simple désignation d'*e-Deposit* comme système informatique de la Justice n'implique pas nécessairement que le dépôt de toute pièce (de procédure) via *e-Deposit* est régulier devant les cours et tribunaux : cela dépend de l'arrêté d'exécution précité (arrêté royal du 16 juin 2016), qui doit prévoir la possibilité d'introduire la pièce (de procédure) concernée via *e-Deposit*. La possibilité effective de déposer une certaine pièce (de procédure) via *e-Deposit* dans la mesure où son dépôt électronique est techniquement faisable en vertu de l'arrêté ministériel du 20 juin 2016 n'est pas déterminante à cet égard, en ce sens que le dépôt régulier d'une certaine pièce (de procédure) via *e-Deposit* présuppose au demeurant que son dépôt soit prévu par l'arrêté royal du 16 juin 2016.

Conformément à l'article 6, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 16 juin 2016, qui fait référence à l'article 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de ce même arrêté, la communication électronique au moyen du système *e-Deposit* s'applique aux communications par voie électronique de requêtes contradictoires, de requêtes conjointes, de requêtes d'appel, de requêtes unilatérales et d'actes de procédure adressés au juge en cours de procédure, de leurs annexes, de conclusions, mémoires et pièces et les lettres d'accompagnement des conclusions, des mémoires et des pièces au sens des articles 736 et suivants du Code judiciaire, en matière civile et pénale. Dans les cas où, en matière pénale par exemple, les conclusions doivent être déposées au greffe (notamment en application de l'article 152, § 1<sup>er</sup>, du Code d'instruction criminelle ou de l'article 4, alinéas 6 et 10, du titre préliminaire du Code de procédure pénale), leur dépôt peut aussi se faire via *e-Deposit* – du moins dans la mesure où pareil dépôt est techniquement possible en vertu de l'arrêté ministériel du 20 juin 2016, ce qui est déjà possible devant les cours d'appel, y compris en matière pénale.

Or, l'article 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 16 juin 2016 énumère de manière exhaustive les requêtes qui peuvent être déposées via *e-Deposit* (voy. *supra*). Indépendamment de la référence aux matières « civile et pénale » qui est faite dans l'article 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, cette énumération porte clairement sur les requêtes déposées dans le cadre d'une procédure civile. Si les requêtes de mise en liberté provisoire au sens de l'article 27 de la loi du 20 juillet 1990 ne sont pas énumérées dans cette disposition, pareille intention de les y inclure ne pouvait (déjà) pas davantage être déduite du rapport au Roi joint à l'arrêté royal du 16 juin 2016 et aux arrêtés modificatifs du 9 octobre 2018 et du 29 septembre 2021. À cet égard, la Cour relève incidemment qu'une requête de mise en liberté provisoire vise à lever la détention préventive après la clôture de l'instruction et appelle une décision dans les cinq jours de son dépôt, ce qui nécessite une organisation particulière des services du greffe en raison de ce court délai. La possibilité de déposer une telle requête via *e-Deposit* est donc particulièrement contraignante pour le fonctionnement et l'organisation de ces services, de sorte que cette possibilité doit ressortir sans équivoque de l'arrêté d'exécution à adopter en application de l'article 32<sup>ter</sup>, alinéa 2, du Code judiciaire.

Sur cette base, la Cour estime qu'une requête de mise en liberté provisoire ne peut pas être déposée de manière recevable via *e-Deposit* dans l'état actuel de la réglementation, de sorte que le moyen présumant cette possibilité manque en droit. Il va de soi que rien ne fera obstacle au dépôt d'une requête de mise en liberté provisoire via *e-*

---

<sup>40</sup> A.R. du 16 juin 2016 portant création de la communication électronique conformément à l'article 32<sup>ter</sup> du Code judiciaire, *M.B.*, 22 juin 2016, p. 37749.

<sup>41</sup> A.R. du 9 octobre 2018 modifiant l'arrêté royal du 16 juin 2016 portant création de la communication électronique conformément à l'article 32<sup>ter</sup> du Code judiciaire, *M.B.*, 16 octobre 2018, p. 78265.

<sup>42</sup> A.R. du 29 septembre 2021 modifiant l'arrêté royal du 16 juin 2016 portant création de la communication électronique conformément à l'article 32<sup>ter</sup> du Code judiciaire, *M.B.*, 1<sup>er</sup> octobre 2021, p. 104426.

<sup>43</sup> A.M. du 20 juin 2016 déterminant la mise en fonction du réseau *e-Box* et du système *e-Deposit*, comme visée dans l'article 10 de l'arrêté royal du 16 juin 2016 portant création de la communication électronique conformément à l'article 32<sup>ter</sup> du Code judiciaire, *M.B.*, 22 juin 2016, p. 37781.

<sup>44</sup> À savoir par A.M. du 9 octobre 2018 modifiant l'arrêté royal du 16 juin 2016 portant création de la communication électronique conformément à l'article 32<sup>ter</sup> du Code judiciaire, *M.B.*, 16 octobre 2018, p. 78265 et par A.M. du 9 mars 2022 modifiant l'arrêté ministériel du 20 juin 2016 déterminant la mise en fonction du réseau *e-Box* et du système *e-Deposit*, comme visée dans l'article 10 de l'arrêté royal du 16 juin 2016 portant création de la communication électronique conformément à l'article 32<sup>ter</sup> du Code judiciaire, *M.B.*, 14 avril 2022, p. 34926.

*Deposit* dès le moment où l'arrêté d'exécution prévoira effectivement cette possibilité, ce qui n'était pas (encore) le cas au jour du prononcé de l'arrêt attaqué.

([ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20231227.2N.3](#))

## Peine et exécution de la peine

***Confiscation d'un système informatique – Articles 42, 1<sup>er</sup>, et 43, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code pénal – Article 8 de la C.E.D.H. et article 1<sup>er</sup> du Premier protocole additionnel à la C.E.D.H. – Droit à la vie privée et au respect de ses biens – Restitution des fichiers numériques – Copie – Exigences***

Arrêt du 7 février 2023 ([P.22.1492.N](#)) et les conclusions de Monsieur l'avocat général B. De Smet

Dans cette affaire, le prévenu avait secrètement enregistré des images à caractère pornographique de sa belle-fille, alors mineure, à l'aide d'une caméra cachée et avait stocké ces images dans un dossier numérique sur son ordinateur (ce dossier se trouvait apparemment sur le septième des neuf disques durs internes dont l'ordinateur était équipé).

En première instance, le prévenu a été condamné, notamment, pour utilisation abusive d'un réseau de communications électroniques (article 145, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques). En tant que chose ayant servi à commettre l'infraction, l'ordinateur a dû être confisqué en vertu des articles 42, 1<sup>o</sup>, et 43, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code pénal.

En degré d'appel, le prévenu a contesté la confiscation de l'ensemble de son ordinateur dans la mesure où les images faisant l'objet de l'infraction étaient stockées sur un seul des disques durs internes de l'ordinateur et, plus précisément, dans un seul dossier numérique créé sur ce disque dur. Le prévenu a donc demandé que les autres disques durs, sur lesquels étaient stockées des données personnelles sans lien avec une quelconque infraction, ne soient pas confisqués mais lui soient restitués. Les juges d'appel ont rejeté ce moyen et ont confirmé la confiscation de l'ordinateur dans son ensemble. Compte tenu notamment de la nature des faits, ils ont estimé que la confiscation n'était pas disproportionnée au regard du droit du prévenu à la propriété et au respect de la vie privée.

La question centrale dans cette affaire est de savoir ce qu'il faut entendre par « choses » au sens de l'article 42, 1<sup>o</sup>, du Code pénal. Il est évident que, au jour de l'introduction de cette disposition, le législateur ne songeait pas à son application dans un contexte informatique dans lequel pourraient être distingués l'objet immatériel (par exemple, une image enregistrée avec un appareil) et l'objet matériel permettant d'exprimer cet objet immatériel (un ordinateur, un disque dur, une carte mère, etc.). De la même manière, le législateur n'a pas pu prédire les développements des *clouds*, où l'objet immatériel (par exemple, une image numérique) et tout ou partie de l'objet matériel (un serveur géré par un service *cloud*, par exemple) pourraient ne pas appartenir à la même personne – pour autant qu'il puisse être question de propriété au sens strict du terme en vertu d'un contrat ou de droits de propriété intellectuelle. La législation pénale n'a pas encore intégré ces avancées techniques, sauf en ce qui concerne certains aspects de l'instruction (comme les articles 39bis à 39quinquies du Code d'instruction criminelle). Pareille évolution pose dès lors des défis à la jurisprudence, en Belgique et ailleurs.

À titre illustratif, il est permis d'évoquer un arrêt de la cour d'appel de La Haye du 3 mai 2018 qui traitait aussi de la restitution (quoique dans le cadre d'une saisie) de fichiers de données licites stockés sur un support de données saisi sur lequel étaient également stockés des fichiers de données pédopornographiques<sup>45</sup>. Partant du principe que l'arsenal législatif néerlandais ne contenait pas encore de base juridique expresse pour distinguer les données de leur support qui avait été saisi, la cour d'appel a considéré que seuls des objets dans leur intégralité (un ordinateur portable dans le cas d'espèce) pouvaient être saisis ou restitués, de sorte qu'un juge ne serait pas en mesure de se prononcer sur les intérêts de l'inculpé ou d'un tiers à la conservation de tout autre fichier de données de nature licite qui pourrait se trouver sur le support de données. La cour d'appel a par ailleurs constaté que le législateur n'avait pas pu anticiper les rapides évolutions sociétales et technologiques en matière de stockage de données, dans la mesure où tant la capacité de stockage par support de données que l'utilisation et la dépendance à l'égard des données numériques dans la société se sont accrues de manière spectaculaire. En outre, la cour d'appel s'est référée à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme aux termes de laquelle, bien que la saisie d'un support de données dans son ensemble ne constitue pas nécessairement une violation de l'article 8 de la Convention, une distinction entre informations pertinentes et non pertinentes doit être opérée et ce sous un contrôle juridictionnel effectif<sup>46</sup>. Sur cette base, la cour d'appel s'est déclarée compétente pour procéder, dans le cadre d'une mise en balance concrète des intérêts en présence, à un examen plus approfondi portant, en particulier, sur la proportionnalité de la saisie des fichiers de données dont la restitution est demandée par rapport aux exigences

<sup>45</sup> ECLI:NL:GHDHA:2018:1074.

<sup>46</sup> Voy. not. C.E.D.H. 30 septembre 2014, n° 8429/05, *Prezhdarovi c. Bulgarie*.

de procédure pénale en la cause. Enfin, la cour d'appel a indiqué quels aspects elle juge pertinents pour opérer cette mise en balance des intérêts et a mis l'affaire en continuation en vue d'un examen plus approfondi. Cet arrêt<sup>47</sup> a été l'une des sources d'inspiration de la Cour de cassation.

La Cour adopte dès lors une position nuancée. D'un côté, il y a lieu de confisquer l'ensemble de l'ordinateur avec tous ses accessoires, car l'ordinateur ne peut servir à l'usage auquel il est destiné qu'à l'aide de tous les composants qui en assurent le fonctionnement, le juge ne devant ni être un expert en informatique, ni procéder à des enquêtes techniques détaillées. De même, si un véhicule a servi d'instrument en vue de commettre une infraction, il doit être confisqué dans son ensemble, sans accorder une exception par exemple pour le siège passager sur lequel personne n'était assis lors de la commission de l'infraction (mais en accordant éventuellement une exception pour les jouets d'enfant rangés dans le coffre du véhicule). Dans la même logique, la Cour n'a pas non plus égard à l'argument qui voudrait que les images numériques soient distinguées de leur disque dur ou que seul le dossier numérique dans lequel les images sont stockées puisse être confisqué. D'un autre côté, la Cour reconnaît, en interprétant de manière évolutive les articles 42, 1<sup>o</sup>, et 43, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code pénal, à l'aune de l'article 8 de la Convention et de l'article 1<sup>er</sup> de son Premier protocole additionnel, que le droit d'un prévenu à la propriété et au respect de la vie privée peut subir une atteinte disproportionnée dans le contexte technique et sociétal actuel lorsque la confiscation du système informatique dans son ensemble a pour conséquence de priver purement et simplement le prévenu de fichiers privés qui, bien qu'anodins, sont importants et uniques à ses yeux. Dans ce cas, si le prévenu n'a, certes, pas droit à une non-confiscation (partielle) du système informatique (pareille peine restant en effet obligatoire pour l'ensemble du système), il a droit à la restitution (jugée sans risque selon des critères raisonnables) d'une copie numérique des fichiers qui, pour des raisons privées ou professionnelles, lui tiennent à cœur. Par ailleurs, la Cour fournit quelques directives sur les modalités de cette restitution<sup>48</sup>. Il va de soi que le juge de fond doit apprécier raisonnablement ce point, ce qu'il fait en principe souverainement, sous le contrôle marginal de la Cour.

L'arrêt attaqué, qui n'a pas procédé à la mise en balance exigée par la Cour, est cassé. Cette cassation se limite à la décision sur la confiscation.

[\*\(ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230207.2N.9\)\*](#)

***1. Peines – Autres peines – Confiscation – Travail frauduleux – Avantage patrimonial tiré directement de l'infraction – Montant***

***2. Corruption – Corruption active – Eléments matériels – Offre – Offre adressée à un intermédiaire et non transmise au fonctionnaire***

*Arrêt du 8 février 2023 (P.22.1021.F) et les conclusions de Monsieur l'avocat général M. Nolet de Brauwere*

L'arrêt contient plusieurs enseignements intéressants.

1.

Un prévenu fut condamné du chef d'infraction à la loi du 6 juillet 1976 sur la répression du travail frauduleux à caractère commercial ou artisanal, qui interdit le travail frauduleux, lequel y est défini à l'article 2.

L'infraction n'était pas contestée et le prévenu avait déclaré qu'une importante somme d'argent en espèces trouvée en sa possession provenait de cette activité illicite, en l'occurrence l'exploitation d'une carrosserie clandestine. Le ministère public avait requis la confiscation de l'intégralité de cette somme au motif qu'elle constituait un avantage patrimonial tiré de l'infraction de travail frauduleux. La cour d'appel a jugé qu'elle n'était pas en mesure de faire droit à ces réquisitions, dès lors que l'enquête n'avait pas déterminé la part de la somme saisie qui correspondait aux économies fiscales et de cotisations de sécurité sociale réalisées par le prévenu grâce à la dissimulation de son travail.

Sur le pourvoi du ministère public, la Cour casse l'arrêt attaqué. Elle juge que « conformément à l'article 2, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 6 juillet 1976, on entend par travail frauduleux tout travail pouvant faire l'objet d'une profession relevant de l'artisanat, du commerce ou de l'industrie, effectué en dehors de tout lien de subordination, par une personne physique ou morale qui, soit n'est pas immatriculée au registre du commerce ou de l'artisanat, soit viole les prescrits légaux en matière d'autorisation, d'assujettissement ou d'immatriculation, relatifs à l'exercice de cette profession pour autant que ce travail présente par son importance et son caractère technique, par sa fréquence ou par l'usage d'un matériel ou d'un outillage, un caractère professionnel spécifique », et elle en déduit que « les revenus perçus

---

<sup>47</sup> Voy. aussi D.A.G. DE TOOR et D. VAN OS, « Partiële of geschoonde teruggave van gegevensdragers. Naar een gemoderniseerde beslagregeling voor elektronische gegevensdragers », *TBS&H* 2020 I, n° 5.

<sup>48</sup> Voy., à cet égard, conjointement avec d'autres considérations intéressantes en marge de l'arrêt : F. VERBRUGGEN et E. VANDEBROEK, « “Ze werken op mijn systeem” : afgrenzing van de verplichte verbeurdverklaring van informaticasystemen als middel en/of van de gegevens erin », note sous Cass. 7 février 2023, *NC*. 2023, pp. 294-299.

grâce à l'infraction consistant à avoir effectué un tel travail constituant des avantages patrimoniaux tirés directement de celle-ci ».

La Cour considère donc que le travail frauduleux est en soi interdit, peu importe la nature de l'activité exercée : ainsi, la circonstance que cette activité ne serait, en elle-même, pas prohibée (par exemple : des travaux dans le secteur du bâtiment, la réparation de véhicules automobiles) est sans incidence. En conséquence, les avantages patrimoniaux tirés de cette infraction et dont la confiscation est permise ne se limitent pas à l'économie d'impôt ou de charges sociales réalisée grâce à la clandestinité des faits. C'est l'ensemble des revenus qui en ont été tirés qui est susceptible de confiscation. De ce point de vue, il n'y a pas de différence entre le travail frauduleux et, par exemple, le trafic de drogue.

Quant à la confiscation, elle est ordonnée en cette matière sur la base des articles 42, 3°, et 43bis du Code pénal, applicables à l'infraction découlant d'une loi particulière, conformément à l'article 100 dudit code.

De cet arrêt découlent en outre d'autres enseignements.

D'une part, durant l'enquête, de tels avoirs pourront être saisis, y compris par équivalent, conformément aux articles 35 et suivants du Code d'instruction criminelle.

D'autre part, ces revenus illicites, s'ils ont été manipulés de l'une des manières prévues par l'article 505, alinéa 1<sup>er</sup>, 2° à 4°, du Code pénal, pourront en outre constituer l'objet d'une prévention de blanchiment.

2.

Dans le même dossier, un prévenu était poursuivi pour avoir tenté de corrompre un policier.

Pour ce faire, il avait donné des instructions à un tiers, à charge pour ce dernier de prendre contact avec le policier, par ailleurs lui-même condamné du chef de corruption passive au profit d'autres prévenus, et de lui transmettre l'offre de recevoir telle somme d'argent en échange de l'établissement d'un faux document. Il n'était pas établi que l'offre avait pu être transmise à son destinataire. Le prévenu contestait sa condamnation du chef de corruption active, au motif que, selon lui, l'infraction visée à l'article 246, § 2, du Code pénal exige que la proposition ait atteint le fonctionnaire.

La Cour de cassation rejette ce moyen au motif qu'il manque en droit : elle juge que l'infraction de corruption active est consommée dès que l'offre a été faite, fût-ce à un intermédiaire à charge pour ce dernier de la communiquer au fonctionnaire, et quand bien même cette proposition n'aurait ensuite jamais été adressée à ce destinataire<sup>49</sup>.

[\(ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230208.2F.4\)](#)

## **Droit social**

### ***Sécurité sociale des travailleurs salariés – Conditions d'octroi et de maintien des allocations de chômage – Aptitude au travail – Chômeur qui se déclare inapte sans apposer la mention idoine sur sa carte de contrôle – Avis du médecin-conseil – Effets dans le temps de la décision du directeur du bureau de chômage***

*Arrêt du 12 juin 2023 (S.21.0014.F) et les conclusions de Monsieur l'avocat général H. Mormont*

Les articles 60 à 62 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991<sup>50</sup> traitent de l'aptitude au travail en tant que condition d'octroi des allocations de chômage. Aux termes de l'article 60 de cette réglementation, pour bénéficier des allocations, le travailleur doit être apte au travail au sens de la législation relative à l'assurance obligatoire contre la maladie et l'invalidité. L'article 61 poursuit en recensant plusieurs hypothèses d'indemnités perçues en raison d'une incapacité de travail qui, sauf dérogation, s'opposent à l'octroi des allocations de chômage. Enfin, selon l'article 62, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, ne peut prétendre à des allocations de chômage le travailleur qui, sur avis du médecin affecté au bureau de chômage, et conformément à la procédure prévue à l'article 141, est considéré par le directeur du bureau de chômage comme inapte au travail, étant précisé que la décision de ce dernier sort ses effets le jour qui suit la remise à la poste du pli par lequel elle est notifiée au chômeur. Ceci posé, reste encore à déterminer la portée de l'article 60 précité. De deux choses l'une : soit cet article est susceptible d'une application autonome, soit il doit être lu avec les dispositions suivantes, de sorte que l'exclusion d'un travailleur du bénéfice des allocations de chômage suppose que l'on rencontre l'une des hypothèses de perception d'indemnités envisagées à l'article 61 ou que l'inaptitude soit constatée pour l'avenir via l'examen médical prévu à l'article 62. Le cas d'espèce à l'origine de l'arrêt du 12 juin 2023 de la Cour permet de cerner les implications pratiques de cette discussion. Factuellement, on retiendra que le défendeur en cassation communique au FOREM, dans le cadre de

<sup>49</sup> Voy. notamment D. FLORE, « La corruption » in H.D. BOSLY et Ch. DE VALKENEER, *Les infractions*, t. I, *Les infractions contre les biens*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 393.

<sup>50</sup> A.R. du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, *M.B.*, 31 décembre 1991, p. 29888.

la vérification de sa disponibilité pour le marché de l'emploi, des certificats médicaux couvrant plusieurs périodes situées entre le 4 janvier 2016 et le 30 avril 2018. Or, pour ces périodes, le défendeur ne renseigne pas la mention « M » sur sa carte de contrôle chômage. Des allocations de chômage lui sont dès lors allouées, sans que le travailleur touche des indemnités de son organisme assureur en soins de santé-indemnités. Informé par le FOREM de l'existence de certificats médicaux révélant une inaptitude au travail, l'ONEm décide, sur la seule base de ces certificats et sans autre forme de procès, d'ordonner la récupération des allocations de chômage perçues par le défendeur pour les périodes concernées. Juridiquement, une telle réclamation rétroactive des allocations n'est concevable que si on reconnaît l'autonomie de l'article 60 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991. Elle est proscrite s'il faut, au contraire, considérer que l'article 60 n'est qu'une disposition générique, mise en œuvre par les articles 61 et 62. En effet, en ce cas, la procédure de l'article 62, § 1<sup>er</sup>, aurait dû être appliquée par l'ONEm : sa décision devait se fonder sur le résultat de l'examen médical du défendeur, et en vertu de la finale de l'alinéa 1<sup>er</sup> de cette disposition, ne sortissait ses effets que pour l'avenir. C'est ici que gît le principal enjeu du débat : lorsqu'un travailleur se déclare lui-même inapte au travail, l'ONEm peut-il lui dénier la garantie de non-rétroactivité de l'article 62, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, et, partant, récupérer les sommes qu'il lui a allouées ? A la suite de l'avocat général<sup>51</sup>, il faut relever que la question n'a de pertinence que lorsque le travailleur ne renseigne pas sa maladie par la mention « M » sur sa fiche de contrôle chômage. Dans le cas contraire, le travailleur ne demande pas d'allocations de chômage et n'en reçoit pas : il n'y a donc pas lieu de s'interroger sur une potentielle exclusion rétroactive du travailleur par l'ONEm.

Plusieurs articles de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 expriment le principe d'une condition du droit aux allocations de chômage, qui ne peut être mise en œuvre, et conduire au refus ou à la récupération d'allocations, que suivant les modalités déterminées par d'autres dispositions. Il en va ainsi, par exemple, des articles 44 et 51 et suivants, pour la condition du caractère involontaire du chômage.

Les termes des articles 60 à 62 permettent les deux interprétations. La doctrine plaide plutôt en ce sens que le premier ne peut être pris indépendamment des articles qui le suivent. A titre illustratif, M. Jourdan et S. Remouchamps écrivent que « [l']avis médical est préalable et obligatoire [...]. Ce caractère obligatoire permet de poser la question de la validité d'une décision administrative prise quant à l'aptitude, sans recours à l'avis préalable du médecin-conseil »<sup>52</sup>. La jurisprudence publiée, peu importante, ce qui indique sans doute que la question est peu discutée en pratique, est relativement concordante pour considérer que l'inaptitude au travail ne peut être constatée par l'ONEm que dans le respect de la procédure organisée aux articles 62 et 141<sup>53</sup>. L'arrêt attaqué de la cour du travail de Liège témoigne de cette tendance favorable à la continuité de la protection sociale. Les juges d'appel ont jugé que « [l']ONEm a, à tort, considéré que [le défendeur] était inapte au sens de l'article 60 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 pour les périodes renseignées dans la décision litigieuse, sur le seul fondement desdits certificats médicaux. A défaut d'avis médical préalable, conformément à l'article 62 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, l'inaptitude [du défendeur], pour les périodes visées par la décision litigieuse, n'est pas démontrée ». Cette position doctrinale et jurisprudentielle rencontre le souci du législateur d'assurer la continuité du revenu de remplacement<sup>54</sup>. Ce souci se manifeste à divers endroits de la réglementation et, en particulier, comme le souligne l'avocat général dans ses conclusions<sup>55</sup>, par la définition de l'inaptitude au travail en tant que condition d'octroi du chômage par la référence à la législation relative à l'assurance obligatoire contre la maladie et l'invalidité. Saisie du pourvoi de l'ONEm, la Cour, non sans avoir pointé cet objectif des textes, décide qu'il suit de l'article 60, de l'article 61, §§ 1<sup>er</sup>, 2 et 3, de l'article 62, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, et de l'article 141 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 que « le travailleur qui ne se trouve pas dans les cas prévus par l'article 61, §§ 1<sup>er</sup>, 2 et 3, et n'indique pas sur sa carte de contrôle la lettre "M" par laquelle il déclare ne pas demander l'allocation, ne peut être exclu du droit aux allocations de chômage pour défaut d'aptitude au travail que conformément à l'article 62, § 1<sup>er</sup>, sur avis du médecin affecté au bureau du chômage, la décision du directeur sortissant ses effets pour l'avenir ». Ce faisant, la Cour s'inscrit dans le sillage de la doctrine et de la jurisprudence majoritaires et rejette la théorie du caractère autonome de l'article 60 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991.

<sup>51</sup> Voy. les conclusions de H. MORMONT avant l'arrêt présentement commenté, p. 4, n° 9.

<sup>52</sup> Voy. M. JOURDAN et S. REMOUCHAMPS, « La prise en compte de l'état de santé du chômeur dans la réglementation de l'assurance-chômage dans La réglementation du chômage » in J.-Fr. NEVEN et S. GILSON (coord.), *La réglementation du chômage : vingt ans d'application de l'arrêté royal du 25 novembre 1991*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 243. Voy. aussi P. PALSTERMAN, « L'incapacité de travail des travailleurs salariés. Approche transversale » in M. DAVAGLE (coord.), *Le maintien au travail de travailleurs devenus partiellement inaptes*, Limal, Anthemis, 2018, p. 27 ; J.-Fr. FUNCK et L. MARKEY, « Chômage » in *Guide social permanent*, t. IV, *Droit de la sécurité sociale : commentaire*, Malines, Kluwer, 2019, partie I, liv. IV, titre III, chap. V, n° 190.

<sup>53</sup> Voy. C. trav. Bruxelles 2 septembre 2015, RG 2013/AB/79 ; C. trav. Liège 5 mars 2020, RG 2019/AL/333, *Sem. soc.* 2022/37 ; C. trav. Liège 6 mai 2003, RG 7125/2002, disponible sur *Juportal. Voy.*, *contra*, C. trav. Bruxelles 22 décembre 2016, RG 2015/AB/754 : les articles 62 et 141 ne s'appliquent pas lorsque le chômeur se déclare lui-même inapte à travailler.

<sup>54</sup> Voy. not., sur cette volonté du législateur, V. DE GREEF, « L'activation silencieuse des personnes partiellement inaptes au travail dans l'assurance chômage », *R.D.S.* 2016, p. 264 ; L. MARKEY, *Études pratiques de droit social*, vol. 1, *Le chômage : conditions d'admission, conditions d'octroi et indemnisation*, Waterloo, Kluwer, 2017, p. 412.

<sup>55</sup> Voy. les conclusions de H. MORMONT avant l'arrêt présentement commenté, p. 3, n° 7.

## Droit judiciaire

### *Arrêt de rejet d'un recours en annulation prononcé par le Conseil d'État – Autorité de la chose jugée*

Arrêt du 6 mars 2023 ([C.22.0128.N](#)) et les conclusions de Monsieur l'avocat général H. Vanderlinden

Dans un arrêt du 6 mars 2023, la Cour clarifie quelques aspects de l'autorité de la chose jugée d'un arrêt de rejet du Conseil d'État à l'égard du juge civil.

Une entreprise qui avait participé à un marché public n'a pas obtenu celui-ci, alors qu'elle était le soumissionnaire le plus bas, au motif qu'elle n'a pas produit certaines des attestations requises. Estimant que ces attestations ne pouvaient être légalement demandées sur la base de l'article 19, dans la version applicable, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, elle a poursuivi l'annulation de la décision du pouvoir adjudicateur devant le Conseil d'État. Au cours de la procédure administrative, l'entreprise a également introduit une procédure devant le juge civil afin d'obtenir des dommages et intérêts du pouvoir adjudicateur.

Dans son arrêt du 30 juin 2011, le Conseil d'État a dit pour droit que l'obligation de production de certaines attestations n'était pas entachée d'illégalité au regard de l'article 19 précité. Sur le plan civil, le juge d'appel a considéré, à l'instar du premier juge, que la demande de dommages et intérêts était greffée sur la question de la licéité et de la validité de l'attestation requise, sur laquelle le Conseil d'État s'était déjà prononcé. Se référant au Code judiciaire, le juge d'appel a dès lors considéré que la même contestation ne pouvait être portée encore une fois devant le juge civil, sans méconnaître l'autorité de la chose jugée attachée à la décision du Conseil d'État. La possibilité d'invoquer, dans le cadre du litige, certains autres moyens qui n'avaient pas été soumis à l'appréciation du Conseil d'État ne changeait rien à la situation. Le juge d'appel estimait que la question litigieuse avait été définitivement appréciée par le Conseil d'État.

Dans son moyen de cassation unique, l'entreprise défend l'hypothèse selon laquelle le juge civil amené à apprécier si l'autorité a commis une faute en posant un acte administratif illégal n'est aucunement limité par ce que le Conseil d'État a décidé à ce sujet dans un arrêt de rejet. Si l'autorité de la chose jugée est déjà attachée à un arrêt de rejet, celle-ci ne serait que relative en ce sens qu'elle n'aurait d'incidence que si les mêmes parties soumettaient encore une fois devant le Conseil d'État les moyens déjà invoqués. En outre, pareille autorité de la chose jugée ne se fonderait pas sur les articles issus du Code judiciaire, mais sur un principe général du droit administratif. Qui plus est, l'autorité de la chose jugée d'un arrêt de rejet serait sans incidence, compte tenu de la différence d'objet et de cause d'une demande, selon qu'elle est portée devant le juge civil ou le Conseil d'État. Enfin, l'autorité de la chose jugée d'un arrêt de rejet n'empêcherait pas le juge civil d'apprécier certains 'moyens' que le Conseil d'État avait écartés en raison de leur tardiveté.

La Cour de cassation ne partage pas les positions défendues par l'entreprise, à l'exception du fondement de l'autorité de la chose jugée.

La Cour considère en des termes exprès qu'une autorité relative de la chose jugée est attachée à un arrêt de rejet du Conseil d'État. La Cour emprunte ainsi la voie que son parquet avait indiquée au législateur en 2009. Dans ses propositions *de lege ferenda*, le parquet avait suggéré à l'époque de revêtir les arrêts de rejet du Conseil d'État d'une certaine autorité de la chose jugée afin de créer une plus grande harmonie dans les interventions successives du Conseil d'État et du juge civil, de manière à (mieux) garantir la sécurité juridique pour le justiciable, atténuer la saturation des cours et tribunaux et promouvoir ainsi l'économie procédurale<sup>56</sup>.

À l'inverse de l'entreprise demanderesse, la Cour adopte une vision plus large de ce caractère relatif. Conformément à sa jurisprudence de 2015, la Cour considère que l'autorité relative de la chose jugée s'étend à la décision du Conseil d'État concernant l'application d'une même norme juridique, lorsque celle-ci est invoquée devant le Conseil d'État pour les mêmes faits que ceux qui sont soumis au juge civil dans un litige ultérieur<sup>57</sup>. Bien qu'un arrêt de rejet du Conseil d'État ne signifie pas que l'acte ou le règlement soit dépourvu de toute illégalité ou que son adoption soit dénuée de toute faute, le juge civil est donc effectivement tenu en raison de la décision du

<sup>56</sup> Voy. les propositions *de lege ferenda* du ministère public in E. DIRIX, M. DE SWAEF, P. LECROART et S. LIERMAN (dir.), *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique 2009*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 172-173.

<sup>57</sup> Voy. Cass. 14 décembre 2015, RG S.10.0216.F, *Pas.* 2015, p. 2860, n° 746, *J.L.M.B.* 2016, p. 1111, note, et les conclusions de Monsieur l'avocat général J.-M. GENICOT, *R.C.J.B.* 2018, p. 277, note D. DELVAX.

Conseil d'État de rejeter une illégalité soulevée devant lui, à la condition d'être saisi des mêmes faits à apprécier en fonction de la norme juridique déjà utilisée par le Conseil d'État<sup>58</sup>.

S'agissant du fondement, la Cour suit la position de l'entreprise, sans devoir pour autant casser la décision attaquée, eu égard à l'utilisation de la technique de la substitution des motifs. La Cour précise que l'autorité relative de la chose jugée s'appuie non pas sur l'article 23 du Code judiciaire, mais sur un principe général du droit administratif. La Cour consolide ainsi sa jurisprudence antérieure concernant les arrêts d'annulation du Conseil d'État<sup>59</sup>. La nécessité sociale impérative universellement admise selon laquelle toutes les procédures doivent avoir une fin (*lites finiri oportet*) est à la base de l'autorité de la chose jugée non seulement dans le contentieux subjectif sur lequel le juge civil peut exercer sa juridiction, mais également dans le contentieux objectif qui relève du pouvoir juridictionnel du Conseil d'État. L'article 23 du Code judiciaire exprime la nécessité précitée en ce qui concerne le contentieux subjectif<sup>60</sup>. Alors que, à défaut de disposition légale en ce sens, c'est un principe général du droit qui répond à cette nécessité dans le cadre du contentieux objectif.

Par ailleurs, la Cour rejette également le pourvoi en cassation dans la mesure où l'entreprise critique le fait que le juge d'appel ne s'est pas prononcé sur certains « moyens » que le Conseil d'État avait écartés des débats en raison de leur tardiveté. La Cour relève que les « moyens » dont il est question ne sont pas des moyens réels, mais des arguments venant étayer un ou plusieurs moyens. En conséquence, l'autorité de la chose jugée d'une décision de rejet du Conseil d'État est irrévocable, même si, pour prendre sa décision, ce dernier n'a pas apprécié les arguments présentés. L'avocat général H. Vanderlinden a conclu que l'autorité de la chose jugée d'un arrêt de rejet du Conseil d'État ne fait en aucune façon obstacle à une demande fondée sur un moyen (et donc pas sur de simples arguments), sur lequel le Conseil d'État ne s'est pas prononcé au fond<sup>61</sup>.

[\(ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230306.3N.6\)](#)

***Litige relatif à la résiliation d'une concession de vente exclusive – Clause de choix de la loi applicable – Clause d'arbitrage – Déclinatoire de juridiction – Mission du juge – Articles X.35 à X.40 du Code de droit économique – Intérêts protégés – Applicabilité de l'article 9.1 du règlement Rome I***

Arrêt du 7 avril 2023 ([C.21.0325.N](#)) et les conclusions de Madame l'avocat général E. Herregodts

Cette affaire concernait la résiliation d'une concession de vente exclusive consentie par un concédant autrichien à un concessionnaire belge pour le territoire belge. Le contrat comportait une clause de choix de la loi applicable en faveur du droit autrichien et une autre clause selon laquelle les litiges se rapportant au contrat seraient réglés par voie d'arbitrage en Autriche. Après la résiliation du contrat avec effet immédiat par le concédant, le concessionnaire a cité le concédant autrichien devant le tribunal de l'entreprise d'Anvers. Le concessionnaire poursuivait la condamnation du concédant au paiement d'une indemnité de congé compensatoire sur la base de l'article X.36 du Code de droit économique, d'une indemnité complémentaire équitable sur la base de l'article X.37 et de dommages et intérêts pour pratiques commerciales déloyales. Se prévalant de la clause d'arbitrage, le concédant a demandé que le tribunal se déclare sans pouvoir de juridiction. Une discussion quant à la validité de la clause d'arbitrage s'engagea alors devant le tribunal puis devant la cour d'appel d'Anvers. Dans l'arrêt du 10 mars 2021 attaqué en cassation, la cour d'appel d'Anvers a considéré qu'en vertu des règles de droit belge pertinentes, plus précisément les articles 1676, § 1<sup>er</sup> et 1676, § 4, du Code judiciaire et l'article X.39 du Code de droit économique, le litige entre les parties pouvait faire l'objet d'un arbitrage, que la clause d'arbitrage était valable et que, par conséquent, les tribunaux belges étaient sans pouvoir juridictionnel pour connaître du litige.

Le concessionnaire belge s'est pourvu en cassation contre cette décision. S'appuyant sur l'autorité d'un arrêt de la Cour du 28 juin 1979<sup>62</sup>, il soutenait que l'article X.39 du Code de droit économique<sup>63</sup> a pour but d'assurer, dans tous les cas, au concessionnaire le droit d'invoquer la protection de la loi belge, sauf s'il y a renoncé par une convention conclue après la fin du contrat accordant la concession et que, lorsqu'une clause d'arbitrage contenue dans un contrat de concession internationale prive le concessionnaire de cette protection, elle n'est pas valable ou, à tout le moins, ne peut produire d'effets. En ne constatant pas que le droit autrichien déclaré applicable au contrat

<sup>58</sup> Voy. aussi M. NIHOUL, « L'autorité de la chose jugée relative des arrêts de rejet du Conseil d'État devant le pouvoir judiciaire enfin affirmée ? », *A.P.T.* 2016, p. 714.

<sup>59</sup> Voy. Cass. 18 octobre 2013, RG C.12.0011.F, *Pas.* 2013, p. 1986, n° 534 ; Cass. 25 avril 2013, RG C.11.0103.F, *Pas.* 2013, p. 939, n° 255, et les conclusions de Monsieur l'avocat général Th. WERQUIN ; Cass. 6 février 2009, RG C.08.0296.N, *Pas.* 2009, p. 358, n° 99 ; Cass. 21 juin 2004, RG S.03.0139.N, *Pas.* 2004, p. 1095, n° 343. Voy. aussi S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Bruges, la Chartre, 2000, pp. 219-221.

<sup>60</sup> Voy. P. TAELEMAN, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde – Een begrippenstudie*, Diegem, Kluwer, 2001, pp. 16, 17 et 43.

<sup>61</sup> Voy. les conclusions de Monsieur l'avocat général H. VANDERLINDEN avant Cass. 6 mars 2023, RG C.22.0128.N.

<sup>62</sup> Voy. Cass. 28 juin 1979, *Bull. et Pas.* 1979, I, p. 1276, connu sous le nom arrêt *Audi-NSU*. Voy. aussi les conclusions de M. KRINGS, alors avocat général, précédant cet arrêt, publiés dans *Bull. et Pas.* 1979, I, p. 1260.

<sup>63</sup> L'ancien article 4 de la loi du 27 juillet 1961 relative à la relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée.

offrait au concessionnaire une protection comparable à celle offerte par la loi belge, le juge d'appel ne pouvait, ainsi que le concessionnaire le soutient, légalement décider que la clause d'arbitrage était valable et il a donc violé les articles X.39 du Code de droit économique et 1676, §§ 1<sup>er</sup> et 4, du Code judiciaire.

Dans son arrêt du 7 avril 2023, la Cour rejette cette position. Elle indique tout d'abord qu'il suit de l'article 6.2, dernier alinéa, de la Convention européenne du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international que le juge saisi d'une exception de juridiction doit exclure l'arbitrage lorsque le litige ne peut, en vertu de toutes les règles de droit pertinentes de la *lex fori*, être soustrait au pouvoir de juridiction du juge national. Il s'agissait donc de savoir si les règles de droit belge pertinentes font obstacle à ce qu'un litige portant sur la résiliation d'une concession de vente exclusive consentie par un concédant autrichien à un concessionnaire belge pour le territoire belge puisse être soustrait au pouvoir de juridiction des tribunaux belges au moyen d'une clause d'arbitrage. La Cour commence par constater que les litiges relatifs à la résiliation d'une concession de vente exclusive sont de nature patrimoniale au sens de l'article 1676, § 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire, de sorte qu'ils sont en principe susceptibles d'arbitrage. Elle examine ensuite si l'article X.39 du Code de droit économique – en vertu duquel le concessionnaire lésé, lors d'une résiliation d'une concession de vente produisant ses effets dans tout ou partie du territoire belge, peut en tout cas assigner le concédant en Belgique et, dans le cas où le litige est porté devant un tribunal belge, celui-ci appliquera exclusivement la loi belge – a en effet, comme le soutient le concessionnaire, pour conséquence que le juge ne peut déclarer qu'une clause d'arbitrage est valable que s'il constate que soit les arbitres appliqueront le droit belge, soit le droit étranger offre à tout le moins une protection comparable au concessionnaire. La Cour répond par la négative à cette question qui, dans le cadre de cette affaire, se posait dans un contexte européen. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour rappelle en premier lieu qu'en vertu de l'article 3.1 du règlement Rome I applicable en l'espèce, un contrat est régi par le droit choisi par les parties et que, par application des articles 9.1 et 9.2 du règlement de Rome I, ce droit doit s'incliner devant des dispositions de droit impératif spécial auxquelles le juge saisi de l'affaire doit obéir. La Cour considère ensuite, en se référant à l'arrêt *Unamar* de la Cour de Justice de l'Union européenne<sup>64</sup>, que les articles X.35 à X.40 du Code de droit économique relatifs à la résiliation unilatérale de concessions de vente exclusive accordées pour une durée indéterminée protègent principalement des intérêts particuliers et ne constituent, dès lors, pas une loi de police au sens de l'article 9.1 du règlement Rome I. Il s'ensuit et il résulte également du principe de la primauté du droit de l'Union sur le droit national que le juge belge saisi d'une contestation relative à la résiliation d'une concession de vente exclusive à laquelle le règlement Rome I s'applique ne peut, nonobstant les dispositions contenues à l'article X.39 du Code de droit économique, écarter le droit étranger choisi par les parties afin d'appliquer les dispositions belges précitées. Et il s'ensuit, à son tour, comme l'indique la Cour, que le juge belge ne peut subordonner l'arbitrabilité d'un litige portant sur la résiliation d'une concession de vente exclusive auquel le règlement Rome I s'applique, à la condition que les arbitres appliquent les dispositions belges précitées ou un droit étranger offrant une protection équivalente. Manque en droit le moyen qui, reposant sur une conception juridique erronée, soutient que, lorsqu'une clause d'arbitrage contenue dans une concession internationale de vente exclusive, qui sort ses effets sur le territoire belge ou sur une partie de celui-ci, prive le concessionnaire de la protection offerte par le droit belge, cette clause est nulle, du moins dans un contexte européen.

[\(ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230407.IN.6\)](#)

### ***Arbitrage – Droit applicable – Code judiciaire – Interdiction pour le juge de déléguer sa juridiction***

Arrêt du 24 avril 2023 ([C.21.0548.F](#)) et les conclusions de Monsieur l'avocat général H. Mormont

L'arrêt de la Cour du 24 avril 2023 marque le dénouement d'une procédure en annulation d'une sentence arbitrale suivie avec attention par la doctrine spécialisée. Le litige opposait les demandresses en cassation, entrepreneurs, et l'Union européenne, défenderesse, maître de l'ouvrage et conceptrice du projet, à propos de travaux d'installation de stations de pompage et d'un réseau d'égouttage et de distribution d'eau réalisés à Chypre et affectés de diverses malfaçons. En février 2018, les parties chargent un tribunal arbitral de trancher leur différend conformément aux règles de la Cour internationale d'arbitrage (ci-après « CCI »). En mars 2019, quelques mois après la signature de l'acte de mission, le tribunal arbitral propose aux parties de s'adjoindre l'aide d'une secrétaire administrative qui s'est engagée à agir conformément à la « note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCI » et les parties marquent leur accord sur cette désignation. Le rôle de cette secrétaire va toutefois donner lieu à des incidents. C'est dans ce contexte que les demandresses vont soumettre au tribunal de première instance de Bruxelles une demande d'annulation, notamment pour irrégularité de la constitution du tribunal arbitral et de la procédure, de la sentence partielle du 11 février 2020 statuant sur les responsabilités. Suivant les demandresses, la secrétaire aurait outrepassé les limites de ses prérogatives, telles que balisées par les articles 183 à 188 de la note de la CCI, et il y aurait eu une délégation

---

<sup>64</sup> Voy. C.J.U.E. 17 octobre 2013, aff. C-184/12, *Unamar*.

du pouvoir décisionnel entraînant l'irrégularité de la procédure arbitrale. Le 17 juin 2021<sup>65</sup>, le tribunal civil francophone de Bruxelles déboute les demanderesse de leur action en annulation de la sentence. Tout en rappelant le caractère *intuitu personae* de la mission des arbitres, il considère, en substance, que la seule circonstance que tout ou partie de la sentence et de la liste des questions à poser aux experts soient de la main de la secrétaire ne suffit pas à établir une délégation du pouvoir décisionnel des arbitres à son profit. Plusieurs auteurs ont pointé le caractère inédit en Belgique de la décision du tribunal<sup>66</sup>. Ces mêmes auteurs sont d'avis que son apport majeur réside dans son interprétation de la note de la CCI, telle qu'applicable en 2019, comme autorisant « implicitement mais certainement le secrétaire administratif à rédiger tout ou partie d'un projet de sentence, à charge pour le tribunal arbitral de revoir personnellement le dossier et valider ou corriger ledit projet à la lumière de son examen du dossier »<sup>67</sup>. Quoiqu'inédit en Belgique, il faut relever que ce jugement n'est pas isolé sur la scène internationale<sup>68</sup> – on songe tout spécialement à la retentissante affaire *Yukos* tranchée par la cour d'appel de La Haye<sup>69</sup> – et fait par ailleurs écho à une certaine doctrine<sup>70</sup>.

Devant la Cour, le débat porte sur le contrôle de la légalité du jugement attaqué et se pose donc en des termes différents. Le moyen unique présenté par les demanderesse s'articule essentiellement sur les deux griefs suivants.

Le second rameau de la seconde branche du moyen soutient que, dans son interprétation de la note CCI, le tribunal de première instance a violé la foi due aux articles 185 et 187 de cette note, en omettant d'y lire quelque chose qui s'y trouvait, à savoir l'obligation pour le tribunal arbitral de rédiger lui-même la sentence sous la seule réserve d'une intervention possible du secrétaire administratif pour la rédaction des parties factuelles de la sentence. La foi due à un acte est le respect que l'on doit attacher à ce qui y est constaté par écrit. Le contrôle de la Cour est sur ce plan marginal : l'interprétation d'un acte relève en effet de l'appréciation souveraine du juge du fond, mais il ne peut donner de cet acte une interprétation inconciliable avec ses termes. En l'espèce, la Cour écarte le moyen des demanderesse en considérant que, sur la base de l'analyse qu'il propose des dispositions litigieuses de la note, « le jugement attaqué, qui donne à connaître que l'interdiction pour le tribunal arbitral de déléguer ses fonctions juridictionnelles ne fait pas obstacle à ce que le secrétaire administratif prépare des notes et mémorandums qui, soit feront partie de la sentence après que le tribunal arbitral les aura, sur la base de son examen personnel du dossier, revus, corrigés et validés, soit serviront de base à l'établissement par ce tribunal, après ce même examen personnel, de la sentence, ne donne pas des [articles 183 à 188] de la note [...] une interprétation inconciliable avec leurs termes, partant, ne viole pas la foi due à l'acte qui les renferme ».

Dans la première branche du moyen, les demanderesse invoquent une violation de l'article 11, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire, aux termes duquel les juges ne peuvent déléguer leur juridiction. Selon les demanderesse, ayant constaté que la secrétaire administrative avait rédigé une partie de la sentence et des questions posées aux experts, le jugement attaqué ne pouvait décider que le tribunal arbitral n'avait pas délégué sa juridiction à la secrétaire administrative. Ce moyen pose ainsi la question de l'applicabilité des règles du Code judiciaire à la procédure arbitrale. Il faut dire que les travaux préparatoires de la loi du 24 juin 2013<sup>71</sup>, la dernière réforme en la matière, sont quelque peu ambigus à ce sujet. Tantôt, on lit que le maintien de l'arbitrage au sein du Code judiciaire se justifierait, car « cette approche présente [...] l'avantage de permettre de résoudre certaines difficultés procédurales possibles par le renvoi aux dispositions générales du Code judiciaire »<sup>72</sup>; tantôt les travaux parlementaires

<sup>65</sup> Voy. Civ. Bruxelles 17 juin 2021, *J.T.* 2022, p. 128.

<sup>66</sup> Voy. Y. HERINCKX, « Secrétaire arbitral – Secret ou transparence du fonctionnement interne du tribunal », *b-Arbitra* 2021, p. 416, n° 1 ; M. DAL et E. LEVY, « Quelles tâches le tribunal arbitral peut-il confier à son secrétaire ? », *Les Cahiers de l'Arbitrage* 2022, p. 61.

<sup>67</sup> Qualifiée d'audacieuse par Y. HERINCKX, « Secrétaire arbitral – Secret ou transparence du fonctionnement interne du tribunal », *op. cit.*, pp. 419-420, n° 7 : « En réalité, la CCI n'a jamais voulu autoriser expressément la rédaction de parties décisives d'une sentence par les secrétaires. En témoignent la formulation du point 185 de la Note, qui ne vise que "la préparation de projets d'ordonnances de procédure ainsi que la rédaction des parties factuelles d'une sentence (p. ex. résumé de la procédure, chronologie des faits, synthèse des positions des parties)", ainsi que le qualificatif "administratif" que la CCI persiste à accoler au titre de secrétaire ». Dans le même sens, on peut lire au sujet de l'équivalent de l'article 187 dans la version de la note de la CCI applicable en 2017, sous la plume de P. Di Pietro, que « [t]he difficulty in this regard is the broad notion of decision-making functions or more specifically, the lack of consensus in this regard. For example, to some, the award is nothing but the recording of the decision of the members of the arbitral tribunal who can instruct someone – such as an administrative secretary – to carry out such a recording. Supporters of this approach contend that administrative secretaries increase the efficiency of arbitration proceedings by allowing arbitrators to focus on the merits, thereby enabling them to render awards of better quality and more expeditiously, as well as in a more cost-effective manner. For others, the drafting of the award is viewed as a decision-making function, and as such, it is considered inappropriate for anyone else than a member of the arbitral tribunal to do it » (voy. P. DI PIETRO, « The ICC's Perspective on the Practice of Administrative Secretaries in Arbitral Secretaries » in F. DE LY et L. DEMEYERE (dir.), *Arbitral secretaries - Actes du colloque du CEPANI du 5 octobre 2017*, Malines, Kluwer, 2018, p. 105).

<sup>68</sup> Voy. les références citées par M. DAL et E. LEVY, « Quelles tâches le tribunal arbitral peut-il confier à son secrétaire ? », *op. cit.*, p. 61 et par Y. HERINCKX, « Secrétaire arbitral – Secret ou transparence du fonctionnement interne du tribunal », *op. cit.*, pp. 420 et s., n° 8.

<sup>69</sup> Voy. La Haye 18 février 2020, *Yukos*, ECLI:NL:GHDHA:2020:234, disponible sur [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

<sup>70</sup> Voy. not. Y. DERAIS, « Le professionnalisme des arbitres internationaux », *Revue de l'arbitrage* 2019, pp. 659 et s., n° 28, cité par M. DAL et E. LEVY, « Quelles tâches le tribunal arbitral peut-il confier à son secrétaire ? », *op. cit.*, p. 61.

<sup>71</sup> Loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, *M.B.*, 28 juin 2013, p. 41263.

<sup>72</sup> Voy. Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, *Doc. parl.*, ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2743/001, pp. 6 et 8.

expriment le souci du législateur de délaïsser la procédure arbitrale à la volonté des parties en ne réglant que les conditions de l'arbitrage et les voies de recours devant les tribunaux étatiques et de favoriser les arbitrages internationaux<sup>73</sup>, en particulier par le choix « d'une réforme globale fondée sur la loi type de la [Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI)] »<sup>74</sup>. Or cette volonté affichée du législateur d'attirer en Belgique les grands arbitrages internationaux apparaît difficilement conciliable avec un recours trop important au droit processuel belge, fût-ce à titre supplétif. Nonobstant ces incertitudes dans les travaux parlementaires, force est de constater que la doctrine contemporaine se positionne nettement en ce sens que, l'article 1700, §§ 1<sup>er</sup> et 2, du Code judiciaire donnant la prépondérance à l'accord des parties et, à défaut, au tribunal arbitral, la procédure arbitrale échappe à l'application des règles du Code judiciaire<sup>75</sup> en vertu de l'article 2 de ce code, qui prévoit que les règles y énoncées s'appliquent à toutes les procédures, sauf lorsque celles-ci sont régies par des principes de droit dont l'application n'est pas compatible avec celle des dispositions de ce code. C'est la solution retenue par la Cour dans son arrêt du 24 avril 2023. Elle rejette l'argumentation des demanderesse et considère qu'il suit de la combinaison des dispositions précitées que « à l'exception de la sixième partie du Code judiciaire, les dispositions de ce code, dont l'interdiction pour les juges de déléguer leur juridiction, ne s'appliquent pas à la procédure d'arbitrage ».

[\(ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230424.3F.1\)](#)

## **Droit public et administratif**

***Principe de légalité en matière pénale (article 7 de la C.E.D.H.) – Amende administrative revêtant un caractère pénal (article 6 de la C.E.D.H.) – Taux de la peine – Pouvoir d'appréciation de l'administration dans les limites de la loi – Contrôle par le juge de la légalité de la sanction administrative – Absence d'exigence de publicité préalable de la politique de sanction ou du code de conduite interne***

Arrêt du 10 février 2023 ([C.22.0184.N](#)) et les conclusions de Madame l'avocat général E. Herregodts

Cette affaire trouve son origine dans une enquête que la demanderesse (la FSMA) a ouverte, le 14 janvier 2016, sur de possibles infractions commises par les défendeurs à l'article 25, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, dans la version applicable avant sa modification par la loi du 27 juin 2016. Par une décision du 6 octobre 2020, la commission des sanctions de la demanderesse a considéré que les défendeurs avaient enfreint l'interdiction de manipulation du marché au sens de l'article 25, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, a), de la loi précitée. La violation de l'interdiction définie à l'article 25, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, b), de cette loi n'a pas été jugée établie. La commission des sanctions a infligé aux défendeurs une amende administrative, respectivement de 40.000 euros et de 60.000 euros, et a décidé que cette décision serait communiquée sur le site internet de la demanderesse.

Le 5 novembre 2020, les défendeurs ont interjeté appel de cette décision auprès de la Cour des marchés. Dans l'arrêt attaqué du 23 mars 2022, la Cour des marchés a déclaré cet appel recevable et fondé et a annulé la décision de la commission des sanctions de la demanderesse, sauf dans la mesure où celle-ci constate qu'il n'existe aucune preuve d'une violation de l'interdiction de manipulation du marché définie à l'article 25, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, b), de la loi du 2 août 2002. La suppression de la publication de la décision sur le site internet de la demanderesse a également été ordonnée. La Cour des marchés fondait l'annulation de la décision de la commission des sanctions de la demanderesse sur deux motifs. En premier lieu, la Cour des marchés a considéré que la demanderesse avait méconnu le principe de légalité, le principe de proportionnalité et l'obligation de motivation matérielle, puisqu'elle ne disposait pas d'une politique ou d'une feuille de route en matière d'amendes expliquant la méthodologie utilisée pour apprécier l'importance de l'amende et qu'elle aurait préalablement communiquée. Deuxièmement, la Cour des marchés a estimé qu'il est indispensable, à titre de règle de bonne administration, que la commission des sanctions informe, préalablement à l'imposition d'une sanction, le prétendu contrevenant de la sanction qu'elle se propose d'appliquer, alors qu'elle s'est abstenue, à tort, de le faire dans le cas d'espèce.

Dans son arrêt du 10 février 2023, la Cour casse cet arrêt, sur les conclusions conformes de l'avocat général. S'agissant du premier motif sur lequel la Cour des marchés a fondé la décision d'annuler la décision de la

---

<sup>73</sup> Voy. Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, *Doc. parl.*, ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2743/001, p. 8.

<sup>74</sup> Voy. Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, *Doc. parl.*, ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2743/001, p. 8.

<sup>75</sup> Voy. O. CAPRASSE, « Arbitration in Belgium : An Introduction » in N. BASSIRI et M. DRAYE (dir.), *Arbitration in Belgium – A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2016, p. 3 ; S. SOBRIE, « Art. 2 Ger.W » in *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, partie I, *Algemene beginselen*, chap. I, Kluwer, 2014, p. 26. Voy., *contra* mais antérieurement à la loi du 24 juin 2013, G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 31 et s.

commission des sanctions, la Cour considère, conformément à sa jurisprudence constante<sup>76</sup> et dans le respect de la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle<sup>77</sup>, que le principe général du droit de la légalité en matière répressive, tel qu'il est consacré à l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, requiert qu'une disposition pénale soit suffisamment accessible et, lue en tant que telle ou en combinaison avec d'autres dispositions, qu'elle décrive de manière suffisamment précise le comportement punissable et la peine encourue, de sorte que sa portée soit raisonnablement prévisible. Le fait que le juge ou l'administration dispose d'une certaine liberté d'appréciation lors de l'imposition d'une sanction administrative revêtant un caractère répressif au sens de l'article 6 de la Convention n'est pas, en soi, contraire à cette condition de prévisibilité raisonnable. Se conformant à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la Cour considère qu'il appartient au législateur de fixer les limites et les montants de la peine dans le cadre desquels la compétence d'appréciation du juge ou de l'administration doit s'exercer<sup>78</sup>. Selon la Cour, le principe de légalité requiert uniquement que le juge ou l'administration inflige une peine qui est prévue par la loi et qui n'excède pas les limites légales<sup>79</sup>. Ce principe ne requiert pas à titre complémentaire que, lorsqu'elle inflige une sanction administrative à caractère répressif au sens de l'article 6 de la Convention, l'administration communique préalablement une politique ou une feuille de route interne dans laquelle elle concrétise plus avant sa compétence d'appréciation dans les limites légales du taux de la peine.

La Cour considère ensuite, conformément à sa jurisprudence constante, que le juge appelé à contrôler une sanction administrative qui revêt un caractère répressif au sens de l'article 6 de la Convention doit examiner la légalité de cette sanction et peut, plus spécialement, vérifier si elle est conciliable avec les exigences impératives des traités internationaux et du droit interne, y compris les principes généraux du droit. Ce droit de contrôle permet plus particulièrement au juge de vérifier si la sanction n'est pas disproportionnée à l'infraction, de sorte qu'il peut examiner si l'administration pouvait raisonnablement infliger une sanction administrative de cette importance.<sup>80</sup> La Cour estime que ni le principe de proportionnalité ni le principe du raisonnable ne requièrent qu'avant d'infliger une sanction administrative à caractère répressif au sens de l'article 6 de la Convention, l'administration communique une politique ou une feuille de route dans laquelle elle concrétise plus avant son pouvoir d'appréciation dans les limites légales du taux de la peine. Il suffit, selon la Cour, que l'administration satisfasse à son obligation de motivation formelle et matérielle en fondant explicitement sa décision sur des motifs de droit et de fait adéquats et que le juge puisse, sur la base de ces motifs, apprécier la sanction au regard de ces principes.<sup>81</sup> La Cour ajoute que, si le législateur fixe une large marge entre le taux maximum et le taux minimum de la peine, dans les limites de laquelle l'administration dispose d'une vaste compétence d'appréciation, l'obligation de motivation de celle-ci est plus étendue<sup>82</sup>.

La Cour conclut qu'en annulant la décision de la commission des sanctions au motif qu'elle ne disposait pas d'une politique ou d'une feuille de route interne en matière d'amendes, expliquant la méthodologie utilisée pour apprécier l'amende, qu'elle aurait préalablement communiquée, les juges d'appel n'ont pas légalement justifié leur décision.

S'agissant du second motif sur lequel la Cour des marchés fondait l'annulation de la décision de la commission des sanctions, la Cour considère qu'il suit de l'ensemble des articles 70, 71 et 72 de la loi du 2 août 2002 et des travaux préparatoires que le législateur a entendu introduire une séparation organique entre, d'une part, l'instruction diligentée par l'auditeur et l'engagement de poursuites sur décision du comité de direction et, d'autre part, la décision au fond de la commission des sanctions qui statue en toute indépendance et impartialité au terme d'une procédure contradictoire.<sup>83</sup> En vertu de l'article 71, § 2, de la loi précitée, les parties intéressées sont préalablement informées de la décision de poursuivre du comité de direction, en ce compris les griefs et le rapport

<sup>76</sup> Voy. Cass. 29 novembre 2011, RG P.10.1766.N, *Pas.* 2011, p. 2628, n° 650 ; Cass. 22 mai 2012, RG P.11.1723.N, *Pas.* 2012, p. 1135, n° 317 ; Cass. 24 mars 2015, RG P. 13.1134.N, *Pas.* 2015, p. 796, n° 214 ; Cass. 16 janvier 2018, RG P.17.0281.N, *Pas.* 2018, p. 83, n° 29.

<sup>77</sup> Voy. C. const. 26 janvier 2005, n° 24/2005 ; C. const. 11 mai 2005, n° 92/2005 ; C. const. 18 avril 2007, n° 60/2007 ; C. const. 20 octobre 2011, n° 158/2011 ; C. const. 6 décembre 2012, n° 145/2012 ; C. const. 18 février 2016, n° 25/2016 ; C. const. 8 novembre 2018, n° 153/2018.

<sup>78</sup> Voy. C. const. 26 juin 2008, n° 93/2008 ; C. const. 22 octobre 2015, n° 147/2015 ; C. const. 18 février 2016, n° 25/2016.

<sup>79</sup> Voy., en ce sens, I. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal*, Bruxelles, la Charte, 2019, pp. 16 et 212. Voy. aussi le guide sur l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme de la Cour européenne des droits de l'homme, actualisé jusqu'au 31 août 2022, 13 ; C.E.D.H. 17 mars 2009, *Ould Dah c. France* ; C.E.D.H. 22 janvier 2013, *Camilleri c. Malte*.

<sup>80</sup> Voy. not. Cass. 17 mai 2013, RG F.11.0155.N, *Pas.* 2013, p. 1120, n° 306 ; Cass. 26 juin 2015, RG D.13.0025.N, *Pas.* 2015, p. 1762, n° 450.

<sup>81</sup> Voy. J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE et A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Malines, Kluwer, 2021, pp. 73 et s. et pp. 927-928 ; P. VAN ORSHOVEN, « De uitdrukkelijke motivering van administratieve rechtshandelingen », *R.W.* 1991-1992, p. 488.

<sup>82</sup> Voy. J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE et A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Malines, Kluwer, 2021, 928-929.

<sup>83</sup> Voy. Projet de loi modifiant la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, ainsi que la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque Nationale de Belgique, et portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2408/001, pp. 12 et 16-17. Voy. P.-J. VAN DE WEYER, « Rechterlijke toetsing van bestuurshandelen : hoe vol moet die rechtsmacht juist zijn ? », *T.B.P.* 2021, p. 83, n° 50, qui souligne également l'importance de cette séparation organique.

d'enquête. Conformément à l'article 72, § 1 et § 3, elles peuvent ensuite faire connaître leur point de vue au cours d'une procédure contradictoire devant la commission des sanctions. De ce fait, la Cour estime que leurs droits de la défense, tels qu'ils sont consacrés à l'article 6 de la Convention, sont garantis à suffisance. La Cour considère qu'il ne peut être exigé qu'avant l'entame d'une procédure contradictoire, la commission des sanctions elle-même informe en outre les parties intéressées de l'amende administrative qu'elle envisage d'imposer. En effet, cela porterait atteinte à son indépendance et à son impartialité et mettrait en péril la séparation organique entre l'instruction et l'exercice de poursuites et la décision au fond.

Les juges d'appel ont constaté que, le 23 octobre 2019, le comité de direction de la demanderesse avait, sur la base de l'article 71, § 2, de la loi précitée, informé les défenderesses du montant de l'amende proposée et des critères dont il avait tenu compte pour fixer ce montant. La Cour conclut que les juges d'appel n'ont pas légalement justifié leur décision en exigeant, à titre de règle de bonne administration, que la commission des sanctions informât en outre le prétendu contrevenant de la sanction qu'elle envisageait d'appliquer, préalablement à la prononciation de celle-ci.

*(ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230210.1N.8)*